# ПРАВО
ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ *України*

**Загальнодержавне періодичне видання**

**Засноване** у 1922 році

**Видається** щомісячно

**Свідоцтво** про державну реєстрацію:
Серія А01 № 129668

**Передплатний індекс**: 74424

**Адреса редакційної колегії:**
04107, м. Київ-107
вул. Багговутівська, 17–21, кімн. 427
Тел.: (044)537-51-10

E-mail: pravoua@gmail.com

**Головний редактор:**
*Святоцький О. Д.*,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент АПрН України

**Відповідальний секретар:**
*Полешко А. С.*

**ЗАСНОВНИКИ:**

© Міністерство юстиції України
© Конституційний Суд України
© Верховний Суд України
© Вищий господарський суд України
© Генеральна прокуратура України
© Інститут держави і права НАН України
© Академія правових наук України
© Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого

**ВИДАВЕЦЬ**

© ТОВ «Видавничий Дім «Ін Юре»

**5/2008**

# ЗМІСТ

СЕЛІВАНОВ А. Нові виклики — нова стратегія журналу ....4

**Конституційна реформа**

ПОРТНОВ А. Зміст конституційної юрисдикції: наукові погляди та їх відтворення у законодавстві ....9

**Філософія права**

БАНДУРА О. Основні цінності права як система ....14

ГОЛОСНІЧЕНКО Д. Засоби регулювання повноважень у механізмі правового впливу ....20

МІРОШНИЧЕНКО А. Співвідношення темпорального та змістовного принципів вирішення правових колізій ....24

**Проблеми адміністративного права**

АВЕР'ЯНОВ В., АНДРІЙКО О. Законодавче регулювання державної служби у світлі завдань упередження та протидії корупції в Україні....29

БІДЕЙ О. Проблеми популяризації адміністративної юстиції як головного інструмента захисту прав і свобод особистості....37

**Право, економіка, фінанси**

ПОГРІБНИЙ О. Аграрне право України: сучасний стан та перспективи розвитку.....40

ДМИТРЕНКО Е. Декларування доходів фізичних осіб: проблеми та шляхи їх вирішення у контексті фінансової безпеки України....44

ЧУНІХІНА Л. Щодо походження поняття «первинний фінансовий моніторинг» .....48

РОГАЛЬ-ЛЕВИЦЬКА М. Зміст та підстави адміністративної відповідальності за порушення законодавства з фінансових питань ....52

ВАКАРЮК Л. Поняття та природа типової юридичної конструкції у фінансовому праві ....56

**Проблеми теорії та практики сучасної кримінології**

ЗАКАЛЮК А., ТОМКІНА О. Запобігання корупції та іншій недоброчесності у судочинстві як кримінологічна проблема ....61

МОРОЗ Л. Кримінологічна характеристика особистості гвалтівника неповнолітніх ....67

**Прокурорсько-слідча практика**

МІРОШНИЧЕНКО С. Євроінтеграційні кроки української прокуратури: погляд на проблему ....73

**Питання сімейного права**

МОСКАЛЮК В. Щодо поняття «відмова від дитини» та суміжних понять у Сімейному кодексі України....78

**Пропозиції до законодавства**

СЕЛЕЗНЬОВА О. Проект Банківського кодексу України: актуалізація проблеми та деякі пропозиції стосовно структури ....82

**Захист прав людини і громадянина**

ГОЛОВЧЕНКО В. Правові засади виховання та захисту прав дитини ....88

ЧЕРНЯК Ю. Правила міжнародного співробітництва у сфері захисту дітей (на матеріалах Гаазької конвенції 1996 р.)....92

**Дискусії та обговорення**

МАРУЩАК А. Зміст поняття «забезпечення доступу до інформації» ....99

РОЗЕНФЕЛЬД Н. Віртуальний предмет злочинів, пов'язаних з порушенням авторського права і суміжних прав ....105

ОЛІЙНИК І., БЕЗБОЖНА О. Механізм реалізації рішень
Конституційного Суду України та місце інституту відповідальності у ньому .....109
ЯСЕНОК М. Режим окремого проживання подружжя —
новий вид справ у окремому провадженні .....114
ВЕЖНАВЕЦЬ Б. Перевірка інформації
про незаконне заволодіння транспортними засобами .....118
САМБОР М. Особливості провадження та притягнення
до адміністративної відповідальності у справах про адміністративні
правопорушення (статті 176, 178 КУпАП) .....122

**Історико-правові нариси**

КОРИТКО Л. Правове регулювання оподаткування суб'єктів господарювання
Східної Галичини та Буковини в австро-угорський період .....129

**Право Європейського Союзу**

СТАСЮК С. Міжнародне гуманітарне право
у контексті правового регулювання збройних конфліктів .....132
ВЕРЛАНОВ С. Стандарти економічних та соціальних прав людини
у Європейському Союзі та Раді Європи: взаємозв'язок і співвідношення.....137

**Правова хроніка**

Засідання наукової ради журналу «Право України».....142

**Рецензії**

ПАНОВ М. Актуальне дослідження проблем кримінальної відповідальності
за порушення виборчих і референдних прав громадян .....144
ТРУШ І. Своєчасна праця з проблематики розвитку місцевої власності
та її господарського використання .....146

## *Анонс*

У червні 2008 р. наукова рада журналу «Право України» проводитиме на базі Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого круглий стіл на тему: «**Проблеми вищої юридичної освіти в Україні: нові виклики сучасних реалій**».

*Свої пропозиції, побажання щодо зазначеної теми просимо надсилати у редакцію на адресу:*

***04107, м. Київ, вул. Багговутівська, 17–21.***
***Тел.: (044) 537-51-00, 537-51-10, 537-51-14***

# НОВІ ВИКЛИКИ — НОВА СТРАТЕГІЯ ЖУРНАЛУ*



**А. СЕЛІВАНОВ**
***доктор юридичних наук, професор,***
***член-кореспондент правових наук України***

Сучасні проблеми юридичної науки безпосередньо пов'язані і залежать від стану розвитку держави і суспільства, умов реального життя людини, забезпечення її прав і свобод, а також здійснення головних постулатів конституційного правопорядку, реалізації верховенства права в діяльності всіх суб'єктів влади, особливо тих, хто здійснює судові і правоохоронні функції.

Демократичні процеси принесли багато нового у відносини громадянина і держави, на цьому шляху все більше проявляються конституційні цінності, політики все частіше апелюють до народу у проведенні конституційної, правової і судової реформ, реальними стають соціальні гарантії для громадян, коли правовими засобами забезпечується здійснення державою своїх обов'язків перед суспільством.

Юридична наука не може стояти осторонь болючих проблем суспільного буття, державного будівництва, формування законодавчої основи демократичної держави, особливо якщо це стосується конституційного ладу, народного суверенітету, територіальної цілісності держави, охорони прав і свобод громадянина.

Саме тому велика роль належить сьогодні спеціальним (фаховим) юридичним виданням, які завжди займали передове місце у формуванні сучасної правової думки, правосвідомості громадян, з теоретичних позицій висвітлювали тенденції розвитку держави і права, критично підходили до оцінки законодавчої сфери, відображаючи позицію відношення юридичної науки до практики. До таких спеціальних, авторитетних видань професійні юристи, а також юридична громадськість, судді, прокурори, правозахисники, службовці правоохоронних органів відносили загальновідомий науково-теоретичний журнал «Право України».

Без перебільшення відмітимо, що цей часопис — найпопулярніший збірник наукових і практичних матеріалів, який має довголітню історію, свої традиції, визнаний серед усіх видань правового напряму. В цьому відношенні багато чого зроблено головним редактором журналу доктором юридичних наук, професором О. Д. Святоцьким, членами редакційної колегії. Але життя вимагає від вчених, юристів-практиків відчувати динаміку суспільних процесів, відходити від деяких консервативно-стримуючих чинників, відповідати на нові виклики держави і суспільства.

Саме тому проведення засідання нашої наукової ради є своєчасним і ваша участь, шановні вчені, чиї імена є гордістю вітчизняної правової думки, надихає на плідну, творчу спрямованість журналу, його активну роль у суспільному житті. Сучасні вимоги зобов'язують вчених-юристів збагачувати науку новими теоретичними ідеями, фундаментальним підходом до юридичної проблематики, високим рівнем методологічної бази створення прогресивних правових теорій, а головне — досягнення випереджувальної мети наукових публікацій, які безпосередньо продиктовані потребами практики. Саме такий погляд на розвиток юридичної науки

* Доповідь голови наукової ради на засіданні наукової ради журналу «Право України» 25 березня 2008 р.

© А. Селіванов, 2008

очікує збільшення корисного для суспільного життя юридичного потенціалу членів Академії правових наук, Інституту держави і права НАН України, юридичних факультетів університетів, який далеко не розкритий і не вичерпаний. Конче потрібно сьогодні долання стереотипів і створення умов для прояву сміливості правової думки як від академічно авторитетних вчених, так і талановитої молоді з її оновленими підходами до сучасної науки.

Журнал «Право України» був і має ще більше відповідати цьому новому баченню реальних процесів, які стосуються юридичної науки, бути передовою трибуною прогресивного юридичного мислення.

Ці складні завдання продиктовані життям і мають стати для журналу орієнтиром, оскільки здатність науки генерувати нові ідеї і бути наближеним до юридичної практики залежить безпосередньо від вас, шановні вчені-правознавці, наших спільних зусиль залучати якомога кращі юридичні праці, формувати новітні напрями правової теорії, виявляти нові дисципліни, критично осмислюючи правову дійсність, формулюючи пропозиції для Верховної Ради України, Президента України і Уряду щодо законодавчого забезпечення у здійсненні основ внутрішньої і зовнішньої політики України.

Саме тому сьогодні актуальним для редколегії журналу є не тільки постановка питання про підвищення ролі юридичної науки у суспільній практиці, а й визначення пріоритетів журналу, якісний відбір теоретичних доробок, виключення можливостей прояву плагіату, «зіркової хвороби» деяких науковців з посиланнями у власних білянаукових статтях на себе самих, шаблонних дописів здобувачів, які до кінця не прочитали вузівських підручників.

Пропонуючи осмислення нових підходів, визначення нових пріоритетів у формуванні банку правових ідей і фундаментально-ґрунтовних матеріалів, які мають отримати право на першочергове висвітлення в журналі «Право України», ми виходимо не тільки з амбіціозності визнаних вчених, які зібралися на це засідання, а в першу чергу керуємось потребами читачів, широкої аудиторії тих, хто відбувся як правознавець чи прагне наполегливою науковою працею брати приклад істинного служіння науці, якій присвятили своє життя академіки В. Корецький, П. Недбайло, Б. Бабій, М. Бажанов, М. Гордон, Р. Павловський, Л. Юзьков, В. Цвєтков та інші видатні вчені-юристи.

Ми маємо виходити з нашої спільної відповідальності перед українською вітчизняною юридичною наукою, перед практиками, які кожного місяця очікують «Право України» як джерело новітніх поглядів і пояснення правових явищ, які відбуваються в суспільному житті.

У зв'язку з цим дозвольте зупинитися на деяких основних структурних підходах до змістовної перебудови редакційної стратегії журналу «Право України».

По-перше, об'єктивною необхідністю сьогодення має стати висвітлення актуальної проблематики юриспруденції, яка базується і виходить із теоретичного пізнання держави, прав і статусу особи. Не забуваючи, що радою видавців журналу є Міністерство юстиції, Конституційний Суд України, Верховний Суд України, Вищий господарський суд України, Генеральний прокурор, Інститут держави і права, Академія правових наук України в особі їхніх керівників і метр юридичної науки академік В. В. Сташис, пріоритет залишається за історико-теоретичною дисципліною, яка має сьогодні добрі традиції і серйозні причини своєї суспільної витребуваності. Важливо насамперед теоретично зосередитися на тому, чому так складно проходить правова реформа в Україні, а це відкриває простір пропонувати шляхи формування нових правових підходів у подоланні негативних явищ. Долаючи стереотипи у правовому мисленні, важливо враховувати реальні політичні процеси, що вимагає посилити саме цей структурний відділ змісту журналу. Методологічні матеріали мають отримувати перевагу і враховуватися при виборі публікацій, а тому слід рекомендувати вченим зосереджуватися на доктринах права, які існують в кожній юридичній науці. Саме доктринальні позиції вчених поки не знайшли свого належного висвітлення, якщо обмежуватися останніми опублікованими статтями професорів Ю. Шемшученка, В. Авер'янова, П. Рабіновича, В. Мамутова та ін. Прикладом ґрунтовної розробки доктрини референдної демократії в конституційному праві відзначається опублікована стаття автора — народного депутата України М. Оніщука, але йдеться про систематичну публікацію доктринальних підходів у галузевих науках, що нині залишається без відповіді в журналі.

Ми не можемо поки що назвати авторів, які готували б публікації по таких самостійних наукових напрямах, як правова герменевтика (наука про тлумачення норм права), правова конфліктологія, правова компаративістика (порівняльне правознавство). Якщо її видатним засновником був, зокрема, відомий вчений Рене Давид, то хто з вітчизняних дослідників є його послідовниками? В журналі ніколи не висвітлювалася і така теоретична проблема, як нормографія (наука прикладного характеру для теорії держави і права). Тема правотворчості явно вийшла за вузькі межі теоретичних підходів, а тому залишається без комплексного аналізу новий структурний склад, який включає способи, принципи, стадії, види правотворчості.

Вагомий масив теоретичних знань потрібен юристам-практикам, які потребують доктринального визначення нормографії, оскільки важливою складовою діяльності державних органів є нормотворча діяльність. Доктрина нормографії, на наш погляд, повинна зайняти особливе місце і в системі юридичних наук, оскільки є допоміжною до загальної теорії держави і права, а також і до галузевих наук — конституційного, адміністративного, фінансового, земельного права тощо. Все це основа якості законодавства, а тому вимоги часу слід відображати в журналі.

В «Праві України» повинен бути новий теоретичний розділ, що має обумовлюватися підготовкою матеріалів провідних вчених, які представляють свої галузі наук, оскільки для виділення тієї чи іншої юридичної науки спочатку визначають її предмет і методологію, а природа правового явища має відображатися у доктрині як сукупність знань щодо його змісту і форми. Тому можна говорити про таку серйозну теоретичну проблему, як «правова політика держави».

В сучасних умовах диференціації наукових знань конституційне право залишається одним із пріоритетних напрямів теоретичних досліджень. Конституційна реформа вимагає ґрунтовних підходів щодо вироблення конституційної доктрини сучасної держави, їх відносин до інститутів громадянського суспільства, громадянина і особи, інститутів демократії і народовладдя, і що особливо актуально, — теоретичного висвітлення балансу влад, усунення конфліктності між ними, удосконалення державного механізму у виконавчій сфері. Чи потрібно говорити, що такі категорії як суверенітет народу і держави, народоправство в реальному вимірі обмеженої демократії, статус глави держави, який відіграє ключову роль у відносинах між гілками публічної влади, місце прокуратури в структурі владних суб'єктів та інші актуальні питання функціонування механізму держави, мають вже сьогодні знайти доктринальне висвітлення на сторінках нашого часопису.

Журнал має звертатись до вчених-конституціоналістів із замовленнями підготовки цих та інших актуальних тем конституційного праворозуміння, оскільки це підносить сутність права до ідеї конституційної справедливості і сприяє становленню конституційного правопорядку. Нам сьогодні явно не вистачає висвітлення проблематики конституційних цінностей як охоронюваних народним суверенітетом суспільних ідеалів конституційної безпеки (військової, політичної, демографічної, екологічної, духовно-культурної та інших складових). Жодного матеріалу не можна побачити стосовно теорії сучасної Конституції, конституційної конфліктології, інститутів охорони Конституції, прямої дії норм Основного Закону, ефективності забезпечення гарантій прав людини в сфері управління і правосуддя, проблем конституційного судочинства, необхідності введення права громадян на конституційну скаргу та ін. І це за наявності відомих вчених-конституціоналістів які плідно працюють в Києві, Львові, Одесі, Чернівцях.

В журналі повинні з'явитися нові рубрики, а отже — і нові ідеї, які відображали б сучасні проблеми системного оновлення конституційного регулювання суспільних відносин в Україні у зв'язку з підготовкою змін і доповнень до Конституції України. Державознавча проблематика є прямим викликом суспільних потреб, коли необхідно сприяти процесу професійної участі у створенні нових моделей щодо удосконалення інститутів влади, а також усього механізму держави. Вчені мають не тільки сприяти процесу формування концепції конституційного оновлення, а й експертним шляхом виявляти необхідні зміни і доповнення до Основного Закону України. Наука не сприймає монополії на істину, остаточність нормативного регулювання, особливо коли розпочався процес творчої співпраці

Національної конституційної ради, створеної Президентом України, з вченими різних галузей. Очевидною сьогодні є, наприклад, проблема формування самостійної контрольної влади, визначення місця і ролі прокуратури за світовою практикою існування прокурорсько-наглядової влади. Вона реалізується волею держави, а це виділяє її ознаки державної влади як самостійного інституту влади для охорони реального суверенітету народу. Чи може прокуратура стати суб'єктом судової влади, як стверджують окремі західні спеціалісти, для українського суспільства є дуже проблематичним.

Аналіз свідчить, що публікації за тематикою судової реформи страждають поверховістю, коментарями і повторенням одних і тих підходів, без новизни у постановці питання. Саме ця рубрика журналу має знайти нових авторів з оригінальним аналітичним підходом за науковою новизною реальних пропозицій і рекомендацій. Хотілося б побачити теоретичні статті, в яких би концептуально завершено розкривалося хоча б одне питання судової реформи. Наприклад, преса публікує проблемні статті щодо нового судоустрою, в якому пропонується ввести інститут конституційного контролю (Конституційний Суд) в структуру Верховного Суду України, раціонально побудувати систему спеціалізації в судах, переглянути скорочені процедури судочинства тощо. Все це вкрай важлива проблематика для наукової громадськості і практиків, але аналітичні матеріали в журналі відсутні.

По-новому слід підійти і до питання організації статусу територіального самоврядування, побудови суб'єктів управлінських відносин, які безпосередньо б залежали від волі виборців. Схоластика і явна одноманітність публікацій з цієї проблематики нівелюють роль науки у збагаченні практичного досвіду. Пекучою є проблема адміністративно-територіальної реформи, яка як зачіпає інтереси держави, так і має забезпечити оптимізацію регіональної і місцевої влади, що стає все більш віддаленою від потреб населення, забюрократизованою і формально-стримуючою для прогресивних етнокультурних потреб населення.

Отже, на цих прикладах висвітлення базових категорій юридичної науки і практики в провідному журналі «Право України» ми намагалися поставити на обговорення науковою радою питання щодо актуалізації структурного формування змісту наукових публікацій і з інших галузей теоретичних і практичних проблем. Змістовна побудова журналу має сьогодні враховувати інші пріоритети, оскільки такі рубрики, як «Державно-правове творення» виглядає скоріше як «руйнування», не допомагає творчому процесу забезпечення ініціатив Президента України, парламенту, Уряду вносити системні зміни, а не писати нову Конституцію, як пропонують деякі політики, залучаючи безпосередні форми демократії для виправдання власних проектів без врахування поглядів вчених-юристів.

На нашу думку, важливо, щоб члени наукової ради вносили пропозиції по актуальних проблем юридичної науки і практики, відповідно маючи орієнтир нової структури змісту журналу, а редколегія замовляла чи відбирала матеріали, орієнтуючись на якісне висвітлення актуальної проблематики.

Слід критично визнати, що нам сьогодні явно бракує матеріалів, які стосуються нових процесів юридичного навчання у вузах і спеціальних коледжах різного ступеня акредитації, теоретичного обґрунтування нової системи знань і учбових дисциплін, які сьогодні становлять навчальні курси підготовки майбутніх юристів. Формування сучасного спеціаліста має відбуватися не за догматичними стандартами викривлених уявлень щодо провідних учбових дисциплін, як наприклад, це примушував розуміти в навчальному процесі колишній декан юрфаку Київського національного університету ім. Тараса Шевченка, виводячи дисципліни екологічного права і екологічної безпеки понад всі методичні баланси навчального процесу. Навчальний процес у вузах має свою специфіку і не мириться з глухим консерватизмом, адже сучасний фахівець-бакалавр, спеціаліст і магістр — це відображення правильного науково-обґрунтованого формування якостей і здібностей бути готовим до практики чи обрати професію дослідника-теоретика. Але актуальні проблеми формування моделі сучасного юриста чомусь теж не знайшли належного відображення в публікаціях юридичного журналу.

Зупинившись лише на окремих важливих аспектах формування редакційної політики слід також підкреслити необхідність висвітлення проблем підготовки наукових кадрів за результатами захищених дисертацій. Потрібно знати, які і як захищаються

кандидатські й докторські дисертації, які за аналізом ВАК маємо здобутки і негативні явища, які наукові школи плідно працюють у розв'язанні сучасних проблем правознавства. Хіба це не цікавить наукову громадськість, яка має знати сучасні тенденції у підготовці праць науковцями і практиками, їх потенціал для подальшого розвитку теорії держави і права.

Наша зустріч, сподіваємося, буде поштовхом до нових пошуків наукових публікацій високого юридичного інтелекту, і для цього нам варто докладати зусиль і збуджувати творчу юридичну думку в журналі «Право України», що забезпечить йому авторитет провідного українського часопису.

## З виступів членів наукової ради

Професор **Л. К. Воронова** наголосила на необхідності рецензування статей, насамперед теоретичних, що буде запорукою того, що на сторінки журналу не потраплять неналежної якості публікації.

Журнал «Право України», зауважив доктор юридичних наук, професор **В. А. Тимошенко**, відрізняється від інших юридичних журналів високим теоретичним рівнем, але слід не зупинятися на досягнутому. На його думку, належить уточнити рубрики. Немає системи в науковому осмисленні державно-правових реформ. «Круглі столи» повинні проводитися на актуальні теми. Завдання, що стоїть перед науковою радою, —забезпечити перспективність журналу.

Професор **А. П. Закалюк** доречно зауважив, як належить діяти, щоб реалізувати пропозиції, висловлені на засіданні. На його думку, треба розробити перспективний план конкретних дій по вдосконаленню тематики журнальних публікацій.

Нинішній — 2008 рік— Рік прав людини, 60-річчя Декларації прав людини. Планується проведення з цього приводу міжнародної конференції, зазначила у своєму виступі Уповноважений Верховної Ради України з прав людини **Н. І. Карпачова.** Ми зможемо дати в журналі ряд матеріалів з прав людини. Журнал, зауважила вона, потребує нового прочитання.

Щодо захисту прав людини, безпеки її життя, висвітлення цієї тематики в «Праві України» висловив свої думки доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПрН України **В. П. Тихий.**

Свої пропозиції щодо тематики, яку хотілося б бачити в журналі, висловив доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАН України **В. Ф. Опришко**. На його думку, в журналі бажано було б бачити, зокрема, концепцію наукового розвитку; проблематику захисту прав людини; питання розвитку галузей права, зокрема трудового.

Член редколегії **І. В. Шицький** приєднався до висловленого побажання щодо підвищення вимог до пропонованих авторами статей, здійснюючи їх наукове рецензування.

На думку ректора Національної академії прокуратури України **Г. П. Середи**, слід більше уваги приділяти питанням житлового, пенсійного права, проводити «круглі столи» з питань нових законопроектів.

Закриваючи засідання наукової ради, головний редактор журналу, доктор юридичних наук, професор **О. Д. Святоцький** зазначив, що висловлені пропозиції і побажання будуть враховуватися редакційним колективом у подальшій роботі. Він висловив усім присутнім подяку за активну участь у обговоренні.

# ЗМІСТ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ: НАУКОВІ ПОГЛЯДИ ТА ЇХ ВІДТВОРЕННЯ У ЗАКОНОДАВСТВІ



**А. ПОРТНОВ**
***народний депутат України***

Діяльність конституційних судів та аналогічних їм за функціями органів постає в одному ряду із діяльністю глави держави, парламенту, уряду, а тому має посідати рівне їм за значенням місце у процесі державотворення та функціонування держави. В Україні єдиним органом конституційної юрисдикції, який не тільки займає позицію формального захисника незмінюваності і стабільності Конституції України, а й забезпечує творчу, динамічну, з урахуванням динаміки конституційних правовідносин, інтерпретацію та розвиток її положень, є Конституційний Суд України.

Досвід країн із розвиненими засадами конституційної державності свідчить про високу повагу до Конституції усіх суб'єктів права, налагоджену, результативну взаємодію між елементами політичної системи з метою забезпечення прав і свобод людини і громадянина, законних інтересів юридичних осіб. Виходячи з цього, роль органів конституційної юрисдикції не зводитися лише до правової охорони Конституції, а значною мірою реалізується також у творчому «пошукові» права відповідно до принципів верховенства права і справедливості [1, 1], виступаючи, тим самим, гарантом стабільності системи законодавства, дотримання моральних норм і принципів у суспільстві, надаючи можливість зміцнювати конституційно-правову основу діяльності всіх державних органів і посадових осіб, попереджувати законодавця щодо уважного ставлення до нормотворчості у сфері підготовки законопроектів, або визнавати помилки у перевищенні компетенції, невідповідному правозастосуванні чи обмежені прав і свобод громадян в актах органів, наділених владними повноваженнями.

Саме тому проблеми формування і діяльності органів конституційної юрисдикції, поряд із загальними проблемами державотворення на конституційних засадах, стають предметом наукового пошуку. На сьогодні у наукових дослідженнях з конституційного права вивчались питання розбудови конституційного ладу (В. Погорілко [2], П. Рабінович [3], Ю. Тодика [4], М. Цвік [5] та ін.), загальні питання конституційної юстиції (С. Боботов [6], М. Вітрук [7], В. Гергелійник [8] та ін.), статус Конституційного Суду в державному механізмі (Г. Арутюнян [9], Ю. Тодика, О. Марцеляк [10], М. Савенко [11], М. Савчін [12]), конституційний контроль (В. Комаров [13], Ж. Овсепян [14], В. Тацій, Ю. Грошевий [15]). Проблеми здійснення конституційного правосуддя вивчали А. Селіванов [16], Б. Страшун [17, 392–395], І.Назарова [18] та ін. Разом з тим питання визначення сутності конституційної юрисдикції потребує подальшого наукового вивчення, оскільки впливає на реалізацію

© А. Портнов, 2008

соціального призначення діяльності відповідних органів, законодавче визначення підстав здійснення конституційного судочинства та відповідні процесуальні форми, призначені гарантувати права людини у судовому процесі, полегшити встановлення істини по кожній розглядуваній справі.

Наукові погляди щодо змісту конституційної юрисдикції можна систематизувати у три групи:

1) як діяльність щодо захисту конституції [19, 160];

2) як форма конституційного контролю (Ю.Шульженко[ 20, 9], М. Вітрук [21]);

3) як складова конституційної юстиції (правосуддя) (С. Боботов [22]; О. Мироненко [23]).

Перша точка зору уявляється обмеженою, оскільки не враховує такої функції органів конституційної юрисдикції, як, наприклад, офіційне тлумачення Конституції та законів. Зазначену функцію уповноважений здійснювати Конституційний Суд України (ч. 2 ст. 147 Конституції України). Дана позиція також є відображенням виключно нормативного розуміння діяльності Конституційного Суду України [24, 73]. Навіть у Бразилії Федеральний Верховний трибунал, який знаходиться на вершині судової ієрархії, крім охорони Конституції, виконує функцію розгляду і вирішення окремих категорій справ як суд першої інстанції (зокрема, справи про загальнокримінальні діяння Президента республіки, Віце-президента, членів Національного конгресу, власних суддів, Генерального прокурора Республіки, командувачів Військово-морськими, Сухопутними та Військово-повітряними силами тощо) [25, 120].

Підґрунтям для характеристики конституційної юрисдикції як форми конституційного контролю є думка про те, що основною функцією конституційних судів є конституційний контроль за правовими актами на предмет їх несуперечності конституції [19, 160]. Разом з тим науковці зазначають, що вищою формою конституційного контролю є конституційне правосуддя [7, 25]. Тим самим конституційне правосуддя і конституційний контроль не відокремлюються і вказується про взаємозв'язок між ними.

Однак зазначене розуміння конституційної юрисдикції є широким. Його застосування щодо характеристики діяльності органів конституційної юрисдикції не дозволяє сформулювати їх головне призначення і, тим самим, визначити місце у державному апараті.

Про розширене тлумачення змісту конституційної юрисдикції в разі розуміння його як певної форми конституційного контролю свідчить і аналіз діяльності органів конституційної юрисдикції у світі. Так, органами конституційного контролю є не лише спеціалізовані конституційні суди. В окремих країнах він здійснюється судами загальної юрисдикції або вищими (верховними) судами, а законодавче регулювання відбувається не лише на конституційному, а й на рівні окремих законів і є незначним або взагалі відсутнє.

Функції конституційного контролю, поряд з іншими функціями — розгляд апеляцій, слухання справ як суд першої інстанції, тлумачення Конституції США та федеральних законів, — виконує, зокрема, Верховний Суд США [25, 70]. В Індії функцію конституційного контролю вища судова інстанція — високий суд виконує також поряд з іншими функціями: розгляд апеляцій та вирішення найбільш важливих справ як суд першої інстанції [25, 225]. В Данії і Норвегії конституційний контроль здійснюють загальні суди на підставі судової практики або судового прецеденту за відсутності в конституціях цих країн спеціальних приписів щодо забезпечення ними такого контролю. В Аргентині, США конституційний контроль судів загальної юрисдикції лише якоюсь мірою базується на положеннях конституцій, яким суди дали власну інтерпретацію. В інших країнах, таких як Швейцарія, Болівія, Колумбія, Бразилія, Нікарагуа, Гондурас, Уругвай, Мексика, Венесуела, Сальвадор, Філіппіни, Панама, Індія, Японія, Греція, функції конституційного контролю загальних судів досить чітко і повно закріплені в конституціях. В Австрії, Іспанії, Італії, Франції повніше нормативно врегульована діяльність спеціалізованих судових (квазісудових) органів конституційного контролю. Цьому питанню присвячено цілі розділи та окремі статті конституцій, а також спеціальні закони. В той же час у ФРН, Російській Федерації діяльність органів конституційного контролю в конституціях визначається лише окремими статтями, навіть не об'єднаними в розділи [14, 47; 26, 52–65].

Якщо проаналізувати діяльність Конституційного Суду України щодо її характеристики як контрольної, слід зазначити, що

відповідну контрольну функцію Конституційний Суд України реалізує, коли вирішує питання про відповідність законів та інших правових актів Конституції України, додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту (статті 150, 151 Конституції України [27], статті 13, 39 Закону України «Про Конституційний Суд України» [28]). Про те, що конституційний контроль реалізує юрисдикцію Конституційного Суду України зазначав А. Селіванов. Він вказував, що така реалізація відбувається у всіх випадках здійснення конституційного правосуддя, оскільки перевіряються на тільки норми, окремі положення, а й закон в цілому, і у разі виявлення суперечностей з конституційними нормами він має бути визнаний таким, що втрачає юридичну силу в певній галузі законодавства. Контрольна функція Конституційного Суду України щодо конституційності законів та інших правових актів має забезпечувати корегування законодавства через джерело вищого права — Конституцію України [16, 6].

Останню групу становлять наукові погляди щодо змісту конституційної юстиції (правосуддя).

Дослідники проблеми судового захисту прав і свобод вказують на те, що конституційна юстиція (правосуддя) синтезує у собі два начала — сутність конституційного контролю та форму правосуддя, внаслідок чого маємо справу із самостійним видом державно-владної контрольної діяльності у спеціалізованій формі конституційного правосуддя. Конституційне правосуддя як різновид правосуддя має такі основні риси (ознаки): 1) наявність конституційних судів як спеціалізованих судових органів конституційного контролю, 2) автономне становище судів у ієрархії судових органів, 3) самостійна процесуальна форма відправлення конституційного правосуддя, 4) юридична сила рішень конституційного правосуддя прирівняна до юридичної сили конституції, 5) особлива система законодавства, яке регулює конституційне правосуддя [7, 23–36].

Вбачається, характеристика конституційний судів як спеціалізованих органів конституційного контролю є певною мірою обмеженою. Дійсно, спочатку конституційне правосуддя виникло для перевірки конституційності законів, прийнятих парламентом. У подальшому предметом розгляду конституційним судом стало питання конституційної відповідальності глави держави за державну зраду, порушення конституції та інше (імпічмент) [7, 154]. Поступово предмет конституційної юрисдикції розширювався відповідно до культурних та національних традицій кожної держави, рівня соціально-економічного розвитку, форми державного устрою. Так, і в Україні статтею 147 Конституції України Конституційний Суд України визначений як єдиний орган конституційної юрисдикції. Водночас охарактеризувати його як суто орган конституційного контролю не уявляється можливим. Конституційний контроль здійснюється Конституційним Судом України в разі вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність): законів та інших правових актів Верховної Ради України; актів Президента України; актів Кабінету Міністрів України; правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим; надання висновку щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту. Разом з тим Конституційний Суд України має й інші повноваження — щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів України.

Про неоднозначну характеристику діяльності Конституційного Суду України зазначає, зокрема, М. Савчін. Так, він визначає Конституційний Суд України як орган конституційної юстиції на підставі таких міркувань. У механізмі державної влади в Україні Конституційному Судові належить першість у забезпеченні верховенства Основного Закону, конституційного ладу, основних прав і свобод. Цей орган виступає конституційним органом влади спеціальної компетенції, функції якого мають самостійний характер і займають важливе місце серед інструментів механізму стримувань і противаг. Через таку особливість розгляду конституційно-правових спорів діяльність Конституційного Суду України можна визначити як здійснення конституційної юстиції [24]. Однак автор, критично ставлячись до власних положень, зазначає, що здійснення конституційної юстиції забезпечується не тільки безпосередньо органами конституційної юрисдикції, а й також іншими судовими установами залежно від особливостей розвитку національної правової системи та організації публічної влади.

Розв'язанню цих теоретичних суперечок сприятиме корегування змісту першої ознаки конституційного правосуддя. Її доцільно сформулювати таким чином: наявність конституційних судів як спеціалізованих судових органів. Таке положення відтворює особливе становище конституційних судів у системі судових органів у всьому світі.

Незважаючи на те, що узагальнити повноваження конституційних судів у різних країнах надзвичайно складно, виявити певні тенденції законодавчого регулювання можливо. Так, повноваження конституційних судів можуть бути вичерпно урегульовані конституцією і профільним законом, і тоді перелік повноважень буде закритим. У окремих країнах перелік повноважень конституційного суду відкритий, що також передбачено конституцією і законом про конституційний суд. Законодавець може розширювати коло повноважень конституційного суду, якщо це не суперечить його правовій природі як органу конституційного контролю. Інколи конституційні суди вимушені самостійно конкретизувати власні повноваження тому, що у конституції або законі вони сформульовані занадто узагальнено і нечітко. Наприклад, станом на 1998 р. у Конституції Грузії було зазначено, що Конституційний Суд розглядає питання конституційності міжнародних угод. У цьому разі сам Конституційний Суд має визначити, які саме міжнародні угоди він може розглядати — ратифіковані або підписані і не ратифіковані, або і ті й інші. При цьому Конституційний Суд може керуватися принципом самообмеження або принципом активної ролі у захисті конституційних прав і свобод громадян, основ конституційного ладу, конституційної законності. Інший приклад — Конституційний Суд Угорщини, який надто широко тлумачив припустимість звернень та винесення рішення щодо будь-якого клопотання, яке давало можливість тлумачити те чи інше положення Конституції. Конституційний Суд Угорщини поширює свою конституційну юрисдикцію на контроль основних тенденцій судової практики шляхом розгляду практики «діючого права» (досвід Конституційного Суду Італії) та тлумачення норм у відповідності з Конституцією (довід Конституційного Суду Німеччини) [7, 154–155]. Викликає інтерес досвід законодавчого врегулювання повноважень Конституційного Суду Італії. Відповідно до ст. 134 Закону про Конституційний Суд, він уповноважений розглядати спори про компетенцію, що можуть виникнути між парламентом і урядом, главою держави і парламентом, органами судової влади та урядом, між державою і областями, або між областями. Крім того, Суд має повноваження народного вето [29, 376]. Певною мірою обмежені повноваження Конституційного Суду Російської Федерації щодо конкретизації власних повноважень. Він розв'язує спори про компетенцію: між федеральними органами державної влади, між органами державної влади федерації та органами державної влади суб'єктів федерації, між вищими державними органами суб'єктів федерації. Конституційний Суд за скаргами про порушення конституційних прав і свобод громадян і за запитами суддів перевіряє конституційність закону, який застосовується чи має бути застосований у конкретній справі [29, 435–436].

Стосовно Конституційного Суду України, Верховна Рада України не може змінювати його повноваження у бік розширення його компетенції, кола суб'єктів, які можуть звертатися до Конституційного Суду з питань відповідності Конституції України (конституційності) законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України та Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, а також переліку цих нормативно-правових та інших актів без внесення відповідних змін до Конституції України.

Проведений аналіз відповідності діяльності Конституційного Суду України ознакам конституційного правосуддя дозволяє охарактеризувати його як орган конституційного правосуддя. Саме така характеристика є підгрунтям для визначення особливого правового становища Конституційного Суду України у системі судових органів, зміна якого не повинна бути, хоча останнім часом виникають різні точки зору з цього приводу.

Аналіз наукових поглядів щодо сутності конституційної юрисдикції дозволив зробити наступні висновки:

— наукові погляди щодо змісту конституційної юрисдикції можна систематизувати у три групи: 1) як діяльність щодо захисту конституції; 2) як форма конституційного контролю; 3) як складова конституційної юстиції (правосуддя);

— Конституційний Суд України визначений як орган конституційного правосуддя, у зв'язку з чим він повинен мати і має особливе правове становище у системі судових органів;

— наявність особливого правового становища Конституційного Суду України виключає розширення чи звуження його юрисдикції на підставі закону і вимагає визначення меж його діяльності тільки Конституцією України.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**


1. Савчін М. В. Конституційний Суд України як гарант конституційного ладу // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук 12.00.02. — К., 2004.
2. Погорілко В. Ф. Основи конституційного ладу України. — К.: Ін-Юре, 1997. — 40 с.
3. Рабінович П. М. Права людини і громадянина у Конституції України. —Харків: Право, 1997. — 64 с.
4. Тодика Ю. Роль Конституції України в становленні громадянського суспільства // Вісник Академії правових наук України. — 1999. — № 2. — С. 3–12.
5. Цвік М. В. Конституційні проблеми розподілу властей (деякі загально теоретичні аспекти) // Вісник Академії правових наук України. — 1993. — № 1. — С. 60–68.
6. Боботов С. В. Конституционная юстиция (сравнительный анализ). — М.: ЕАВ, 1994. — 126 с.
7. Витрук Н. В. Конституционное правосудие. Судебное конституционное право и процесс. — М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998. — 383 с.
8. Гергелійник В. О. Правові проблеми становлення та функціонування конституційної юстиції в Україні: Автореф. дис. ... к-та юрид. наук. — К., 1999. — 18 с.
9. Арутюнян Г. Г. Конституционный Суд в системе государственной власти (сравнительный анализ). — Ереван: НЖАР, 1999. — 238 с.
10. Тодика Ю. М., Марцеляк О. В. Конституційний Суд України і прокуратура в конституційно-правовому механізмі забезпечення основних прав громадян. — Харків: Лібра, 1998. — 107 с.
11. Савенко М. Д. Правовий статус Конституційного Суду України // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук 12.00.02. — Х., 2001. — 18 с.
12. Савчін М. В. Конституційний Суд України як гарант конституційного ладу // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук 12.00.02. — К., 2004. — 20 с.
13. Комаров В. В. Конституционный контроль: опыт сравнительного анализа (Россия, субъекты Федерации, страны—участницы СНГ и страны Балтии) // Конституционное и муниципальное право. — 1998. — № 1. — С. 48–55.
14. Овсепян Ж. И. Правовая защита конституций. Судебный конституционный контроль в зарубежных странах. — Ростов-на-Дону: Литература Д, 1992. — 320 с.
15. Тацій В. Я., Грошевий Ю. М. Правові засоби охорони Конституції // Вісник Академії правових наук України. — 1995. — № 3. — С. 35–42.
16. Селіванов А. О. Верховенство права в Конституційному правосудді: Аналіз конституційної юрисдикції. — К.; Х.: Акад. прав. наук України, 2006. — 400 с.
17. Селіванов А. О. Верховенство права в Конституційному правосудді: Аналіз конституційної юрисдикції. — К.; Х.: Акад. прав. наук України, 2006. — 400 с.
18. Назарова И. С. Конституционное судопроизводство // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2003. — 20 с.
19. Сравнительное конституционное право / Под общ. ред. В. Е. Чиркина. — М., 1996.
20. Шульженко Ю. Л. Конституционный контроль в России. — М., 1995.
21. Витрук Н. В. Конституционное правосудие. Судебное конституционное право и процесс. — М.: Издательское объединение «ЮНИТИ», 1998. — 383 с.
22. Боботов С. В. Конституционная юстиция (сравнительный анализ). — М., 1994.
23. Мироненко О. О. Препозиційні витоки конституційної юстиції в Україні // Вісник Конституційного Суду України. — 1998. — № 4.
24. Савчін М. В. Конституційний Суд України як гарант конституційного ладу / Дис. ... канд. юрид. наук 12.00.02. — К., 2004.
25. Конституционное (государственное) право зарубежных стран Учебник: В 4 т. Т. 4. Часть Особенная: страны Америки и Азии / Отв. ред. проф. Б. А.Страшун. — Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА—ИНФРА • М), 2001. — 656 с.
26. Конституційне судочинство. Американський та український досвід / Видано за підтримки фонду ім. Чарльза Стюарта Мота. — К., 1999.
27. Конституція України // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 1996. — № 30. — Ст. 141 (зі змінами).
28. Про Конституційний Суд України: Закон України від 16.10.1996 р. № 422/96-ВР // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 1996. — № 49. — Ст. 272 (зі змінами).
29. Конституційне право зарубіжних країн: Навч. посібник / М. С. Горшеньова, К. О. Закоморна, В. О. Ріяка та ін.; За заг. ред. В. О. Ріяки. — 2-е вид., допов. і перероб. — К.: Юрінком Інтер, 2007. — 544 с.

# ОСНОВНІ ЦІННОСТІ ПРАВА ЯК СИСТЕМА



**О. БАНДУРА**
***професор кафедри філософії права та юридичної логіки НАВСУ, доктор філософських наук***

У вітчизняній і зарубіжній філософсько-правовій літературі широко обговорюються такі цінності, як людське життя, гідність, власність, свобода, справедливість тощо. Але поки що майже не було спроб системного їх аналізу, з'ясування їх співвідношення, зв'язків між ними, їх ієрархії. Пропонована стаття є такою спробою.

Досліджуючи цінності людини, на нашу думку, слід почати з того, що окрема людина завжди жила і розвивалась у суспільстві. (Поодинокі винятки ми не беремо до уваги, оскільки вони не справили впливу на загальні уявлення про цінності). Тому загальнолюдські цінності є цінностями, які були вироблені людиною як членом суспільства, в його межах.

Найвище місце в ієрархії цінностей належить віддати життю, а саме — існуванню усього суспільства в єдності з життям кожної окремої людини. Їх неможливо розділити: життя суспільства — це життя його членів, а індивід може одержати можливості для людського життя лише завдяки суспільству, саме суспільство робить людину людиною. Відповідно і для права найвищою цінністю є збереження суспільства та життя кожного її члена, причому значення останнього постійно посилюється.

Прагнення людини до життя насамперед проявляється в розширенні її впливу як духовно-тілесної істоти на найближчу сферу навколишнього предметного світу, того середовища, в якому вона живе, в освоєнні і перетворенні її згідно з власними цілями, інтересами і потребами, в оволодінні нею, у перетворенні її на свою власність. Принципову роль у цьому процесі відіграла праця. Діючи на зовнішню природу і змінюючи її, людина одночасно змінює свою власну природу, удосконалює себе.

Суть власності можна розуміти як безпосередню владу людини над певною частиною зовнішнього світу. На думку В. Соловйова, «власність є ідеальним продовженням особи в речах, або її перенесенням на речі» [14, 432]. Власність не лише забезпечує виключні можливості у володінні речами, а також у їх використанні та розпорядженні ними, взагалі у будь-якому поводженні з ними. Вона також є формою олюднення природи. «Власність структурує зовнішній щодо індивіда світ — пише Д. Дождєв, — за допомогою гуманітарного масштабу: «Людина є мірою усіх речей» [6, 379]. Власність і право власності є фундаментальними цінностями права.

Найстарішими і до сьогодні найпоширенішими теоріями власності є теорія окупації та трудова теорія. Відповідно до першої, власністю стають природні об'єкти (загалом речі, які нікому не належать) внаслідок їх захоплення («окупації») людиною. Друга виходить з того, що людина починає здійснювати своє панування над предметом природного середовища не шляхом його захоплення, а шляхом його формування, опрацювання сировини; за цією теорією лише праця, що створює матеріальні блага, заслуговує на правовий титул власності [12, 152].

© О. Бандура, 2008

Головною формою власності є власність на речі, тобто на тілесні предмети. У широкому розумінні існує власність і на інші блага. Об'єктами власності можна (або слід) вважати абсолютно все, оскільки теоретично абсолютно все у світі можна визнати таким, у чому людина відчуває потребу. Так можна вести мову про духовну власність, маючи на увазі при цьому мистецькі та наукові твори, винаходи та ідеї, які можуть бути використані.

Власність має не лише «об'єктний» компонент, сюди входять також суспільні відносини щодо відповідних об'єктів. Без ставлення інших осіб до якоїсь речі як до чужої не було б і ставлення до неї самого власника як до своєї, а зміст власності як суспільних відносин розкривається за допомогою тих зв'язків і відносин, у які власник обов'язково вступає з іншими людьми у процесі виробництва, розподілу, обміну і споживання матеріальних благ.

Таким чином, можна визнати існування у певному розумінні тотожності речі та особи, і ця тотожність, зазначає К. Скловський, лежить у підґрунті первинних правових уявлень і справила свій вплив на утворення фундаментальних правових понять [13, 143]. Можна припустити, що принцип таліону («життя за життя, око за око, руку за руку, втрата за втрату») поступово був замінений матеріальним відшкодуванням ушкоджень, завданих особі, саме тому, що особа мислилась у єдності з її власністю.

Первісний соціум існував на межі виживання. Матеріальні блага могли бути тільки спільною власністю, яка більш-менш порівну розподілялась між усіма членами соціуму — так, щоб він не загинув. Це була доба первісного комунізму. Завдяки подальшому розвитку людини продуктивність праці поступово зростала і з'явився надлишковий продукт, який став приватною власністю окремих членів роду.

Це своєю чергою ознаменувало новий етап у розвитку людини. Прадавній свідомості було властиве відчуття «антропоморфної природи і космічної людини... спорідненості структури космосу і своєї власної структури» [5, 73]. Вона не відділяла людину від природи. Переживання себе як космосу, тобто частини і відображення загальної гармонії і порядку, означало відсутність межі між особою та навколишнім речовим світом, давало відчуття права на перебування в цьому світі як своєму. Так само людина мислила себе як невіддільну частку соціуму. Виділення з власності соціуму тієї частки, яка належала окремому його члену, потягло за собою виділення із соціуму її господаря, становлення його як особистості. Усвідомлюючи відокремленість свого майна від загального, людина усвідомлювала і свою власну відокремленість від спільноти.

Приватну власність можна розглядати як універсальну форму прояву волі її господаря. Власник реалізується у власності і накладає на неї відображення своєї особистості. «Власність, строго кажучи, є певною властивістю самої особистості, продовженням або частиною особистості», — пише Н. Алексєєв [1, 354]. Б. Чичерін вбачає «підставу і призначення власності» «в окремій особистості» [20, 161]. Р. Циппеліус вважає, що приватною власністю є навіть така публічно-правова норма, як право на пенсію, оскільки вона для багатьох такою самою мірою, як приватна власність на річ, становить економічне підґрунтя їхнього існування та свободи [18, 233]. Д. Дождєв звертає увагу на ще один аспект приватної власності: вона «ставить суспільство та його інститути на службу індивіду»[6, 379]. Класична філософія права розуміла приватну власність як свята святих існування і поступального розвитку будь-якого суспільства. Дж. Локк писав, що приватна власність є споконвічним правом людини[8, 49].

Власність також є своєрідним каналом зв'язку окремої особи із суспільством. Оскільки людські цінності — це цінності людини, яка завжди жила у тій чи іншій спільноті (котра створювала їй необхідні для життя умови і робила її людиною), прагнення індивіда набути приватну власність, збільшити її розміри має свою діалектичну протилежність — піклування про загальний добробут спільноти, суспільства загалом. Приватна власність виконує також соціальну функцію. Вона має принципове значення насамперед для економічного розвитку суспільства. Приватний інтерес є надзвичайно потужним чинником розвитку суспільства, важливою рушійною силою розвитку суспільного виробництва, зростання добробуту усього соціуму і відповідно позитивних зрушень у соціальній сфері.

Б. Чичерін у праці «Філософія права» пише, що економічна наука досліджує спілкування людей шляхом поділу праці та поєднання сил, з чого випливає еконо-

мічний обіг. Рушійну пружину цього процесу він вбачає саме в особистому інтересі, тобто прагненні до матеріальних благ і задоволення матеріальних потреб [21, 205].

Звичайно, в історії наукової думки було чимало мислителів, які критикували приватний інтерес як егоїзм. У відповідь на цю критику можна навести таке міркування Б. Чичеріна: «Моралізуючі економісти плямують ганьбою особистий інтерес під ім'ям егоїзму і вважаючи його не гідним моральної природи людини. Але цей напад на особистий інтерес в економічній галузі не більше ніж декламація, позбавлена сенсу... задоволення своїх матеріальних потреб, навіть у широких масштабах, не має у собі нічого беззаконного. Усе завдання людини у підкоренні природи полягає в набутті матеріальних благ та в задоволенні матеріальних потреб, і це завдання становить одну з високих цілей людини на землі; в ній міститься необхідна умова самого духовного розвитку. Приватний інтерес витікає з природи особи як такої; він становить невід'ємне її право. З ним є сумісними і будь-які моральні цілі» [21, 205]. «Зв'язок особи з власністю, — пише М. Бердяєв, — одухотворює її ставлення до матеріальної природи, робить його не виключно споживацьким» [3, 304].

Приватний інтерес особи та її прагнення сприяти соціальному прогресу становлять пару діалектичних протилежностей. Провідна роль у ній зазвичай належить приватному інтересу. Потрібно, щоб ці протилежності були у гармонії. В. Бабкін звертає увагу на таке парадоксальне явище: країни, в яких панувала планова економіка, вживають серйозних заходів для стимулювання індивідуалізму, в той час як країни з ринковою економікою намагаються зробити ринок більш прийнятним з соціальної точки зору [2, 6].

Занепад, а згодом і остаточна катастрофа першого в історії правового порядку, що став класичним — давньоримського, відбулися після того, як центральна влада у Римі почала наполегливо витісняти приватну ініціативу. Подібна послідовність подій багаторазово повторювалася й у наступні періоди еволюції людства, через що очевидним ставав висновок: цивілізація може так чи інакше розвиватися, але у своєму розвиткові не просунеться надто вперед, якщо влада відбирає у громадян усяке управління їхніми повсякденними справами і повністю перебирає цю функцію на себе. Як засвідчує історія, жодна розвинута цивілізація не досягала у своєму поступі успіхів без наявності зовсім іншої (за характером, роллю і місцем у суспільній організації) влади, такої, яка бачила б головну мету своєї діяльності у постійному забезпеченні права приватної власності, не заважала б приватній ініціативі, якщо та не суперечить загальним правовим установленням, тоді як «сильна» влада постійно гальмувала розвиток і процвітання суспільства. Уряди, які не організовували насильства з боку публічної влади і виявлялися здатними захистити членів суспільства від насильства з боку інших своїх же співгромадян, уможливлювали розвиток усе складнішого рівня і досягнення порядку, заснованого на добровільному, некерованому, не плановому, спонтанному, але успішному і плідному співробітництві [7, 48–49].

Велике значення має та обставина, що особистості потрібне не просто життя, а гідне життя. З іншого боку, гідність виступає мірою ствердження в людині особистісного начала. У структурі особистості й у практичній поведінці гідність реалізується через такі чесноти, як самодостатність, самостійність, незалежність, відповідальність, вимогливість до себе та до інших тощо. На думку Гегеля, принципова відмінність людини від тварини полягає в тім, що, крім природних потреб, головною серед яких є самозбереження, вона бажає, щоб її визнавали людиною, тобто істотою з певною гідністю. Найяскравіше це почуття проявляється у готовності ризикнути життям у боротьбі всього лише за престиж, оскільки тільки людина здатна перебороти свої найглибинніші тваринні інстинкти, в тому числі й інстинкт самозбереження, заради вищих, абстрактних принципів і цілей. Гегель вважав, що первісними бійцями у двобої рухало споконвічне прагнення до визнання, бажання, щоб інші визнали їх людьми через те, що вони ризикують життям у смертній сутичці. Ставка в цій кривавій битві на зорі історії — не їжа, не житло й не безпека, а престиж у чистому вигляді. І в тім, що мета двобою визначена не біологічними потребами, Гегель вбачав перший проблиск людської волі [17, 15]. Почуття гідності належить до сфери духу, воно є духовною життєвою потребою людини.

Це почуття виникло і розвинулось у людини в межах соціуму, як його члена. Гідний індивід прагне до блага не лише для себе, а й

для інших. «Гідність людини, — пишуть П. Рабінович та О. Грищук, — це внутрішня оцінка людиною власної самоцінності, яка ґрунтується на об'єктивно існуючій цінності даної людини для інших суб'єктів» [15, 191]. Право особи на гідність є такою цінністю, котра повинна знайти визнання у конституції будь-якої цивілізованої держави.

Для відчуття гідності, самодостатності людина потребує незалежних джерел існування; можна вважати, що підґрунтям гідності виступає приватна власність. Вона значною мірою визначає становище людини у суспільстві.

Розглядаючи це питання, варто згадати, наприклад, слова Шарля Бодлера з вірша «Вино лахмітників» про «гордість у злиденності — ту головну умову, за якої людина стає подібною Богові». Омар Хайям також в одній своїй рубайї описує рінда (жебрака), який не визнавав жодної влади над собою і поводився з людьми, «наче сам імператор». Тут потрібно зважити на співвідношення тілесного й духовного у природі людини, яка відображається у співвідношенні матеріальних і духовних життєвих потреб. Для фізичного життя, існування людини необхідні певні мінімальні матеріальні умови. Коли вони мають місце, тоді можна вести мову про задоволення духовних потреб. Звичайно, у кожної людини своє співвідношення цих різновидів потреб. Приватна власність має значення як підстава для гідності не завдяки своїм абсолютним розмірам (вона може бути мінімально необхідною для життя), а у співвідношенні з потребами людини. Як кажуть, не той бідний, у кого мало, а той, кому мало. Якщо наявної у людини власності досить для задоволення її потреб, то вона має підстави для того, щоб відчувати себе гідною, самодостатньою. Але абсолютна більшість потребує для відчуття власної гідності такої власності, яка була б достатньою для забезпечення пристойного людського життя як самої людини, так і її сім'ї.

Далі, людська гідність як незалежність передбачає свободу. Ці загальнолюдські та правові цінності становлять певну єдність. Становлення й розвиток поняття свободи пов'язаний з історією приватної власності. Право приватної власності є правом вільно розпоряджатись нею. Відповідно до давньогрецького світогляду, взагалі егоїстичного за своїм характером, власність містила у собі переважно приватний інтерес, що виявлявся для кожного у свободі і можливості безперешкодної її реалізації. С. Франк пише: «Приватна власність є реальною умовою буття людини як духовно-тілесної істоти; тим самим вона є реальною умовою її свободи як члена соціального цілого і, отже, умовою буття самого громадянського суспільства» [16, 143–144].

Право приватної власності є потужним засобом розвитку особистості. Р. Циппеліус вважає вельми істотним, що свобода має економічні компоненти. Подібно до того, як завдяки правовій приватній автономії зберігаються певна громадянська самостійність та можливості самоформування, цей приватний острів у морі державної регламентації, пише він, так і громадянська свобода знаходить підгрунтя у приватній власності, тобто у царині, в якій особистість може порядкувати згідно з власними уявленнями, в якій вона знаходить також певну економічну незалежність. Завдяки правовому регулюванню власності гарантується не лише суб'єктивне право окремої особистості, а й водночас забезпечується підтримка громадського порядку. Ці правові гарантії захищають поряд зі свободою договорів і свободою професій також самоврядування. У такий спосіб, робить висновок зазначений автор, власність, поряд з іншими правовими гарантіями, слугує й тому, щоб надати ваги соціально-життєвим функціональним царинам з обмеженою здатністю до приватного самоконтролювання й звільнити їх від тоталітарної державної виконавчої влади [18, 235–236].

Цікаво зіставити у соціально-історичному аспекті два тлумачення свободи — як пізнаної необхідності та як можливості вибору. Коли соціум опиняється на межі фізичного виживання (при цьому приватна власність практично скорочується до мінімуму), тоді переважає концепція свободи як пізнаної необхідності. Свобода як можливість вибору набуває соціального визнання за умов достатньо високого рівня добробуту і відповідного стану приватної власності. Тоді у соціуму, держави немає необхідності обмежувати право громадянина на приватну власність, позбавляти його можливостей для вільного розвитку, вимагати від нього, щоб він жертвував усім багатством свого життя, яке забезпечується приватною власністю, заради виживання соціуму, він може надати громадянинові альтернативи поведінки. Розуміння свободи як можливості

вибору відповідає цивілізованим умовам життя, коли для суспільства вже немає проблеми елементарного виживання, воно може піклуватися про своїх членів і одночасно повніше реалізувати їхній потенціал. Кожна із зазначених інтерпретацій (форм) свободи відповідає своїм соціально-політичним умовам, які складаються в процесі еволюції суспільства, і зміна цих умов взаємно пов'язана з переходом від однієї інтерпретації (форми) до іншої.

Зазначені інтерпретації свободи мають істотне значення для правосвідомості. Коли громадянин вважає норми позитивного права (закони) правильними і цілком згоден з ними, можна сказати, що вони становлять його вибір, він ставиться до них як до правил, встановлених ним самим. Тоді свобода виступає для нього як можливість вибору. В протилежному разі, якщо він не приймає ці норми, він усе-таки змушений їх дотримуватись, оскільки вони ґрунтуються на силі держави, але його свобода виступає в іншій формі — у формі пізнаної необхідності.

Саме приватна власність (хоча б мінімально необхідна для життя) при всіх її негативних аспектах здатна забезпечити найвищу міру свободи особи, яка реально досягнута в історії людства.

Звернемо увагу на те, що свобода як вибір передбачає відповідальність. Це продуманість, виваженість, обґрунтованість рішень, урахування всіх обставин і можливих наслідків; це також готовність відповідати за свої вчинки. Якщо дії людини не детерміновані обставинами однозначно, якщо можливі різні рішення, то вона несе відповідальність за свій вибір.

Діалектика свободи та відповідальності має місце і в сфері права. Правові норми надають людині свободу, але вони також накладають на неї юридичну відповідальність, права тягнуть за собою обов'язки. Можливість вільного володіння, користування, розпорядження майном поєднується з «тягарем» пов'язаних з цим витрат і ризику. Власність повинна бути весь час діяльною, використовуваною і за допомогою цього знову і знову одержуваною й утворюваною, вона є невпинною працею, що нескінченно втілюється в зайнятості і результатах [12, 153].

Свобода також є цінністю, сформованою у межах суспільства. Вона тісно пов'язана з рівністю. Адже право людини на особисту свободу обмежується таким самим правом інших, громадяни повинні бути в цьому відношенні рівноправними. Слід погодитися з таким твердженням С. Франка: «Свобода особистості є... не її природженим і первинним правом, а її громадським обов'язком; вона має не самостійну, а функціональну цінність;... вона є... формою буття, зумовленою і виправданою началом служіння. Не інтерес і право особистості, а інтереси служіння правді вимагають... розчленування суспільства на окремі, захищені правом центри вільної активності і забезпечення кожному з них належної сфери свободи» [16, 142]. Цікавим, зокрема, є бачення цієї взаємозалежності Б. Чичеріним: «Особиста свобода полягає в праві людини порядкувати собою і своїми діями; свобода в союзі з іншими, або свобода суспільна, виражається в праві разом з іншими брати участь у рішенні спільних справ» [19, 22]. Щодо відповідальності має місце аналогічна ситуація: особистість, беручи на себе відповідальність, вимагає її також від інших.

Звернімось до питання про взаємні відносини власності з рівністю і справедливістю. На наш погляд, названі загальнолюдські та правові цінності органічно пов'язані між собою.

Загалом рівність у суспільстві має принципове значення для його прогресу. Боротьба між індивідами та їхніми групами повинна проходити у рівних умовах, котрі можуть забезпечити тільки закон і сильна влада. Для цивілізованого розвитку суспільства необхідно, щоб прийняті закони встановлювали рівні права громадян і рівні можливості їх реалізації. Важливою складовою такого розвитку, пишуть М. Домашенко та В. Рубаник, є «право кожного громадянина вільно розпоряджатися своїм майном (у тому числі й належними йому засобами виробництва), тобто право приватної власності» [7, 3].

Справедливість передбачає рівність у правах і розподілі благ, потребує відповідності між практичною діяльністю окремих індивідів і соціальних груп та їхнім становищем у суспільстві, між правами й обов'язками, працею та винагородою, заслугами людей та їх суспільним визнанням. Справедливість також діалектично пов'язана і з гідністю, і з власністю, і з рівністю, й зі свободою та відповідальністю.

Заслуговує на увагу та обставина, що характер уявлень про рівність і справедливість, як і характер уявлень про свободу, істотно залежить від загального матеріального стану

соціуму. У ті періоди його розвитку, коли матеріальних благ дуже мало і йдеться про його виживання, ці блага поділяються між членами соціуму таким чином, щоб він не загинув, тобто приблизно порівну. Нерівномірний розподіл життєвих благ за умов існування соціуму на межі вичерпання життєвих ресурсів тягне за собою загрозу фізичної його загибелі. У такий період має місце фактична рівність, що вважається справедливим. З підвищенням рівня добробуту виникає і дедалі більше посилюється розшарування членів соціуму за рівнем приватної власності. Такий стан дістає закріплення у праві, має місце юридична рівність при майновій нерівності. Тепер справедливою визнається будь-яка власність, одержана по праву. У суспільстві, далекому від кризового стану, вимога «фактичної рівності», пише В. Нерсесянц, відкидає цінності й досягнення загальноцивілізаційного процесу. «Громадянська власність — це нарешті історично знайдена форма задоволення і разом з тим одночасного подолання цих руйнівних вимог у категоріях самої цивілізації, тобто у формі права власності» [10, 344].

Зазначимо ще раз, що кожна з розглянутих цінностей права має як індивідуальну, так і суспільну складову. Найвищу цінність становить життя окремої людини в єдності з існуванням соціуму, приватна власність повинна бути рівноправною з державною, комунальною та колективною, гідність людини передбачає одночасно визнання гідності інших, особисту свободу потрібно узгоджувати зі свободою інших членів суспільства (те саме стосується і відповідальності), у вимогах рівності й справедливості індивідуальний аспект також повинен бути гармонійно поєднаним з соціальним.

Право мусить забезпечувати індивідуальні потреби та благо суспільства в їхній єдності. Тут доречно навести думку Дж. Локка про те, що титул закону має лише той акт, котрий вказує розумній істоті таку норму поводження, яка відповідає її власним інтересам і служить загальному благу [8, 53].

Провідну роль у цій єдності, на нашу думку, завжди відігравало благо суспільства, передусім необхідність забезпечення його існування, але роль прав і свобод людини і громадянина у світі постійно зростає.

Можна сказати, що характер уявлень про свободу, відповідальність, рівність і справедливість залежать від рівня добробуту суспільства. Той факт, що права і свободи людини отримують дедалі ширше визнання у світовій спільноті, можна розуміти як свідчення загального зростання її добробуту.

Наостанок зазначимо, що дана стаття має дещо схематичний характер, але це зумовлено прагненням охопити взаємовідносини хоча б між найголовнішими цінностями права.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**


1. А л е к с е е в Н. Н. Собственность и социализм. Опыт обоснования социально-экономической программы евразийства // Русская философия собственности (XVII–XX вв.). — СПб.: СП «Ганза», 1993. — С. 343–399.
2. Б а б к і н В. Д. Правова держава та захист прав людини // Правова держава: Зб. наук. праць / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — Вип. 9. — К.: Ін Юре, 1998.
3. Б е р д я е в Н. А. Философия неравенства: Письма к недругам по социальной философии. Письмо двенадцатое // Русская философия собственности. — СПб., 1993. — С. 290–305.
4. Г у р е в и ч А. Я. Категории средневековой культуры. — М., 1984.
5. Д о ж д е в Д. В. Римское частное право: Учебник для вузов. — М.: НОРМА–ИНФРА-М, 1999.
6. Д о м а ш е н к о М. В., Р у б а н и к В. Є. Власність і право власності: Нариси з історії, філософії, теорії і практики регулювання відносин власності в Україні. — Х.: Факт, 2002. — 550 с.
7. Л о к к Д. Избранные философские произведения (в 2 т.). — Т. 2. — М.: Госполитиздат, 1960.
8. Н е р с е с я н ц В. С. Философия права: Учебник для вузов. — М.: НОРМА, 2005. — 656 с.
9. Р а д б р у х Г. Философия права. — М.: Междунар. отношения, 2004. — 240 с.
10. С к л о в с к и й К. И. Собственность в гражданском праве: Учеб.-практ. пособие. — М.: Дело, 2002. — 512 с.
11. С о л о в ь е в В. С. Оправдание добра / Соч. В 2-х т. — Т. І. — М., 1988.
12. Філософія права: проблеми та підходи: Навч. пос. / П. М. Рабінович, С. П. Добрянський, Д. А. Гудима та ін. За заг. ред. П. М. Рабіновича. — Львів: Льв. нац. ун-т ім. І. Франка, 2005. — 332 с.
13. Ф р а н к С. Л. Духовные основы общества. — М.: Республика, 1992. — 512 с.
14. Ф у к у я м а Ф. Конец истории и последний человек. — М.: АСТ: Ермак, 2005. — 588 с.
15. Ц и п п е л і у с Р. Філософія права: Підручник. — К.: Тандем, 2000. — 300 с.
16. Ч и ч е р и н Б. Н. Свобода в государстве // Власть и право. — Л., 1990.
17. Ч и ч е р и н Б. Н. Собственность и государство. — СПб.: Узд-во РХГА, 2005.
18. Ч и ч е р и н Б. М. Философия права. — СПб.: Наука, 1998. — 656 с.

# ЗАСОБИ РЕГУЛЮВАННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ У МЕХАНІЗМІ ПРАВОВОГО ВПЛИВУ

**Д. ГОЛОСНІЧЕНКО**
***кандидат юридичних наук, доцент***
***(Київський національний університет внутрішніх справ України)***

В умовах демократичного суспільства право виявляється відповідним засобом прогресивно-творчого впливу на розвиток суспільних відносин, здатне підтягувати економічні й організаційно-управлінські відносини до рівня зростаючих продуктивних сил суспільства, закріплювати ринковий розвиток господарства, забезпечувати захист усіх видів власності, розвивати політичну активність громадян, допомагати впровадженню у виробництво науково-технічних досягнень. Активний вплив права на суспільні відносини не обмежується і не може обмежуватися сферою господарського життя країни, воно охоплює галузь державної діяльності, визначені сторони розвитку культури, науки, техніки, ідеології.

Без права і законності не можна уявити нормального й успішного здійснення державних функцій, розгортання політичної демократії, розвиток людської особистості, задоволення її зростаючих духовних і матеріальних потреб, удосконалювання надання соціальних послуг населенню тощо.

Однак увага юридичної науки до здійснення права продиктована не тільки загальними положеннями історичного матеріалізму про зворотний вплив надбудови на економічний базис, хоча вони і мають у методологічному відношенні певне значення. Право в аксіологічному його значенні може використовуватися для організації нових правовідносин і зі свого боку впливати, перебудовувати базис, регулювати ринкові економічні відносини, створювати умови для гармонійного розвитку людини та громадянина, забезпечення їх прав і свобод.

Право в цілому застосовується для регулювання суспільних відносин. Саме через його норми держава впливає на відповідні відносини, надаючи їм упорядкованість. У системі соціального впливу правовому регулюванню належить найважливіша роль. Під ним у вузькому значенні розуміється вплив норм права (системи правових норм), інших спеціально-юридичних засобів на поводження людей і на суспільні відносини з метою їхнього упорядкування і прогресивного розвитку [1]. Правове регулювання — це специфічна нормативна частина правового впливу, особливий його порядок, що позначається підвищеною чіткістю нормативної регламентації [2]. Правове регулювання здійснюється через систему засобів, що в юридичній літературі прийнято називати його механізмом, спеціальною конструкцією, здатною переводити приписи законодавця в відповідну поведінку суб'єктів правовідносин.

Поняття механізму правового регулювання в юридичній літературі досліджується досить давно. Ще в 1961 р. М. Александров ввів термін «механізм правового впливу», визначаючи його як встановлення заборон певних дій, правоздатності суб'єктів права, а також компетенції певних органів та їхніх посадових осіб і взаємозв'язків між учасниками суспільних відносин [3]. Пізніше С. Алексєєв обґрунтував сучасне бачення механізму правового регулювання, під яким розумів сукупність засобів, за допомогою яких забезпечується вплив права на суспільні відносини [4]. В. Горшеньов свого часу також запропонував варіант визначення механізму правового регулювання, під яким розумів способи впливу, реалізації прав, а також проміжні ланки — правосуб'єктність, юридичні факти та правовідносини, які переводять нормативність права в упорядкованість суспільних відносин [5]. А. Вітченко спробував сформулювати конструкцію механізму правового впливу, під яким розумів взаємозв'язану систему таких явищ, «як правосвідомість, правотворчий процес, правова культура, правові принципи та, наприкінці, власне механізм правового регулювання» [6]. В широкому, не позитивістському значенні механізм дії права пропонувався В. Ка-

© Д. Голосніченко, 2008

зимірчуком, який розумів під ним систему соціальних факторів і методів соціально-правового впливу[ 7]. Причому в цьому напрямі, на думку провідних вчених, дослідження правових елементів потребувало продовження [8]. Воно тривало навіть на рівні дослідження правового регулювання в окремих галузях права [9]. Власне, зроблені раніше висновки щодо змісту механізму правового регулювання залишаються актуальними до сьогодні. В останніх працях С. Алексєєва механізм правового регулювання представлено як систему юридичних засобів, за допомогою яких здійснюється правове регулювання. Його метою є систематизування юридичних засобів правового впливу на суспільні відносини, визначення місця і ролі того чи іншого юридичного засобу в правовому житті суспільства. До елементів, складових частин механізму правового регулювання він відносить юридичні норми, нормативно-правові акти, акти офіційного тлумачення, юридичні факти, правовідносини, акти реалізації права, правозастосовчі акти, правосвідомість, режим законності, зазначаючи, що кожний з цих елементів виконує свої регулятивні функції, впливає на поводження людей і суспільних відносин своїм способом [10].

Безумовно, що в механізмі правового регулювання чільне місце займають повноваження як складова публічного, так і складова приватного права. Повноваження в механізмі правового регулювання, незважаючи на те, що вони прямо не показані серед засобів правового впливу в наведених вище конструкціях, розглядаючи їх як права і обов'язки певних суб'єктів правовідносин, можна вважати частиною цих відносин. Якщо в механізмі публічно-правового регулювання суб'єктами даних правовідносин виступають органи держави і місцевого самоврядування, їхні посадові особи, то в аналогічній системі приватно-правового регулювання, їх носіями, як правило, є уповноважені юридичні і фізичні особи. В публічно-правовому регулюванні повноваження представлені більшою мірою як владні. Владні повноваження в механізмі правового регулювання не тільки переважають, але й є значимішими, адже вони реалізуються у відносинах громадянина із державою. Причому якщо в цілому правове регулювання розглядається як різнобічний вплив на суспільні відносини всіх правових явищ, у тому числі правових ідей, принципів правового життя суспільства, не втілених у юридичні форми (закони, нормативно-правові акти, рішення судових органів і ін.) [11], то правове регулювання повноважень представляє собою сукупність засобів і способів реалізації позитивного права. Правове регулювання суспільних відносин характеризується впливом на них норм права з метою отримання очікуваної поведінки від суб'єктів, носіїв прав і обов'язків. Повноваження також є частиною таких прав і обов'язків і коли йдеться про публічні повноваження, тоді суб'єктами, їх носіями є органи влади, органи місцевого самоврядування та їхні посадові особи. В подальшому ми зупинимося саме на публічних повноваженнях (далі — повноваження).

Загальні засоби і способи правового регулювання не вповні збігаються із засобами та способами, які застосовуються до встановлення повноважень. Встановлення повноважень має на меті надати діянням державних органів та іншим носіям публічної влади урегульованість правом, це цілеспрямований вплив права на функціонування даних суб'єктів з використанням юридичних засобів. В свою чергу повноваження в публічному правовому розумінні самі є предметом правового регулювання, адже саме з допомогою певних правових засобів і способів повноваження встановлюються, з допомогою їх формується компетенція відповідних органів і посадових осіб. Вони встановлюються в нормах позитивного права, яке, за С. Алексєєвим, має властивості і механізми, що забезпечують його реалізацію в житті суспільства: нормативність, загальнообов'язковість, формальну визначеність, забезпеченість силою державно-правового примусу, вони дозволяють перевести правові норми зі сфери належного в сферу сущого. Адже право ніщо, коли його положення не знаходять своєї реалізації в діяльності людей і їхніх організацій, у суспільних відносинах. Не можна зрозуміти право, якщо відвернутися від механізму його реалізації в житті суспільства. Разом з тим повноваження встановлюються в нормах позитивного права як можливість, як проекція відповідного впливу.

Не визначивши повноваження суб'єктів владних правовідносин ми тим самим залишаємо широке поле для свавілля функціонерів органів влади, державних службовців та службовців органів місцевого самовря-

дування і тим самим не встановлюємо системи захисту прав і свобод людини та громадянина.

Повноваження органів і посадових осіб визначаються в нормах права. І ці норми мають відповідати вимогам демократичної правової держави. Зважаючи на делегування громадянами представницьким органам частини своїх прав, їх добровільна згода на обмеження, які викликаються використанням повноважень, зміст норм повинен виходити з принципу верховенства права, дотримання природних прав і свобод людини та громадянина при їх застосуванні. Важливо мати розумне і демократичне законодавство, що визначає повноваження, але воно принесе мало користі, якщо залишиться тільки записаним на папері. Недостатньо визнати в конституції загальні права громадян, необхідно, щоб ці права вони могли реалізувати, реально користаючись тими соціальними благами, що передбачені в законі, а тому зобов'язані бути під захистом держави.

Повноваження входять також складовою частиною структури органу влади чи місцевого самоврядування, є суттєвою характеристикою посади в органі. І навіть ширше, вони займають чільне місце в механізмі державної влади. Як зазначає В. Авер'янов, «у структурах фіксується взаємоположення органів, міра та характер участі кожного із них у суспільному розподілі управлінської праці, завдяки чому забезпечується належна впорядкованість фактичної взаємодії структурних одиниць апарату. З огляду на це, доцільно розуміти структуру апарату управління як фіксований розподіл праці (функцій і повноважень) між його ланками» [12]. Деякі вчені вважають невід'ємним атрибутом органу — повноваження. Так, І. Голосніченко визначає орган влади — як організаційно оформлену систему, яка має визначені завдання і функції, структуру та обсяг повноважень, необхідних для здійснення державної діяльності у відповідній сфері [13]. Розподіл функцій і повноважень є підставою організації органів, підрозділів органів і посад в апараті органу. Об'єм, складність, рівень забезпечення влади і відповідальності показують на місце посади в структурі державного органу або органу місцевого самоврядування.

Механізм правового регулювання повноважень включає в себе норми права. В нормах права повноваження знаходять своє зовнішнє вираження. Однак для повноважень характерним є спосіб набуття правового оформлення. Специфіка правового регулювання проявляється саме в тому, що цей вплив на суспільні відносини, який пов'язаний з установленням юридичних прав і обов'язків їхніх учасників, з використанням таких прав і виконанням цих обов'язків. Якщо в загальному відношенні без здійснення права (об'єктивного і суб'єктивного) немає правового регулювання і в юридичній літературі вже не заперечується інтерпретація права як регулятора суспільних відносин, то в регулюванні повноважень законодавець розраховує лише на відповідний результат у майбутньому. Через повноваження здійснюються і забезпечуються права людини та громадянина, за допомогою їх забезпечуються правові режими і державний порядок.

Ми показали серед елементів механізму правового регулювання повноважень норми права. Наступним засобом регулювання є нормативно-правовий акт, як документ, що включає в себе норми права, які визначають повноваження. Залежно від виду нормативно-правового акта визначається ієрархія повноважень. І хоч це не завжди встановлюється саме через нормативно правові акти, однак у загальному плані цей аспект якоюсь мірою проявляється. Наприклад, в акті найвищої юридичної сили — конституції встановлені повноваження вищих органів влади і посадових осіб. І навіть повноваження членів уряду в конституції держави не визначаються. Частіше за все вони закріплюються в законах або актах уряду.

Акти тлумачення також присутні в механізмі правового регулювання повноважень. Актами офіційного тлумачення є документи, що видаються компетентними органами і спрямовані на роз'яснення правових норм, які визначають повноваження. Видання офіційних актів тлумачення норм конституції і законів в Україні є виключною компетенцією Конституційного Суду України. В Російській Федерації акти тлумачення норм законодавства видаються спеціально уповноваженими на те органами, серед яких називаються, і Верховний Суд РФ, і Вищий арбітражний суд РФ, і навіть міністерства та інші органи виконавчої влади [14]. У Федеративній Республіці Німеччині тлумачення норм Основного Закону в зв'язку зі спорами про обсяг повноважень

відповідного вищого органу влади віднесено до компетенції Федерального конституційного суду [15].

В механізм правового регулювання повноважень включаються також юридичні факти як передбачені нормами права дії і події, життєві ситуації, що тягнуть за собою юридичні наслідки. Саме з ними законодавець пов'язує використання прав і виконання обов'язків компетентними органами і посадовими особами. Ці юридичні факти можуть прямо передбачатися в нормах права, що визначають повноваження відповідних суб'єктів.

Правовідносини як елемент загального механізму правового регулювання присутні і в системі правового регулювання повноважень. Адже самі повноваження за певною частиною свого змісту є правовідносинами, моделлю правових дій.

Окрім цього, слід зазначити, що правове регулювання повноважень не включає такого елементу, як акти реалізації норм права. Навпаки, він включає акти, що визначають процес встановлення прав і обов'язків органів публічної влади та їх посадових осіб.

Виходячи з наведеного вище можна сформулювати наступне визначення. Механізм правового регулювання публічних повноважень, — це сукупність правових (юридичних) засобів, з допомогою яких здійснюється цілеспрямоване, офіційне, нормативно-правове визначення і встановлення прав та обов'язків державних органів та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**


1. Теория государства и права. Учебник для вузов. Под. ред. С. С. Алексеева. — М., 2000. — С. 262.
2. Голосніченко І. П. Попередження корисливих проступків засобами адміністративного права. — К.: «Вища школа», 1991. — С. 89.
3. Александров Н. Г. Право и законность в период развитого строительства коммунизма. — М.: Юрид. лит., 1961. — С. 164–165.
4. Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. — М.: Юрид. лит., 1966. — С. 30; Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. — М.: Юрид. лит. — С. 25.
5. Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. — М.: Юрид лит., 1972. — С. 50–55.
6. Витченко А. М. Метод правового регулирования социалистических общественных отношений. — Саратов.: Изд. Саратовского ун-та, 1974. — С. 30.
7. Казимирчук В. П. Социальное действие права в условиях развитого социализма. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — М., 1977. — С. 12.
8. Козюбра Н. И. Социалистическое право и общественное отношение. — К.: «Наукова думка», 1979. — С. 12.
9. Див., напр.: Веремеенко И. И. Механизм административно-правового регулирования в сфере охраны общественного порядка. Т. 1. — М.: НИИ МВД СССР, 1981; Веремеенко И. И. Механизм административно-правового регулирования в сфере охраны общественного порядка. Т. 2. — М.: НИИ МВД СССР, 1982; Голосніченко І. П. Попередження корисливих проступків засобами адміністративного права; Коган В. М. Социальный механизм уголовно-правового воздействия. — М.: Наука, 1988.
10. Теория государства и права. Учебник для вузов. Под. ред. С. С. Алексеева. — М., 2000. — С. 276–277.
11. Теория государства и права. Учебник для вузов. Под. ред. С. С. Алексеева. — С. 263.
12. Державне управління в Україні. Навчальний посібник / Під ред. В. Б. Авер'янова. — К.: Ін-тут держ. і права ім. В. М. Корецького, 1999. — С. 67.
13. Голосніченко І. П., Стахурський М. Ф., Золотарьова Н. І. Адміністративне право України: основні поняття. — К.: ГАН, 2005. — С. 38.
14. Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов. Под. ред. В. С. Нерсесянца. — М.: Норма, 2002. — С. 453.
15. Ст. 93 Основного закона Федеративной Республики Германии. — Бонн, 1994. — С. 70.

# СПІВВІДНОШЕННЯ ТЕМПОРАЛЬНОГО ТА ЗМІСТОВНОГО ПРИНЦИПІВ ВИРІШЕННЯ ПРАВОВИХ КОЛІЗІЙ

**А. МІРОШНИЧЕНКО**
***кандидат юридичних наук, доцент***
***(Київський національний університет ім. Тараса Шевченка)***

У юридичній науці правова колізія розглядається як «відносини між нормативними приписами чи актами, які мають форму розбіжностей чи суперечливих тлумачень, що виникають в процесі регулювання однотипних фактичних відносин» [1]. Вирішення колізії передбачає вибір припису (норми), який підлягає застосуванню, з кількох, що знаходяться в колізії. Загальновизнано існування трьох принципів вирішення правових колізій — ієрархічного (за якого перевага надається нормі, вміщеної до акта вищої юридичної сили), змістовного (перевага надається спеціальній нормі) та темпорального (перевага надається нормі, прийнятій пізніше).

Через існування складних колізій можлива ситуація, коли при застосуванні права постане питання, яким із цих трьох принципів слід керуватися — наприклад, коли норми, які перебувають у колізії, прийняті у різний час, мають різний предмет регулювання та вміщені до актів з різною юридичною силою.

Загальновизнано, що ієрархічний принцип має безумовний пріоритет над іншими двома принципами. Норма, вміщена до акта з вищою юридичною силою, переважатиме спеціальні й пізніше прийняті норми, вміщені до актів з меншою юридичною силою.

Разом з тим, у правовій доктрині на сьогодні відсутній єдиний погляд на співвідношення темпорального та змістовного принципів вирішення колізій. Питання, чи слід віддавати перевагу більш пізній, але більш загальній нормі, у літературі вирішується порізному, причому переважає думка про перевагу змістовного принципу. Однак такий підхід раз по разу піддається сумніву на користь протилежного підходу — на користь переваги темпорального принципу. Між тим, слід відзначити, що справжньої наукової дискусії з даної проблеми не відбувалося, різні дослідники зазвичай просто пропонували свій погляд на вирішення питання, не згадуючи аргументи на користь протилежного підходу та не зіставляючи аргументи *pro et contra*.

Завданням даної статті є вирішення проблеми співвідношення змістовного та темпорального принципів вирішення колізій на основі узагальненого аналізу аргументів на користь всіх можливих підходів.

З часів римського права переважає підхід, за яким більш пізній загальний закон не скасовує існуючого спеціального закону (*«lex posterior generalis non derogat lex prior specialis» або «statutum generale statuto speciali non derogat»* [2], або *«lex speciali par generalem non derogatur»* [3]), або «загальне положення не поширюється на випадки, врегульовані до цього спеціальною нормою» (*«generalis clausula non porrigitur ad ea quae antea specialiter sunt comprehensa»*) [4].

Багатьма представниками юридичної науки поділяється думка, висловлена М. Власенком, за якою «перевагу має змістовний принцип, тобто більш загальна норма, прийнята пізніше, не скасовує дії прийнятої раніше спеціальної норми. Такий підхід пояснюється тим, що законодавець виходить із мети збереження стабільності системи права, з необхідності стабільно регулювати суспільні відносини» [5].

До такого ж вирішення питання схилявся А. Тілле, водночас, звертаючи увагу, що у правозастосовчій практиці дана проблема вирішувалася по-різному, а на теоретичному рівні проблема у радянській науці не вирішена [6].

Описаного вище підходу тримається і С. Погребняк, який вважає, що «при збігу темпоральної та змістовної колізій, що виникає внаслідок більш пізнього введення в

© А. Мірошниченко, 2008

дію загальної норми, пріоритет віддається спеціальній нормі, хоча її і прийнято раніше» [7]. Поділяють його й інші сучасні українські автори [8].

Логіка підходу *«lex posterior generalis non derogat lex prior specialis»* зрозуміла: при встановленні спеціальних правил нормотворець враховує всі обставини, з якими пов'язується настання правових наслідків; у разі якщо існує потреба змінити відповідне правило, це доцільно робити шляхом прямої вказівки на скасування або зміну спеціального закону. Разом з тим, як видається, на початку третього тисячоліття таке обгрунтування стає все більш неактуальним. Колосальна кількість джерел права ускладнює зміни до усіх прийнятих раніше спеціальних норм. Особливо важко, практично неможливо це зробити у час суспільних перетворень, наприклад, при проведенні земельної реформи. У сучасних умовах неприпустимою є ситуація, в якій для того, щоб запровадити більш-менш істотні зміни у правовому регулюванні, запровадивши нове загальне правило, законодавець повинен не лише прийняти загальну норму, а й безпосередньо внести зміни до всіх спеціальних норм, що їй суперечать. Можливо, це було реальним за часів римського права; проте при існуючій кількості нормативно-правових актів таке завдання є надважким.

З іншого боку, якщо віддати перевагу принципу «більш пізнього закону», при потребі, приймаючи нове загальне правило, можна дуже легко зберегти дію існуючих спеціальних правил за допомогою застереження у загальній нормі: «якщо інше не передбачено законом».

Все частіше у прикінцевих положеннях нормативно-правових актів можна зустріти вказівку на те, що «закони та інші нормативно-правові акти, прийняті до набрання чинності цим законом, діють у частині, що не суперечить цьому закону». Подібне застереження міститься у більшості прийнятих останнім часом кодифікованих або комплексних актів, у т. ч. тих, що містять норми земельно-правового характеру: див. п. 3 Розділу IX «Прикінцеві положення» ЗК України, п. 2 Прикінцевих положень Лісового кодексу України, п. 7 Розділу V «Прикінцеві положення» Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» тощо.

Проект Закону України «Про закони і законодавчу діяльність» № 3265-IV від 22 травня 2005 р.[9] у ст. 40 (повернутий з пропозиціями Президента на повторний розгляд) передбачав, що «у разі суперечностей між законами, що мають однакову юридичну силу, застосовуються закон чи окремі положення закону, які набрали чинності останніми, а при одночасному набранні чинності законами, що суперечать один одному, застосовуються відповідні положення Конституції України або закону вищої щодо них юридичної сили, а при відсутності таких положень застосовується закон, предметом якого є спеціальне регулювання даного кола суспільних відносин». Як видається, такий підхід в цілому є доцільним, якщо не зважати на викривлене, як, на мій погляд, закріплення темпорального принципу як правила про перевагу акта, що набрав чинності (а не ухвалений) пізніше.

Це положення викликало заперечення Президента України і стало однією із підстав для ветування закону. Зокрема, у своїх зауваженнях Президент зазначав, що «... використане у наведеному положенні Закону поняття «закон, предметом якого є спеціальне регулювання даного кола суспільних відносин» є оціночним. Тож за відсутності чітко визначених критеріїв розмежування законів, що мають загальний та спеціальний предмет регулювання, запровадження такого положення може мати наслідком застосування на практиці до однакових суспільних відносин різних законів, з чим не можна погодитись...» [10]. Як бачимо, на думку Президента України, проблема полягала не в тому, що перевага надана темпоральному принципу, а у тому, що застосування змістовного принципу є взагалі проблематичним (особливо по відношенню не до норми, а до закону).

Підходи, за якими перевагу слід віддавати темпоральному принципу вирішення колізій перед змістовним, можна дедалі частіше зустріти у правовій літературі. Так, М. Марченко [11], а також автори підручника «Теорія держави і права» [12] не акцентують увагу на співвідношенні правил вирішення правових колізій, проте можна зробити висновок, що вони віддають перевагу темпоральному принципу над змістовним (вірніше, змістовний принцип не згадується ними взагалі). Приклади таких крайнощів (повне ігнорування змістовного принципу вирішення колізій) можна зустріти і в інших виданнях [13].

Юридичний словник-довідник за ред. Ю. Шемшученка 1996 р. також виходить із пріоритету темпорального принципу перед змістовним [14].

Можемо помилитися, але формулювання, викладені Д. Лилаком у його дисертаційному дослідженні, також свідчать, що даний автор, скоріш за все, віддає перевагу темпоральному принципу перед змістовним. На це вказує послідовність викладення ним правил вирішення колізій [15].

Аналогічно, В. Шишкін та Г. Хавронюк при перерахуванні правил вирішення колізій розміщають темпоральний принцип після ієрархічного принципу перед змістовним принципом. Хоча дослідники спеціально не висловили свого погляду на пріоритет принципів, можна припустити, що вони віддають перевагу темпоральному принципу перед змістовним [16].

У зарубіжній правовій літературі деякими дослідниками також висловлюється думка про перевагу темпорального принципу над змістовним [17]. Закріплюється такий підхід і в законодавстві окремих країн. Наприклад, ч. 2 ст. 71 Закону Республіки Білорусь від 10 січня 2000 р. № 361-З «Про нормативно-правові акти Республіки Білорусь» [18] передбачає, що «у випадку колізії між нормативними правовими актами, що мають рівну юридичну силу, та якщо жоден з них не суперечить акту з більш високою юридичною силою, діють положення акта, прийнятого (виданого) пізніше».

Окрім викладених вище підходів, за якими перевага надається або змістовному, або темпоральному принципу, можливий і третій підхід, на жаль, практично не представлений у вітчизняній правовій доктрині. Цей підхід полягає у запереченні заздалегідь визначеної ієрархії між змістовним та темпоральним принципами.

З іншого боку, такий підхід є визнаним і добре розвиненим у праві іноземних країн та міжнародному праві. Показовим є приклад Туреччини. У правовій доктрині цієї країни прийнято вважати, що прийнята пізніше загальна норма може не скасовувати дію попередньої спеціальної в силу принципу *lex specialis*. Між тим, даний принцип не може бути автоматично застосований в усіх справах. Колізія вирішується судом відповідно до «уявного наміру законодавця». Суддя повинен з'ясувати намір законодавця, для цієї мети може використати історичний метод тлумачення [19].

Дуже вдало сформульована думка про неможливість встановлення абстрактної ієрархії між темпоральним та змістовним принципами вирішення правових колізій у правовій доктрині Німеччини. Зокрема, при встановленні співвідношення між темпоральним та змістовним принципами вирішення колізій застосовуються такі правила: при встановленні нового загального правила слідує скасування існуючих спеціальних правил лише тоді, коли можна встановити волю законодавця, спрямовану на це [20]. Питання про те, чи скасовує нове загальне правило попередні спеціальні, є питанням тлумачення. Відоме правило *lex posterior generalis non dero-gat legi speciali* є вірним лише у тому сенсі, що не варто автоматично робити висновок про скасування спеціальних правил. Між тим, презумпції на користь збереження спеціальних правил не існує [21].

Продуктивною видається і думка, за якою принципи вирішення колізій є не безумовними правилами поведінки, а практичними засобами для з'ясування дійсної державної волі [22], свого роду «методологічними інструментами» [23]. З такого підходу випливає дуже важливий висновок: між темпоральним та змістовним принципами подолання колізій відсутнє заздалегідь визначене абсолютне або переважне абстрактне відношення підпорядкування. У кожній конкретній ситуації необхідно з'ясовувати зміст дійсної волі законодавця і, залежно від контексту, віддавати перевагу або змістовному, або темпоральному принципу; встановлювати загальні принципи співвідношення *lex specialis* та *lex posterior* недоцільно і навряд чи можливо [24]. До такого підходу схиляється і Комісія ООН з міжнародного права [25], якою була висловлена думка, що застосування принципів *lex specialis ma lex posterior* залежить від контексту, важливою є (в міжнародному праві) спрямованість волі договірних сторін [26].

Дослідники колізій у міжнародному праві (де питання колізій добре вивчено) також відзначають, що між темпоральним та змістовним принципами вирішення колізій відсутня заздалегідь встановлена абстрактна ієрархія [27].

Як видається, саме такий підхід до співвідношення темпорального та змістовного принципів є єдино вірним.

Логіка правового регулювання суспільних відносин вказує на те, що правотворець

може змінити встановлене ним раніше правило. Із цього, на мій погляд, випливає, що він може скасувати існуючі раніше спеціальні правила новим загальним правилом — у цьому слід погодитися із прихильниками пріоритету темпорального принципу вирішення колізій. Проте, з іншого боку, праві й прихильники пріоритету змістовного принципу в тому, що не завжди нова загальна норма спрямовується на скасування попередніх спеціальних.

На мій погляд, у сучасних умовах вирішувати, якому колізійному принципу віддати перевагу — темпоральному або змістовному — слід окремо у кожній конкретній ситуації, ставлячи собі питання: яким був намір нормотворця при прийнятті кожного конкретного акта?

Якщо у прикінцевих положеннях акта зазначено, що законодавство застосовується «у частині, що не суперечить цьому закону», відповідь очевидна — нове загальне правило скасовує дію попередніх спеціальних. Наприклад. Закон України «Про плату за землю» (статті 2, 5) визнає об'єктами плати за землю земельні ділянки, а також земельні частки (паї). У той же час, ст. 206 ЗК України визнає об'єктом плати за землю (а отже, і земельного податку) лише земельні ділянки. На думку Т. Коваленко [28], О.Погрібного [29], до якої повністю приєднуємося, Закон «Про плату за землю» повинен бути приведений у відповідність до ЗК України. Положення, що суперечать ЗК України, застосовуватися не можуть, оскільки відповідно до п. 3 Розділу IX «Прикінцеві положення» ЗК, «закони та інші нормативно-правові акти, прийняті до набрання чинності цим Кодексом, діють у частині, що не суперечить цьому Кодексу».

Так само, очевидно, що у разі, коли більш пізній акт змінив загальне правило у тому самому акті, де містяться і спеціальні норми, але не змінив спеціальних правил, задум нормотворця полягав у збереженні пріоритету спеціальних правил.

Проте, звичайно, можливі ситуації, коли дати відповідь на питання про співвідношення темпорального та змістового принципів важче і необхідно виходити із змісту встановленого новими правилами правового регулювання.

До подібних прикладів можна віднести ситуацію, яка склалася свого часу після прийняття Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12 липня 2001 р. [30]. Формально Закон поширювався на оцінку всіх видів майна, більш того, передбачав у ст. 2, що відносини із оцінки майна можуть регулюватися лише тими актами, які не суперечать Закону. Між тим, формальне застосування вимог Закону до відносин із оцінки земельних ділянок, що мало законодавчим підгрунтям на той час лише кілька спеціальних норм у Законі України «Про плату за землю», повністю зруйнувало б вже усталену на той час систему оцінки земель. Очевидно, з огляду на це Закон на практиці не розглядався як такий, що змінює чи скасовує спеціальні правила щодо оцінки земель. Ці правила згодом знайшли більш «тверду» законодавчу основу у вигляді нового Закону України «Про оцінку земель» від 11 грудня 2003 р.

Аналогічним описаному є співвідношення між правовим регулюванням науково-технічної експертизи та державної землевпорядної експертизи, що досліджувалося В. Носіком [31].

Підбиваючи підсумок, маємо констатувати, що заздалегідь визначена ієрархія між темпоральним та змістовним принципом вирішення правових колізій відсутня. Слід виходити із того, що законодавець може скасувати новою загальною нормою попередню спеціальну, але не завжди має намір це робити. Тому в кожному випадку збігу темпоральної та змістовної колізій засобами тлумачення необхідно з'ясовувати дійсну волю законодавця.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**

1. Бобровник С. В. Подолання колізій як умова системності законодавства // Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку. Матеріали міжвузівської студентської конференції / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голов. ред.) та ін. — К., 2000. — Вип. 1. — С. 16–17.
2. Енциклопедія законодавства (матеріали до спецкурсу). С. І. Алаіс, С. В. Бобровник, Д. Д. Лилак та ін. / За заг. ред. В. П. Самохвалова. — К., 2003. — С. 211.
3. Тилле А. А. Время, пространство, закон. — М., 1965. — С. 31.
4. Bouvier's Law Dictionary. Revised Sixth Edition,1856 // http://www. constitution.org/bouv/bouvier.htm
5. Власенко Н. А. Коллизионные нормы в советском праве. — Иркутск, 1984. — С. 93.

6. Т и л л е А.А. Время, пространство, закон. — М., 1965. — С. 32.
7. П о г р е б н я к С. П. Колізії у законодавстві України та шляхи їх переборення. — Автореф. канд. юрид. наук. — Х., 2001. — С. 12; П о г р е б н я к С. П. Колізії у законодавстві України та шляхи їх переборення. — Дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2001. — С. 125.
8. М а р ч у к В. М., Н і к о л а є в а Л. В. Нариси з теорії права: Навч. посіб. — К., 2004. — С. 158–159; М а р і н О. К. Конкуренція кримінально-правових норм. — Дис. ... канд. юрид. наук. — Львів, 2001. — С. 59.
9. Офіційна Інтернет-сторінка Верховної Ради України // http://gska2.rada. gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=12103
10. Т а м с а м о
11. Теория государства и права / Под ред. проф. М. Н. Марченко. — М., 1987. — С. 309.
12. Теорія держави і права: Навч. посіб. / А. М. Колодій, В. В. Копєйчиков, С. Л. Лисенков та ін. За заг. ред. С. Л. Лисенкова та В. В. Копєйчикова. — К., 2002. — С. 197—198.
13. Р а б і н о в и ч П. М. Основи загальної теорії права та держави. Вид. 5-е, зі змінами. Навч. посіб. — К., 2001. — С. 138; Проблемы теории государства и права. Учеб. пособ. — М., 1999. — С. 453; Б о б р о в н и к С. В. Колізійна норма. Юридична енциклопедія: В 6-ти т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Т. 3. — К., 2001. — С. 156.
14. Юридичний словник-довідник / За ред. Ю. С. Шемшученка. — К., 1996. — С. 287.
15. Л и л а к Д. Д. Проблеми колізій у законодавстві України (теорія і практика). — Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2004. — С. 94: Енциклопедія законодавства (матеріали до спецкурсу) С. І. Алаіс, С. В.Бобровник, Д. Д. Лилак та ін., за заг. ред. В. П. Самохвалова. — К., 2003. — С. 211.
16. Ш и ш к и н В., Х а в р о н ю к Н. Отрасли права и система законодательства Украины: современное состояние и перспективы // Предпринимательство, хозяйство и право. — 1996. — № 1. — С. 9.
17. B o e r A., H o e k s t r a R., W i n k e l s R. The CLIME Ontology // Second International Workshop on Legal Ontologies, December 13 2001. — Amsterdam: Department of Computer Science & Law, Faculty of Law, University of Amsterdam, The Netherlands, December 10, 2001. — P. 41.
18. http://www.pravo.by/webnpa/text_txt.asp?RN=H10000361
19. **Ç** і ç е к l і B. Introduction to Turkish Law and Legal System (Lecture Notes). — Bilkent, Bilkent University, 2004. — P. 89.
20. Курс германского гражданского права: Введение и общая часть. Перевод с немецкого. Т. 1: Полут. 1 / Л.Эннекцерус; Под ред. Д. М. Генкин (предисл.), И. Б. Новицкий (предисл,); Пер. К. А. Граве. — М., 1949. — С. 55.
21. Т а м с а м о. — С. 159—160.
22. V r a n e s E. Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior — Zur Rechtsnatur der «Konfliktlösungsregeln» // ZaoRV. — 65 (2005). — P. 394.
23. E n g e l C. Inconsistency in the Law: In Search of a Balanced Norm // Max Planck Institute for Research on Collective Goods. Working Paper Series. — 2004. — # 16. — P. 248.
24. V r a n e s E. Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior — Zur Rechtsnatur der «Konfliktlösungsregeln» // ZaoRV. — 65 (2005). — P. 402.
25. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. International Law Commission. Fifty-eighth session. Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006. — New York: United Nations, 2004. — P.P. 38, 115, 139, 167, 207, 247.
26. Report of the International Law Commission. Fifty-sixth session (3 May–4 June and 5 July–6 August 2004). Official Records. Fifty-ninth session. Supplement No. 10 (A/59/10). — New York: United Nations, 2004. — P. 287.
27. Z a p a t e r o P. Modern International Law and the Advent of Special Legal Systems // Arizona Journal of International & Comparative Law. — Vol. 23, No. 1. — 2005. — P. 60.
28. К о в а л е н к о Т. О. Правові аспекти реструктуризації недержавних сільськогосподарських підприємств. — Рукопис. — Київ, 2002. — С. 14.
29. Земельне право України: Підруч. / М. В.Шульга (кер. авт. кол.), Г. В. Анісімова, Н. О. Багай, А. П. Гетьман та ін.: За ред. М. В. Шульги. — К., 2004. — С. 172; Науково-практичний коментар Земельного кодексу України / Кол. авт.: Л. О. Бондар, А. П. Гетьман, В. Г. Гончаренко та ін. За заг. ред. В. В. Медведчука. — К., 2004. — С. 575.
30. Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 47. — Ст. 251.
31. Н о с і к В. В. Правові питання державної землевпорядної експертизи // Право України. — 2003. — № 1. — С. 63–67.

# ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ У СВІТЛІ ЗАВДАНЬ УПЕРЕДЖЕННЯ ТА ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ В УКРАЇНІ



**В. АВЕР'ЯНОВ**
***доктор юридичних наук, професор***

**О. АНДРІЙКО**
***доктор юридичних наук (Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України)***



Значна увага до проблеми корупції в системі державної служби громадськості та державної влади обумовлена тим, що корумпованість у цій сфері набуває все більш загрозливого характеру. В Концепції подолання корупції в Україні «На шляху до доброчесності» схваленої Указом Президента України 11 вересня 2006 р., зазначається, що корупція набула ознак «системного явища через ураження життєво важливих інститутів суспільства та перетворилася на функціонально важливий спосіб їх існування» [1].

У 2007 р., за даними одного із суб'єктів боротьби з корупцією — органами прокуратури, було розслідувано і направлено до суду 1359 справ про злочини з ознаками корупційних діянь. За дотриманнями прокурорського реагування скасовано 212 неправомірних нормативно-правових актів та рішень, прийнятих внаслідок корупційних діянь. Внесено 693 подання та інші документи реагування, за результатами розгляду яких притягнуто до відповідальності 612 службових осіб. Опротестовано 122 незаконні рішення, прийняті судами за результатами розгляду таких протоколів. В останні роки збільшилися кількість притягнутих до адміністративної відповідальності на підставі направлених до суду протоколів службових осіб, що займають відповідальне становище, співробітників правоохоронних та контролюючих органів, чиновників обласних і районних державних адміністрацій. За 10 місяців 2007 р. за протоколами, складеними прокурорами, притягнуто до адміністративної відповідальності 188 державних службовців третьої—четвертої категорії, що в 1,5 раза більше, ніж за аналогічний період минулого року, 60 працівників обласних і районних державних адміністрацій. За цей же період до відповідальності притягнуто 150 посадових осіб органів міліції, більш трьох десятків працівників податкової служби. Виявлені факти вчинення корупційних правопорушень керівниками та іншими посадовими особами органів земельних ресурсів, відділів освіти, центрів зайнятості населення тощо.

І це лише статистичні дані одного із суб'єктів боротьби з корупцією, тоді як відповідно до ст. 4 Закону України «Про боротьбу з корупцією» ці функції здійснюють МВС, СБУ та податкова міліція. Активну позицію в питанні протидії корупції займає Міністерство юстиції. За даними, виголошеними на розширеному засіданні колегії Головного управління державної служби України, за 2006 р. притягнуто до адміністративної відповідальності (накладено штраф) 5126 посадових осіб, з них 2222 державних службовців.

© В. Авер'янов, О. Андрійко, 2008

Наведені статистичні дані не відображають повною мірою масштабність корупції серед державних службовців, що не дає підстав говорити про ефективність впливу чинного законодавства на боротьбу з нею

Навпаки, динаміка корупційних діянь у сфері державної служби має тенденцію до їх збільшення, тоді як удосконалення законодавства, подальший його розвиток у цій сфері відбувається надто повільно. Так, незважаючи на зазначену в Концепції подолання корупції низку заходів, спрямованих на законодавче регулювання державної служби, жоден із них не був реально реалізований. З огляду на це, першорядного значення набуває підготовка нового проекту Закону України «Про державну службу», який повинен дієво сприяти проведенню антикорупційної політики у цій важливій сфері.

Насамперед, оновлення правової основи державної служби в Україні пов'язане з подальшим переосмисленням місця і ролі державної служби в механізмі державної влади, новими підходами, які ґрунтуються на теоретичних розробленнях на практиці розвитку інституту державної служби в Україні та досвіді зарубіжних країн у регулюванні державно-службових відносин. Окреслення меж системи законодавства, що має комплексно врегулювати інститут державної служби в Україні, повинно базуватися на науково обґрунтованому тлумаченні поняття «державна служба», яке має бути покладено в основу інституту державної служби. На нашу думку, при визначенні обсягу поняття державної служби можливі два основні варіанти доктринальної позиції щодо зазначеного поняття, які зумовлюють і відповідні особливості структурної побудови законодавства про державну службу.

Перший з цих варіантів більше відповідає вітчизняним традиціям тлумачення державної служби. Згідно з ним найширшим за обсягом поняттям мало б бути визнано поняття «служба у державі», котре включає:

— службу в державних органах, що наділені державно-владними повноваженнями (усі органи державної влади (окрім судів) та інші суб'єкти з делегованими повноваженнями державної влади);

— службу в державних установах (на підприємствах) та в інших організаціях, що не пов'язана з реалізацією повноважень державної влади (заклади освіти, охорони здоров'я, культури тощо);

— мілітаризовану службу, яка охоплює службу в усіх видах Збройних Сил, воєнізовану службу в Службі безпеки України, службу в озброєних формуваннях органів внутрішніх справ тощо.

Для служби в державних органах, що наділені державно-владними повноваженнями(окрім судів), використовується власне поняття «державна служба», тобто це — завжди служба в державних органах (та їх апараті), котрі виконують повноваження державної влади. За цього варіанта ключовою об'єднуючою ознакою інституту державної служби виступає наявність у відповідних органів, де здійснюється служба, державно-владних повноважень, а у визначенні поняття державної служби наголошується на службі у державних органах та їх апараті.

У цьому значенні державна служба також не є цілком однорідною, оскільки охоплює дві основні сфери.

— Перша сфера — служба в органах виконавчої влади та їх апараті, а також в апараті інших державних органів. Сюди мають бути віднесені державні службовці, що не мають спеціальних звань і здійснюють звичайну виконавсько-розпорядчу (адміністративну) діяльність. Це фактично — діяльність так званих «чиновників».

З огляду на практику ряду європейських країн, цей вид державної служби можна було б визначити як «цивільну службу», включаючи до неї службу у секретаріатах комітетів Верховної Ради; у Секретаріаті Кабінету Міністрів України та в апараті урядових органів; в апараті центральних і місцевих органів виконавчої влади; в апараті органів прокуратури; неатестованих працівників апарату органів внутрішніх справ; неатестованих працівників апарату (штабу) військових формувань; в апараті судів; службу деяких інших категорій службовців, визначених законом. Такий вид державної служби, на наш погляд, мав би бути предметом регулювання окремого закону, що фактично виконував би функції чинного Закону України «Про державну службу», який і нині, власне кажучи, регулює саме службу тільки в органах виконавчої влади, апараті цих та інших державних органів.

— Друга сфера державної служби у розглядуваному значенні — це служба у решті (за винятком судів) державних органів (прокуратура, зокрема) — окрім їх апарату, — а також у тих органах виконавчої влади,

повноваженням яких властива суттєва специфіка і в яких службовці мають спеціальні звання і виконують специфічні функції (дипломатичні, податкові, природоохоронні, митні тощо).

Цю службу слід вважати спеціалізованою державною службою, в яку входять такі самостійні види, як: дипломатична служба; правоохоронна служба в органах внутрішніх справ (у тому числі міліції); служба прокурорів; митна служба; податкова служба; державна виконавча служба та деякі інші спеціалізовані види державної служби. Важливим є те, що кожний з цих видів потребує врегулювання окремими законами, що містять особливості саме спеціалізованих видів служби.

Другий варіант доктринальної позиції щодо обсягу поняття «державна служба» пов'язаний з визначенням державної служби як складової частини інституту «публічної служби». У свою чергу, поняття публічної служби є похідним від поняття «публічний сектор». Його головними структурними елементами виступають державні органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування.

Разом з тим пов'язані з реалізацією інтересів держави і суспільства публічні функції виконуються не лише згаданими органами так званої «публічної адміністрації», а й іншими суб'єктами — зокрема, державними та комунальними (муніципальними) закладами, організаціями, підприємствами. Такі суб'єкти, публічного сектора виконують функції публічного, тобто спрямованого на суспільні потреби, характеру (наприклад, служба невідкладної медичної допомоги, рятувальні служби і та. ін.) і вимагають особливого режиму праці, відмінного від праці у приватному секторі.

Зважаючи на те, що владний статус мають не всі працівники зазначених інституцій публічного сектора, обсяг поняття публічної служби слід обмежити тільки тими працівниками, які безпосередньо виконують владні повноваження. Водночас, не охоплюється поняттям публічної служби робота найманих працівників у державних органах і недержавних суб'єктах публічної влади, які виконують функції, аналогічні функціям, що виконуються відповідними працівниками в приватному секторі.

Тому, до речі, залежно від обсягу публічних функцій (якщо за певних умов приватний сектор не повинен або не може виконувати певні функції, хоча вони є необхідними для держави та суспільства) зміст поняття публічної служби може розширюватися.

Щодо доктринального тлумачення поняття «державна служба» маємо підстави передбачити, що довгочасна тенденція розвитку цього інституту в Україні полягатиме в тому, що він мав би поширюватися не тільки на діяльність посадових осіб власне державних органів (органів державної влади) та їх апарату, а й на діяльність працівників усіх інших державних організацій бюджетної системи — установ (закладів), підприємств, що виконують як власне управлінські функції, так і профілюючі функції за професійним призначенням відповідної організації. Як відомо, у ряді зарубіжних країн є позитивний досвід поширення статусу державних службовців на всіх працюючих, зокрема, в державних закладах культури, освіти, науки, зв'язку тощо.

Разом з тим сьогодні і на найближчу перспективу нагальним є чітке визначення і нормативне врегулювання інституту державної служби у межах першого з наведених варіантів, тобто як служби лише в державних органах та їх апараті, з чітким виокремленням власне служби в органах виконавчої влади, апараті цих та інших державних органів. Саме тут має бути зосереджений комплекс антикорупційних заходів у кадровій політиці.

Отже, в основу формування нової системи законодавства про державну службу має бути покладено запропонований вище поділ видів державної служби. Виходячи з цього, можливі два варіанти структурної побудови зазначеної системи законодавства. Причому обидва варіанти передбачають необхідність підготовки базового (або генерального) законодавчого акта, хоча і з різним його змістом.

Перший варіант передбачає створення базового законодавчого акта у формі узагальнюючого Закону України «Про загальні засади державної служби», котрий мав би стати основою системи законодавства про державну службу. У цьому базовому (генеральному) Законі на основі конституційних положень слід визначити ключові поняття — державна служба, державний службовець, посадова особа, службова особа, політична посада, адміністративна посада, патронатна служба та ін.; закріпити основні принципи державної служби, її побудови та функціонування, загальні риси статусу державних службовців,

його набуття і втрати, гарантії його дотримання, забезпечення громадського контролю за службовцями, вимоги щодо недопущення порушень прав громадян тощо.

На розвиток положень базового законодавчого акта мають бути прийняті конкретні закони, що врегулюють державно-службові відносини в межах діяльності окремих державних органів, що належать до спеціалізованих видів державної служби. Такий підхід дозволяє, зокрема, детально врегулювати державно-службові відносини в органах виконавчої влади, що мають особливий правовий статус, — правоохоронних, воєнізованих, митних, дипломатичних органах тощо.

Враховуючи, що система законодавства про державну службу має охопити усі різновиди державно-службових відносин, доцільно виходити з реально існуючого поділу інституту державної служби України на дві основні сфери: загальну (або цивільну) і спеціалізовану службу.

Як цивільна (тобто служба «чиновників»), так і спеціалізовані види державної служби є предметом регулювання окремих законів — спеціальних (або галузевих), а саме: а) Закону України «Про державну службу в органах виконавчої влади, апараті цих та інших державних органів» (або Закону «Про цивільну службу»); б) інших спеціальних законів — про державну службу у відповідних видах органів виконавчої влади та інших державних органах (крім їх апарату).

Більше того, для окремих видів державної служби буде потрібне додаткове законодавче супроводження в частині питань, які не знайдуть вирішення у змісті спеціальних законів про відповідні види державної служби. Зокрема, це стосується згадуваної цивільної служби, яка в інтересах, зокрема, антикорупційного виливу вимагатиме додаткового врегулювання окремих питань, пов'язаних з функціонуванням службово-трудових відносин, визначенням етичних та інших правил їх поведінки, відносин дисциплінарної відповідальності державних службовців тощо.

Отже, у пропонованому варіанті структура системи законодавства про державну службу матиме такі три рівні:

— рівень базового (генерального) Закону України «Про загальні засади державної служби»;

— рівень спеціальних (галузевих) законів, присвячених окремим видам (цивільній, а також спеціалізованим) служби, серед яких ключовим слід визнати Закон, який фактично є аналогом чинного Закону України «Про державну службу» (цей Закон міг би мати назву «Про державну службу в органах виконавчої влади, апараті цих та інших державних органів» або скорочено — «Про цивільну службу»);

— рівень супроводжуючих законів, які покликані доповнити дію спеціальних (галузевих) законів з питань, котрі залишатимуться поза межами їх предметів регулювання, але при цьому належать до «основ державної служби», які згідно з Конституцією України (п. 12 частини першої ст. 92) потребують визначення «виключно законами України».

Другий варіант структурної побудови системи українського законодавства про державну службу базується на визнанні того, що засадничим законом виступатиме базовий (генеральний) Закон України «Про основи публічної служби», в якому мають бути визначені існуючі види публічної служби та окреслено загальні засади правового регулювання кожного з існуючих видів. Цей закон повинен також передбачити особливості служби в державних та муніципальних (комунальних) установах, організаціях та підприємствах порівняно з аналогічною роботою у приватному секторі (наприклад, обмеження на створення і діяльність організаційних структур політичних партій — відповідно до частини третьої ст. 37 Конституції України, обмеження або особливості реалізації права на страйк і т. ін.), особливості оплати праці, соціального та пенсійного забезпечення тощо.

Спеціальними законами у даному разі вважатимуться закони про:

— державну службу в органах державної влади та їх апараті;

— службу в органах місцевого самоврядування та їх апараті (муніципальну службу).

Спеціальний Закон України «Про службу в органах державної влади та їх апараті» повинен регулювати у тому числі й службові відносини осіб, які обіймають суто адміністративні (тобто так звані «чиновницькі») посади в органах виконавчої влади, що становлять «державну частину» публічної адміністрації.

У вітчизняних умовах, зважаючи на правову традицію, що фактично склалася, більшість положень цього спеціального закону мала б поширюватися також на працівників

апарату: а) судів; б) органів прокуратури; в) органів, утворюваних Верховною Радою (наприклад, апарат Рахункової палати, апарат Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини) та Президентом України (наприклад, апарат РНБО) та. ін.

Низка положень запропонованого закону про державну службу може також поширюватися на працівників апаратів Президента України та Верховної Ради України — з винятками щодо окремо призначуваних працівників патронатних служб.

Спільним для цих «апаратних» працівників з особами, які обіймають адміністративні посади в органах державної влади, є наявність окремих владно-розпорядчих повноважень, професійність, політична нейтральність тощо. Це дозволяє поширювати на них загальні вимоги антикорупційної спрямованості.

Незважаючи на вибір того чи іншого шляху формування системи законодавства про державну службу, базовий (генеральний) закон мав би класифікувати посади в органах державної влади та органах місцевого самоврядування на:

а) політичні (що обіймаються державними політичними діячами);

б) адміністративні (або власне «чиновницькі»);

в) спеціалізовані (дипломатичні, прокурорські тощо);

г) патронатні (коло яких суворо обмежено);

д) допоміжні (або обслуговуючі, організаційно-технічні тощо — посади найманих за трудовим законодавством працівників).

На рівні базового закону максимально повно мають бути врегульовані загальні засади проходження державної (чи публічної) служби.

Що ж до особливостей соціально-трудових умов проходження служби, то вони мають бути передбачені в рамках окремих нормативно-правових актів. Це зумовлено своєрідністю зазначених умов і відсутністю їх регулювання в єдиному кодифікованому акті про працю (як у чинному, так і в офіційному проекті нового Трудового кодексу).

На нашу думку, врегулювання соціально-трудових умов проходження державної служби має здійснюватись або в рамках базового Закону; або окремими «супроводжуючими» базовий закон законодавчими актами; або у поєднанні попередніх варіантів, тобто соціально-трудові умови проходження служби окремих видів, відмінні від положень базового Закону, мали б відображатися безпосередньо у спеціальних (галузевих) законах про окремі види державної служби.

У першому варіанті закріплення на рівні базового закону спільних для всіх державних службовців соціально-трудових умов проходження державної служби дозволить уніфікувати регулювання умов здійснення професійної діяльності, які не мають істотних відмінностей в окремих видах державної служби.

Разом з тим винесення у другому варіанті регламентації основних соціально-трудових умов проходження державної служби у повному обсязі за межі базового закону може призвести до штучного роз'єднання цілісної сукупності всіх елементів статусу державних службовців, необхідності визначати у процесі правозастосування юридичну силу норм цих законів стосовно базового або інших чинних законів, вирішувати питання щодо їх узгодження тощо.

Нарешті, у третьому варіанті найкраще, як вважаємо, забезпечується взаємозв'язок норм базового, спеціальних і, так званих, «супроводжуючих» законів.

Для посилення антикорупційної спрямованості законодавчого регулювання державної служби особлива увага має бути приділена питанням поведінки державних службовців та засобам її правового забезпечення.

Діяльність з виконання своїх службових повноважень та загалом поведінка державних службовців повинні відповідати закону і вимогам моральних принципів суспільства. Вони безпосередньо пов'язані з реалізацією владних повноважень, а тому мають здійснюватися у межах законності, неприпустимості порушення меж компетенції при виконанні своїх службових обов'язків. Разом з тим поведінка державних службовців і поза межами службової діяльності, в побуті має свідчити про їх високу особисту культуру, яка включає рівень знань і професіоналізму, особисті переконання, навички і вміння, здібності, здатність до самовиховання і самовдосконалення, світогляд, правову культуру, коли інтелектуальний рівень пов'язується з високорозвиненою моральною і етичною культурою.

Вимоги, що ставляться до державних службовців, їх поведінки мають загальний характер і стосуються всіх, хто перебуває на

державній службі. До них, зокрема, відносять: відданість народові України; пріоритет інтересів держави, прав і свобод людини і громадянина перед особистими або корпоративними; професіоналізм; досвід та навички, необхідні для успішного виконання службових завдань і функцій; вміння на практиці застосовувати досягнення сучасної науки управління; добросовісність; ввічливість, коректність, шанобливе ставлення до громадян, підлеглих і керівників; висока загальна, правова культура та культура спілкування; високі моральні якості; знання справи; вміння оцінювати працю інших працівників, заохочувати до себе людей своїми знаннями і поведінкою; уникати дій, які можуть свідчити про прихильність до окремих осіб, утримуватися від політичної діяльності у формі політичних заяв і акцій; уникати створення конфліктних ситуацій, а в разі виникнення — сприяти їх усуненню та ін.

Залежно від сфери і характеру виконуваної діяльності до державного службовця можуть ставитися додаткові вимоги щодо його поведінки. Разом з тим як основні, так і додаткові вимоги до поведінки державного службовця мають бути визначені і закріплені в законі. Регулювання поведінки державного службовця на рівні закону має важливе значення для утримання високого авторитету державної служби, зміцнення репутації кожного службовця та посилення вимог до його діяльності.

Поведінка державного службовця мала б бути врегульована через виокремлення його різноманітних відносин: з керівниками і колегами по роботі, тобто у внутрішніх відносинах; з громадянами — при виконанні своїх обов'язків та наданні послуг; з іншими державними і недержавними органами, організаціями, установами. До того ж потребують правового врегулювання і деякі аспекти поведінки державного службовця після припинення державної служби.

Гарантією виконання зазначених вимог державним службовцем, дотримання ним етичних правил є внутрішні, морально-психологічні фактори — визнання власного обов'язку збереження честі і гідності, зміцнення власної репутації, авторитету в цілому державної служби та органу, в якому проходить службу державний службовець.

Ключові положення щодо поведінки державних службовців мають знайти відображення на рівні принципів у Законі України «Про державну службу», а не тільки (як тепер) у затверджених наказом Головдержслужби України від 23.11.2000 р. «Загальних правилах поведінки державного службовця». Адже цей підзаконний акт не можна вважати належним засобом унормування поведінки державного службовця. На наш погляд, узагальнені стандарти поведінки державного службовця повинні визначатися на законодавчому рівні, оскільки питання, які ним врегульовуватимуться, належать, до «основ» державної служби і відповідно до п. 12 частини першої ст. 92 Конституції України мають визначатися виключно законами України.

Таким актом мав би стати Кодекс основних правил поведінки державних службовців (чи Кодекс честі державних службовців), в якому і визначатимуться вимоги до поведінки державного службовця та його участі у відносинах, що складаються в процесі реалізації таких вимог. Зокрема, в ньому мають міститися вимоги щодо питань упередження та протидії корупції в сфері державної служби.

У системі законодавства про державну службу даний акт належить до так званих «супроводжуючих» законів. Закріплення відповідних вимог до поведінки державних службовців на рівні закону сприятиме значному підвищенню авторитету державної служби, посиленню дисциплінованості, доброчесності, дотриманню державними службовцями етичних стандартів поведінки та запобігання корупційним діям.

Слід зауважити, що прийняття законодавчого акта, який би закріплював етичні стандарти поведінки державних службовців, передбачено в рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи країнам-членам. Модельний кодекс поведінки державних службовців, розроблений відповідно до директивних приписів міждисциплінарною групою по боротьбі з корупцією, рекомендується усім державам, в яких проводиться адміністративна реформа і реформа державної служби, та є стандартом, дотримуючись якого країни — члени Ради Європи відповідно до національного законодавства мають розробляти такі кодекси. В Україні проект відповідного кодексу був розроблений робочою групою ще на перших етапах реалізації положень концепції адміністративного реформування в Україні, однак в подальшому цей процес призупинився.

Окреме місце у подоланні корупції у сфері державної служби посідає правове ре-

гулювання дисциплінарної відповідальності державних службовців. Аналіз сучасного стану дає змогу говорити про недостатню ефективність цього інституту в забезпеченні законності і правопорядку в діяльності органів виконавчої влади, і зокрема, у дотриманні антикорупційних вимог.

Норми, якими встановлюється дисциплінарна відповідальність державних службовців, позначаються недостатньою чіткістю, відсутністю належно сформульованих принципів і підстав відповідальності, диференціації стягнень згідно з видами підстав дисциплінарної відповідальності тощо.

У чинному законодавстві про державну службу відсутнє чітке визначення поняття і меж дисциплінарної юрисдикції посадових осіб; чітка прив'язка конкретних видів дисциплінарних стягнень до різних підстав дисциплінарної відповідальності; має місце неврегульованість спеціальної процедури застосування до державних службовців дисциплінарних стягнень (дисциплінарних впроваджень).

На цей час регулювання дисциплінарних стягнень здійснюється одночасно двома нормативно-правовими актами: КЗпП України та Законом України «Про державну службу», що не сприяє ефективному правозастосуванню. У ст. 147 КЗпП України для всіх працівників передбачено два основні види дисциплінарної відповідальності: а) догана; б) звільнення. У Законі України «Про державну службу» (ст. 14) передбачено, що крім дисциплінарних стягнень, закріплених у чинному законодавстві про працю, до державних службовців можуть бути застосовані такі додаткові заходи дисциплінарного впливу: а) попередження про неповну службову відповідальність; б) затримка до одного року присвоєння чергового рангу або призначення на більш високу посаду державної служби.

Розміщення правових норм з питань дисциплінарної відповідальності державних службовців одночасно у двох актах є нераціональним, оскільки не враховує повною мірою потреби розвитку інституту державної служби та особливості правового статусу державних службовців. З огляду на це, потребує вирішення питання щодо форми і змісту єдиного законодавчого акта, в якому виключно були б сконцентровані положення про дисциплінарну відповідальність державних службовців. Таким актом міг би бути Кодекс основних правил поведінки державних службовців, в якому можна передбачити окремий розділ, присвячений поняттям «дисциплінарна відповідальність державного службовця» та «дисциплінарний проступок державного службовця», особливостям та порядку застосування заходів дисциплінарної відповідальності.

Інший варіант — це ухвалення окремим законом Дисциплінарного статуту державної служби. Подібна назва правового акта має сьогодні поширення при визначенні дисциплінарної відповідальності в окремих видах спеціалізованої служби — працівників митних органів, міліції тощо. Хоча видається не менш виправданим і перспективним прийняття Закону «Про дисциплінарну відповідальність державних службовців».

У зв'язку з наведеним, потрібно передбачити у загальному законодавчому акті з питань державної служби бланкетну норму, яка має вказувати, що «дисциплінарна відповідальність державних службовців настає у випадках, у строки та у порядку, визначених відповідним законом».

Підстави притягнення державних службовців до дисциплінарної відповідальності та порядок застосування відповідних стягнень повинні бути чітко визначені:

— по-перше, законом, а не іншим актом законодавства;

— по-друге, такий законодавчий акт має бути складовою системи законодавства про державну службу, а не актом трудового законодавства.

Що ж до тих державних службовців, на яких на цей час поширюється дія статутів чи положень про дисципліну, то повинні застосовуватися ті з них, що відповідають вимогам пропонованого законодавчого акта (йдеться про статути та положення про дисципліну в Збройних Силах, органах внутрішніх справ, прокуратури тощо).

Нагальним завданням правового регулювання дисциплін відповідальність є законодавче врегулювання провадження в справах про дисциплінарні проступки державних службовців (дисциплінарного провадження). Сьогодні відсутній законодавчий акт, що регламентував би цей вид адміністративних проваджень щодо державних службовців, на яких поширюється дія Закону України «Про державну службу».

Метою даного провадження є своєчасне і всебічне з'ясування обставин вчинення

дисциплінарного проступку, виявлення причин та умов, що призводять до порушення службової дисципліни, незабезпечення належного виконання державним службовцем своїх повноважень. Загалом норми, які встановлюють порядок дисциплінарного провадження, мають метою максимально захистити державного службовця від сваволі адміністрації, що має велике значення у боротьбі з можливими у таких випадках зловживаннями, у тому числі корупцією.

Як і інші види адміністративних проваджень, дисциплінарне провадження має відповідні стадії: порушення дисциплінарної справи; її розслідування; розгляд справи компетентною посадовою особою; винесення рішення по справі та його виконання. Це основні стадії, тоді як перегляд справи в порядку оскарження та прийняття відповідного рішення по ній є факультативними стадіями.

Для забезпечення прав державного службовця, що притягується до дисциплінарної відповідальності, важливе значення матиме можливість оскарження рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності. При цьому мають бути забезпечені можливості як внутрішньовідомчого, так і судового оскарження — на вибір державного службовця.

При регламентації процедури оскарження в адміністративному порядку необхідно передбачити гарантії неупередженого розгляду скарги на рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності. Цьому сприяло б створення у вищестоящих органах виконавчої влади спеціальних апеляційних структур дисциплінарних комісій, до складу яких мали б входити представники Головдержслужби, відповідних кадрової та юридичної служби і, можливо, громадської ради. Рішення дисциплінарної комісії про необґрунтованість притягнення державного службовця до дисциплінарної відповідальності або про наявні порушення порядку притягнення чи порушення прав державного службовця має вважатися підставою для скасування рішення про накладення дисциплінарного стягнення.

Шляхом прийняття пропонованого законодавчого акта з питань дисциплінарної відповідальності має бути вичерпно врегульована решта питань дисциплінарної відповідальності державних службовців, що сприятиме забезпеченню законності і правопорядку в діяльності органів виконавчої влади.

Отже, наведені шляхи розв'язання завдань сучасного етапу законодавчого врегулювання інституту державної служби в Україні спрямовані не тільки на чіткіше визначення шляхів формування відповідної системи національного законодавства в інтересах його наближення до стандартів розвинених демократичних країн, а й посилення дієвості механізмів запобігання і протидії корупції в сфері державної служби.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**

1. Концепція подолання корупції в Україні «На шляху до доброчесності». Указ Президента України від 11 вересня 2006 р. № 742/2006 //president.gov.ua.
2. Контрабанді сприяють, в тому числі, і рішення суддів / Юридичний вісник України. — 2007. — № 48.
3. Головне управління державної служби України. Матеріали розширеного засідання колегії. — К., 2007. — 31 трав.
4. Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / За заг. ред. В. Б. Авер'янова. — К., 2003. — 361 с.
5. Б и т я к Ю. П. Проблеми визначення системи законодавства про державну службу // Право України. — 2006. — № 5. — С. 22–26.

# ПРОБЛЕМИ ПОПУЛЯРИЗАЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮСТИЦІЇ ЯК ГОЛОВНОГО ІНСТРУМЕНТА ЗАХИСТУ ПРАВ І СВОБОД ОСОБИСТОСТІ

**О. БІДЕЙ**
***старший викладач кафедри конституційного та адміністративного права і процесу (Миколаївський державний гуманітарний університет ім. Петра Могили)***

Виникнення і розвиток інституту адміністративної юстиції значною мірою пов'язаний із втіленням в життя теорії поділу влади. На сьогоднішній день в Україні склався стратегічний дисбаланс у взаєминах держави й особистості, у зв'язку з чим політику в галузі прав людини варто орієнтувати на розвиток нового засобу правового захисту особистості — адміністративної юстиції.

Треба відзначити, що нині адміністративній юстиції як об'єкту дослідження в Україні на законодавчому рівні приділяється достатня увага. Проте на даному етапі розвитку адміністративної юстиції, вважаю, вкрай важливим є надання цьому інституту статусу найголовнішого засобу гарантованого захисту прав і свобод людини і громадянина. На даний момент все одне бракує послідовності в розвитку законодавчої бази, що охороняє й захищає права й інтереси особистості. Якщо Конституція проголошує широкий спектр основних прав і свобод людини, які являють собою лише юридично закріплені, формальні можливості, то задля того, щоб перетворити їх у дійсність, тобто реалізувати, запровадити в життя, потрібні відповідні умови, гарантії, передумови, які поки повною мірою не створені. Здається, що серед таких гарантій і правових засобів дуже важливе значення має адміністративно-юстиційний механізм захисту прав і свобод громадян, про який, наскільки відомо, знають не всі громадяни.

Мета даної статті вбачається у позначенні головних проблем, які постають в цій справі й вирішення яких дозволить закінчити формування адміністративної юстиції не як ще однієї бюрократичної інституції, але як необхідного елемента громадянського і демократичного суспільства, що покликаний здійснювати ефективний захист законних прав та інтересів громадян перед державою.

Захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб (так само як і юридичних осіб) в галузі публічно-правових відносин є одним із основних завдань адміністративного судочинства, оскільки багато публічних прав і інтересів фізичних (та юридичних) осіб порушуються чи обмежуються органами, що виконують владні функції, з причин наявності правового нігілізму, відсутності правової культури, професіоналізму посадових і службових осіб зазначених органів, а також з причин наявності в правовій системі України юридичних колізій.

Нинішній етап запровадження в Україні адміністративного судочинства свідчить про те, зокрема, як важко перебудувати вітчизняне адміністративне право на нових доктринальних засадах. Так, у Кодексі адміністративного судочинства України (далі — КАС) вперше в українському адміністративному законодавстві закріплено принцип верховенства права (ст. 8). Але проблема в тому, що він може залишатись на папері, оскільки можливостей його реального втілення у діяльність адміністративних судів у цьому ж Кодексі не передбачено. Очевидно, що судочинство (навіть адміністративне) — не є суб'єктом контролю чи нагляду за правотворчістю. Дійсно, КАС (ч. 3 ст. 2) не вимагає, щоб адміністративні суди перевіряли, чи порушують рішення та дії владних суб'єктів права й інтереси людини. Передбачена лише пе-

© О. Бідей, 2008

ревірка за деякими іншими ознаками, насамперед з точки зору відповідності законам України. Але ж чи можна забезпечити судовий захист суб'єктивних прав особи від їх порушень без подібної перевірки?

Тим самим загалом ставиться під сумнів виконання головного завдання адміністративного судочинства, яким в ч. 1 ст. 2 КАС визнано, зокрема, захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень. Адже, не перевіряючи діяльність публічної адміністрації на предмет таких порушень, неможливо захистити від них осіб. Інакше кажучи, формальне проголошення принципу верховенства права в КАС не підкріплюється реальними механізмами його фактичного застосування.

Практичні складності при реалізації прав громадян у взаєминах з органами влади пов'язані не лише із проблемами законодавчого регулювання адміністративних і адміністративно-процесуальних відносин. Права громадян в адміністративно-правовій сфері повинні бути не тільки закріплені у відповідних законодавчих актах, а й забезпечуватися відповідною інформаційною підтримкою. В наш час спостерігається не просто незнання громадянами своїх прав, а й небажання органів виконавчої влади інформувати громадян про шляхи й можливості реалізації прав, наданих їм правом і законом. Так, відзначу такі показники, як: закритість органів виконавчої влади та відсутність відомостей про їх діяльність, відсутність процесуального механізму реалізації прав громадян на одержання необхідної інформації, відсутність належної процедури розгляду звернень громадян до органів виконавчої влади. Такого роду тенденції призводять до додаткових труднощів у процесі використання суб'єктами своїх прав. Джерел інформації про діяльність Вищого адміністративного суду України для громадян-учасників судових процедур не існує ні в Україні, ані в регіонах. Бажано було б налагодити систему інформування, котра мала б комплексний характер та була доступною для розуміння пересічному громадянину.

В уявленнях громадян про систему судочинства в Україні судова влада є найчастіше незалежною, меншою мірою — справедливою, і ще меншою — ефективною. У справі становлення системи адміністративного судочинства постає ще одна проблема — формування позитивної уяви про діяльність адміністративних судів, необхідність їх популяризації навіть на фоні інших судових галузей. Домінуючими ж переконаннями для громадян досі є впевненість у тому, що судова система потребує постійного вдосконалення впродовж тривалого часу [1]. Створення адміністративних судів, на жаль, залишило цю проблему актуальною: пересічні громадяни не знають функцій суду як захисника їх прав і свобод, звертаються до нього рідко, боячись тяганини й бюрократизму, майже не сподіваючись домогтися там істини [2].

З огляду на складність сучасного соціально-економічного життя і тривалість судової процедури, громадяни не поспішають направляти скарги на дії й рішення органів публічної влади до суду — вони звертаються також зі скаргами в адміністративні органи, вважаючи цей шлях більш зручним і звичним. Відзначу, що відповідно до Закону СРСР від 2 листопада 1989 р. «Про порядок оскарження в суді неправомірних дій органів державного управління й посадових осіб, що ущемляють права громадян» [3] подача скарги у вищий орган влади визнавалася обов'язковою стадією адміністративного процесу. Здається, що зміна такого порядку на альтернативний — на вибір громадянина — надає останньому найбільшу оперативність при вирішенні конфлікту, поєднуючи судову й позасудову форму захисту прав.

Якщо давня адміністративно-процесуальна практика, на мій погляд, не потребує викорінення в свідомості суспільства, то обгрунтування системи альтернативного оскарження — коли скарга може подаватися як до адміністративного органу (посадовій особі), що стоїть вище (так зване інстанційне оскарження), або до прокуратури і суду (позов), вважається цілком доцільним і раціональним. Проте роль саме адміністративних судів має зазначатися як провідна. Роль органів виконавчої влади у справі інстанційного розгляду скарг, навпаки, має стати другорядною, додатковою, бо такі органи, які безпосередньо займаються контрольно-наглядовою, виконавчою та управлінською діяльністю, не завжди об'єктивно розглядають скарги громадян, бо вони у відповідних справах є упередженими, оскільки в даних скаргах часто йдеться про невиконання певних дій саме такими органами чи їх службовцями. До того ж, відсутність правової освіти у

великої кількості співробітників органів юрисдикції (наприклад, контрольно-наглядових органів) також не дозволяє зробити інстанційне оскарження головним засобом захисту прав, свобод та інтересів людини.

Ще однією проблемою обізнаності громадян про цілі і завдання адміністративних судів залишається сформована і перевірена роками практика (хоча й не завжди позитивна) звернення до прокуратури з тією ж самою скаргою. Тобто громадяни досі бачать головного захисника своїх суб'єктивних прав саме в прокуратурі, а не в адміністративних судах. Таким чином, в Україні просто відсутня традиція захисту власних прав шляхом звернень до адміністративних судів, можливо — в силу їх нещодавнього з'явлення.

Будучи самостійною, незалежною інстанцією, прокурор найчастіше діє більш оперативно і ефективно, ніж інші правозахисні органи. З цієї причини число звернень до прокурора значно перевищує кількість заяв, що подаються до суду. Принаймні, сьогодні ситуація наступна: число звернень до прокуратури в десять разів перевищує число заяв про захист прав громадян, що направляють до суду (про що мені відомо особисто). Прокуратура у своїй діяльності вдало заповнює деякі вади судової форми захисту прав (ускладнений порядок, тривалі строки розгляду справ, подорожчання правових послуг та ін.).

Проте варто зазначити, що адміністративний позов нині майже скрізь виріс із відомчої скарги й в окремих державах зберігає ще деякі характерні риси останньої, але по суті він являє собою позов про захист суб'єктивних публічних прав громадян (а не правопорядку, як такого). Завдання законодавця — звільнити адміністративний позов від сторонніх домішок, де вони ще збереглися. Цей погляд більше відповідає й конструкції сучасної правової держави, а протилежний — конструкції старої поліцейської держави [4].

На сьогодні в Україні досі не подоланий острах перед самою назвою адміністративних судів. Насамперед це пов'язано з нерозумінням їх завдання, а також з наявністю у суспільстві хибних стереотипів (зокрема, назва «адміністративний суд» у багатьох асоціюється з розглядом справ про адміністративні проступки, тоді як насправді вони покликані захистити громадянина від свавілля держави. Об'єктивною причиною таких поглядів є саме специфічна назва цієї галузі юстиції. Поняття «адміністративна юстиція» є доволі суперечливим саме тому, що поєднує в собі дві назви — «адміністрація» (в перекладі з лат. — «управління») і «юстиція» [5]. Поєднання в одній назві функцій управління, тобто діяльності органів виконавчої влади — «юрисдикції», і «юстиції» — того, що виконується винятково судами, призводить до того, що навіть серед науковців немає єдності в поглядах стосовно природи адміністративної юстиції. Що можна казати в даному випадку про пересічного громадянина, якого відразу ж відлякує «адміністративність» цієї галузі юстиції?

Тому з цього приводу важливим є формування правильної суспільної думки з питань функцій адміністративних судів.

Позитивним моментом, навіть якщо звертати увагу на зазначені проблеми, залишається той факт, що респонденти найчастіше характеризують зміни стосовно адміністративного судочинства як позитивні, наголошуючи на нових можливостях оскарження незаконних дій влади. Тому рівень обізнаності громадян про існування КАС слід визнати прийнятним, хоча пропаганда даного Кодексу у національних масштабах була б вельми доречною. Йдеться про популярні телепередачі або інформаційні повідомлення в ЗМІ з метою популяризації знань про існування КАС і адміністративних судів, їх основні засади та сферу судочинства, яку вони охоплюють.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**

1. За даними сайту «Центр соціальних експертиз «Соціальна перспектива». http://csep.org.ua/index.php?view=article&id=147%3A——&option=com_content&Itemid=65
2. Доклад о деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации в 1999 году // РГ. — 2000. — апр.
3. Закон СССР от 2 ноября 1989 г. № 719-I «О порядке обжалования в суд неправомерных действий органов государственного управления и должностных лиц, ущемляющих права граждан» // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР. — 1989. — № 22. — Ст. 4.
4. Рязановский В. А. Единство процесса. — М., 1996. — С. 26.
5. Николаева Н. А., Соловьева А. К. Административная юстиция и административное судопроизводство: зарубежный опыт и российские традиции: Сборник. — СП-б., 2004. — С. 16.

# АГРАРНЕ ПРАВО УКРАЇНИ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ



**О. ПОГРІБНИЙ**
***доктор юридичних наук, професор, академік АПрН України***

З початку 90-х рр. XX ст. в правовій системі України серед інших юридичних спільностей науковці почали виокремлювати як самостійне утворення аграрне право. Воно стало наступником сільськогосподарського права, яке, у свою чергу, багато в чому зобов'язано своїм існуванням колгоспному праву.

Сучасне аграрне право можна визначити як сукупність правових норм, що регламентують найважливіші для людського існування відносини, — аграрні суспільні відносини, відносини з безпосереднього виробництва сільськогосподарської продукції, її переробки та реалізації з метою задоволення суспільних потреб у харчових продуктах та сировині для багатьох галузей національної промисловості. Проте на сьогодні в аграрно-правовій літературі не вщухає полеміка щодо змісту предмета правового регулювання аграрного права та його місця в національній правовій системі серед інших галузей права. Зупинимося на цих питаннях трохи детальніше.

Предметом аграрного права в спеціальній юридичній літературі традиційно визнається комплекс суспільних відносин, що виникають при виробництві сільськогосподарської продукції, при її переробці та реалізації. Таке розширення предмета правового регулювання аграрного права (порівняно із колгоспним, сільськогосподарським правом) відбулося за рахунок включення до нього не лише власно виробничих відносин (як це було, наприклад, в колгоспному праві), а й відносин, що безпосередньо пов'язані із виробничою сільськогосподарською діяльністю, забезпечують рух сільськогосподарської продукції від виробника до споживача. Тобто вже усталеною є позиція, що предметом аграрного права є комплекс відносин, які виникають в сфері сільськогосподарської діяльності, до котрої традиційно відносять передусім виробництво сільськогосподарської продукції, а надалі — її переробку, зберігання, розподіл, споживання, реалізацію тощо, тобто усі ті відносини, що пов'язані із доведенням виробленої продукції до її безпосереднього споживача.

Комплекс аграрних відносин, що складає предмет аграрного права, є органічним, зважаючи на що вірно зазначає М. Козир, що «у сукупності вони утворюють єдиний органічний комплекс, набувають цілісності, оскільки в цій якості орієнтовані на правове забезпечення сільськогосподарського виробництва, врахування його специфіки й особливостей» [1].

Свідченням комплексності предмета аграрного права виступає також те, що, як слушно вказується у спеціальних юридичних джерелах, у яких би відносинах не брав участь виробник сільськогосподарської про-

© О. Погрібний, 2008

дукції, він має узгоджувати ці відносини з можливістю використання землі, враховувати ризик господарювання, що не залежить від людини (погодні умови, явища природи, особливості рослин та тварин), враховувати факт використання землі та інших природних ресурсів як основних засобів виробництва, використання як засобів виробництва живих організмів, неспівпадіння робочого періоду з періодом виробництва, що обумовлює його сезонність [2].

Головна особливість виробничих аграрних відносин — вони базуються на певних природних об'єктах, що розвиваються за своїми законами. Через це дані відносини залежні від природних об'єктів, кліматичних умов. Жодні виробничі відносини так не пов'язані безпосередньо з природними факторами, як аграрні, багато в чому залежні від них. Крім того, виробництво сільськогосподарської продукції в значній мірі пов'язано з живими організмами: рослинництво, тваринництво, штучне запліднення сільськогосподарських тварин, дорощування (відгодівля) молодняку худоби, птиці, штучне відтворення риби в ставках й інших водоймищах тощо. Це дає підстави виокремити аграрні відносини в особливу групу суспільних відносин, що існують як нерозривний комплекс [3].

Слід відмітити, що новітні дослідження вказують, що предметом аграрного права є відокремлена група суспільних відносин, яка сформувалася, з організації й діяльності сільськогосподарських підприємств, організацій, що має однорідний характер, а саме, відносини: (а) пов'язані з організацією сільськогосподарських підприємств та організацій, (б) пов'язані з діяльністю сільськогосподарських підприємств та організацій, (в) відносини з соціального розвитку села та (г) відносини з організації й діяльності сільськогосподарських підприємств та організацій закордонних країн, діяльності міжнародних організацій в аграрній сфері, міжнародні угоди й договори [4].

Проте останнім часом висловлюються нові думки щодо необхідності розширення предмета аграрного права. Так, наприклад, йдеться про те, що до предмета аграрного права, окрім названих, мають входити також відносини з матеріально-технічного забезпечення сільськогосподарського виробництва та відносини з соціального розвитку села.

Розглянемо ці питання детальніше. Щодо правовідносин з матеріально-технічного забезпечення сільськогосподарського виробництва, то, вважаю, вони також мають входити до предмета аграрного права. Незважаючи на те, що за своєю сутністю ці відносини в переважній більшості випадків врегульовуються нормами інших галузей права (наприклад, цивільного, господарського, адміністративного), аграрне право забезпечує їх спеціалізацію. Тобто, іншими словами, такі відносини з матеріально-технічного забезпечення сільськогосподарських товаровиробників є необхідними для здійснення основної їх діяльності (сільськогосподарського виробництва) з використанням специфічних засобів виробництва, вони мають тісний зв'язок з «традиційними» аграрними, агровиробничими відносинами. Адже без використання спеціальних засобів виробництва, специфічного майна сільськогосподарського призначення виробництво сільськогосподарської продукції є просто неможливим. Все це вказує на необхідність включення відносин з матеріально-технічного забезпечення до предмета правового регулювання аграрного права. При цьому, вважаю, що такі відносини (з матеріально-технічного забезпечення) передують власно аграрним відносинам і тісно пов'язані з ними. До речі, така позиція підтримується й іншими науковцями [5].

Надалі щодо відносин із соціального забезпечення, соціального розвитку села. Відмітимо, що й до сьогодні проблема правової регламентації розвитку соціального середовища в сільській місцевості окремо в юридичній літературі не досліджена. Більш того, не існує якого-небудь прийнятного визначення «соціальна сфера села», «соціальний розвиток села», зважаючи на що, через невизначеність кола відносин, які входять в ці поняття, правове регулювання відповідних суспільних відносин перебуває не на належному рівні. Норми комплексного нормативного акта — Закону України «Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві» від 17 жовтня 1990 р., № 400-XII [6] містять доволі широкі гарантії розвитку соціальної сфери села. Проте, незважаючи на законодавче закріплення наведених засад соціального розвитку села, переважна більшість з них так і залишилися нереалізованими, зважаючи на відсутність законо-

давчих гарантій та механізмів їх здійснення, відсутність фінансової підтримки аграрних перетворень в країні.

Вважаю, що сьогодні й надалі слід вже вести мову не про відносини із соціального забезпечення, а про відносини саме із соціального розвитку села, оскільки за своїм змістом відповідні соціальні сільські відносини потребують оновлення й подальшого вдосконалення, що може бути забезпечено лише за рахунок їх поступового розвитку. До речі, і в новітніх аграрно-правових дослідженнях також підтримується необхідність вжиття терміна «соціальний розвиток села» та наводиться його поняття. Так, А. Статівка визначає соціальний розвиток села як комплекс суспільних відносин, які виникають у зв'язку з облаштуванням сільських територій, соціальним і матеріальним забезпеченням достатнього життєвого рівня сільського населення на рівні стандартів сучасного розвитку суспільства, а також вільного розвитку кожного селянина, що передбачає задоволення його потреб матеріального, морального, духовного та фізичного характеру [7].

Слід відмітити, що раніше відносини із соціального забезпечення колгоспників, створення об'єктів соціально-побутового та культурного призначення на селі, підтримання та розвитку їх мережі, забезпечення підвищення кваліфікації працівників колгоспів включалися до предмета колгоспного права. Така ситуація була цілком виправдана як певним етапом соціально-економічного розвитку країни, так й існуванням прямих приписів щодо цього у Примірних статутах колгоспів. Сьогодні ж, зважаючи на передачу переважної більшості об'єктів соціально-побутового та культурного призначення до комунальної власності відповідних територіальних громад, сільськогосподарські товаровиробники начебто стоять осторонь питань соціального розвитку села. Проте загальновідомо, що місцеві бюджети в переважній більшості випадків неспроможні забезпечити не те що оновлення чи розширення мережі соціальних сільських об'єктів, а й навіть збереження існуючих.

Також необхідно звернути увагу на те, що останнім часом відмічається зворотній процес, коли платоспроможні сільськогосподарські підприємства повертають на свій баланс сільські об'єкти соціально-побутового призначення, відновлюють їх роботу, забезпечують їх модернізацію, покращуючи тим самим життєве середовище в сільській місцевості. Показово, що дані процеси відбуваються незважаючи на відсутність в національному аграрному законодавстві приписів щодо зобов'язання таких підприємств вирішувати питання соціального розвитку села.

Вважаю, що відносини з соціального розвитку села (однак передусім ті, що стосуються задоволення соціально-побутових потреб селян) також мають включатися до предмета аграрного права України. Існує доволі тісний зв'язок названих відносин з аграрними виробничими відносинами, що можна пояснити наступним чином.

Беззаперечним є факт підпорядкованості сільськогосподарського виробництва кліматичним, географічним умовам, біологічним законам виробництва сільськогосподарської продукції. Усі ці особливості створюють сезонність сільськогосподарського виробництва, наявність неоднакових періодів часу роботи та часу відпочинку в сільськогосподарських підприємствах, необхідність забезпечення в окремих галузях сільського господарства (зокрема, у тваринництві) цілодобової роботи. Всі ці фактори зумовлюють необхідність створення особливого соціального середовища на селі, забезпечення доступності соціально-побутового обслуговування для селян тощо, що має позитивно впливати на продуктивність їх праці. І лише при досягненні таких умов може бути забезпечене належне високоякісне виробництво сільськогосподарської продукції, зважаючи на що відносини із соціального розвитку села є тісно пов'язаними із безпосередньо агровиробничими відносинами.

Викладене дозволяє підсумувати, що перспективою розвитку предмета правового регулювання аграрного права є включення до нього поряд із відносинами з виробництва сільськогосподарської продукції, її переробки та реалізації також тісно пов'язаних із ними відносин. Це відносини з матеріально-технічного забезпечення сільськогосподарського виробництва та відносин із соціального розвитку села. Лише такий комплекс відносин, взятий у їх єдності й виникаючий при здійсненні сільськогосподарської діяльності, й має у недалекому майбутньому констатувати аграрне право у національній правовій системі як самостійну галузь права, що носить комплексний характер.

Окремо слід звернути увагу науковців й на такі перспективні напрями аграрно-правових досліджень та розширення предмета аграрного права як упорядкування правовідносин, що виникатимуть у зв'язку із процесами вступу України до Європейського Союзу. Такий інтеграційний процес характеризуватиметься стрімким накопиченням правових норм щодо стандартів діяльності національних сільськогосподарських товаровиробників, якості продукції, що ними виробляється, правил її реалізації тощо. Відповідно до цього й виникнуть аграрні правовідносини, що виступатимуть правовою формою даних процесів. Окрім цього, слід вказати й на необхідність детального розроблення питань приватних та публічних засад в аграрних правовідносинах як складника предмета аграрного права. Перші кроки в цьому напрямі вже зроблено[8], проте названі засади потребують свого детального вивчення та опрацювання.

З приводу найменування галузі права, стан та перспективи розвитку якої охарактеризовано в даній статті, то, як видається, найменування «аграрне право» найбільш повно та точно відповідає комплексу суспільних відносин, що входять до предмета даної галузі права. Воно охоплює як агровиробничі, так і відносини, що тісно пов'язані із ними, які передують їм або ж «слідують» за ними. Вважаю передчасними висловлені в спеціальній літературі пропозиції щодо необхідності зміни назви галузі права «аграрне право» на «селянське право» [9] або ж «агровиробниче і селянське право» [10].

Підсумовуючи викладене щодо сучасного стану та перспектив видозміни предмета аграрного права слід зробити висновок, що розвиток усіх названих складників в кінці кінців призведе до визнання самостійності аграрного права, констатації його як самостійної, самодостатньої галузі права. При цьому визнання аграрного права самостійною галуззю не означає (й не може означати) її перетворення в основну галузь права, зважаючи на його комплексний характер. Аграрне право як самостійна галузь права займатиме належне місце в національній правовій системі, забезпечуючи разом із іншими галузями права (як основними, так і комплексними) найоптимальнішу правову регламентацію відповідних суспільних відносин.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**


1. К о з ы р ь М. И. Аграрное право России: проблемы становления и развития. — М., 2003. — С. 62.
2. Аграрное, земельное и экологическое право Украины: Общие части учебных курсов: Учеб. пособ. Изд. второе, доп. и исправ. / Под ред. А. А.Погребного и И. И. Каракаша. — Х., 2001. — С. 20.
3. С т а т и в к а А. Н. Договоры в агропромышленном комплексе Украины в условиях рынка. — Х., 1997. — С. 39, 40.
4. Б о б ы л е в А. И. Аграрное право — самостоятельная отрасль российской системы права / Актуальные проблемы аграрного права России: теория и практика: Сборник научных статей. — М., 2004. — С. 18–29. — С. 21, 22.
5. Б а г а й Н.О. Розвиток науки аграрного права України: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.06 / Львів. нац. ун-т. — Львів, 2002. — С. 63; С т а т і в к а А.М., У р к е в и ч В.Ю. Про зміст предмета аграрного права // Стан та перспективи розвитку юридичної науки та освіти: Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 5-річчю створення юрид. ф-ту Нац. аграр. ун-ту (Київ, 17–18 листоп. 2006 р.): Зб. наук. пр. / За заг. ред. В. М.Єрмоленка та ін. — К., 2007. — С. 24; У р к е в и ч В. Ю. Проблеми теорії аграрних правовідносин: Монографія. — Х., 2007. — С. 75.
6. Відомості Верховної Ради УРСР. — 1990. — № 45. — Ст. 602.
7. С т а т і в к а А.М. Організаційно-правові питання соціального розвитку села в Україні: Монографія. — Х., 2007. — С. 36, 37.
8. У р к е в и ч В.Ю. Аграрні правовідносини в Україні: Автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.06 / Нац. юрид. акад. України. — Х., 2007. — 39 с.
9. Т и т о в а Н. І. До проблеми спеціалізації та забезпечення прав селян як громадян України // Стан та перспективи розвитку аграрного права: Матер. міжнар. наук.-теор. конф., присв. 80-річчю В. З. Янчука, Київ, 26—27 трав. 2005 р. / За ред. В. М. Єрмоленка, В. І. Курила. — К., 2005. — С. 116.
10. С т а т і в к а А. М. Організаційно-правові питання соціального розвитку села в Україні: Монографія. — Х., 2007. — С. 81.

# ДЕКЛАРУВАННЯ ДОХОДІВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ: ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ У КОНТЕКСТІ ФІНАНСОВОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

**Е. ДМИТРЕНКО**
***кандидат юридичних наук, доцент,***
***професор кафедри економіки та фінансового права***
***(Національна академія СБ України)***

Функціонування публічних фінансів, спрямованих на забезпечення виконання державою, органами місцевого самоврядування своїх завдань і функцій, зумовлює потребу існування як досконалої системи оподаткування взагалі, так і механізму декларування доходів фізичних осіб зокрема.

Аналіз наукової літератури засвідчив, що зазначене питання належить до не розроблених, адже вчені розглядали лише окремі його аспекти серед інших проблем фінансового (Л. Воронова, Л. Давидова, М. Карасьова, Н. Хімичева), кримінального права (О. Дудоров) без визначення їх впливу на фінансову безпеку держави. Оскільки досконалий механізм зазначеного декларування є запорукою дотримання його учасниками законодавства у цій сфері, то метою запропонованої наукової статті є аналіз механізму декларування доходів фізичних осіб та формування основних напрямів щодо його удосконалення у контексті фінансової безпеки України.

Механізм декларування доходів фізичних осіб визначений у Конституції України від 28 червня 1996 р. (ст. 67); законах України «Про державну податкову службу в Україні» від 4 грудня 1990 р. (статті 2.8, 10.11), «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» від 21 грудня 2000 р. (ст. 17), «Про податок з доходів фізичних осіб» від 22 травня 2003 р., інших нормативно-правових актах, прийнятих відповідно до них. Разом з тим, у законодавстві невизначеним є поняття «декларування доходів фізичних осіб», його об'єкт, предмет, мета. Вважаю, що об'єктом декларування доходів фізичних осіб є порядок визначення доходів суб'єкта декларування (далі — декларант), одержаних протягом календарного року та (або) за попередні роки, та надання інформації про їх витрачання, здійснені у той же період, предметом — доходи та витрати зазначених осіб, а метою — контроль органів Державної податкової служби за відповідністю наданої інформації.

Отже, під декларуванням доходів фізичних осіб слід розуміти сукупність правовідносин з приводу визначення доходів суб'єкта декларування, одержаних протягом календарного року та (або) за попередні роки, та надання інформації про їх витрачання, здійснені у той же період, з метою контролю органів Державної податкової служби за відповідністю наданої інформації.

Окремим видом є декларування доходів державними службовцями та іншими особами, уповноваженими на виконання функцій держави. Норми про механізм такого декларування містять закони України: «Про боротьбу з корупцією» від 5 жовтня 1995 р. (статті 6, 9), «Про державну службу» від 16 грудня 1993 р. (статті 13, 25), «Про службу в органах місцевого самоврядування» від 7 червня 2001 р. (ст. 13), постанова Кабінету Міністрів України «Про застосування статті 13 Закону України «Про державну службу» від 11 серпня 1995 р. № 641; накази Міністерства фінансів України, інших нормативно-правових актів. Відповідно до зазначених статей законів України «Про державну службу», «Про службу в органах місцевого самоврядування» щорічно подають відомості про доходи та зобов'язання фінансового характеру, в тому числі й за кордоном, особи, які претендують на зайняття посади державного службовця 1–7 категорій (особи, котрі претендують на зайняття посади державного службовця 1 і 2 категорій, повинні подати також відомості про належні їй

© Е. Дмитренко, 2008

та членам її сім'ї нерухоме та цінне рухоме майно, вклади у банках і цінні папери).

Статтею 6 Закону «Про боротьбу з корупцією» визначені особливості декларування доходів осіб, уповноважених на виконання функцій держави: Президента України, Голови Верховної Ради України та його заступників, голів постійних комісій Верховної Ради України та їх заступників, народних депутатів України, Прем'єр-міністра України, членів Кабінету Міністрів України, Голови та членів Конституційного Суду України, Голови та суддів Верховного Суду України, Голови та суддів вищого спеціалізованого суду України, Генерального прокурора України та його заступників і членів їх сімей. Відомості про доходи, цінні папери, нерухоме та цінне рухоме майно і вклади у банках цих посадових осіб та членів їх сімей підлягають декларуванню в порядку і на підставах, передбачених ст. 13 Закону «Про державну службу», та щорічній публікації в офіційних виданнях державних органів України. Окрім того, у разі відкриття валютного рахунку в іноземному банку державний службовець або інша особа, уповноважена на виконання функцій держави, зобов'язана у десятиденний строк письмово повідомити про це податкову службу із зазначенням номера рахунку і місцезнаходження іноземного банку.

Перелік інших осіб, зобов'язаних щорічно декларувати свої доходи, містять Методичні рекомендації щодо заповнення державними службовцями та особами, уповноваженими на виконання функцій держави, «Декларації про доходи, зобов'язання фінансового характеру та майновий стан державного службовця та особи, яка претендує на зайняття посади державного службовця, щодо себе та членів своєї сім'ї», затверджені наказом Міністерства фінансів України від 9 квітня 2001 р. № 175. До них, крім державних службовців та депутатів усіх рівнів, віднесено: військовослужбовців (крім тих, що проходять строкову службу), уповноважених на виконання функцій держави; сільських, селищних, міських голів і голів районних та обласних рад; суддів, прокурорів, слідчих, осіб рядового й начальницького складу органів внутрішніх справ, співробітників служби безпеки, посадових осіб податкової адміністрації та податкової міліції, митної служби, а також працівників апарату суду, прокуратури й інших зазначених органів, уповноважених на виконання функцій держави. Цим же нормативним актом визначено, що до членів сім'ї декларанта належать; чоловік (дружина), батьки та неодружені діти декларанта, які проживають спільно із ним на житловій площі.

На мою думку, зміст норм зазначених нормативних актів є недосконалим, а саме потребує чіткого визначення поняття «особи, уповноважені на виконання функцій держави», серед яких виокремити «вищих посадових осіб держави». Зокрема, пропоную до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, віднести вищих посадових осіб України, депутатів різних рівнів (Верховної Ради України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим, сільських, селищних, міських, районних, обласних рад), державних службовців, голів сільських, селищних, міських голів та голів районних, обласних рад, посадових осіб місцевого самоврядування. До таких осіб мають належати не будь-які працівники органів прокуратури, суду, органів внутрішніх справ, служби безпеки, податкової служби, митної служби, а їх вищі посадові особи, а також особи вищого офіцерського складу військових формувань, особи вищого начальницького складу органів внутрішніх справ, податкової міліції Державної податкової адміністрації України, вищі посадові особи начальницького складу внутрішньої служби Міністерства України з питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи та Державного департаменту України з питань виконання покарань. Тоді як поняття «вищі посадові особи України» має охоплювати таких осіб: Президент України, Голова Верховної Ради України та його заступники, народні депутати України, Прем'єр-міністр України, члени Кабінету Міністрів України, Голови, заступники Голів та судді Конституційного Суду України, Верховного Суду України, вищих спеціалізованих судів України, Генеральний прокурор України та його заступники, Голова Національного банку України, Голова Фонду державного майна України, Голова Антимонопольного комітету України, Голова Державного комітету телебачення та радіомовлення України, голови державних комітетів та прирівняні до них керівники центральних органів виконавчої влади, а також керівники центральних органів виконавчої влади зі спеціальним статусом, Голова Центральної виборчої комісії, Голова

Рахункової палати, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини.

Доцільно у Законі «Про державну службу» визначити перелік осіб, уповноважених на виконання функцій держави, та вищих посадових осіб держави, а у спеціальному законодавстві, в тому числі й нормативних актах, якими визначається їх статус, — особливості декларування їх доходів. Останнє має містити норми про обов'язок декларування зазначеними особами. Також необхідно розробити форму декларації про майно та доходи таких осіб, адже ті, які існують, потребують удосконалення.

Не відповідає сучасним реаліям і зміст поняття «члени сім'ї особи, уповноваженої на виконання функцій держави», яке повинно охоплювати як рідних, так і усиновлених дітей, а також дітей, над якими встановлено опіку (піклування) як самої особи, так і її чоловіка або дружини, а також чоловік або дружина будь-якого прямого родича особи, уповноваженої на виконання функцій держави, або її чоловіка(дружини).

З метою удосконалення механізму декларування доходів фізичних осіб, на мій погляд, необхідно: внести зміни до законів України «Про боротьбу з корупцією», «Про державну службу», «Про службу в органах місцевого самоврядування», «Про податок з доходів фізичних осіб», або ж прийняти єдиний законодавчий акт, де дістали б своє визначення як декларування доходів фізичних осіб взагалі, так і його різновиди; провести аналіз податкового законодавства та вилучити норми, які дають можливість недекларувати доходи.

Оскільки однією з причин невчасної подачі декларації про доходи є складний механізм включення та обчислення доходів, які потребують декларування, то останній має бути детально урегульований на підзаконному рівні. Зокрема, пропоную деталізувати усі види доходів за місцем основної та не основної роботи (служби) декларанта, які підлягають декларуванню. Потребує визначення й перелік майна, витрати на придбання якого мають відображатися у декларації, обов'язково віднісши до нього, окрім нерухомості та рухомого майна, також коштовності, антиквариат, твори мистецтва, а суму доходів від них визначати на підставі нотаріально засвідченої копії експертизи щодо визначення їх вартості.

До втрати надходжень податку з доходів фізичних осіб призводять недостатньо визначені норми щодо оподаткування доходів від інтелектуальної власності, незалежної професійної діяльності, від депозитних вкладів. З огляду на викладене, доцільно удосконалити механізм оподаткування доходів фізичних осіб, реалізувавши принципи прибуткового оподаткування, характерні для соціальних держав, та розширити базу оподаткування за рахунок сплати податку з усіх видів доходів.

Недосконалий механізм зазначеного декларування доходів фізичних осіб є однією з причин вчинення податкових правопорушень. На сьогодні науковцями не систематизовано як систему зазначених правопорушень, так і їх суб'єктів (до останніх дослідниками найчастіше відносяться платники податків, органи державної податкової служби та кредитні органи) [1].

Пропоную у системі податкових правопорушень виокремлювати правопорушення у сфері декларування доходів фізичних осіб, а їх систему визначати за такими критеріями:

— за наявністю у нормативному акті норми про відповідальність за вчинення правопорушень у сфері декларування доходів: правопорушення, передбачені у Кодексі України про адміністративні правопорушення, Кримінальному кодексі України, законах України, підзаконних нормативних актах;

— за суб'єктом правовідносин у сфері декларування доходів: правопорушення осіб, зобов'язаних подавати декларації про доходи та інформацію про їх витрачання (ухилення від подання декларацій, несвоєчасне подання декларацій або включення до них завідомо неправдивих даних); правопорушення керівників підприємств, установ, організацій усіх форм власності та уповноважених осіб, які здійснюють операції або вчиняють дії, пов'язані з придбанням майна, виконанням робіт і наданням послуг, за порушення порядку подання відомостей про здійснення таких операцій декларантами; правопорушення посадових осіб підприємств, установ, організацій, які виплачували доходи, за неповідомлення або несвоєчасне повідомлення органу Державної податкової служби відомостей про доходи декларантів та їх витрати, про відкриття їм рахунків в установах банків; правопорушення посадових осіб органів Державної податкової служби при здійсненні контролю за декларуванням та витрачанням

доходів, порушення порядку зберігання декларацій про доходи, неналежне їх зберігання;

— за об'єктом правовідносин у сфері декларування доходів фізичних осіб: порушення вимог державного фінансового контролю за декларуванням доходів; порушення порядку подання відомостей органами державної влади та органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями або уповноваженими особами, пов'язаними з проведенням державного фінансового контролю за декларуванням доходів; порушення встановленого порядку збереження декларацій та за розголошення відомостей, що містяться в деклараціях.

З метою зменшення кількості вчинених правопорушень у аналізованій сфері, на мій погляд, необхідно внести зміни і до законодавства, що регулює відповідальність, підтримавши у цьому окремих науковців [2]. Пропоную визнати однією з його форм неподання декларації про доходи та передбачити такі кримінальні санкції: конфіскацію будь-якого майна з одночасним позбавленням волі на певний строк і штраф, але не в абсолютних величинах, а у сумі, кратній заподіяній матеріальній шкоді державі, органам місцевого самоврядування (наприклад, у сумі несплаченого податку). Така практика широко застосовується у кримінальному законодавстві багатьох зарубіжних держав[3]. Висловлюю думку про необхідність удосконалення механізму адміністративної відповідальності за порушення порядку утримання та перерахування податку на доходи фізичних осіб і подання відомостей про виплачені доходи, за порушення порядку подання декларації про доходи та ведення обліку доходів і витрат. Вважаю, що ефективним покаранням може бути адміністративній штраф у кратному розмірі до заниженого податкового зобов'язання, визначеного у статтях $163^{4}$, $164^{1}$ Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Таким чином, можна виділити як важливий чинник впливу на механізм декларування доходів фізичних осіб — внесення змін у нормативні акти з метою: чіткого визначення понять «декларування доходів фізичних осіб», «особи, уповноважені на виконання функцій держави», «вищі посадові особи держави»; деталізації усіх видів доходів, які підлягають декларуванню; удосконалення механізму адміністративної та кримінальної відповідальності за порушення у аналізованій сфері. Маю надію, що таким чином можна вплинути на вирішення зазначених та інших проблем удосконалення механізму декларування доходів фізичних осіб і, як наслідок, зменшити кількість правопорушень у цій сфері з метою гарантування фінансової безпеки держави.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**

1. Финансовое право: Учеб. / Л. К. Воронова, Л. А. Давыдова, М. В. Карасева и др. / Отв. ред. Н. И. Химичева. — М., 1995. — С. 241.
2. Дудоров О. О. Законодавство про оподаткування злочинних доходів: сучасний стан і перспективи, вплив на застосування статті 212 Кримінального кодексу України // Законодавство України: Науково-практичні коментарі. — 2004. — № 3. — С. 30–46; Дудоров О. О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика. — К., 2003. — С. 114–115.
3. Дмитренко Е. С. Проблеми встановлення та реалізації юридичної відповідальності суб'єктів фінансового права // Прокуратура, людина, держава. — 2004. — № 12. — С. 106.

# ЩОДО ПОХОДЖЕННЯ ПОНЯТТЯ «ПЕРВИННИЙ ФІНАНСОВИЙ МОНІТОРИНГ»

**Л. ЧУНІХІНА**
***старший викладач (юридичний факультет Східноукраїнського національного університету ім. Володимира Даля)***

Україна, використовуючи світові рекомендації щодо запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, послідовно створює національну систему фінансового моніторингу в банківській системі.

Зазначу, що в міжнародних документах, які лежать в основі становлення системи фінансового контролю за банківськими операція в Україні, термін «фінансовий моніторинг» взагалі і термін «первинний фінансовий моніторинг» зокрема не вживається. Будь-який нормативно-правовий акт національного законодавства також не наводить їх тлумачення.

Норми Віденської конвенція від 20 грудня 1988 р. були для України основою законодавчих актів, які регламентують здійснення банківського контролю за сумнівними фінансовими операціями. За цією Конвенцією держави, які ратифікували її, мають виявляти сумнівні фінансові операції, заморожувати банківські рахунки несумлінних клієнтів та арештовувати доходи, отримані протиправним шляхом [1].

Директива Ради Європейського Співтовариства від 10 червня 1991 р. «Про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання грошей», враховуючи відповідні Рекомендації групи з розроблення фінансових заходів (ФАТФ), ототожнює контрольні дії фінансових установ з системою внутрішніх заходів запобігання та протистояння використанню банківської системи для відмивання грошей; з отриманням необхідної інформації про клієнтів та зберіганням документації про них; зі звітуванням фінансовими установами про можливу причетність фінансових операцій до відмивання «брудних» грошей [2].

Європейська Комісія з економічних та соціальних питань, усвідомлюючи, що використання фінансово-кредитних установ для відмивання прибутків, одержаних від злочинної діяльності, може мати серйозну небезпеку для міцності та стабільності таких установ та втрату довіри до фінансової системи у цілому, підкреслює необхідність дотримання міжнародних стандартів у протидії використанню фінансової системи для відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом. Особи, які відмивають гроші, можуть використовувати перевагу вільного руху капіталу і свободу надання фінансових послуг лише на єдиній фінансовій території.

Усвідомлюючи реальну загрозу для діяльності банківської системи та інших фінансових закладів, ФАТФ з урахуванням тенденцій у відмиванні грошей у світі розробила основні Рекомендації щодо підвищення відповідальності фінансових установ, за якими банки зобов'язані ідентифікувати принаймні всіх клієнтів і зберігати інформацію про них. Банки зобов'язані за власною ініціативою повідомляти уповноважених осіб про факти виявлення підозрілих фінансових операцій.

Базельський комітет банківського нагляду з метою запобігання та протидії відмиванню грошей визначив фінансовому моніторингу в фінансових установах функцію отримання інформації щодо нових клієнтів та законності їх рахунків. В Основній частині Заяви викладаються основні принципи боротьби з відмиванням грошей через банківську систему: спільне вироблення єдиних механізмів внутрібанківського контролю; банки повинні додавати всі можливі зусилля для встановлення осіб своїх клієнтів, особлива увага повинна бути звернена на осіб, які орендують банківські сейфи; банківські й фінансові установи зобов'язані дотримуватися законів і положень як національного, так і міжнародного рівня, що мають відношення до фінансових угод; операції, стосовно яких є підстави для підо-

© Л. Чуніхіна, 2008

зри у відмиванні грошей, у будь-якому випадку не підлягають виконанню.

Базельський комітет пропонує робити це наступними заходами: а) забороняти здійснення фінансових операцій у великих розмірах у разі відсутності необхідної інформації про клієнта; б) забороняти сприянню здійснення сумнівних фінансових операцій. Названі завдання можуть виконуватися різними формами. Це співпраця банків з органами виконавчої влади, з Національним банком України, які відповідно до чинного законодавства виконують функції регулювання та нагляду за діяльністю юридичних і фізичних осіб й здійснюють фінансові операції, з контролюючими та правоохоронними органами.

На виконання визначених міжнародних зобов'язань Президент України видав Указ від 19 липня 2001 р. № 532 «Про додаткові заходи боротьби з відмиванням доходів, одержаних злочинним шляхом» [3], яким з числа представників Державної податкової адміністрації України, Міністерства фінансів України, Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства юстиції України, із залученням представників Генеральної прокуратури України, Служби безпеки України, Верховного Суду України, Національного банку України, Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку України, експертів з фінансових питань утворено Міжвідомчу робочу групу з дослідження методів та тенденцій у відмиванні грошових коштів й інших доходів, одержаних злочинним шляхом, аналізу ефективності заходів, що вживаються для запобігання та протидії відмиванню таких доходів, підготовки пропозицій щодо впровадження Сорока Рекомендацій Групи з розроблення фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей.

Указом Президента України від 10 грудня 2001 р. № 1199 «Про заходи щодо запобігання легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» з метою запобігання, виявлення, викриття і припинення легалізації (відмивання) грошових коштів та іншого майна, одержаних злочинним шляхом, визначення механізму протидії цьому явищу, запроваджено обов'язковий фінансовий контроль за всіма фінансовими операціями, що визначені Законом України від 7 грудня 2000 р. № 2121-III «Про банки і банківську діяльність» як значні та сумнівні.

Цим Указом встановлено, що обов'язковий фінансовий контроль здійснюється: первинний — банками та іншими фінансовими установами; державний — державними органами, які відповідно до законодавства уповноважені забезпечувати регулювання та нагляд за діяльністю організацій, що здійснюють фінансові операції.

Кабінетом Міністрів України була прийнята постанова від 10 січня 2002 р. № 35 «Про утворення Державного департаменту фінансового моніторингу», а постановою від 19 лютого 2002 р. № 194 затверджено Положення про нього. На Державний департамент фінансового моніторингу постановою Кабінету Міністрів України від 2 червня 2004 р. № 728 покладені такі основні завдання: участь у реалізації державної політики у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму; збирання, оброблення і аналіз інформації про фінансові операції, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу; створення та забезпечення функціонування єдиної державної інформаційної системи у сфері запобігання й протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму; налагодження співробітництва, взаємодії та інформаційного обміну з органами державної влади, компетентними органами іноземних держав й міжнародними організаціями в зазначеній сфері та забезпечення представництва України у відповідних міжнародних організаціях.

Держфінмоніторинг відповідно до покладених на нього завдань бере участь у реалізації державної політики у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму; вносить в установленому законодавством порядку пропозиції щодо розроблення нормативно-правових актів з питань запобігання й протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму та бере участь у їх підготовці; одержує від органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, суб'єктів господарювання на свій запит інформацію, необхідну для реалізації покладених на нього завдань; співпрацює з органами виконавчої влади, іншими державними органами, завданням яких є запобігання та протидія легалізації

(відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму; досліджує методи та фінансові схеми легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансування тероризму, сприяє виявленню в фінансових операціях ознак використання цих доходів; здійснює координацію та методичне забезпечення діяльності суб'єктів первинного фінансового моніторингу з питань запобігання й протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму; проводить аналіз ефективності заходів, що вживаються суб'єктами первинного фінансового моніторингу для запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму; забезпечує ведення обліку фінансових операцій, які мають ознаки таких, що підлягають фінансовому моніторингу, в установленому законодавством порядку; бере участь за дорученням Кабінету Міністрів України у підготовці проектів відповідних міжнародних договорів України; виконує інші функції, згідно з покладеними на нього завданнями.

Державний департамент фінансового моніторингу, відповідно до покладених на нього функцій, підготував проект Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) надходжень, отриманих злочинним шляхом», метою якого було створення ефективної системи, спрямованої на запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів й іншого майна, одержаних злочинним шляхом, та міжнародне співробітництво у цій сфері.

Як частку цієї системи у складі Департаменту валютного контролю та ліцензування Національним банком України створено відділ протидії відмиванню грошей, а з числа працівників останнього — робочу групу з питань запобігання легалізації грошей, одержаних злочинним шляхом, завданнями якої є формування стратегії НБУ щодо протидії відмиванню грошей, одержаних злочинним шляхом.

Національний банк ухвалив ряд відомчих нормативно-правових актів у цій сфері. Так, наказом від 23 січня 2002 р. № 5 передбачені невідкладні заходи щодо запобігання легалізації коштів, одержаних злочинним шляхом: створення галузевої групи протидії відмиванню коштів у банківській системі із залученням до її складу фахівців комерційних банків; впровадження необхідних форм звітності для виявлення та запобігання легалізації коштів; налагодження взаємодії у сфері запобігання легалізації коштів, одержаних злочинним шляхом, з правоохоронними і контролюючими органами.

Постановою Правління Національного банку України від 30 квітня 2002 р. № 164 схвалені «Методичні рекомендації з питань розроблення банками України програм з метою протидії легалізації (відмиванню) грошей, отриманих злочинним шляхом», якими запроваджено більш жорсткий банківський контроль з метою виявлення сумнівних фінансових операцій.

Прийнятий Верховною Радою України Закон 28 листопада 2002 р. № 249-IV «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» (далі — Закон) вводить в національне законодавство два поняття фінансового моніторингу — обов'язковий та внутрішній.

Обов'язковим *фінансовим моніторингом* за цим Законом вважається сукупність заходів спеціально уповноваженого органу виконавчої влади з питань фінансового моніторингу з аналізу інформації щодо фінансових операцій, що надається суб'єктами первинного фінансового моніторингу, а також заходів з перевірки такої інформації відповідно до законодавства України.

*Внутрішній фінансовий моніторинг* — це діяльність суб'єктів первинного фінансового моніторингу з виявлення, відповідно до цього Закону, фінансових операцій, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу, та інших фінансових операцій, котрі можуть бути пов'язані з легалізацією (відмиванням) доходів.

Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» заходами первинного фінансового моніторингу в банках називає: проведення ідентифікації особи, яка здійснює фінансову операцію, що підлягає фінансовому моніторингу, на підставі наданих в установленому порядку документів або за наявності підстав вважати, що інформація щодо ідентифікації особи потребує уточнення; забезпечення виявлення і реєстрації фінансових операцій та надання Уповноваженому органу інформації про

фінансову операцію, що підлягає обов'язковому фінансовому моніторингу; сприяння працівникам Уповноваженого органу у проведенні аналізу фінансових операцій, надання відповідно до законодавства додаткової інформації на запит Уповноваженого органу, пов'язаної з фінансовими операціями, що стали об'єктом фінансового моніторингу, в тому числі таку, що становить банківську та комерційну таємницю; сприяння суб'єктам державного фінансового моніторингу з питань проведення аналізу фінансових операцій, що підлягають фінансовому моніторингу; збереження документів, які стосуються ідентифікації осіб, якими здійснено фінансову операцію, що підлягає фінансовому моніторингу, та всю документацію про здійснення фінансової операції.

Отже, не тільки нормативно-правові акти не визначають поняття «первинний фінансовий моніторинг». Не зустріли ми тлумачення цього терміна і у науковців.

С. Симов'ян, досліджуючи закордонний досвід протидії відмиванню «брудних» грошей, розглядаючи специфічні особливості легалізації злочинних доходів через українські банки, наводить аргументи того, що фінансовий моніторинг розширяє функцію держави в боротьбі з економічною злочинністю та збагачує її новим змістом. Але автор не дає поняття фінансового моніторингу взагалі і не торкається характеристики змісту кримінологічної функції фінансового моніторингу як засобу протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом [4].

А. Клименко називає фінансовий моніторинг особливою формою фінансового контролю. Аргументуючи свою позицію автор робить, як мінімум, два не дуже точних припущення. По-перше, ототожнює зміст фінансового моніторингу з фінансовим контролем, як однією з форм державного управлінського процесу — управління фінансами, по-друге, вважає, що фінансовий моніторинг «...містить усі елементи механізму фінансового контролю у їх зовнішньому вияві» [3].

Погляди науковця підтримую частково. Аналізуючи заходи фінансового моніторингу в банківській системі України, вважаю, що *контрольна* функція фінансів є лише об'єктивною основою первинного фінансового моніторингу. Моніторинг взагалі (за енциклопедією А. Порохова) — це спостереження, оцінка та прогноз стану будь-якого явища.

Отже, первинним фінансовим моніторингом банківської системи можна вважати *виконання завдань внутрішнього фінансового контролю і аналізу фінансових операцій клієнтів банку з метою виявлення сумнівних операцій, можливо пов'язаних з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом.* На мій погляд, основне призначення та сутність первинного фінансового моніторингу виявляється і знаходить відображення в його функціях, для забезпечення виконання яких необхідна участь працівників банку в межах їх компетенції, у виявленні фінансових операцій, що підлягають внутрішньому фінансовому моніторингу, та інших операцій з грошовими коштами або іншим майном, пов'язаним з легалізацією (відмиванням) «брудних» доходів.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**

1. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин, прийнята Конференцією ООН у м. Відні 20 грудня 1988 р.
2. Директива Ради Європейських Співтовариств від 10 червня 1991 р. «Про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання грошей» 91/308/ЕЕС.
3. К л и м е н к о А. О. Організаційно-правові засади діяльності банків в системі заходів протидії легалізації доходів, здобутих злочинним шляхом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Національна академія внутрішніх справ України. — К., 2004. — С. 19.
4. С и м о в ь я н С. В. Финансовый мониторинг в банковской системе как средство противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем: Монография. — Х., 2004. — 2181 с.

# ЗМІСТ ТА ПІДСТАВИ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА З ФІНАНСОВИХ ПИТАНЬ

**М. РОГАЛЬ-ЛЕВИЦЬКА**
***(Національний університет ДПС України)***

Адміністративна відповідальність має таку характерну особливість, як надзвичайно широкий правовий аспект регульованих суспільних відносин. Це впливає на постійне зростання інтересу з боку багатьох науковців до поглибленого вивчення питання не лише суті (змісту) названої відповідальності, причин виникнення (підстав), а й варіацій застосування її у різних галузях права.

Адміністративне правопорушення вчиняється у сфері загальнодержавних, а не приватноправових інтересів, тому що проступок посягає на правові інтереси держави з фінансових питань. Наслідком є адміністративна відповідальність, що виступає як засіб охорони встановленого державою правопорядку, нормативно визначена та полягає у застосуванні санкцій правових норм (штраф). Зазначена відповідальність виконує велику профілактичну роль у запобіганні правопорушенням з фінансових питань. Адміністративний примус і адміністративна відповідальність необхідні для захисту законних економічних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави від адміністративних правопорушень з фінансових питань [6, 5].

Названа відповідальність за порушення законодавства з фінансових питань належить до компонентів правового статусу суб'єктів правових відносин, що регулюються ст. $164^2$ КУпАП [2, 3]. За допомогою вказаної відповідальності, а саме адміністративних санкцій, охороняються економічні відносини, що виникають між суб'єктами у разі приховування у обліку валютних та інших доходів, непродуктивних витрат і збитків, відсутності бухгалтерського обліку або ведення його з порушенням установленого порядку, внесення неправдивих даних до фінансової звітності, неподання цієї звітності, несвоєчасне чи неякісне проведення інвентаризацій грошових коштів і матеріальних цінностей, порушення правил ведення касових операцій, перешкоджання працівникам державної контрольно-ревізійної служби у проведенні ревізій та перевірок, невжиття заходів з відшкодування з винних осіб збитків від нестач, розтрат, крадіжок і безгосподарності.

Відносини, які виникають внаслідок притягнення до адміністративної відповідальності, нерозривно пов'язані з іншими суспільними відносинами, юридичними фактами та фінансово-правовими категоріями, що доповнюють поняття відповідальності за порушення законодавства з фінансових питань, а саме змісту, правової природи та основних її ознак [5, 65]. Можна сказати, що вираженням змісту такої відповідальності є розкриття, дослідження всіх її елементів, частин, адже як можна зрозуміти будь-яке явище без детального пошуку та аналізу самої суті розглядуваного питання?

Отже, у даній статті автор намагатиметься розкрити своє бачення з приводу поняття адміністративної відповідальності за порушення законодавства з фінансових питань через розкриття її змісту, а також розгляду особливостей підстав останньої.

Розкриваючи зміст будь-якого явища чи предмета, маємо на увазі внутрішній вираз досліджуваного елемента. На сьогодні виникає багато труднощів щодо встановлення єдиної думки з приводу визначення самого поняття адміністративної відповідальності. Це пов'язано з недостатнім науковим розробленням понятійного апарату, через який можна було б розкрити зміст такого поняття, як адміністративна відповідальність за порушення законодавства з фінансових питань, хоча інститут останньої досліджувався багатьма українськими і російськими науковцями. Наприклад, Д. Бахрах встановив, що

© М. Рогаль-Левицька, 2008

адміністративній відповідальності характерні всі ознаки юридичної відповідальності як її особливому виду. В.Манохін визначає названу відповідальність як один з двох видів адміністративного примусу. Б.Лазарєв пише, що залежно від ступеня заподіяної суспільству шкоди замість кримінальної держава встановила адміністративну відповідальність, тобто відповідальність перед державою, яка менш сувора, судимості не тягне і застосовується, як правило, не судом, а органами державного управління чи суддею одноособово. У науковій літературі можна знайти визначення її як реакцію державних органів на вчинене діяння, заборонене законом. Необхідно підкреслити, що така реакція виражається у засудженні діяння, «в негативній оцінці» вчиненого, а також є однією з форм державного осуду, що одержує вияв у впливі відповідних органів державного управління та посадових осіб на правопорушників у межах санкцій адміністративно-правових норм. Так, А. Комзюк сформулював визначення цієї відповідальності по-своєму: «Адміністративна відповідальність» — це застосування до осіб, які вчинили адміністративні проступки, адміністративних стягнень, що тягнуть для цих осіб обтяжливі наслідки майнового, морального, особистісного чи іншого характеру, і накладається уповноваженими на те органами чи посадовими особами на підставах і у порядку, встановлених нормами адміністративного права». На думку П. Пацурківського, виходячи з предмета правового регулювання, адміністративні правовідносини виникають з виконавчо-розпорядчої діяльності державних органів, а фінансові — лише з фінансової діяльності держави. За способом охорони правопорядку фінансово-правова відповідальність є видом майнової (правовідновлювальної) відповідальності, а адміністративна — видом штрафної (каральної).

Розглядаючи дане питання, можна побачити, що відповідальність чітко проявляється у застосуванні санкцій: при адміністративній відповідальності відповідно до ст. $164^2$ КУпАП застосовується штраф, хоча при фінансово-правовій він може застосовуватися одночасно з іншими санкціями [1].

Адміністративна відповідальність за порушення законодавства з фінансових питань, безперечно, має специфічні ознаки:

1) підставою є адміністративне правопорушення, скоєне у межах ст. $164^2$ КУпАП;

2) адміністративна відповідальність полягає у застосуванні до суб'єктів штрафу від восьми до п'ятнадцяти і від десяти до двадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

3) до такої відповідальності притягають органи, яким законом надано право накладати згадані вище штрафи, що є їх обов'язком (відповідно до ст. $234^1$ КУпАП ними є органи державної контрольно-ревізійної служби в Україні);

4) до неї притягуються винні внаслідок вчиненого ними протиправного діяння;

5) існує особливий порядок притягнення до адміністративної відповідальності за ст. $164^2$ КУпАП;

6) дана відповідальність врегульована нормами адміністративного права (КУпАП та іншими спеціальними законодавчими актами) [7].

Проаналізувавши особливості адміністративної відповідальності за порушення законодавства з фінансових питань, можна виділити три основні підстави у такій послідовності:

1. *Нормативну* (норми ст. $164^2$ КУпАП, що вказують на застосування цієї відповідальності).

2. *Фактичну*, тобто факт реальної дійсності — діяння конкретного суб'єкта, що порушує ці норми, які охороняються шляхом застосування адміністративного штрафу, тобто саме адміністративне порушення законодавства з фінансових питань.

3. *Процесуальну* — передбачений законодавством України акт компетентного суб'єкта (органу державної контрольно-ревізійної служби) про накладення штрафу за адміністративне правопорушення, здійснене у межах ст. $164^2$ КУпАП [8, 45].

Вчинене особою адміністративне правопорушення тягне відповідальність на підставі закону, що діє під час і за місцем скоєння даного правопорушення (ч. 1 ст. 8 КУпАП). Підставами адміністративної відповідальності за порушення законодавства з фінансових питань можуть бути не лише адміністративні правопорушення (наприклад, перешкоджання працівникам державної контрольно-ревізійної служби у проведенні ревізій та перевірок), а й фінансові (внесення неправдивих даних до фінансової звітності). На думку автора, законодавство з фінансових питань настільки об'ємне, що як таких підстав (тобто порушення норм вели-

кої кількості нормативно-правових актів з вказаних питань) надзвичайно багато, а стаття у КУпАП лише одна, та й вона передбачає дуже вузьке коло адміністративних відносин, які виникають з приводу вирішення фінансових питань.

Настання адміністративної відповідальності пов'язано з вчиненням особою адміністративного правопорушення (ст. 9 КУпАП). Для визнання діяння особи адміністративним порушенням законодавства з фінансових питань слід, щоб воно містило склад такого правопорушення. У складі останнього є чотири обов'язкові елементи: об'єктивна сторона, об'єкт, суб'єктивна сторона, суб'єкт [11, 26].

Точніше кажучи, юридичною підставою адміністративної відповідальності за порушення законодавства з фінансових питань є склад такого адміністративного правопорушення, як законодавча модель правопорушення, котрий передбачає наявність не тільки його суб'єкта й об'єкта, а й особливих ознак цього правопорушення — об'єктивних та суб'єктивних характеристик[3, 3]. Склад правопорушення утворює гіпотезу норм ст. $164^2$ КУпАП, що встановлює адміністративну відповідальність [7].

Детальне дослідження складу розглядуваного адміністративного порушення необхідне для виконання трьох функцій даного складу:

— *фундаментальна* (склад такого проступку виступає як єдина фактична підстава адміністративної відповідальності відповідно до чинного законодавства);

— *розмежувальна* (розглянувши ознаки складу, відмежовуємо даний склад від іншого та від діянь, що не є адміністративними правопорушеннями, чи від тих, відповідальність за які передбачена іншими галузями права);

— *гарантійна* (за допомогою такого опису складу цього адміністративного правопорушення і його ознак зможемо дізнатись, як законодавець захищає громадянина від необгрунтованого притягнення до адміністративної відповідальності, передбаченої ст. $164^2$).

Отже, під складом адміністративного порушення законодавства з фінансових питань розуміється встановлена у адміністративно-правових нормах ст. $164^2$ Особливої частини КУпАП сукупність ознак, які визначають суспільну небезпеку, винність і протиправність діяння, що тягне застосування адміністративно-правової санкції у вигляді штрафу, і відрізняють це діяння від інших видів правопорушень. Даний склад розкриває соціальний зміст і юридичну значимість діяння, що спричиняє притягнення до адміністративної відповідальності [2, 38].

Відповідно до класифікації І. Тимошенка юридичних складів адміністративних правопорушень за об'єктом посягання і галузевої приналежності порушення законодавства з фінансових питань можна віднести до адміністративних правопорушень у галузі фінансів, податків і зборів, а також ринку цінних паперів [12, 47].

Кваліфікація адміністративного правопорушення за аналогією не допускається і є грубим порушенням закону. Тому проаналізуємо склад розглядуваного порушення. Відповідно до кваліфікації видів складів адміністративних правопорушень (за В. Колпаковим) залежно від ступеня суспільної небезпеки даний склад належить до основних [9, 224]. Це пояснюється тим, що у ст. $164^2$ КУпАП викладені головні ознаки, які утворюють основний склад даного правопорушення. Залежно від характеру шкоди такий склад правопорушення відноситься до формальних, бо немає ознаки настання шкідливих матеріальних наслідків, хоча тягне за собою спричинення майнової шкоди для держави у вигляді прихованих доходів особи. Даний склад залежно від суб'єкта проступку — особистий (суб'єктом є просто громадянин), залежно від структури — альтернативний, тому що описуються декілька діянь у межах однієї ст. $164^2$ КУпАП. При цьому проступком вважається вчинення як однієї з описаних дій, так і декількох (або, навіть, усіх), за особливостями конструкції — бланкетні (відсильні), тому що ознаки даного правопорушення містяться в окремо встановлених нормах і правилах [9, 228].

Адміністративна відповідальність як один з видів юридичної відповідальності є важливим методом державного управління, що за допомогою примусу забезпечує порядок і урегульованість у всіх сферах життя суспільства. Поняття названої відповідальності за порушення законодавства з фінансових питань — передбачений нормами адміністративного права обов'язок особи нести за свої неправомірні винні дії у сфері конкретних фінансових відносин покарання

у вигляді певного адміністративного стягнення, яке застосовується компетентними органами чи їх представниками.

Може йтися, що адміністративна відповідальність за порушення законодавства з фінансових питань — це сукупність матеріальних і процесуальних правовідносин, тобто матеріально-деліктних, викликаних вчиненням конкретного порушення законодавства з фінансових питань, і адміністративно-процесуальних, пов'язаних з необхідністю зібрати матеріали про таке правопорушення й особу, котра його скоїла, розглянути справу, винести законне, обґрунтоване і справедливе рішення, забезпечити його виконання [10, 12].

Базуючись на сформульованому А. Комзюком визначенні адміністративної відповідальності, автор статті може твердити, що названа відповідальність за порушення законодавства з фінансових питань — це застосування до осіб, які вчинили дане правопорушення, такого адміністративного стягнення, як штраф, що тягне для них обтяжливі наслідки майнового характеру і накладається уповноваженими на те органами чи посадовими особами КРУ на підставах і у порядку, встановлених нормами КУпАП та інших спеціальних нормативних актів [4, 6].

У тексті ст. $164^2$ КУпАП, що встановлює адміністративну відповідальність, немає повного переліку всіх ознак складу цього правопорушення. Для того, щоб повністю розкрити зміст складу даного порушення, крім згаданої статті КУпАП, необхідно проаналізувати її зв'язки з нормами Загальної частини КУпАП та з іншими нормативно-правовими актами України. В цьому допоможе детальне дослідження в майбутньому ознак складу даного проступку, адже вказане сприятиме органам державної контрольно-ревізійної служби в Україні правильно кваліфікувати правопорушення з фінансових питань та застосувати потрібні заходи впливу.

Отже, дослідження поняття та підстав адміністративної відповідальності за порушення законодавства з фінансових питань дозволить краще зрозуміти норми, які регулюють відносини, пов'язані з такою відповідальністю, а також допоможе вивчити дане питання з метою здійснення у майбутньому розробок у галузі реформування не лише законодавства, а й самого процесу притягнення до адміністративної відповідальності.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**

1. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. № 8073-X // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1984. — № 51. — Ст. 1122.
2. Кодекс Украины об административных правонарушениях: Научно-практический комментарий. — Харьков, 2000. — С. 3.
3. Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2003. — № 6;
Законодавство України про адміністративну відповідальність. — С. 3.
4. Адміністративна відповідальність в Україні: Навч. посіб. / За заг. ред.
А.Т.Комзюка. — 2-е вид., виправ. і доп. — Харків, 2001. — С. 6.
5. Адміністративне право України: Підруч. — К., 2003. — 544 с.
6. А н и с и м о в П. В., С и м у х и н В. Д., С и м у х и н А. В. Административная
ответственность в Российской Федерации: Учеб. пособ. — М., 2004. — С. 5.
7. Б а х р а х Д. Н. Административное право России: Учеб. для
вузов. — М., 2002.
8. К і в а л о в С. В., Б і л а Л. Р. Адміністративне право України: Навч.-метод. посіб. — Вид. друге, перероб. і доп. — Одеса, 2002. — С. 45.
9. К о л п а к о в В. К. Адміністративно-деліктний правовий феномен. — К., 2004. — С. 224.
10. М а т і о с А. Зміст та сутність адміністративної відповідальності // Право України. — 2006. — № 2. — С. 12.
11. С у р ж а н Р. Экспресс-анализ законодательных и нормативных актов. — 2000. — № 46 (256). — С. 26.
12. Т и м о ш е н к о И. В. Административная ответственность: Учеб. пособ. — М., 2004. — С. 47.

*Рекомендовано до друку кафедрою адміністративного та фінансового права НУ ДПС України.*

# ПОНЯТТЯ ТА ПРИРОДА ТИПОВОЇ ЮРИДИЧНОЇ КОНСТРУКЦІЇ У ФІНАНСОВОМУ ПРАВІ

**Л. ВАКАРЮК**
***асистент кафедри конституційного, адміністративного і фінансового права (Чернівецький національний університет ім. Юрія Федьковича)***

Як переконує аналіз панівних концепцій фінансово-правового інституту, зокрема, та стан фінансово-правової доктрини, в цілому, у радянську епоху і в сучасний період розвитку науки фінансового права величезна більшість вчених юристів-фінансистів **сприймала раніше та розуміє нині фінансове право як довільну, механічну сукупність усталених правил поведінки суб'єктів фінансових правовідносин**, інакше кажучи, фінансово-правових норм, що, на їх переконання, створюються та підтримуються виключно державою як засіб регулювання суспільних відносин з приводу публічних фінансів.

Таке бачення фінансового права хибує, по-перше, нерозумінням його системної сутності, базується на сприйнятті нормативного фінансового права як аморфної, своєрідної броунівської (хаотичної) організації його норм. Яскраві підтвердження цього факту містяться у більшості наукових монографій, підручників та навчальних посібників з фінансового права як радянської, так і пострадянської доби. По-друге, ще однією визначальною рисою такого розуміння та сприйняття фінансового права є **гіперболізація та абсолютизація статичних якостей фінансового права.** Якби останнє було таким насправді, воно виявилося б неспроможним врегульовувати належним чином живу та швидкоплинну дійсність публічних фінансів, динамічні суспільні відносини з приводу їх акумулювання, розподілу та використання.

Феноменологічний аналіз фінансового права переконує, що воно насправді являє собою не механічну сукупність створених чи санкціонованих державою відповідних норм, а є об'єктивно цілісною динамічною органічною системою, «єдністю», за словами Г. Л. А.Харта, «первинних і вторинних правил» поведінки суб'єктів відповідних правовідносин [1], яка, у свою чергу, наділена рядом природних ієрархічних рівнів, одним з яких виступає фінансово-правовий інститут. Тобто, фінансове право апріорі системне як у зовнішньому, так і у внутрішньому проявах.

На нашу думку, обидва ці фундаментальні феномени фінансового права — його системність та динамічність — найбільш адекватно та істинно можуть бути пізнані й виражені з позицій потребового підходу, оскільки цей підхід дозволяє уникнути вульгарної марксистської установки на повну детермінованість правових явищ зовнішніми відносно права економічними явищами, з одного боку, та зведення фінансово-правових сутностей до зовнішніх формально-юридичних ознак, — з іншого. Тобто, застосування потребового підходу дозволяє вченому піднятися над крайнощами «методологічного детермінізму» та «методологічного формалізму», проникнути у саму суть природних причинно-наслідкових механізмів власного буття права.

В пострадянській науці фінансового права вперше цей підхід до визначення об'єкта та предмета фінансово-правового регулювання на прикладі податкового права було застосовано Р.Гаврилюк. Зокрема, вона дійшла висновку, що «податкові надходження необхідні для задоволення публічних інтересів індивідів, їхніх окремих співтовариств і відповідного соціуму в цілому» [2], а не лише самої держави, як загальноприйнято вважати.

Екстраполюючи наведений вище висновок Р. Гаврилюк на фінансове право в цілому та доповнюючи його, можна сказати, що узагальненим об'єктом фінансово-правового регулювання виступають усі публічні фінансові ресурси суспільства, необхідні для задоволення публічних інтересів індивідів,

© Л. Вакарюк, 2008

їхніх окремих співтовариств і відповідного соціуму в цілому на основі принципу конкуренції заявлених публічних потреб, оскільки публічні потреби завжди випереджають можливості їх задоволення. Предметом же фінансового права є розподільні та перерозподільні суспільні відносини, а конкретніше кажучи — відносини з приводу власності щодо публічних фінансових ресурсів. Тобто, як об'єкту, так і предмету фінансового права іманентні системні якості, що з неминучістю позначається на, так би мовити, горизонтальній внутрішній організації фінансово-правових норм, яка відображає його взаємозв'язки із зовнішнім середовищем, а саме — посилює внутрішню системність фінансового права.

Визначальним для права в цілому та фінансового права зокрема є те, що воно є внутрішньо цілісною, якісно виокремленою частиною об'єктивної реальності загалом і тому, як і будь-яка інша аналогічна її частина, живе та функціонує за власними закономірностями. Ще класичними філософами та класиками юриспруденції минулого це явище було оцінено, як феноменологічність права. Чи не найглибше з-поміж усіх, хто будь-коли писав про право, цю його рису розкрив, на нашу думку, І. Кант. Насамперед він зазначав, що сучасне право існувало не завжди, а стало природнім породженням Нового часу людської цивілізації. Сама органіка цього права проявляється у вигляді основ, принципів, юридичних конструкцій, інших юридичних засобів, правових норм. Вони, взяті в сукупності, виражають природу і логіку права як світотворного явища, альтернативи якому у розвитку людства немає. Саме такого права з тих пір і повсякчас, висловлюючись словами І. Канта, «вимагає сам розум», «чистий, а ргіогі законодавчий розум, що не бере до уваги жодної з емпіричних цілей» [3].

Як писав ще на початку XX ст. Б. Кістяківський, «**правову реальність** (виділено мною. — В. Л.) необхідно поставити приблизно посередині між реальністю творів скульптури і живопису, з одного боку, і творів літератури та музики, — з іншого. Але все-таки її необхідно визнати дещо ближчою до реальності першого виду культурних благ, ніж другого...» [4]. Тобто, уже ціле століття передова загальнотеоретична наука розглядає правову реальність як самостійний, самодостатній феномен, що розвивається згідно з іманентними закономірностями, а не сліпо детермінується зовнішніми чинниками. Право має власний зміст і форму. Не може нехтувати цими неспростовними аргументами та висновками і наука фінансового права, особливо у випадках, коли ідеться про фундаментальні його прояви, такі, як сутність і явище, зміст та форма.

У природних умовах форма завжди функціонує в діалектичній взаємозумовленості зі своїм змістом. «При розгляді протилежностей між змістом і формою, — писав Г. Гегель, — суттєво важливо не випускати з уваги, що зміст є не безформенним, а форма, в один і той же час, і **міститься в самому змісті**, і являє собою щось **зовнішнє** йому. У собі тут дано абсолютне відношення між формою і змістом, а саме: перехід їх одне в одне, оскільки зміст є не що інше, як **перехід форми** в зміст, а **форма — перехід змісту** у форму. Цей перехід, — резюмував філософ, — є одним із найважливіших визначень» [5] сутності явища.

Форма права відображає його статику, а зміст — динаміку. Адже право, як і будь-яке інше явище об'єктивної дійсності, не вільне від дії загальнофілософського закону про рух як спосіб існування матерії. Саме ці дві субстанціональні якості права — взаємозумовленість його змісту і форми, динаміки і статики — є найважчими та найскладнішими для їх теоретичного виділення із системи інших якостей права та наступного аналізу з метою подальшого практичного застосування. Як переконує величезний історичний досвід застосування права, найбільші труднощі зустрічаються саме на найважливішому етапі — етапі створення дієвих правових інструментів впливу на суспільну реальність.

Один з таких інструментів ще у Древньому Римі дістав назву **юридичних конструкцій.** Саме в той час були створені досконалі юридичні конструкції багатьох правових явищ, які запозичені сучасним правом та правознавством, стали їх безцінним надбанням та еталонами творцям права, правознавцям і правокористовувачам Нового та Новітнього часу. Однак теорії юридичних конструкцій ні давньоримські юристи, ні їх безпосередні наступники не створили. Вони ставилися до юридичних конструкцій як до своєрідного мистецтва і досягли в цьому блискучих результатів.

Перші наукові концепції, а пізніше й теорії юридичних конструкцій у праві з'яви-

лися в XIX ст. і набули найбільшого розвитку у Німеччині, де були грунтовно представлені усі тодішні типи праворозуміння. Безумовне лідерство у розробленні теорії юридичних конструкцій у Німеччині другої половини XIX ст. належало соціологічній школі права, яка виборола його в історичної школи права. Зокрема, Р. Ієрінг у праці «Юридична техніка» зазначав, що у якісному відношенні право ніби вилито з одного цілого. Окремі частини його різко відмежовані і відділені одна від одної, тим не менше гармонійно поєднуються в одне ціле. Юриспруденція досягає цього, на його думку, шляхом «юридичної конструкції».

Найголовнішим методологічно значимим положенням Р. Ієрінга, яке він обгрунтовує у праці «Юридична техніка», є те, що він пов'язує поняття «юридичної конструкції» з правовим інститутом. «Правовий інститут, — пише він, — є не простим зібранням окремих правоположень, що стосуються одних і тих самих відносин, а чимось принципово відмінним від нього. Положення права — матерія ... вони мають лише матеріальне існування; **інститути ж права являють собою сутності, логічні індивідуальності, юридичні тіла** (виділено мною. — В. Л.), ми охоплюємо і наповнюємо їх уявленням про індивідуальне буття і життя. Вони виникають, гинуть, діють, вступають у зіткнення з іншими, вони мають свої завдання, цілі, яким служать, і відповідно до цього — своєрідні сили і властивості тощо» [6]. Ці **сили і властивості будь-якого інституту права зумовлюються його внутрішньою будовою**, яку Р. Ієрінг і називає його «юридичною конструкцією».

На завершення Р. Ієрінг виводить три закони юридичної конструкції: 1 «Закон збігу з позитивним матеріалом»; 2. «Закон непротиріччя або систематичної єдності логічної побудови правового інституту та нових фактів правової дійсності даного виду». Другий закон, як зазначав він, поширюється далі і набуває важливого значення особливо для систематичної класифікації. «Якщо ми хочемо протиставити один одному обидва закони юридичної конструкції, яких ми до цих пір стосувались, — продовжує він, — то можемо сказати, що перший має своїм коренем **позитивний**, інший — **логічний** елемент. Елемент третього (й останнього) закону, завершує Р. Ієрінг, «я назвав би естетичним» або «законом юридичної краси» [7].

«Оброблене» юридичною конструкцією позитивне право, на думку Р. Ієрінга, набуває системних якостей, стає цілісною системою відповідних позитивних норм права і в той же час є джерелом позитивного матеріалу. Останнє надзвичайно цінне спостереження Р.Ієрінга, на жаль, не знайшло у його працях належного фактичного обґрунтування, однак як гіпотеза може і повинно бути розвинутим сучасною юриспруденцією. На нашу думку, його прихований генетичний потенціал найбільш адекватно та всебічно може бути пізнаним з позицій структурно-функціонального аналізу.

Радянська юридична наука, в тому числі наука фінансового права, якщо й згадувала юридичні конструкції, то переважно в негативному аспекті, тому не збагатила юриспруденцію новими знаннями про них.

В постсоціалістичній юриспруденції розроблення теоретико-методологічних проблем юридичних конструкцій активізувалось. Зокрема, серед українських вчених-юристів цього періоду їх досліджували П. Андрушко, І. Бабін, Ж. Дзейко, О. Копиленко, Г. Мурашин, В. Навроцький, А. Рішелюк, З. Тростюк, М. Хавронюк та ряд інших, серед зарубіжних науковців — С. Алексєєв, В. Баранов, В. Карташов, Х. Квінке, О. Лейст, Р. Ромашов, М. Тарасов, Т. Доценко, В. Чевичелов, А. Черданцев та ін. В цілому **«сучасний стан наукового та практичного опрацювання проблем юридичних конструкцій у вітчизняному правознавстві та юридичній науці інших пострадянських держав**, — пише Ж. Дзейко, — **має перехідний характер** (виділено мною — В. Л.), який виявляється, насамперед, у переосмисленні місця і призначення існуючих у правових системах юридичних конструкцій та виробленні нових, які спрямовані на створення систем якісних законів» [8].

Загалом поділяючи першу частину цього висновку Ж. Дзейко, відзначимо, що він в цілому базується ще на вузьконормативному типі розуміння права тільки як сукупності його «позитивних норм» і не охоплює «всю» матерію права, яка уже значною мірою відкрилася і продовжує відкриватися юридичній теорії та практиці. Наприклад, П. Пацурківський самостійним феноменом фінансового права, що безпосередньо впливає на правове регулювання відносин з приводу публічних фінансів, більше того — визначає це регулювання, вважає начала фінансового права. С. Алексєєв пише:

«Більш детальний аналіз показує, що є ще один, із змістовного боку головний, найбільш розвинутий, можна сказати, **досконалий** шар правової матерії... Цей шар являє собою дещо більш високе і значиме, ніж просто зв'язки між частинами правової матерії — **юридичні конструкції**» [9]. Тобто, він пропонує розглядати юридичну конструкцію не як засіб юридичної техніки, а як найдосконаліший з наявних правовий засіб. Ми повністю поділяємо цей підхід.

При більш глибокому проникненні у сутність правової матерії стає очевидним, резюмує С.Алексєєв, що «юридичні конструкції являють собою **органічний, всезагальний, безпосередньо нормативний, а головне — найбільш досконалий та важливий за значенням елемент власного змісту права, його внутрішньої форми**». Цей елемент «народжується багато в чому спонтанно і водночас є результатом інтелектуальної діяльності — процесу типізації (виділено мною. — В. Л.) і у цій якості готовий до того, щоб на основі нового досвіду, даних науки, сили розуму дістати дальший розвиток, новий рівень досконалості» [10].

**Саме типовий характер юридичних конструкцій, що робить їх спроможними адекватно регулювати тільки певного виду суспільні відносини і зовсім неспроможними природно регулювати усі інші види суспільних відносин, наділяє їх, на нашу думку, властивістю своєрідного інтегрального критерію систематизації позитивного фінансового права у фінансово-правові інститути.** Так само, як право є водночас частиною об'єктивної реальності та свідомої творчості людей, так і юридичні конструкції є органічним поєднанням об'єктивного та суб'єктивного у праві.

Діалектику об'єктивного та суб'єктивного у юридичній конструкції досить вдало, на нашу думку, описав А. Черданцев: «Конструктивне вираження норм права, що тільки виникло, не було свідомим, а складалося стихійно. Перший законодавець, якщо і думав образами юридичних конструкцій, то не усвідомлював того, що мислить конструкціями... Тільки з виникненням професії юристів у правовій науці поступово осмислюється характер системного викладу норм права, усвідомлюється їх конструктивний зв'язок і наука виробляє юридичні конструкції, які стають важливим орієнтиром, методом пізнання права» [11].

На думку М. Тарасова, «юридичні конструкції, злиті з тканиною позитивного права ... можна розглядати як його першооснову, а їх систему — як несучу конструкцію позитивного права» [12]. Більше того, як вважає автор, з точки зору власного змісту права саме юридичні конструкції можуть розглядатися як найбільш стабільні («надсоціальні» і в цьому сенсі культурні) одиниці права. Дані унікальні **об'єктивні системні внутрішні властивості юридичних конструкцій** правової матерії, що відображають особливу нормативно-юридичну побудову соціального регулювання, є не лише основою такої ж унікальності права в цілому та його все більш зростаючої ролі у соціумі, але й **зумовлюють однобічність, а звідси і неадекватність, неістинність оцінки юридичних конструкцій тільки як засобів юридичної техніки.** А саме такі оцінки цього феномена права є найбільш поширеними як у вітчизняних галузевих юридичних науках, так і в загальнотеоретичному правознавстві в цілому.

У науці фінансового права юридичні конструкції тільки почали досліджуватися. З'явилися лише окремі статті І.Бабіна, Д. Вінницького, Р. Гаврилюк та захищена кандидатська дисертація І. Бабіним «Юридична конструкція податку». Останнім з названих авторів найбільш повно та послідовно, на нашу думку, застосовано до аналізу юридичної конструкції у фінансовому праві метод структурно-функціонального аналізу, що є адекватним для пізнання її істинної правової природи.

Розуміння внутрішньої форми фінансово-правового інституту як його юридичної конструкції дозволяє по-новому підійти до оцінки радянських та панівних пострадянських концепцій фінансово-правового інституту. Зокрема, необхідно зазначити, що пострадянською наукою фінансового права, на нашу думку, хибно визначено основне питання теорії фінансово-правового інституту на сучасному етапі — «Що таке фінансово-правовий інститут?» та невірно обрано діалектичний підхід як метод його розв'язання. Останній, як відомо, спроможний забезпечити з'ясування тільки лінійних зовнішніх зв'язків того чи іншого фінансово-правового інституту з відповідним зовнішнім середовищем. Тобто діалектичний метод слугує **вивченню зовнішніх форм фінансово-правового інституту** — і не більше. Субстанційні ж властивості фінансово-правового інституту,

його зміст та структура заховані за його **внутрішньою формою**, зумовлюють цю форму та значною мірою залежні від неї. Тому необхідно знайти засоби такого проникнення за цю форму, яке б не деформувало при цьому її змісту. Проте навіть не це нині постало як найзлободенніше завдання науки фінансового права.

В дійсності пострадянська практика правового регулювання суспільних відносин з приводу публічних фінансів викристалізувала як основне питання теорії фінансово-правового інституту питання «Як функціонує фінансово-правовий інститут». Щоб відповісти на нього, необхідно з'ясувати, як влаштований фінансово-правовий інститут? Для їх вирішення діалектичний підхід непридатний. Чи не найбільш відповідними, продуктивними методологічними підходами для успішного розв'язання нового основного питання сучасної теорії фінансово-правового інституту можуть і повинні стати, як переконує світовий досвід, філософсько-правові концепції внутрішньої форми права Г. Спенсера-Брауна, Р. Унгера та системна теорія Н. Лумана. Це сприятиме формуванню нової, пострадянської парадигми фінансово-правового інституту, а як супутнє допоможе з'ясувати і питання «Що таке інститут фінансового права?» Відповідаючи на дане запитання, пострадянській науці фінансового права, ймовірніше всього, не уникнути наукової революції і в розумінні інституту фінансового права.

Отже, тлумачення типових юридичних конструкцій лише як засобів юридичної техніки, як допоміжних, другорядних, технічних характеристик позитивного права є вузьконормативним, неістинним, таким, що не розкриває їх справжньої природи та місця у праві і правовому регулюванні. **Типові юридичні конструкції являють собою** органічний, всезагальний, безпосередньо нормативний, найдосконаліший та найважливіший за значенням елемент власного змісту права, одну з його внутрішніх форм, у тому числі **внутрішню форму відповідних фінансово-правових інститутів.** Вони іманентно містять у собі та водночас виражають назовні такі субстанціональні якості права, в тім числі і права фінансового, як його цілісність, системність, структурованість та динамічність.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**


1. Див.: Харт Г. Л. А. Понятие права / Пер. с англ. Под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. — С-Пб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. — С. 84.
2. Гаврилюк Р. Егалітарна інструментально-потребова концепція податкового права // Право України. — 2007. — № 10. — С. 48.
3. Див.: Кант И. Сочинения на немецком и русаком языках. Т. I. — М., 1994. — С. 283.
4. Кистяковский Б. А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. — М., 1916. — С. 336.
5. Гегель Г. В. Ф. Энциклопедия философских наук. Том 1. Наука логики. — М.: Мысль, 1996. — С. 298, 299—300. — 492 с.
6. Иеринг Р. Избранные труды. В 2 т. Т. II. — С-Пб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. — С. 359.
7. Там само. — С. 375.
8. Дзейко Ж. О. Законодавча техніка в Україні: історико-теоретичне дослідження: Монографія. — К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2007. — С. 224. — 360 с.
9. Алексеев С. С. Линия права. — М.: Статут, 2006. — С. 211.
10. Там само. — С. 35.
11. Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. — Екатеринбург, 1993. — С. 151.
12. Тарасов Н. Н. Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы) // Российский юридический журнал. — М., 2000. — № 3. — С. 35.

# ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЇ ТА ІНШІЙ НЕДОБРОЧЕСНОСТІ У СУДОЧИНСТВІ ЯК КРИМІНОЛОГІЧНА ПРОБЛЕМА



**А. ЗАКАЛЮК**
***доктор юридичних наук, професор, академік Академії правових наук України,***

**О. ТОМКІНА**
***кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Київського регіонального центру АПрН України***



Проблема забезпечення справедливого судочинства, а із законодавчим унормуванням суспільних відносин — і підкорення суду тільки законові у суспільстві постала давно. Проте через ідеалістичність сподівань на фактичне дотримання цих вимог будь-якою владою, що стоїть над людьми, а судова влада — тут не виняток, через короткий час у суспільній свідомості запанували уявлення про недоброчесність та корисливість суду. Вже у Законах XII таблиць (450–451 р.р. до н. е.) зазначалося: «Невже ти вважатимеш за суворе покарання положення закону, яке карає на горло того суддю або посередника, котрих було призначено при судомовленні для розгляду справи і яких було викрито в тому, що взяли хабар за цю справу» [1, 198]. Подібні положення зустрічаємо й в інших пам'ятках права. З начерків історії судоустрою України відомо, що вимоги стосовно здійснення справедливого правосуддя без хабарництва і за законом містилися у Литовських Статутах, гетьманських інструкціях, ордерах, артикулах, уложеннях та інших джерелах права минулих століть [2].

Недоброчесність суддів закарбувалася й у народних прислів'ях: «до суду ногою, до кишені рукою», «з кого суддя взяв, той і правий став», «не йди до суду з одним носом, а йде з підносом», «перед судом і слова не кажи, тільки суду гроші покажи» та інші [3, 322–325].

Отже, у суспільстві здавна суддів відносили до найбільш корумпованих посадовців, а суд — до найбільш корумпованої ланки державної влади. Подібне уявлення зберігається в Україні дотепер. І це при тому, що Україна за багатьма міжнародними стандартами тривалий час визнається серед найбільш корумпованих країн. Які конкретні свідчення маємо нині щодо корумпованості української судової системи?

По-перше, — приголомшливі оцінки суспільством її корумпованості, отримані сучасними соціологічними дослідженнями. За їх результатами: у корумпованості судової системи переконані 85 % громадян, вони впевнені, що корупція поширена на всіх етапах судової процедури [4]. Судова система України отримує високий індекс корупції (49 %) поряд з аналогічними показниками державтоінспекції (57,5 %), міліції (54,2 %) та установ охорони здоров'я (54 %). З числа громадян, які були втягнуті у корупційні відносини у судах, змушені були давати хабар — 31,8 %, добровільно пропонували його — 13,7 %), оскільки вважали це звичним та очікуваним. Несправедливість судової системи вважають серйозною проблемою для України 79,3 % респондентів; судова система України з-поміж усіх державних органів ко-

© А. Закалюк, О. Томкіна, 2008

ристується найменшою довірою населення (лише 10 %) [5].

По-друге, — численні оскарження неправомірних рішень, дій чи бездіяльності судів, включаючи до найвищих державних і громадських інституцій: Президента України, тимчасових слідчих комісій і комітетівВерховної Ради України, Уповноваженого з прав людини, Ради суддів України, кваліфікаційних комісії суддів, правозахисних організацій тощо.

По-третє, — непоодинокі факти службових зловживань з боку окремих суддів, підтверджені офіційною інформацією правоохоронних та інших державних органів. За даними Служби безпеки України, її органами у 2007 р. порушено стосовно суддів 43 кримінальні справи, з них 9 — за одержання хабара [6]. За роки діяльності Вищої ради юстиції Президент України та Верховна Рада України підтримали її пропозиції щодо звільнення з посади понад 70 суддів за порушення присяги і 12 — у зв'язку з набранням чинності обвинувального вироку суду за хабарництво [7]. Органи прокуратури України за 2007 р. закінчили розслідування по п'яти кримінальних справах по обвинуваченню суддів в одержанні хабарів, винесенні завідомо неправосудних судових рішень, вчиненні інших службових злочинів [8]. А лише за січень 2008 р. прокуратурою порушено 6 кримінальних справ стосовно суддів [9].

Разом з тим привертає увагу те, що наведені кількісні показники фактів недоброчесності суддів, не применшуючи суспільної значимості і небезпечності кожного з них, не відповідають суспільному уявленню про їх масовість. Пояснення цій «розбіжності» може бути різним. Або виявлення зазначених фактів не відповідає їх реальному поширенню (що скоріш за все має місце). Або далеко не всі з них отримали кримінально-правову кваліфікацію. Або (що також вірогідно) — у побутовій психології панує традиційне уявлення про звичну недоброчесність суддів, що поєднується із слабкою обізнаністю населення із нормами закону, за якими розглядаються та вирішуються судові справи. На переконання Голови Верховного Суду України В. В. Онопенка, гостра оцінка діяльності судів і стану здійснення правосуддя в Україні є неадекватною через непоінформованість населення про справжній стан речей у сфері правосуддя та його проблеми [10, 5]. Є й така думка, що неодноразові публічні критичні оцінки офіційних державних осіб, у тому числі найвищих, щодо масовості проявів суддівської недоброчесності, поряд із мотивацією виправити таке становище, обумовлені бажанням декого з посадовців поставити суд під контроль, при тому не тільки (і не в першу чергу) — громадський.

Як би там не було, але проблема суспільного невдоволення діяльністю судової системи, фактами недоброчесності і навіть корупції суддів, суттєвими упущеннями в практиці їх добору і призначення дійсно існує. Її розв'язання становить важливу складову судової реформи.

Причини суддівської недоброчесності знаходять у найрізноманітніших аспектах цієї проблеми, зокрема: фінансовому, організаційному, управлінському, процесуальному, політичному тощо. Відповідно пропонуються й шляхи, форми та методи її розв'язання, у тому числі підвищення кваліфікаційного рівня кандидатів на посаду судді.

Для визначення того, за якими напрямами та якими засобами слід з'ясовувати та розв'язувати зазначену проблему, потрібно насамперед розібратися у її сутності та належності до певної сфери суспільних відносин (соціально-економічних, політичних, правових, управлінських, кадрових, фінансових тощо), у тому числі — чи є вона науковою, яка для розв'язання потребує наукових методів. Слід визнати, що ця проблема є комплексною. Вона певною мірою та певними засобами розв'язання належить до всіх названих суспільних сфер. Очевидно, має вона і наукову складову, перш за все для з'ясування її предметності, походження, детермінованості, науково обґрунтованих засобів розв'язання. Очевидним є й те, що переважно вона стосується сфери суспільних наук, оскільки має своїм предметом суспільний феномен, прояв і негативні його наслідки саме у суспільстві. Певною мірою ця проблема належить до галузі юридичних наук. Досі окремі її аспекти розглядалися переважно у межах наукової юридичної спеціальності «судоустрій, прокуратура та адвокатура»: 12.00.10. Залежно від правової кваліфікації корупційних та інших правопорушень, які допускають судді, розглядувана проблема частково відноситься до наук трудового, адміністративного, кримінального права, які дають цим порушенням своє визначення. Оскільки факти суддівської недобросовісності здавна оцінюються як прояви

недоброчесності, природа та різновиди останньої належать до сфери суспільної моралі, у тому числі її наукової складової. У сучасних джерелах недоброчесність визначається на противагу іншому поняттю — «доброчесність». Останнє походить від церковнослов'янського «ціломудріє», латинською звучить як castitas, а англійською — chastity [11] та означає високу моральну чистоту, чесність («доброчесний» — який живе чесно, дотримується всіх правил моралі) [12, 230]. Звідси «недоброчесність» є негативною протилежністю і, очевидно, може тлумачитися як низька моральна якість чи властивість чого/ кого-небудь, нечесність.

Думається, що наведеними визначеннями та поняттями наукове розуміння розглядуваної проблеми далеко не вичерпується. Із застосуванням наукових методів потрібно насамперед з'ясувати: 1) сутність, поняття, змістовні ознаки передбачених правом та суспільною мораллю діянь, які охоплюються поняттями «суддівська недоброчесність», «суддівські правопорушення», корупція, інші службові зловживання суддів, постановлення завідомо неправосудних рішень тощо, загальних значень цих понять тут недостатньо; 2) поширення, структуру та динаміку названих проявів; 3) їх змістовні характеристики стосовно місця, часу, способу, обставин вчинення, завданої моральної та матеріальної шкоди, наслідків; 4) особистісні ознаки та якості осіб, які вчинили згадані прояви; 5) причини, умови, інші чинники, що обумовили вчинення останніх; 6) засоби та заходи, які можуть вплинути на недопущення проявів суддівської недоброчесності, запобігання останнім, у тому числі загальносоціальні та спеціальні, раннього та безпосереднього впливу тощо.

Як бачимо, наведенні питання здебільшого стосуються **кримінологічної характеристики проблеми, тому значною мірою вона має бути віднесена до кримінологічної, що потребує наукового кримінологічного дослідження.**

З теорії кримінології відомо, що серед чинників, які обумовлюють певні діяння, що є предметом останньої, знаходяться і правові чинники, зокрема, деякі правові норми або, скоріше, непередбачення яких створює умови або навіть сприяє вчиненню зазначених діянь. Це повною мірою стосується і проявів суддівської недоброчесності. Тому в процесі судової реформи значне місце відведено удосконаленню законодавства, що регулює діяльність судів, статус та добір суддів.

Враховуючи це, у 2007 р. в Київському регіональному центрі Академії правових наук України було проведено дослідження стану законодавчого регулювання порядку добору, визначення кваліфікації кандидатів на посаду судді місцевого загального суду, їх рекомендації та подання для призначення на цю посаду. В процесі дослідження здійснено аналіз чинних законодавчих актів, указів Президента України, законопроектів, численних пропозицій до них, рекомендацій міжнародних організацій та законодавства зарубіжних країн із досліджуваних питань. Дослідження значною мірою мало саме кримінологічне спрямування. Воно дозволило дійти деяких перших висновків з окремих питань, що поставлені вище для кримінологічного з'ясування, запропонувати пропозиції стосовно удосконалення їх законодавчого регулювання, зокрема у проектах його зміни, що стали предметом розгляду Верховної Ради України у першому читанні у квітні 2007 р. Йдеться насамперед про проект змін до Закону України «Про статус суддів».

Перше, на що була звернута увага в процесі дослідження, — це необхідність чіткого визначення у Законі вимог, яким має відповідати кандидат на посаду судді. У чинному Законі та у проекті його зміни ці вимоги визначаються через відтворення положень ст. 127 Конституції України. Згідно з останніми, як відомо, на посаду судді може бути рекомендований кваліфікаційною комісією суддів громадянин України, не молодший двадцяти п'яти років, який має вищу юридичну освіту і стаж роботи у галузі права не менш як три роки, проживає в Україні не менш як десять років та володіє державною мовою. Проте тлумачний аналіз терміна «вимоги» не дає підстав погодитися з визначенням названих характеристик як вимог. Згідно з сучасною лексикологією термін «вимоги» у даному значенні тлумачиться як: «норми, правила, яким хто щонебудь мають підлягати» [12, 101]. Навряд чи у ст. 127 Конституції України йдеться про норми чи правила. Скоріше тут мовиться про певні риси і характерні ознаки особи. Останні якості в тлумачному словнику позначаються терміном «ознаки» [12, 665].

Про те, що у наведеній нормі Конституції України йдеться саме про ознаки особи,

а не про вимоги до неї, свідчить також аналіз відповідних міжнародних норм, де містяться вимоги до осіб, що можуть займатися суддівською діяльністю. Так, у п. 10 Основних принципів, що стосуються незалежності судових органів, прийнятих на VII Конгресі ООН у Мілані (вересень 1985 р.) та схвалених резолюціями Генеральної Асамблеї ООН 40/32 від 29.11.1985 р. і 40/146 від 13.12.1985 р., зазначено, що особи, відібрані на судові посади, повинні мати **високі моральні якості і здібності, а також відповідну підготовку та кваліфікацію у галузі права** [13]. Видається, що тут йдеться саме про вимоги. Останні містяться і в інших міжнародних документах, де визначаються вимоги до осіб, що можуть бути рекомендовані на посаду судді. На підставі наведеного зроблено висновок, що у ст. 127 Конституції України та відповідних нормах Закону України «Про статус суддів» і його нової редакції визначаються **не вимоги, а ознаки особи**, що може бути у встановленому порядку рекомендована на посаду судді. Тому нами запропонована нова редакція ст. 23 проектузміненого Закону України «Про статус суддів», а саме: «Кандидат на посаду професійного судді повинен мати високі моральні якості та професійні здібності, відповідний рівень підготовки і кваліфікації у галузі права, володіти державною мовою». Окремо згідно зі ст. 127 Конституції України у зміненій редакції Закону пропонується нова норма (ст. 24), що визначає ознаки, яким повинен відповідати кандидат на посаду професійного судді.

Друге, на що була звернута увага — це необхідність **перевірки відповідності особи, що претендує набути статус кандидата, вимогам, які законом визначені для нього**. Тобто мають бути перевірені наявність у особи відповідних моральних якостей і професійних здібностей, рівня підготовки і кваліфікації у галузі права. Чинне законодавство не передбачає такої спеціальної перевірки. У законопроекті «Про внесення змін до Закону України «Про статус суддів», що поданий до Верховної Ради України, двічі згадується про перевірку «особистих і моральних якостей» кандидатів (при кваліфікаційному іспиті державною екзаменаційною комісією — ст. 29 та при розгляді Вищою кваліфікаційною комісією суддів питання про рекомендування кандидата для призначення на посаду судді — ст. 31). Проте в обох випадках конкретно не зазначені форми, критерії та засоби перевірки, що не виключає спрощеного підходу (за характеристиками), прояву при цьому суб'єктивізму та заангажованості.

Запропоновані у законопроекті «Про внесення змін до Закону України «Про статус суддів» норми здебільшого мають однобічне спрямування на багаторазову перевірку рівня знань та загалом правової кваліфікації кандидатів на суддівські

посади. Хоча не викликає сумніву, що проблема забезпечення доброчесності судочинства, запобігання корупції та іншим зловживанням обумовлюється не лише та, очевидно, не в перше чергу обсягом та якістю знань суддів у галузі права і судового процесу. Рівною мірою, а можливо, — ще більше вона пов'язана із реальним забезпеченням особистих моральних якостей та професійних здібностей у осіб, що здійснюють судочинство або прагнуть до цього.

Про те, що визначення ознак кандидатів на посаду судді не повинно зводитися лише до перевірки їх знань у галузі права, а має охоплювати й моральні якості, свідчать міжнародні документи (наведені вище Основні принципи незалежності судових органів, Пояснювальний меморандум до Європейської хартії про статус суддів — Страсбург, 9–10 липня 1998 р.; Бангалорські принципи діяльності судів — Резолюція 2006/23 Економічної та Соціальної Ради ООН від 27.07.2006 р. та ін.). У зазначених документах, поряд з вимогою до правових знань кандидата, визначальне місце відводиться його певним етичним, психологічним та навіть психофізіологічним якостям та здібностям, дається їх примірний перелік. Нічого подібного щодо виявлення останніх до призначення особи суддею досі не передбачалося в актах законодавства України та у проектах його зміни.

Наведене обумовило потребу в процесі дослідження здійснити пошук й інших методів та засобів відбору кандидатів на суддівські посади, спрямованих безпосередньо на визначення їх особистих професійних здібностей, включаючи етичні, психологічні тощо. Зокрема, була звернута увага на застосування з цією метою серед інших засобів також **методів професійного відбору**.

Відомо, що ці **методи** використовуються у світі, а частково — й в Україні для відбору кандидатів на посади, діяльність яких пов'язана з високими темпами роботи,

дефіцитом часу, високим рівнем нервово-емоційної напруги, підвищеною відповідальністю та іншими чинниками. Методи професійного відбору передбачають: а) визначення кваліфікаційних ознак професії (тут — професійних якостей і властивостей, яким має відповідати суддя); б) ідентифікацію наявності у особи, що претендує на певну (у нашому випадку — суддівську) посаду, потрібних якостей та властивостей через проведення психофізіологічного, психологічного, етичного, іншого тестувань, обстежень, інших процедур; в) неформальне спостереження за поведінкою кандидатів на посаду (тут судді) та проявом у ній потрібних моральних і професійних якостей і здібностей або нехтуванням ними.

У процесі дослідження з'ясовано, що, наприклад, в Росії вже 10 років триває експериментальна діагностика психофізіологічних властивостей кандидатів у судді. Результати останньої показують її очевидну корисність для впровадження професійного відбору кандидатів у судді. Аналогічна робота проводиться і в інших країнах. Така можливість є й в Україні. Проте вирішення питань розроблення і застосування методів професійного відбору стосовно кандидатів на посаду судді насамперед залежить від унормування цього у чинному законодавстві. Тож наступною нашою пропозицією є передбачення в окремій статті Закону України «Про статус суддів» положення про те, що претендент на посаду судді серед інших його обов'язків повинен пройти у встановленому порядку перевірку наявності у нього відповідних моральних

якостей і професійних здібностей, у тому числі із застосуванням методів професійного відбору. При цьому серед інших особистих гарантій претендента має бути дотримання його честі та гідності, конфіденційності (непоширення) даних, які отримані внаслідок перевірки.

Вивчення та врахування моральних якостей та професійних здібностей кандидатів на посаду судді має забезпечуватися і на інших стадіях їх добору, в тому числі під час спеціальної підготовки до зайняття суддівською діяльністю. Чинне законодавство не передбачає спеціальної підготовки кандидата на посаду судді до зайняття суддівською діяльністю. У статті 25 проекту Закону «Про внесення змін до Закону України «Про статус суддів» міститься декілька норм щодо підготовки до роботи на посаді судді. Однак вона зводиться лише до навчальної. При цьому не пропонується розробити для суддівської спеціалізації передбачених Законом України «Про освіту» державного стандарту освіти, освітньо-кваліфікаційні характеристики, освітньо-професійну програму, які, визначаючи зміст спеціальних суддівських знань, мали б передбачити серед них етичні знання і норми, форми їх набуття, у тому числі через поєднання навчання та практичної підготовки.

Чинне законодавство та розроблені проекти щодо внесення змін до нього взагалі не передбачають спеціальної практичної підготовки кандидатів на посаду судді. її необхідно законодавчо унормувати, у тому числі змістовно, програмно та організаційно поєднати та сполучити із спеціальною навчальною підготовкою, що має стати **принциповою відмінністю нового порядку проведення спеціальної підготовки.**

У пропозиціях, які розроблені за результатами нашого дослідження, передбачається, що спеціальну програмовану практичну підготовку до суддівської діяльності кандидат на посаду судді має проходити на посадах помічника або наукового консультанта судді протягом не менше трьох років. При цьому необхідно підвищити роль та відповідальність керівництва суду та конкретного судді, працюючи з яким проходить спеціальну практичну підготовку кандидат на посаду судді, за рівень і якість такої підготовки, її морально-етичну складову. У пропозиціях передбачається, що під час практичної підготовки має здійснюватися спрямоване спостереження за моральними якостями та проявами кандидата.

Потрібно звертати увагу на виявлені моральні якості кандидатів на посаду судді на інших стадіях процесу їх добору. Зокрема, пропонується брати до уваги конкретні дані про них при офіційному визначенні фахової кваліфікації кандидата на посаду судді, його підготовленості до суддівської діяльності. Пропонується також при конкурсному відборі кандидатів на посаду судді конкурсній комісії знайомитися з документами конкурсанта та матеріалами його особової справи, у тому числі матеріалами та результатами спеціальної, включаючи практичної, підготовки; передбачити у тестах ставлення конкурсанта до норм етики, розкриття їх розуміння. Запропоновано серед критеріїв

відбору передбачити моральні якості конкурсанта, які встановлюються за результатами застосування методів професійного відбору, у тому числі спрямованого спостереження, а також за матеріалами перевірки інформації, що надійшла від установ, організацій, окремих громадян після оголошення про конкурс.

Внесена пропозиція, щоб Вища кваліфікаційна комісія суддів України перед прийняттям рішення про рекомендацію кандидата для призначення на посаду судді брала у нього офіційне зобов'язання щодо неухильного дотримання Правил суддівської етики, визначених з'їздом суддів України.

Дослідження показало, що чинний та пропонований **процес добору кандидатів на посаду судді фактично є непрозорим**, до населення та місцевих громад не доводиться інформація про осіб, що виявили бажання набути статус кандидата на посаду судді, про наступний їх конкурсний відбір та рекомендування для призначення на конкретну вакантну посаду судді. Наведене позбавляє населення та місцеві громади визначити та висловити своє ставлення стосовно кандидата на посаду судді. Разом з тим дійовий громадський контроль, як відомо, у тому числі на всіх зазначених стадіях відбору кандидатів на посаду судді, може сприяти виявленню серед них тих, хто за моральними якостями не заслуговує рекомендації. У зв'язку з цим внесено пропозиції у Законі України «Про статус суддів» передбачити публікацію в офіційному друкованому виданні, визначеному Кабінетом Міністрів України, списку осіб, що беруть участь у конкурсі на зайняття посади судді із зазначенням вакантних посад, на які вони претендують. Конкурсній комісії надається право офіційно збирати інформацію про конкурсанта. Разом з тим передбачається, що із усією зібраною інформацією про кандидата він має право ознайомитися до засідання конкурсної комісії та подати до неї свої пояснення. За проханням кандидата, що бере участь у конкурсі, може бути витребувана інша інформація про нього.

Наведені пропозиції є тільки частиною попередніх результатів проведеного дослідження. Переконані, що кримінологічне дослідження проблем запобігання проявам корупції та іншої недоброчесності суддів у повному обсязі, який визначений вище, має бути продовжено і поглиблено, що нами й передбачається.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**


1. Першоджерела. Закони XII таблиць / Римське право (Інституції). — Х.: Одісей, 2003. —288 с.
2. Дідик С. Є. Історія законодавства про кримінальну відповідальність суддів в Україні [Електронний ресурс] // «Судова апеляція». — 2007. — № 1. — Режим доступу: http://www.apcourtkiev.gov.ua/control/uk/publish/category
3. Молдован В. В. Судова риторика: Навчальний посібник. — К.: Кондор, 2006. — 328 с
4. Корупція в судовій системі України: думки і погляди населення України. Соціологічне дослідження (жовтень 2007 року). [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.pace.org.ua/images/survey/omni_cor_pres_ukr.ppt
5. Стан корупції в Україні. Результати загальнонаціонального дослідження 2007 р. (Електронний ресурс]. Режим доступу: hflp://www.gudkgov.uafr^ ukr katalog small.pdf
6. Служба безпеки України вживає заходів по боротьбі з корупцією у владно-управлінських, судових, правоохоронних та контролюючих органах держави (8 лютого 2008 р.) [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.ssu.gov.ua/sbu/control/uk/publish
7. Концепція подолання корупції в Україні «На шляху до доброчесності», схвалена Указом Президента України від 11.09.2006 р. № 742 // Офіційний вісник України. — 2006. —№ 37. — Ст. 2540.
8. Інформація про стан законності в державі у 2007 році (11 лютого 2008 р). [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.gpu.gov.ua/ua/vlada.html
9. Діяльність Генпрокуратури в цифрах // Газета «Правовий тиждень» № 8 від 19 лютого 2008 року. — С. 3.
10. Про стан правосудця в Україні. Доповідь Голови Верховного Суду України В. В. Онопенка під час другої частини VIII позачергового з'їзду суддів України 7 грудня 2007 р. // Вісник Верховного Суду України. — № 12(88). — 2007. — С. 5–8.
11. Википедия. Свободная Энциклопедия [Електронний ресурс]. Режим доступу: // http://uk.wikipedia.org/wiki
12. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад, і голов, ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2001. — 1440 с.
13. Міжнародні стандарти незалежності суддів: Збірка документів. — К.: Поліграф-Експрес, 2008. — 184 с. — С. 17.

# КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ОСОБИСТОСТІ ҐВАЛТІВНИКА НЕПОВНОЛІТНІХ

**Л. МОРОЗ**
***(Національний педагогічний університет ім. М. П. Драгоманова)***

Злочинність проти статевої недоторканості неповнолітніх завжди знаходилась у центрі уваги вчених у галузі кримінального права, кримінології та кримінально-виконавчого права як одна з найбільш злободенних і болючих проблем українського суспільства, оскільки є індикатором морального здоров'я нації сучасної України.

Суспільно небезпечні діяння, спрямовані проти статевої недоторканості неповнолітніх, є надзвичайно актуальними для практичної діяльності правоохоронних органів. Це пов'язано з тяжкими наслідками для неповнолітніх потерпілих і в загальній структурі злочинності вирізняються суспільною небезпекою.

Суспільна небезпека згаданих злочинів полягає в серйозному порушенні статевої недоторканості неповнолітніх, а також у тяжких наслідках розладу психіки, здоров'я, їх ставлення в подальшому до людей, до життя в цілому.

Статеві злочини щодо неповнолітніх у загальному вигляді можна визначити як передбачувані кримінальним законом суспільно небезпечні замахи на статеву недоторканість та згвалтування.

Чинний КК України відносить до групи злочинів проти статевої недоторканості неповнолітніх: згвалтування, насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, розбещення неповнолітніх (статті 152, 153, 154, 156 КК України) [7].

Особливості статевих злочинів, жертвами яких є неповнолітні, зумовлює необхідність особливо подивитись на кримінологічну характеристику суб'єктів даних злочинів.

Проблема особистості сексуального злочинця досліджувалась у працях вітчизняних вчених, зокрема: Ю. Александрова, В. Вітвицької, М. Корчового, С. Косенка, І. Лановенка, Л. Левицької та зарубіжних: Ю. Антоняна, В. Голубєва, Ю. Кудрякова, В. Центрова [1–6; 8; 9]. У працях особлива увага звертається на типові способи вчинення злочинних посягань, їх мотивацію, причини та умови, місце і час скоєння відповідної групи злочинів, а також заходи щодо запобігання їм.

Інтерес авторів до даної проблеми цілком обґрунтований. Адже без з'ясування загальних закономірностей, які характеризують психологічні, соціальні, біологічні особливості певних типів осіб, що вчинили сексуальний злочин, неможливе визначення системи заходів, спрямованих на запобігання злочинності в цілому.

Відповідно до розглядуваної теми інтерес становить типологія статевих злочинців, запропонована Ю. Александровим:

1. Статеві злочинці з мотивацією задоволення статевої пристрасті:

а) агресивні статеві злочинці: побутові ґвалтівники, хуліганські ґвалтівники, пікацисти; ґвалтівники і пікацисти-садисти; особи, які здійснюють кримінальні сексуальні діяння агресивного плану;

б) «інтелектуальні» статеві злочинці: злочинці, котрі вступають у статеві зносини з особами, які не досягли статевої зрілості; особи, що розбещують неповнолітніх; педерасти, які здійснюють мужелозтво без застосування насильства; особи, котрі примушують жінок до вступу в статевий зв'язок; організатори або керівники груп, діяльність яких поєднується зі статевим розбещенням; виготовлювачі й розповсюджувачі порнографічних предметів;

в) злочинці — носії венеричних захворювань (внаслідок їх неперебірливих статевих контактів).

2. Статеві злочинці, які діють з корисливих мотивів:

а) утримувачі будинків розпусти;

б) звідники;

в) особи, які втягують неповнолітніх до заняття проституцією.

© Л. Мороз, 2008

Російські вчені-кримінологи (Ю. Антонян, В. Голубєв, Ю. Кудряков) [4, 10] класифікують ґвалтівників залежно від домінуючих потреб та особистісних властивостей. Така типологія дозволяє дати загальне уявлення про спрямованість та сексуальну агресію, яка проявляється у згвалтуванні. Вона враховує різні типи злочинців, зокрема і з патологічними особливостями.

Інші російські вчені (В. Центров, Ю. Самойлов) [3] поділяють сексуальних ґвалтівників на п'ять основних груп.

До першої групи входять особи з різноманітними аномаліями психіки, а також патологічними проявами статевого потягу (фетишизм, садизм тощо). У цій групі виділяються особи, що страждають психозом пізнього віку, старечим слабоумством. Найчастіше вони скоюють замахи на статеву недоторканість неповнолітніх.

До другої групи належать хронічні алкоголіки, наркомани, а також особи, раніше судимі за хуліганство, розбої, статеві та інші насильницькі злочини. Їх вирізняє жорстокість, грубість у поводженні з оточуючими, моральна розпуста, розбещеність у задоволенні статевої пристрасті.

До третьої групи — особи, які не мають різко виражених ознак другої групи. Здебільшого вони вирізняються примітивними інтересами, цинічним ставленням до жінок, зловживанням алкогольними напоями.

Четверту групу становлять особи, які вчинили згвалтування за наявності складних, специфічних взаємозв'язків з потерпілою, у ситуації, коли її поведінка була необачлива, ризикована і, навіть, провокаційна.

До п'ятої групи належать неповнолітні. При нападі вони найчастіше посягають на малолітніх, неповнолітніх. При вчиненні злочинів у групі їх жертвами стають й дорослі жінки, у тому числі особи похилого віку. Групові посягання за участю неповнолітніх супроводжуються жорстоким, особливо цинічним ставленням до жертви, неприродними способами задоволення статевої пристрасті [10].

Віддаючи належне дослідженням вітчизняних і російських вчених та використовуючи зроблені ними висновки, у статті на основі проведених досліджень, враховуючи вплив на сучасному етапі основних зовнішніх та внутрішніх факторів на формування поведінки особистості злочинця-ґвалтівника неповнолітніх, здійснено постановку нових проблем і запропоновано шляхи їх вирішення.

Обравши, як мету удосконалення превентивних заходів у сфері охорони статевої недоторканості неповнолітніх, одним із завдань дослідження ставимо виявлення кримінологічно значущих особливостей осіб, які вчинили статевий злочин проти неповнолітніх, вивчення ефективності наявних та формулювання нових пропозицій щодо оптимізації профілактики сексуальних злочинів проти неповнолітніх. Дослідження особистості сучасного злочинця — ґвалтівника неповнолітніх провадилось на базі опрацювання спеціальної літератури та вибіркового кримінологічного узагальнення архівних кримінальних справ.

У кримінологічній літературі багаторазово констатувалося, що абсолютна більшість статевих злочинів щодо неповнолітніх здійснюється особами чоловічої статі. Серед осіб, притягнутих до кримінальної відповідальності за статтями 152, 153, 155, 156 КК України, питома вага чоловіків складає біля 97,5 %.

Випадки злочинів, скоєних жінками — 2,5 %. Порівняно малу кількість осіб жіночої статі серед статевих злочинців можна пояснити невисокою моральністю і свідомістю, а також соціальними умовами, що визначають роль жінки у суспільстві, якісними показниками сексуальних злочинів.

Дослідження свідчать, що в основному статеві злочини стосовно неповнолітніх вчиняються неповнолітніми та молоддю віком від 18 до 21 року (відповідно 37,8 % та 22,5 %), від 22 до 30 років — 35,7 %, решту злочинів скоюють люди похилого і навіть старечого віку. Таким чином, неповнолітні особи, особи молодого та середнього віку — найбільш поширені вікові категорії статевих злочинців.

Водночас доцільно зауважити, що за даними дослідження більшість осіб, які вчинили статеві злочини щодо неповнолітніх, знаходились у криміногенних умовах. Це: незайнятість, наявність великої кількості вільного часу, сімейні негаразди, незадоволення своїм становищем, зловживання спиртними напоями та наркотиками, розчарованість у життєвих ідеалах.

Безперечно, важливе значення для з'ясування кримінологічної характеристики

статевого злочинця має і освітній рівень, який визначає значною мірою суспільну цінність індивіда і впливає на формування особистості, її життєвих цінностей та інтересів, а також зумовлює у більшості особливості її поведінки у суспільстві.

Дані дослідження свідчать, що переважна більшість осіб, які скоїли сексуальний злочин, мали середню або незакінчену середню освіту і лише біля 2 % мають вищу освіту. Порівняльний аналіз освітнього рівня сексуальних злочинців за віковими групами показує, що чим він молодший, тим нижчий його освітній рівень. Як, правило, це особи з низьким рівнем культури.

Не менш важливе значення для кримінологічної характеристики особистості сексуального ґвалтівника неповнолітніх має його соціальний стан та рід занять.

Відповідно до статистичних досліджень на момент вчинення вказаних злочинів 51 % осіб не працювали і не навчались. За соціальним станом засуджених за сексуальні злочини проти неповнолітніх виявилось з робітників 60%, селян 19%, представників інтелігенції 6 %, підприємців — 6 %, у решти такі дані не встановлено.

Наразі не до кінця з'ясовані питання впливу соціально-демографічних змін на показники сексуальних злочинів у міській та сільській місцевостях. Інтенсивний процес урбанізації і міграції сільського населення до міста спричинив зростання рівня злочинності. Більшість засуджених за сексуальні злочини скоїли їх за місцем проживання, у знайомих, друзів, потерпілих, і майже 14 % злочинів вчинялись приїжджими.

Дані свідчать, що значна частина статевих злочинів стосовно неповнолітніх скоюється особами, які перебували в стані алкогольного та наркотичного сп'яніння — понад 60 % злочинів. Високий рівень сексуальних злочинів, вчинених у стані алкогольного і наркотичного сп'яніння, зазвичай, пояснюється тим, що в нетверезому стані у таких осіб підсилюється статева збудженість, вони стають невитриманими, жорстокими, грубими, втрачають здатність до самоконтролю. Свою агресію вони спрямовують проти дітей, які більш незахищені, ніж дорослі.

У таких випадках неповнолітні, як правило, нерідко відзначаються особливою жорстокістю, агресією, нахабністю, ґлумлінням над однолітками протилежної статі.

Це свідчить про моральну і правову деградацію найбільш вразливої частини суспільства — неповнолітніх та молодих людей. Очевидно це пов'язано з тим, що суспільство і держава залишили названих осіб поза увагою, не застосувавши необхідних виховних заходів, зокрема спрямованих на статеве виховання.

Слід зазначити, що серед осіб, які скоїли статеві злочини щодо неповнолітніх, не менше 17 % мають збочення у психіці. Психічні аномалії різної природи істотно впливають на формування кримінальної мотивації під час скоєння сексуальних злочинів.

Водночас варто зазначити, що особи з психічними розладами вчиняють статеві злочини стосовно неповнолітніх в особливо жорстокій найбільш цинічній формі, намагаючись пояснити свої вчинки наявністю психічних аномалій. Значна частина з них страждає статевим розладом, перш за все схильністю до педофілії.

При проведенні дослідження, з'ясовуючи загальні ознаки, характерні для сексуального злочинця — педофіла, доходимо висновку, що серед різноманітних типів педофілів зустрічаються особи з комплексом власної неповноцінності. Як правило, ці особи не здатні досягти успіху у встановленні міжособистісних контактів і ґвалтують дітей, серед яких вони відчувають себе господарями становища.

Особливу стурбованість викликає та обставина, що значна частина статевих злочинів вчиняється особами, які мають безпосереднє відношення до неповнолітніх, залучені до виховного процесу дітей; часто це члени сім'ї, педагоги, вихователі тощо. Так, за результатами проведеного нами дослідження встановлено, що 19 % сексуальних посягань на неповнолітніх без ознак насильства здійснюється вітчимами, батьками, дідами або іншими родичами жертв, тобто прямими вихователями дітей; 31 % посягань на статеву недоторканість неповнолітніх вчинялися особами, так чи інакше причетними до виховання дітей, організації їх навчання, дозвілля: педагогами, вихователями, лікарями, причому дуже часто це були співробітники шкіл-інтернатів та дитячих будинків; 50 % суб'єктів складали особи, які не мали прямого відношення до конкретної дитини. Проте і тут більше половини винних у вчиненні злочину були знайомі із своєю жертвою, частіше це були сусідські стосунки.

На жаль, у нашому суспільстві ще існує особливе середовище, соціально нижче, для якого характерна зневага до дітей, їх інтересів. Для цього середовища з його субкультурою характерне існування певного типу особистостей батьків, особливих правил поведінки та спілкування. Поширеність серед певного соціального прошарку статевих злочинів, що вчиняються стосовно власних і чужих дітей, значно опосередковує вплив соціально-культурного розвитку суспільства, його традицій, пріоритетів на духовний розвиток особистості.

Порівняльне психологічне і соціологічне вивчення особистості злочинців і законослухняних громадян дало підставу спеціалістам зробити висновок, що злочинець — особистість із значно вищим рівнем тривоги і невпевненості в собі, імпульсивності та агресивності, відчуження від корисного спілкування. Це поєднується з високою чутливістю у міжособистісних взаємозв'язках, через що такі особи частіше застосовують насильство.

Наведені риси характерні для осіб, які вчиняють сексуальні замахи на неповнолітніх. Крім цього, їм властиві і такі риси характеру, як егоцентризм, упертість у досягненні мети, моральна спустошеність, брехливість, і, як правило, агресивність та жорстокість. Особливо це відмічається у віковій групі 14–17-річних засуджених за сексуальні замахи. На такі риси характеру неповнолітні злочинці вказали у своїх відповідях. Елементи агресивності мали місце у діях майже кожного засудженого за зґвалтування, оскільки для придушення спротиву ними застосовувалась фізичне і психічне насильство.

Варто зазначити, що будь-який злочинець-ґвалтівник неповнолітніх реалізує у ситуації вчинення злочину свої психологічні особливості і особистісні якості, тобто проявляється як сформована кримінально орієнтовна особистість.

У контексті викладеного важливим є з'ясування типів осіб, які скоюють статеві злочини щодо неповнолітніх. Це дозволить глибше виявити різноманітні кримінологічно значимі характеристики сексуальних злочинців, тобто охарактеризувати дещо приблизні портрети осіб, що скоюють злочини, передбачені статтями 152, 153, 155, 156 КК України.

По-перше, порівняно високий показник осіб, які раніше скоювали саме ці злочини, тобто такі, що здійснювали замах на нормальний фізичний і моральний розвиток неповнолітніх та були засуджені за статеві злочини. Вивчення кримінальних справ засуджених за сексуальні посягання на неповнолітніх свідчить, що близько однієї третини (28,7 %) винних раніше були судимі за різні види злочинів, з них 2,5 % — за статеві.

Ці особи мають стійку кримінальну мотивацію, низький рівень загальної і статевої культури, виражену схильність до використання дітей та підлітків для задоволення власних статевих потреб. Деякі з них набувають згубних звичок у виправних установах і переносять їх на волю, зневажаючи загальноприйняті морально-етичні цінності, нехтуючи нормальним фізіологічним і моральним розвитком дитини.

По-друге, особи, які не мають кримінального минулого, але вчинили статевий злочин щодо неповнолітнього.

Проведене вивчення матеріалів кримінальних справ про злочини, що підпадають під ознаки ст.152 КК України, дозволило з'ясувати їх мотиваційну картину: 8 % засуджених бажали відчути себе сильними, значимими в очах неповнолітнього потерпілого; 23 % — хотіли знову пережити сексуальне збудження, що настає при статевому контакті тільки з неповнолітніми; 11 % — задовольнити статеву потребу будь-яким способом і 58 % — не усвідомлювали характеру власних мотивів.

Це оцінюється нами як явний «індикатор» аномального стану уявлення членів суспільства про норми статевої моралі і етики, падіння моральної "планки" правової свідомості.

Варто підкреслити, що сьогодні до факторів, що є детермінантами статевих злочинів проти неповнолітніх, слід віднести розчарованість у життєвих ідеалах; загальний невисокий рівень культури статевих відносин у суспільстві; недостатню правову охорону законних прав та інтересів дітей; дитячу безпритульність, яка розглядається як результат загальної соціально-економічної кризи суспільства, послаблення інституту сім'ї й соціального контролю, розповсюдження порнографічної продукції з елементами педофілії та її доступність через ЗМІ, Web-сайти, що пропагують жорстокість, насильство.

*Висновки*. Підсумовуючи результати досліджень кримінологічних характеристик

особистості суб'єктів, які вчиняють замах на нормальний статевий і моральний розвиток неповнолітніх, можна зробити висновок, що за подібними соціально-психологічними характеристиками осіб, котрі скоїли статеві злочини, передбачені статтями 152, 153, 155, 156 КК України, можна відокремити наступні типові групи:

а) особи, що раніше були засуджені за статеві злочини стосовно неповнолітніх і знову вчинили замах на статеву недоторканість останніх. Для таких осіб характерною є стійка кримінальна мотивація, виражена схильністю до використання неповнолітніх для задоволення власних статевих потреб, зневага такими цінностями, як нормальний фізіологічний і моральний розвиток дитини, загальноприйнятими правилами поведінки у сфері статевих стосунків;

б) особи, раніше не судимі, в мотиваційній сфері психічної діяльності яких переважають мотиви цинічного ставлення до дітей, до реалізації власних статевих потреб, вульгарно-зневажливе ставлення до загальноприйнятих морально-етичних цінностей та стандартів у сфері статевих стосунків.

Знання основних кримінологічних характеристик злочинців-статевих гвалтівників неповнолітніх, виявлення їх значимих особливостей і властивостей необхідно для всебічного вивчення особи, механізму її поведінки, причин, які викликають такі злочинні діяння. Це дозволяє розробити комплексні заходи, спрямовані на запобігання сексуальним злочинам стосовно неповнолітніх.

Виходячи з наведеного, вважаю, що основними напрямами профілактичної та превентивної діяльності мають бути:

а) своєчасне виявлення осіб чоловічої і жіночої статі з відхиленнями у сексуальній поведінці та створення в медичних закладах банку даних про них (при прийнятті закону, який визначав би гарантії забезпечення конфіденційності цих відомостей про особистість);

б) створення навчальних програм з включенням до них спеціальної статевої освіти, основ безпечного спілкування, орієнтованих на дітей та підлітків, батьків, педагогів, співробітників служб соціального захисту та міліції;

в) удосконалення реабілітаційної роботи з особами, які притягались до кримінальної відповідальності, створення психологічних та психіатричних служб при виховних колоніях, широке впровадження освітніх програм, адекватне лікування осіб, котрим рекомендовано амбулаторний примусовий нагляд і лікування у психіатра;

г) удосконалення норм адміністративного законодавства, що регулюють відповідальність батьків або осіб, які їх замінюють, у вихованні і навчанні дітей;

д) цілеспрямована адресна державна політика, яка здійснювалась би через засоби масової інформації за наступними основними напрямами: 1) заборона або обмеження для неповнолітніх заходів у галузі реалізації продукції еротичного та порнографічного змісту; 2) активна роз'яснювальна робота, створення та демонстрація програми виховання молодого покоління у традиціях моральної чистоти, соціальної відповідальності.

На мій погляд, було б доцільно у кримінальному законодавстві України посилити відповідальність за сексуальні посягання на неповнолітніх. А саме: слушним, на мою думку, було б за зґвалтування неповнолітніх та вчинення проти них насильницьких дій сексуального характеру встановити як покарання — позбавлення волі до 15 років та матеріальну компенсацію жертві заподіяної фізичної та моральної шкоди. Це, вважаю, сприяло б підвищенню ефективності соціально-запобіжного впливу покарання. Встановлюючи компенсацію моральної шкоди, заподіяної неповнолітнім, законодавець тим самим закріпив би принцип «презумпції моральної шкоди».

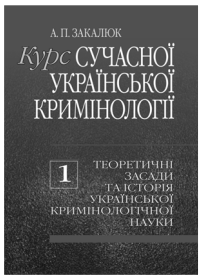
На завершення слід зазначити, що при комплексному взаємозв'язку загальносоціальних і спеціально-кримінологічних заходів можливе забезпечення позитивного результату в запобіганні статевим злочинам стосовно неповнолітніх.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**

1. Александров Ю. В. Кримінологічна характеристика та попередження злочинності неповнолітніх / Кримінологія і профілактика злочинів. — К., 2000. — С. 52–64.
2. Александров Ю. В. Злочини проти статевої свободи // Юридичний вісник України. — 2002. — 6–12 квіт. — С. 94–98.
3. Александров Ю. В. Половые преступления: преступники и потерпевшие: Учебно-практическое пособие. — К., 1975. — 91 с.
4. Антонян Ю. М., Голубев В. П., Кудряков Ю. Н. Изнасилования: причины и предупреждения. — М., 1990. — 226 с.
5. Корчовий М. М. Кримінально-правове та кримінологічне поняття згвалтування // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. — К., 1999. — № 1. — С. 71–77.
6. Косенко С. С. Поняття кримінологічної характеристики статевих злочинів щодо неповнолітніх // Підприємство, господарство і право. — 2003. — № 5. — С. 104–105.
7. Кримінальний кодекс України. — К., 2001. — 160 с.
8. Лановенко І. І. Теоретичні засади ранньої профілактики статевих злочинів. — К., 1997. — 203 с.
9. Левицька Л. В. Деякі проблеми попередження статевих злочинів щодо неповнолітніх // Науковий вісник Українського фінансово-економічного інституту. — 1999. — № 1(4). — С. 160–162.
10. Центров Е. Е. Криминалистическая характеристика и особенности возбуждения дел о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности // Следователь. Практическое и информ. изд-е. №2 (19). — М., 1999. — С. 51–52.

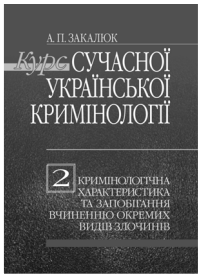
Видавничий Дім «Ін Юре» пропонує:

**Курс сучасної української кримінології: теорія і практика.
Книга 1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки.
Закалюк А. П. Наук. вид. у 3-х кн. – 2007. – 424 с.**



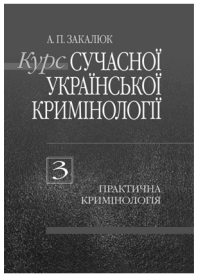

У Книзі 1 системно викладено сучасний стан та історію розроблення в українській кримінологічній науці теоретичних проблем її поняття, предмета, системи, методології, сутності злочинності, її причин і умов, особи злочинця, механізму злочинної поведінки, прогнозування злочинних проявів, їх запобігання.

**Курс сучасної української кримінології: теорія і практика.
Книга 2: Кримінологічна характеристика та запобігання вчиненню окремих видів злочинів.
Закалюк А. П. Наук. вид. у 3-х кн. – 2007. – 712 с.**




У Книзі 2 розглядається систематизована за окремими видами злочинів кримінологічна інформація стосовно того, як загальні положення теорії кримінології, викладені у Книзі 1 Курсу, реалізуються в українському суспільстві, якого змісту – теоретичного і прикладного – вони набувають. Наведена з кожного виду злочинів інформація згрупована навколо двох основних питань: кримінологічної характеристики та видових особливостей запобігання. Книга 2 містить багато сучасної наукової, у тому числі емпіричної, інформації з названих питань.

**Курс сучасної української кримінології: теорія і практика.
Книга 3: Практична кримінологія.
Закалюк А. П. Наук. вид. у 3-х кн. – 2007. – 312 с.**




У Книзі 3 вперше висвітлено кримінологічні засоби запобіжної та іншої правоохоронної діяльності, містяться міркування автора щодо перспектив кримінології в Україні, запропоновано відповідні кримінологічні засоби та технології для прикладного використання.

***Замовляйте видання за телефонами:
(044) 537-51-20, 537-51-21
або за електронною поштою
sales@inyure.kiev.ua
http://shop.inyure.kiev.ua***

# ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНІ КРОКИ УКРАЇНСЬКОЇ ПРОКУРАТУРИ: ПОГЛЯД НА ПРОБЛЕМУ

**С. МІРОШНИЧЕНКО**
***кандидат юридичних наук, доцент***
***(Національна академія прокуратури України)***

Дискусія, що вкотре розгорнулася в суспільстві навколо місця прокуратури серед органів державної влади, попри всю відкритість наміру і щировідверте бажання вибудувати демократичну систему державного управління, не дає загальноприйнятної відповіді на те, якою ж саме має бути українська прокуратура.

Стало правилом за щонайменшої нагоди наголошувати, що будь-яка українська інституція має відповідати європейським стандартам, а кожен державний орган просто зобов'язаний мати однозначну «прописку» у одній із трьох гілок влади — законодавчій, виконавчій, судовій.

Дійсно, загальновизнаний світовою наукою «хрещений батько» теорії поділу влади філософ-матеріаліст Дж. Локк вважав такий поділ надійною системою стримувань і противаг, що унеможливлює узурпацію влади будь-яким органом чи особою. Значному внеску в розвиток та обґрунтування цієї теорії сучасники зобов'язані й французькому філософу Ш. Монтеск'є. Але ж не менш авторитетною свого часу була (і залишається до сьогодні) позиція іншого видатного вченого — німецького філософа Ґеґеля, який обстоював прямо протилежний принцип — принцип єдиної державної влади, що уособлюється в одному державному органі: «государственная власть должна быть сосредоточена в одном центре, который принимает необходимые решения и... следит за проведением их в жизнь» [1]. І протягом століть життя підтверджувало справедливість саме гегелівської форми державотворення на певних етапах розвитку суспільства. А в деяких країнах — і до сьогодні.

Заперечувати проти загальновизнаної, підтвердженої повсякденням теорії поділу влади, безглуздо. Але ж і сприймати її як догму, як єдино можливий спосіб державотворення і функціонування влади навряд чи виправдано. Принаймні, стосовно кількості владних гілок і змістовного їх наповнення. Той же Дж. Локк у різні часи по-різному бачив компетенцію і розмежування повноважень серед гілок влади, нерідко навіть уникаючи згадки про владу судову [2].

Не ставлю за мету дослідження форм державного устрою та співвідношень гілок влади ні з точки зору теоретичних обґрунтувань, ні з огляду на правові засади їх реального функціонування у повсякденному житті.

Зупинитись (у загальних рисах) на загальновідомих речах змусили поширені на сьогодні твердження, що українська прокуратура, залишаючись рудиментом радянської системи, вже давно пережила себе, потребує докорінного реформування як за організаційно-структурною побудовою, так і за колом повноважень. Прокуратура, наголошують доповідачі, співголови, експерти та інші фахівці закордонних інституцій має, нарешті, віднайти своє місце серед гілок державної влади і взагалі повинна відповідати європейським стандартам.

Щодо реформування — варто погодитись, оскільки необхідність удосконалення діяльності державних органів ще ніколи не викликала заперечень. І прокуратура не є винятком.

А от щодо «європейських стандартів», то далеко не всі європейські держави однозначно сприйняли теоретичний поділ державної влади на законодавчу, виконавчу і судову.

© С. Мірошниченко, 2008

Звернімося до джерел нормативного закріплення системи стримувань і противаг у деяких державах Старого Світу. Зокрема, у Франції, про яку свого часу М. Данилевський сказав, що знаючи її історію, пізнаєш, по суті, і історію всієї Європи [3]. Слова відомого російського історика можна сприйняти на віру з огляду хоча б на те, що велика країна, витоки якої знаходяться у древній Галії, переживає 16-ту Конституцію [4]. Так, от у жодній з них не знайдемо прямого посилання на те, що державна влада Французької Республіки поділяється на законодавчу, виконавчу і судову. Зате, знайдемо, що поряд із Президентом, який (за наявності Прем'єр-міністра, ст. 8) головує в Раді Міністрів (ст. 9). І є Парламент, палати якого мають засідати у якості секретного комітету на вимогу Прем'єр-міністра. Конституція Франції передбачає і Конституційну Раду, яка не лише слідкує за правомірністю обрання Президента, депутатів і сенаторів, проведенням референдумів (статті 58–60), а й перевіряє конституційність законів (статті 61–62). Такий собі симбіоз українського Конституційного Суду і Центральної виборчої комісії. У спеціальному розділі Французької Конституції «Про судову владу» (статті 64–66) насправді йдеться не про правосуддя як рівноправну, незалежну, наділену власною компетенцією гілку державної влади, а про орган, який відає призначенням, звільненням і відповідальністю суддів та прокурорів — про Вищу раду магістратури. Фактично — аналог української Вищої ради юстиції. Раду магістратури, до речі, очолює Президент, якого визнано гарантом незалежної судової влади. То чи може йтися про чіткий поділ влади між її гілками, їх самостійність і незалежність, а тим більш про те, що кожен з державних органів французької влади віднесений до однієї з її гілок?

Конституція Ірландії (ст. 6) визнаючи, що всі влади походять від народу, поділяє її на чотири (а не на три, як у Дж. Локка) гілки — управління, законодавчу, виконавчу і судову. Президенту цієї держави належить першість стосовно всіх інших осіб в державі (ст. 12). І при цьому він, як державна інституція, є складовою парламенту нарівні з двома палатами — Палатою представників і Сенатом.

Конституція Данії (ст. 3) визначає, що законодавча влада здійснюється спільно Королем і Фолькетінгом (депутатським корпусом), а виконавча — Королем.

За Конституцією Греції законодавчі функції здійснюються Парламентом і Президентом. Виконавчі — Президентом і Урядом (ст. 26).

У Бельгії федеральну законодавчу владу закріплено одночасно за Королем, Палатою Представників і Сенатом (ст. 36 Конституції), а виконавчу — частково за Королем, частково за Урядом.

Президент Фінляндії, який є главою виконавчої влади нарівні з парламентом, здійснює і владу законодавчу (§ 2, розд. 1).

За Конституцією Нідерландів акти парламенту (закони) приймаються спільно Урядом і двопалатними Генеральними штатами (ст. 81). У свою чергу Уряд формується з Короля і міністрів (ст. 42), і при цьому Король не несе відповідальності за діяльність Уряду.

То про який однозначний поділ влади на гілки йдеться і де тут локківська система стримувань і противаг? Про які європейські стандарти може йтися, якщо немає (та й не може бути) єдиних засад державотворення? Більше того, якщо розглянути змістовне наповнення Основних законів (Конституцій) європейських країн, то окремі їх норми мають докорінні відмінності, а якщо їх порівнювати з Конституцією України, то «європейські стандарти» не виглядають такими вже демократичними.

Конституція Швеції, яка, до речі, не є цілісним документом, а складається з 4 конституційних законів, проголосивши пріоритет норм міжнародних договорів стосовно національного законодавства, зберегла застерогу, що вони не поширюються на основні права і свободи її громадян. Створення вищих навчальних закладів приватними особами прямо заборонено Конституцією Греції (ст. 16). На відміну від Конституції української, згідно з якою юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини в державі [5], Конституція Великого Герцогства Люксембург (ст. 85) передбачає і ряд виняткiв стосовно політичних прав і свобод.

Чи можна стверджувати про більшу демократичність Конституційного Закону Швеції — Форми правління, її європейськість, на який слід рівнятись українському суспільству, якщо «... при наличии особых причин Правительство (*виконавча влада* — авт.) может принять решение о прекращении дальнейшего расследования или судебного разбирательства по делу о преступном деянии» (§ 13, глава 11). На мій погляд, український Основний

Закон значно людяніший і послідовніший у питаннях реалізації принципу здійснення правосуддя виключно судами.

Далі — більше. Данія визнає Євангелістську Лютеранську Церкву офіційною і гарантує їй підтримку держави (п. 4 ч. 1 Конституції). Греція панівною визнає східноправославну релігію Церкви Хрестової (ст. 3 Конституції). Франція проголосила себе світською, соціальною, демократичною республікою. І незважаючи на такі корінні розбіжності — всі вони разом визнають своїх громадян рівними перед законом незалежно від походження, кольору шкіри тощо. Українська Конституція, на моє переконання, закріпивши свободу віросповідання і відділивши церкву від держави (ст. 35), є демократичнішою. Принаймні, у проголошенні загальнолюдських цінностей, прав і свобод та гарантій їх захисту.

Можна наводити ще безліч доводів, які додатково засвідчать про відсутність європейських, тобто єдиних, стандартів розвитку суспільства і держави. Та й не може їх бути у питаннях конституціонізму і державотворення, адже «стандарт» у перекладі з англійської — норма, зразок, мірило. На мій погляд, у парламентській монархії (Іспанія), парламентській республіці (Греція) та конституційній монархії (Данія) мірила (стандарти) і не можуть бути єдиними. Це стосується і системи владних органів, і співвідношення їх функцій та повноважень.

З огляду на наведене, у питаннях реформування державної влади, в тому числі органів прокуратури, визначальним має бути, вважаю, не пошук міфічних європейських стандартів, а насамперед історична правда, вікові традиції, національний менталітет і реалії сьогодення.

Багатьох у політичному соціумі, а здебільшого, серед науковців, оволодіває нестримне бажання віднести прокуратуру до однієї з гілок влади. Доводи наводяться різні, а найчастіше посилаються на Конституцію. Дійсно, згідно зі ст. 6 Основного Закону державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. На перший погляд, нібито, все логічно. Але лише на перший. Запропонувавши теорію поділу влади, філософи-матеріалісти розглядали його виключно як систему стримувань і противаг при унормуванні суспільних відносин (прийнятті законів), подальшій їх реалізації (виконанні) і при вирішенні спорів, які виникають у зв'язку із застосуванням таких норм (законів). Зазначене стосувалося лише певних, як правило, переломних історичних етапів розвитку суспільних відносин. За будь-яких обставин влада визнавалася єдиною державною, незалежно від того, хто, з плином віків, був її джерелом — спільнота, клас чи народ.

І чи слід взагалі сприймати вчення Дж. Локка і Ш. Монтеск'є буквально, якщо у більшості європейських держав, навіть, інститут президентства і монарші особи не віднесені до жодної з гілок влади. Проте це не заважає їм згідно з конституціями уособлювати собою владу. В Україні, до речі, інститут президентства теж не належить до жодної з конституційно визначених гілок влади, так само як і Центральна виборча комісія.

Княжа держава, гетьманське правління, литовське рицарство, польська шляхта, російська імперія, країна Рад і, нарешті, незалежна Україна — все це наші українські етапи становлення державності. Вже з огляду на це Україна заслуговує на власні мірила (стандарти).

На моє переконання, варто звернутися до Преамбули власної Конституції — «...спираючись на багатовікову історію українського державотворення і на основі здійсненого...права на самовизначення...», щоб зрозуміти — народ України, як носій суверенітету і єдине джерело влади, місце української прокуратури визначив. І виписав його у Конституції України саме там, де воно є на сьогодні. То чи варто щось міняти? Принаймні, європейські держави кожна по-своєму визначили місце прокуратури у своїх системах влади, і на «стандарти» не зважають.

Що стосується реформування прокуратури як державної інституції, то, безумовно, розвиток суспільних відносин, поглиблення ринкових перетворень та інтеграція до світових організацій потребують удосконалення державного управління. І прокуратура на цьому шляху не виняток.

Напевне, концепція поєднання розслідування кримінальних справ прокуратурою з одночасним здійсненням нагляду за додержанням процесуальних норм слідства вимагає перегляду. Можна поділяти таку думку і віднайти безліч аргументів для її підтвердження. А можна не поділяти і також навести вагоме (в тому числі й наукове) обґрунтування. Хотілося б лише, щоб у дискусіях і полеміках не ігнорувалася одна

суттєва обставина: слідчий прокуратури, який розслідує справу, і прокурор, котрий наглядає, мають власний процесуальний статус і їх стосунки регламентуються не дисциплінарним статутом чи Правилами внутрішнього розпорядку, а Кримінально-процесуальним кодексом. Погоджуюсь, що це ідеалістична і скоріш теоретично можлива модель взаємостосунків. У житті все набагато складніше, оскільки завжди присутній суб'єктивний фактор. Багато що залежить від особистості слідчого і від особистості прокурора. Але ж такий суб'єктивний фактор присутній і у судовій владі. Наскільки прогресивною (у цьому контексті) можна вважати новелу закону щодо санкціонування арешту суддею, колега якого (інший суддя у сусідньому кабінеті) буде у подальшому розглядати справу по суті і виносити вирок?

І чи можна вважати демократичною норму про право суду скасовувати постанову про порушення справи на будь-якій стадії, в тому числі й тієї, яка вже розслідувана?

У запалі дискусій науковці і особливо законодавці-політики забувають, що Конституція захищає права не лише підозрюваного і обвинуваченого, підсудного і засудженого. Нарівні з ними вона має захищати і права потерпілого від злочину. То як бути йому, якщо слідчий зібрав докази злочину, а суд не закриває справу, постановляючи виправдувальний вирок, а скасовує постанову і одночасно відмовляє у порушенні справи. Все. Зібрані докази, не оцінені судом по суті в умовах змагальності процесу, вже не докази, справу — в архів, а потерпілий один на один зі своїми проблемами і клопотами.

Попри всю свою значимість прокуратура ніколи, реалізовуючи визначені законодавчою владою функції, не приймала остаточних рішень, а тим більше таких, яких за нині чинною Конституцією не можна було б скасувати судовій владі.

Постанова прокурора про порушення дисциплінарного чи адміністративного провадження була обов'язкова для розгляду, а не для виконання. Порушення і розслідування кримінальної справи — не більше ніж унормована процедура збирання доказів, правову оцінку яким все одно даватиме суд. Внесений протест може бути відхилено, після чого прокурор знову ж таки звертається до судової влади. Позов (навіть в інтересах держави) не більше, ніж клопотання перед судом про вирішення спору. Підтримання прокурором державного обвинувачення (нарівні, до речі, з промовою адвоката) — всього-на-всього правова оцінка доказів, метою якої є допомога суду в постановленні законного вироку. Навіть за радянських часів, в умовах, як прийнято вважати, тоталітарної системи, протест прокурора на вирок був для суду не більше, ніж привід для перевірки його законності. Остаточне рішення за результатами перегляду вироку і тоді залишалося за судом. Достатньо зазначити, що у 1983 р., наприклад, вищестоящі суди відхилили більше 17% протестів, залишивши вироки в силі[6]. У 1950–1960 рр. цей відсоток був ще вищий і сягав 30 % [7].

Свого часу (2003 р.) пропозиції Парламентської Асамблеї Ради Європи зводилися до того, що функції прокуратури повинні обмежуватися кримінальним процесом. У той же час в Італії, наприклад, участь прокурора в судовому розгляді цивільних справ є, зазвичай, нормальною ситуацією, визначеною до того ж законодавчо [8].

Прихильники розмежування функції досудового слідства і підтримання державного обвинувачення шляхом позбавлення прокуратури саме слідчих повноважень, врешті-решт, постануть перед проблемою розслідування злочинів, вчинених слідчими новостворюваного (як планується) єдиного слідчого органу (комітету, бюро, служби), якби він не називався.

Суди постановляють вироки від імені держави. Від імені держави підтримується обвинувачення. Але той, хто висуває обвинувачення, і той, хто оцінює його достатність для винесення вироку, мають бути максимально рівновіддаленими як від слідчих органів, так і один від одного. Збирати докази вчинення таких дій має та гілка влади, яка забезпечує виконання законів, тобто виконавча. Саме до неї на сьогодні відносяться такі державні інституції, як СБУ, МВС, ДПА, котрі мають у своїй системі слідчі підрозділи, що розслідують переважну більшість вчинюваних злочинів.

Прокуратура, на моє переконання, має зберегти функцію досудового слідства. Вся справа у визначенні підслідності. На мій погляд, це мають бути лише злочини, що вчинені працівниками правоохоронних органів, в тому числі й Національної служби розслідувань (бюро, комітету) у разі їх створення.

Полеміка навколо загальнонаглядової функції прокуратури не вщухає і до сьогодні, хоча як такої за чинною Конституцією про-

куратура не здійснює з 1996 р. Прихильників «європейських стандартів» непокоять внесені у грудні 2004 р. доповнення до ст. 121 Конституції України щодо повноважень прокуратури наглядати за додержанням прав і свобод людини і громадянина [9]. То звернімося до Конституції, наприклад, Іспанії, історія державотворення якої сягає віків, а на сьогодні — члена і НАТО, і Євросоюзу. Процитуємо п. 1 ст. 124: «завдання прокуратури, незалежно від функцій, що виконуються іншими органами, — сприяти здійсненню правосуддя з метою захисту законності, прав громадян і суспільних інтересів, що охороняються законом в силу своїх обов'язків чи за клопотанням заінтересованих осіб, а також здійснювати нагляд за забезпеченням умов для незалежності судів і додержанням в них суспільних інтересів». З огляду на формат цієї публікації грунтовно проаналізувати змістовне наповнення наведеної норми, безумовно, неможливо. Але вже сам факт покладення на прокуратуру повноважень з «...нагляду...за додержанням в них (*судах* — ред.) суспільних інтересів» і закріплення їх на найвищому конституційному рівні вже говорить само за себе. Ні Конституція СРСР [9], ні Конституція України [10] ніколи не мали схожої норми, а Закон СРСР «Про прокуратуру» [11] взагалі обмежував прокурорські повноваження щодо впливу на судову діяльність.

Функція захисту прав та свобод людини і громадянина та інтересів держави, в тому числі й шляхом представництва у суді, поза сумнівом, має бути збережена. Є деяке раціональне зерно у доводах європейських експертів. Однак здебільшого полеміка навколо збереження цієї функції прокуратури є надуманою, оскільки права громадянина захищаються українською прокуратурою лише за наявності його заяви або коли він не спроможний захистити свої права самостійно. Щоб переконатися в цьому, достатньо переглянути процесуальні кодекси і ст. 361 Закону України «Про прокуратуру».

На конституційному рівні, на моє переконання, слід закріпити функцію координації діяльності й правоохоронних органів у боротьбі зі злочинністю, виокремивши її профілактичну складову — запобігання вчиненню злочинів. Якщо вже Україна визнала життя і здоров'я людини найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції), вона має упередити будь-які і насамперед злочинні посягання на них.

А що до суто теоретичного питання про місце прокуратури в системі органів державної влади, то, як слушно зауважив академік В. Гончаренко, «...за різних умов, у різний час провідні українські вчені однозначно висловились про унікальність прокуратури як державної інституції з самостійними контрольно-наглядовими функціями, що не належить до жодної з гілок влади...» [12].

Повністю поділяю таку позицію. А прихильникам європейських стандартів для української прокуратури радимо звернути увагу на слова експерта Венеціанської комісії Ради Європи П. Корню: «...я працюю в Швейцарії, не щодня буваю в Україні, я не знаю вашої системи...» [13]. На мій погляд, цим якщо не все, то багато що сказано.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**


1. Г е г е л ь Г. В. Политические произведения. — М., 1978. — С. 82.
2. Л о к к Дж. О законодательной, исполнительной и федеральной власти в государстве. — М., 1992.
3. Д а н и л е в с к и й М. Я. Россия и Европа. — СП-б., 1955. — С. 201.
4. Конституции государств Европейского Союза. — М., 1977.
5. Конституція України. — К., 2003. — Ст. 124.
6. Отчет о работе прокурора Украинской ССР за 1983 г., разд. 3, табл. 5, ф. П, утв. ЦСУ СССР 24.09.82 г. № 17–92 / Архів Генеральної прокуратури України, справа № 183—83.
7. «Оперативный статистический отчет за 1950–1960 г.г.», разд. 7–9, ф. 1, утв. Генеральным прокурором СССР / Архів Генеральної прокуратури України, справа № 183-50/60.
8. К о р н ю П. Крок прокуратури України в правильному напрямі / Реформування органів прокуратури України: проблеми і перспективи: Матер. наук-практ. конфер. / Ред. кол.: М. К. Якимчук (голов. ред.) та ін. — К., 2006. — С. 21.
9. Конституция СССР // Ведомости Верховного Совета СССР. — 1977. — № 41. — Ст. 616.
10. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 18. — Ст. 268.
11. Закон СССР «О прокуратуре» // Ведомости Верховного Совета СССР. — 1979. — № 49. — Ст. 843.
12. Г о н ч а р е н к о В. Концептуальні питання статусу прокуратури України в системі органів державної влади / Реформування органів прокуратури України: проблеми і перспективи: Матер. наук-практ. конфер. / Ред. кол.: М. К. Якимчук (голов. ред.) та ін. — К., 2006. — С. 34–36.
13. К о р н ю П. Вказ. праця. — С. 20.

# ЩОДО ПОНЯТТЯ «ВІДМОВА ВІД ДИТИНИ» ТА СУМІЖНИХ ПОНЯТЬ У СІМЕЙНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ

**В. МОСКАЛЮК**
***кандидат юридичних наук***
***(Харківський національний університет внутрішніх справ)***

Важливе значення для зміцнення сім'ї та всебічного захисту сімейних прав та законних інтересів дітей й їх батьків має вірне тлумачення та застосування норм сімейного права. Зокрема, потребує уточнення та роз'яснення норма ч. 3 ст. 155 СК України, яка встановлює, що відмова від дитини є неправозгідною і суперечить моральним засадам суспільства.

Поняття «відмова від дитини» на сьогодні у правозастосовчій практиці тлумачиться неоднозначно: в одних випадках відмова від дитини ототожнюється з дачею батьками або одним з них згоди на усиновлення дитини (ст. 217 СК), в інших — з невиконанням батьками або одним з них свого обов'язку забрати дитину з пологового будинку або іншого закладу охорони здоров'я (ст. 143 СК). Наслідком цієї невизначеності є, з одного боку, відсутність належного врахування інтересів дитини при застосуванні вказаних норм закону, а, з іншого — безпідставне ухилення батьків від виконання своїх обов'язків щодо дитини.

З огляду на вказані проблеми, необхідно чітко встановити, який саме юридичний факт мав на увазі законодавець формулюючи норму ч. 3 ст. 155 СК. Для цього треба зупинитися на декількох істотних моментах.

Як відомо з теорії права, кожній фізичній особі як суб'єкту правовідносин притаманна юридична здатність мати права та нести обов'язки. Категорія правоздатності є загальною для всіх галузей права, для всіх видів правовідносин, не дивлячись на те, що законодавче визначення її міститься тільки у нормах Цивільного кодексу [1, 74]. Від категорії «правоздатність» необхідно відрізняти категорію «суб'єктивне право», яка являє собою права, що належать окремим особам [1, 25]. Правоздатність є необхідною умовою для правоволодіння, тобто необхідною передумовою. Вона як можливість мати будь-які, визнані законом права і брати на себе обов'язки — є абстрактною, тобто загальною можливістю, яка належить всякому та кожному. На відміну від правоздатності суб'єктивне право — це право, яке належить певному суб'єкту, наявне, таке, що існує [2, 5].

Ще однією загальноправовою категорією, яка має важливе значення для правозастосування, є категорія правовідносин. Елементами будь-яких правовідносин є їх суб'єкти, об'єкт та зміст [3, 348]. Із таких саме елементів складаються і батьківські правовідносини, які є відносинами між визначеними особами: між батьками та кожним з дітей [4, 54]. Отже, як батьки, так і діти є суб'єктами правовідносин, які виникають між ними [5, 174–175; 6, 51].

Зміст сімейних правовідносин, в тому числі й батьківських, складають суб'єктивні права та обов'язки їх учасників [7, 53; 8, 37]. Батьки мають цілий комплекс майнових та особистих немайнових прав та обов'язків щодо дитини.

Передумовою виникнення у батьків суб'єктивних прав та обов'язків щодо дитини є наявність в них, так званої, батьківської правоздатності, яка є одним із елементів їх сімейної правоздатності. Батьківська правоздатність ... дозволяє батькам діяти певним чином і тим самим набувати суб'єктивні

© В. Москалюк, 2008

права, передбачені сімейним законодавством [9, 27].

Таким чином, буквальне тлумачення поняття «відмова від дитини» призводить до того, що один суб'єкт правовідносин відмовляється від іншого, а це вочевидь є абсурдним твердженням.

Оскільки однією з характерних ознак правоздатності є її невідчужуваний характер, в той час, як відчуження суб'єктивних прав допускається у випадках, встановлених законодавством (див., наприклад, статті 12, 269, 347, 362 ЦК України), відмова може здійснюватися тільки щодо суб'єктивного права, яке належить особі. Таким чином, відмова від батьківської правоздатності є неможливою. Тобто не можна відмовитися мати передбачені законом батьківські права та обов'язки. Тому можна припустити, що відмова батьків від дитини з правової точки зору має розглядатися як відмова батьків від здійснення всіх суб'єктивних майнових та особистих немайнових прав й виконання відповідних обов'язків щодо дитини.

Питання відмови від прав та обов'язків не одержало належного дослідження ні у загальній теорії права, ні у теорії цивільного та сімейного права.

Питання відмови від права розглядалося у філософії права. Так, визначення відмови від права знаходимо у відомій праці Томаса Гоббса «Левіофан, чи матерія, форма і влада держави церковної та громадянської». За Гоббсом «отказаться от ... права на что-нибудь — значит лишиться свободы препятствовать другому пользоваться выгодой от права на то самое... Отказ от права совершается простым отречением от него, или перенесением его на другого человека. Простое отречение имеется в том случае, когда отказывающийся не интересуется тем, кому достанется благо этого права. Перенесение имеется в том случае, когда отказывающийся желает, чтобы благо этого права досталось определенному лицу или лицам» [10, 100]. З цього визначення випливає, що відмова від права може полягати у зреченні права та у його передачі іншій особі або особам. Крім того, відмова від права, у якій би з названих форм вона не була здійснена, передбачає припинення цього права у тієї особи, яка від нього відмовилась.

На відміну від ЦК, СК України не містить терміна «відмова від прав та обов'язків». До статей 14 та 15 СК включені терміни «передача прав» (ст. 14) та «перекладення обов'язків» (ст. 15). Цей Кодекс встановлює, що як сімейні права, так і сімейні обов'язки є такими, що тісно пов'язані з особою, а тому не можуть бути відповідно передані іншій особі та перекладені на іншу особу (ч. 1 ст. 14 та ч. 1 ст. 15 СК). Оскільки суб'єктивні батьківські права мають особистий характер відмовитися від них, за загальним правилом, також неможливо. Що стосується батьківських обов'язків, то відповідно до ч. 4 ст. 155 СК ухилення батьків від виконання батьківських обов'язків є підставою для покладення на них відповідальності, встановленої законом. Отже, відмовитися від виконання батьківських обов'язків також неможливо.

Разом з тим, Сімейний кодекс України містить норми, які дають підстави вважати, що відмова від здійснення суб'єктивних батьківських прав та виконання батьківських обов'язків є можливою і цілком відповідає чинним правовим нормам.

Відповідно до ч. 1 ст. 232 СК всі обов'язки батьків щодо турботи про дитину (особисті немайнові та майнові) припиняються в разі усиновлення дитини, на здійснення якого батьки мають дати вільну згоду відповідно до вимог ст. 217 СК. Згода батьків на усиновлення дитини у сукупності з іншими юридичними фактами, які передбачені законом як такі, тягне за собою припинення батьківських правовідносин у повному обсязі. Тобто, в разі дачі батьками вільної згоди на усиновлення їх дитини є підстави твердити, що саме ця згода є відмовою від здійснення суб'єктивних батьківських прав та виконання батьківських обов'язків щодо дитини.

Для того щоб мати значення юридичного факту, тобто тягнути за собою припинення всіх батьківських прав та обов'язків, згода батьків на усиновлення їх дитини має бути висловлена з дотриманням ряду істотних умов.

По-перше, вказана згода має бути вільною, тобто внутрішня воля батьків або одного з них має співпадати з їх волевиявленням. За аналогією із ч. 1 ст. 40 СК згода особи не вважається вільною, зокрема, тоді, коли в момент згоди на усиновлення дитини вона страждала тяжким психічним розладом, перебувала у стані алкогольного, наркотичного, токсичного сп'яніння, внаслідок чого не усвідомлювала сповна значення своїх дій і (або) не могла керувати ними, або

якщо згода на усиновлення дитини була отримана в результаті фізичного чи психічного насильства.

По-друге, згода на усиновлення має бути безумовною, тобто вона не може супроводжуватись зустрічним майновим або іншим наданням з боку усиновлювачів на користь батьків (одного з них). Відповідно до ч. 2 ст. 217 СК угода про надання усиновлювачем плати за згоду на усиновлення дитини батькам є нікчемною. Так само нікчемною має вважатися і угода між усиновлювачем та батьками дитини про надання останнім якихось послуг, здійснення робіт тощо.

По-третє, письмова згода на усиновлення має бути засвідчена нотаріусом. Законодавець не допускає засвідчення вказаної згоди іншими особами, які мають право вчинювати нотаріальні дії. Цю згоду може засвідчити як державний, так і приватний нотаріус. На жаль, порядок засвідчення такої згоди нотаріусами чинними нормативними актами не встановлений. Отже, не має юридичного значення заява, яка складається матір'ю або іншими родичами дитини при залишенні дитини у пологовому будинку або іншому закладі охорони здоров'я чи вказівка на це у Акті про дитину, покинуту в пологовому будинку, іншому закладі охорони здоров'я або яку відмовилися забрати батьки чи інші родичі [11].

По-четверте, істотне значення має момент дачі батьками такої згоди. Дана згода, відповідно до ч. 3 ст. 217 СК має бути надана тільки після досягнення дитиною двомісячного віку.

Таким чином, згода батьків на усиновлення дитини має силу юридичного факту тільки в тому разі, коли були дотримані всі вказані вище умови. Але слід мати на увазі, також, що всі права та обов'язки батьків припиняються не з моменту дачі згоди батьками на усиновлення дитини, а з моменту набрання чинності рішенням суду про усиновлення (ст. 225 СК). З огляду на це, навіть тоді, коли батьки вже дали згоду на усиновлення їх дитини з дотриманням всіх необхідних умов, їх права та обов'язки щодо дитини не припиняються доти, доки не набере чинності рішення суду про усиновлення.

Отже, відмова батьків від здійснення суб'єктивних батьківських прав та виконання батьківських обов'язків може бути здійснена шляхом активних дій — надання про це письмової посвідченої нотаріусом згоди на усиновлення дитини.

Потребує також уваги питання співвідношення понять «відмова від дитини» та невиконання батьками свого обов'язку забрати дитину з пологового будинку або іншого закладу охорони здоров'я.

Відповідно до ст. 121 СК права та обов'язки матері, батька і дитини грунтуються на походженні дитини від них, засвідченому державним органом реєстрації актів цивільного стану. Але, на думку В. Лєженіна, підставою виникнення батьківських правовідносин є «юридичний склад, куди входять: подія — акт народження, дія — фактична поведінка батьків щодо спілкування та догляду за дитиною» [9, 28]. «Якщо мати (батько) дитини з моменту її народження не бажають її бачити, піклуватися про неї тощо, то ці дії не можна розглядати як відмову від суб'єктивного права... В даному випадку один з батьків дитини не бажає набувати ... суб'єктивні права батька, тобто відмовляється від реалізації батьківської правоздатності... Таким чином, ... акт народження дитини сам по собі не породжує суб'єктивного права..., а породжує лише можливість набути це право на підставі батьківської правоздатності. якщо один з батьків не реалізує своїми діями цю можливість, то з позиції соціальних (суспільних) відносин маємо справу з відмовою батьків від дитини. З позиції же права (правовідносин) стикаємося з явищем, коли правосуб'єктна особа не бажає реалізувати батьківську правоздатність, внаслідок чого один з батьків не набуває суб'єктивне право ... і не стає учасником конкретних правовідносин з дитиною» [9, 29–30]. Але з цим твердженням важко погодитися, оскільки навіть в тому разі, якщо мати у пологовому будинку не здійснює ніяких фактичних дій щодо турботи про дитину (відмовляється перебувати з нею у спільній палаті, годувати її, мити тощо), а потім залишає її у пологовому будинку, правовідносини між нею та дитиною все одно виникнуть поза її волею. Так, відповідно до ст. 135 СК у разі неможливості встановити місце проживання матері, запис про неї та батька дитини у Книзі реєстрації народжень провадиться за заявою уповноваженого представника закладу охорони здоров'я, в якому народилася дитина. Таким чином, залишення матір'ю дитини у пологовому будинку з правової точки зору призводить до виникнення між

нею та дитиною батьківських правовідносин навіть в тому разі, якщо вона сама не здійснила реєстрації дитини. Вказана поведінка матері не є відмовою від здійснення нею своїх суб'єктивних батьківських прав та виконання обов'язків, але не тому, що вони не виникли, а тому, що відмова здійснена без дотримання передбачених у законі вимог.

Навіть в тому разі, якщо при відмові батьків забрати дитину з пологового будинку або іншого закладу охорони здоров'я ними була дана згода на усиновлення з дотриманням всіх вимог, встановлених ст. 217 СК, це не тягне за собою припинення суб'єктивних батьківських прав та виконання батьківських обов'язків. Вказана заява матиме правове значення тільки з моменту набрання чинності рішенням суду про усиновлення цієї дитини. Саме з цього моменту між батьками та дитиною припиняються батьківські правовідносини. До цього моменту батьки дитини мають весь комплекс прав та обов'язків щодо неї. До виконання своїх батьківських обов'язків батьки можуть бути примушені за допомогою державного примусу (ст. 193 СК), а в разі ухилення від виконання своїх батьківських обов'язків по вихованню дитини мати, батько можуть бути позбавлені судом батьківських прав (ст. 164 СК), навіть в тому разі, якщо вони вже дали згоду на усиновлення своєї дитини.

Таким чином, поняття «відмова від дитини» є поняттям соціологічним. З правової ж точки зору має місце відмова від здійснення суб'єктивних батьківських прав та виконання батьківських обов'язків. Вона є можливою в разі дачі батьками згоди на усиновлення дитини з дотриманням всіх передбачених у законі вимог. Але припинення батьківських прав та обов'язків вона тягне лише у сукупності з іншим юридичним фактом — фактом набрання чинності рішенням суду про усиновлення дитини. Отже, відмова від здійснення суб'єктивних батьківських прав та виконання обов'язків повністю відповідає вимогам чинного сімейного законодавства, тобто є правозгідною. Всі інші випадки нездійснення суб'єктивних батьківських прав та не виконання батьківських обов'язків не тягнуть за собою повного припинення батьківських правовідносин.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**


1. М а т у з о в Н. И. Субъективные права граждан СССР. — Саратов, 1966.
2. Б р а т у сь С. Н. Курс советского гражданского права. Субъекты гражданского права. — М., 1950.
3. С к а к у н О. Ф Теорія держави і права: Підруч. / Пер. з рос. — Харків, 2001.
4. П о с с е Е. А., Ф а д д е е в а Т. А. Проблемы семейного права / Учеб. пособ. — Ленинград, 1976.
5. В о р о ж е й к и н Е. М. Семейные правоотношения в СССР. — М., 1972.
6. Р я с е н ц е в В. А. Семейное право. — М., 1971.
7. Советское семейное право / Под общей ред. В. Ф. Маслова, А. А. Пушкина. — Киев, 1982.
8. Сімейне право України: Підруч. / За ред. В. С. Гопанчука. — К., 2002.
9. Л е ж е н и н В. Н. Правовые вопросы семейного воспитания детей. — Воронеж, 1992.
10. Г о б б с Т. Сочинения в 2 т. Т. 2 / Сост. ред. авт. примеч. В.В.Соколов. — М., 1991.
11. Наказ Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства внутрішніх справ України від 17 березня 2004 р. № 142/275 «Про затвердження форми акта про дитину, покинуту в пологовому будинку, іншому закладі охорони здоров'я або яку відмовилися забрати батьки чи інші родичі, про підкинуту чи знайдену дитину та Інструкції про порядок його заповнення» // Офіційний вісник України. — 2004. — № 13.

# ПРОЕКТ БАНКІВСЬКОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: АКТУАЛІЗАЦІЯ ПРОБЛЕМИ ТА ДЕЯКІ ПРОПОЗИЦІЇ СТОСОВНО СТРУКТУРИ

**О. СЕЛЕЗНЬОВА**
***(Національний університет Державної податкової служби України)***

Здобувши незалежність, Україна потребувала законодавчого регулювання всіх сфер життєдіяльності суспільства. Правову регламентацію банківського сектора з огляду на його стратегічну важливість для держави необхідно було здійснити першочергово.

Вперше основні засади банківської діяльності були закріплені в Законі УРСР «Про економічну самостійність Української РСР», де на основі Декларації про державний суверенітет визначався зміст, мета і основні принципи організації фінансово-бюджетної, кредитної та грошової системи України [1, 3]. Згодом, у 1991 р., прийнято Закон України «Про банки і банківську діяльність», яким в Україні скасовано монополізм держави у банківському секторі та визначено правовий статус функціонування системи комерційних банків. Закон діяв упродовж майже десяти років, слугуючи становленню і розбудові вітчизняної банківської системи. Сьогодні він діє в редакції від 7 грудня 2000 р. з наступними змінами та доповненнями, однак, є далеким від досконалості. Він, зокрема, не лише не зазначає особливостей, принципів діяльності спеціалізованих банків, а й не дає визначення іпотечним, інвестиційним, розрахунковим банкам [6, 105]. Крім того, залишаються законодавчо не врегульовані відносини, пов'язані із банківською таємницею, валютною політикою нашої держави, зарубіжного інвестування у банківську систему України тощо.

Поряд з цим, потрібно зауважити, що на сьогодні все банківське законодавство України являє собою множину законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів, які характеризуються суперечливістю та недопрацюванням. Внаслідок цього подальший розвиток банківської системи є невиправдано ускладеним. Отже, окреслена в загальних рисах ситуація у правовому регулюванні банківського сектора, створює потребу в проведенні кодифікації вітчизняного банківського законодавства, тобто актуалізує питання розроблення та прийняття Банківського кодексу України (далі — БК).

Питання кодифікації законодавства в українській науці не нове. Воно розроблялося вченими як радянського періоду, так і нашого часу, в теорії права (С. Алєксєєв, В. Нерсесянц, І. Котюк, О. Котюк, В. Ковальський, І. Козінцев тощо) та в науках різних галузей права (С. Братусь, С. Головатий, В. Мамутов, В. Стафанюк та ін.). Окремо слід назвати науковців, які висунули певні пропозиції щодо кодифікації у власне банківській сфері. Серед них: Є. Карманов, О. Костюченко, О. Орлюк, Р. Посікіра. Вони чітко підтвердили необхідність проведення процедури кодифікації в Україні. Разом з тим, існують суперечності у поглядах щодо структури БК.

При написанні статті постали наступні завдання: а) підкреслити актуальність проведення процедури кодифікації банківського законодавства; б) охарактеризувати порядок проведення кодифікації в Україні; в) запропонувати своє бачення структури БК; г) визначити місце цього Кодексу в системі нормативно-правових актів, що регулюють банківську діяльність.

Насамперед необхідно з'ясувати, що мається на увазі під терміном «кодекс». Як

© О. Селезньова, 2008

зазначає С. Алєксєєв, кодекс — це не просто документ, в якому зібрано багато юридичних норм тієї чи іншої галузі. За небагатьма винятками, кодексами називаються порівняно невеликі, цілісні нормативні документи, які характеризуються глибоким юридичним єднанням. У кодексі все міцно з'єднано одними принципами, термінологією, однотиповими юридичними конструкціями [2, 118]. З цього випливає, що розроблення будь-якого кодексу, іншими словами, проведення кодифікації — це складна, тривала і поетапна процедура.

Етапи кодифікації банківського законодавства умовно можна поділити на дві групи: в першу входять первинні або підготовчі кодифікаційні етапи, а в другу — власне кодифікаційні етапи.

***Первинними (підготовчими) кодифікаційними етапами є:*** 1) проведення інкорпорації усього чинного законодавства, що регулює банківську діяльність, за суб'єктним критерієм; 2) проведення консолідації банківського законодавства, у результаті якої створюються нормативні групи актів (у формі збірників або баз даних).

***Власне кодифікаційні етапи*** — це: 1) створення комісії з кодифікації банківського законодавства; 2) подання пропозицій щодо структури БК; 3) обговорення поданих пропозицій у відкритому режимі конференцій, симпозіумів тощо; 4) обговорення зауважень та нових пропозицій у тому ж режимі; 5) обговорення структурних елементів БК; 6) подання підготовленого проекту БК на розгляд Верховної Ради України.

Таким чином, розроблення БК — це не загальне явище в законотворчій діяльності. З огляду на економічну (в першу чергу фінансову) значимість та масштабність такого проекту розроблення цього нормативно-правового акта виноситься в окрему процедуру. Певним чином її складність пояснюється ще й тим, що в Україні такий кодекс розробляється вперше. Цивільний або Кримінальний кодекси України були розроблені ще радянськими вченими; і з новими політико-економічними умовами вони потребували певної доробки. Відповідно до цього, процес кодифікації таких та подібних кодексів після прийняття Конституції України розглядається як процес доопрацювання, тобто відбувається не опрацювання, а саме доопрацювання багатьох проектів кодексів з точки зору їх приведення у відповідність до нових конституційних засад нашої правової системи [4, 12].

Однак кодифікація банківського законодавства потребує іншого підходу, адже це процес не доопрацювання, а процес новітнього розроблення цілісного нормативно-правового акта, який би забезпечив пряме регулювання банківських відносин. Порядок створення кодексу повинен відразу відповідати сучасним вимогам як теорії права, так і науки банківського права, які висуваються до нього. Причому необхідно забезпечити якнайближчу відповідність між нормами БК та міжнародних стандартів. Поряд з тим, треба зазначити, що сфера регулювання кодексу перебуває на межі юридичної та економічної наук, що потребує об'єднаних зусиль науковців при проведенні кодифікації.

Внаслідок цього, утворення спеціальної комісії всеукраїнського значення набуває актуального звучання. До складу її мають входити провідні вчені з різних наукових та навчально-наукових установ як юридичного, так і економічного спрямування, представники Національного банку України, Асоціації українських банків та інші фахівці в галузі банківської справи. Наукові конференції, «круглі столи», інші заходи публічного обговорення повинні проводитися з метою якнайбільшого залучення науковців з різних регіонів нашої держави до розгляду поставленого питання. І врешті-решт проект БК має бути переданий на розгляд комітету Верховної Ради України з питань фінансів та банківської діяльності.

З огляду на зазначене вище, проведення процедури кодифікації в Україні — це досить складний, масштабний і фінансовоємний процес. Постає питання: чи справді його потребує українська банківська система? Чи може достатньо внести певні зміни, доповнення до нормативно-правових актів, щоб правове регулювання банківського сектора було належно забезпечене?

Як свідчить досвід останніх років, намагання удосконалити правову базу шляхом внесення окремих поправок є недостатньо ефективним і недоцільним, оскільки існує цілий блок проблемних ситуацій у банківській системі, які взагалі не відображені в законодавстві й регулюються підзаконними актами. У зв'язку з цим виникає об'єктивна потреба в кодифікації нормативно-правових актів України, які нині забезпечують функціонування вітчизняної банківської системи,

доповнивши їх необхідними правовими нормами. Враховуючи тенденції суспільного розвитку, сьогодні найприйнятнішою є підготовка БК, в якому б сповна враховувався як власний досвід нашої країни у кодифікації, так і законодавча практика економічно розвинутих європейських держав [5, 45].

Перш, ніж перейти до характеристики структури проекту БК, необхідно звернути увагу на два теоретико-онтологічні аспекти кодифікації банківського законодавства.

По-перше, кодифікація будь-якого законодавства, в тому числі банківського, повинна здійснюватися на основі реального співвідношення національної ідеї і загальнолюдських цінностей [3, 69]. Аспект цього співвідношення виявляється у правильному застосуванні зарубіжного досвіду при проведенні кодифікації банківського законодавства України. Які б не були потрібні та дієві норми банківського законодавства у інших державах, в Україні вони можуть бути зайвими або навіть шкідливими. Тому, в першу чергу при розробленні проекту БК необхідно акцентувати увагу на ситуацію у вітчизняній банківській сфері та брати за основу норми законодавства нашої країни.

По-друге, основою кодифікації, як слушно зазначає С. Головатий, має бути Конституція України. І в цьому плані опрацювання та прийняття нових кодексів має втілювати прогресивний розвиток українського законодавства [4, 13]. Відповідно до цього, норми БК повинні відповідати конституційним принципам та не суперечити нормам Конституції України.

Переходячи до розгляду структури проекту БК, необхідно зазначити, що будь-який акт кодифікації завжди чималий за об'ємом, має складну структуру. І, зважаючи на велику кількість нормативно-правових актів, які регулюють банківські відносини, не думається, що обсяг БК відрізнятиметься від загальноприйнятого уявлення.

У вітчизняній науці банківського права зустрічаються різні погляди на структуру Банківського кодексу України. Зокрема, за думкою Р. Посікіри, цей Кодекс повинен складатися з дев'яти глав: 1) Основні положення; 2) Правове становище суб'єктів банківської діяльності; 3) Правове становище Національного банку України; 4) Економічні нормативи банківської діяльності; 5) Правове регулювання банківської діяльності; 6) Правове регулювання кореспондентських відносин; 7) Правовий режим банківської діяльності; 8) Застосування заходів впливу до банків і кредитних установ; 9) Порядок реорганізації та ліквідації банків і кредитних установ [8, 78–79].

Недоліком такої структури є те, що вона підносить норми БК як окремі правила, позбавляючи їх системності. Крім того, розмивається межа між теоретичною та практичною частинами кодексу.

Інший погляд представляє Є. Карманов. Так, за його твердженням БК має складатися із Загальної та Особливої частини [5, 46]. Вчений не розбиває Загальну частину БК на підсистеми, але зазначає, що вона повинна містити норми, що застосовуються при регулюванні всіх банківських правових відносин, поширюватись на весь предмет банківського законодавства. У цій частині Кодексу вирішуються завдання законодавчого визначення найважливіших сторін діяльності банків, даються нормативні визначення мети і функцій банківської системи України в цілому, Національного банку України, банків і банківських об'єднань; наводяться види банківської і суміжної діяльності, розкривається сутність банківських правових відносин, закріплено порядок організації банківських установ, норми забезпечення нагляду, банківського аудиту та ведення підзаконної діяльності. Особливу частину Є. Карманов розглядає як єдність трьох розділів, кожний з яких відповідає правовому регулюванню: 1) активних послуг банківських установ; 2) пасивних послуг; і 3) послуг з фінансового управління, консультування та інших послуг, які мають право надавати банки [5, 46].

На мій погляд, БК дійсно не повинен відрізнятися від загальноприйнятого поділу на Загальну і Особливу частини. Однак кожна із частин повинна мати свою підструктуру, яка характеризувалася б поділом юридичних норм за їхнім тематичним спрямуванням. Іншими словами, необхідно утворити певні розділи та підрозділи як Загальної, так і Особливої частини. Причому остання не обов'язково має складатися із трьох розділів.

Однак важливо зазначити, що всі викладені вище структурні елементи потребують детальної нумерології — це забезпечить можливість внесення потрібних змін та доповнень до кодексу, які виникатимуть в процесі економічного та правового розвитку Ук-

раїнської держави. Вводячи до структури БК такі доповнення і змінюючи фактичний його зміст, формальний склад документа буде незмінним.

Загальна частина БК повинна поділятися на два розділи: 1) Основні положення; 2) Банки. Перший розділ «Основні положення» має визначати призначення, предмет регулювання та завдання БК; загальні засади банківського законодавства України; дію актів банківського законодавства України у часі, просторі і за колом осіб. Другий розділ «Банки» містить у своїй структурі три глави: 1) Загальні положення про банки; 2) Банківська діяльність; 3) Національний банк України.

До першої глави «Загальні положення про банки» входять норми стосовно: поняття банку й інших кредитних установ; гарантій діяльності банків; їх класифікації; структури банків (у тому числі, повинно дістати правове регулювання PR-служби банків); банківських об'єднань; поняття, принципів, функцій банківської системи; банківських відносин та їх змісту; статусу учасників банківських відносин.

Друга глава другого розділу «Банківська діяльність» складається з норм, які характеризують поняття, види банківської діяльності, суміжної із нею діяльність; порядок створення, функціонування та припинення діяльності банків.

Третя глава другого розділу «Національний банк України» визначає положення щодо: поняття НБУ, його статусу і компетенції; правової основи, гарантій та функцій діяльності НБУ.

Особлива частина БК складніша, оскільки тут дістають правове регулювання практичні аспекти банківської діяльності. Іншими словами, якщо Загальна частина створює теоретичну основу для функціонування банківської системи, то Особлива — обумовлює практичну діяльність даної системи. Саме ця частина кодексу визначатиме дієвими чи недієвими будуть закріплені у ньому норми.

Як зазначає В. Нерсесянц, ефективність кодифікаційного акта багато в чому залежить від того, чи зможе законодавець взяти до уваги об'єктивні тенденції розвитку відносин, які є предметом регулювання такого акта, їх динаміку [9, 360]. Саме тому пропонується в Особливій частині БК, поряд із правовим регулюванням банківських операцій, надати найбільш повну правову основу й для інших аспектів банківської діяльності.

Таким чином, Особлива частина БК має містити п'ять розділів.

Перший розділ «Банківська інформація» включає норми стосовно поняття та видів банківської інформації, поняття банківської таємниці та відповідальність за її порушення, порядок ознайомлення з різними видами банківської інформації. На мій погляд, положення цього розділу повинні передувати положенням про банківські операції тому, що банківська інформація відіграє ключову роль у банківській діяльності. Не було б цієї інформації — не здійснювались б банківські операції.

Другий розділ Особливої частини «Банківські операції» складається з п'яти глав: «Активні банківські операції», «Пасивні банківські операції», «Розрахункові банківські операції», «Інші банківські операції та послуги банку» та «Інкасація. Відповідальність суб'єктів банківських правовідносин».

Перша глава «Активні банківські операції» містить три параграфи: «Банківське кредитування» (§ 1), «Іпотечне кредитування» (§ 2) та «Факторинг» (§ 3). Перший параграф визначає поняття банківського кредиту, принципи та порядок банківського кредитування, положення забезпечення кредиту, а також порядок його повернення. Другий — надає визначення іпотечному кредиту, порядок його надання, строки та порядок повернення. Третій — надає юридичну основу для здійснення специфічного виду підприємницької діяльності — факторингу. Він закріплює його поняття та договору факторингу, права і обов'язки клієнта і фактора.

Друга глава «Пасивні банківські операції» включає два параграфи: «Банківський вклад» (§ 1) та «Банківський рахунок» (§ 2). У першому параграфі визначаються поняття вкладу та договору банківського вкладу, форма, сторони, зміст, строки договору банківського вкладу. У другому — містяться норми стосовно поняття банківського рахунку та договору банківського рахунку, умови його відкриття, види банківських рахунків, режиму операцій, які здійснюються за банківськими рахунками.

Третя глава «Розрахункові банківські операції» складається із семи параграфів: «Загальні положення про розрахунки» (§ 1), «Розрахунки із застосуванням платіжних до-

ручень» (§ 2), «Розрахунки за акредитивом» (§ 3), «Розрахунки за інкасовими дорученнями» (§ 4), «Розрахунки із застосуванням розрахункових чеків» (§ 5) та «Операції банків із платіжними картками» (§ 6), «Міжбанківські розрахунки» (§ 7).

Четверта глава «Інші банківські операції та послуги банку» регулює питання валютних банківських операцій, банківські операції з цінними паперами, консультування банківськими працівниками, послуги щодо фінансового управління та ін. В цій главі також має дістати висвітлення правове регулювання відносин страхування вкладів населення.

П'ята глава «Інкасація. Відповідальність суб'єктів банківських правовідносин» регламентує порядок проведення інкасації грошових коштів, платіжних інструкцій, дорогоцінних металів і каміння тощо, а також визначає відповідальність суб'єктів банківських правовідносин за правопорушення у банківській сфері.

Розглянувши структурні елементи другого розділу Особливої частини БК («Банківські операції»), слід звернути увагу на те, що певна частина його норм перекликається з нормами Цивільного кодексу України. Зокрема, це стосується інституту банківських договорів. В ЦК дане питання дістало правове регулювання в главах 71–74 підрозділу I розділу II книги п'ятої.

Досліджуючи цивільно-правовий аспект банківських договорів, необхідно зазначити, що майже всі вони є або договорами приєднання, або публічними договорами. Однак на відміну від усіх інших цивільних договорів, банківські договори характеризуються іншою природою взаємовідносин між сторонами. Назвати ці сторони рівними можна хіба що умовно, адже банки виконують певні публічні завдання. Виходячи з цього, регулювання банківських договорів у БК буде не зайвим, і не вважатиметься дублюванням іншого нормативно-правового акта, а, навпаки, повністю розкриє правову двоаспектну сутність банківських договорів.

Щодо третього і четвертого розділів Особливої частини необхідно зазначити наступне. Як зазначалося вище, визначаючи зміст Загальної частини Банківського кодексу України, Є. Карманов відносив до її складу норми, що регулюватимуть банківський нагляд та банківський аудит [5, 46]. На мій погляд, ці два питання повинні знайти своє відображення не в Загальній, а в Особливій частині БК, оскільки потребують більш глибокого правового регулювання як практичної діяльності. І якщо в Загальній частині, як правило, зазначаються теоретичні аспекти, характеристика певного явища чи діяльності, то Особлива частина дасть відповідь як саме здійснювати ту чи іншу діяльність.

У зв'язку з цим третій розділ Особливої частини «Банківський нагляд» присвячується нормам, що визначають: поняття та завдання банківського нагляду; види регулятивно-охоронних органів, їх компетенцію; структуру банківського нагляду Національного банку України; поняття, мету і види інспекційних перевірок банків; порядок виявлення проблемних банків; особливості нагляду НБУ за діяльністю проблемних банків тощо.

Четвертий розділ «Банківський аудит» визначає поняття банківського аудиту та його види, характеризує суб'єктів аудиту, їх повноваження, порядок планування і виконання аудиторської перевірки, складання аудиторського висновку тощо.

Розділ п'ятий називається «Заходи впливу, які можуть застосовуватися до банків», де врегульовується питання відповідальності банків, визначаються види зазначених заходів, підстави та процедура їх застосування.

Як зазначають О. Шамсутдінов та М. Стрипко, правові акти, що готуються, можуть залишатися неефективними, якщо в них не зазначено: хто повинен здійснювати контроль за додержанням акта; які права мають контрольні органи й інші посадові особи; які санкції підлягають застосуванню при порушенні вимог акта; ким і в якому порядку повинні застосовуватися заходи впливу до порушників нормативного акта тощо [10, 62–63]. З огляду на це, Особлива частина має закінчуватися «Прикінцевими положеннями», в яких і дістають правове регулювання зазначені питання.

Отже, структура БК є досить складною. Але уявляється, що саме вона забезпечить гармонію норм, які регулюють банківську діяльність, усуне внутрішні суперечності та прогалини в банківському законодавстві, і таким чином, забезпечить стабільне функціонування банківської системи України.

На завершення потрібно визначити, яке місце буде займати БК в системі усіх нормативно-правових актів, що регулюють банківську діяльність.

Як зазначає О. Орлюк, банківське законодавство є системним. Цю рису, поряд з іншими характеристиками, йому надають правила ієрархії норм, що містяться в правових актах. Використання цих правил дозволяє у разі виникнення колізій між нормативно-правовими актами надати перевагу одному нормативно-правовому акту над іншими [7, 49]. І власне такими перевагами і повинен користуватися БК, оскільки його норми будуть носити характер прямої дії, у той час як він сам буде основним джерелом банківського права.

Система банківського законодавства, за думкою Р. Посікіри, повинна виглядати наступним чином: 1) Конституція України; 2) Цивільний кодекс України та ряд законів на його основі, які регулюють окремі аспекти банківської діяльності; 3) Банківський кодекс України та інші специфічні закони; 4) міжнародні конвенції та договори, підписані та ратифіковані Україною; 5) підзаконні нормативно-правові акти Національного банку України; 6) банківські звичаї та звичаї ділового обороту; 7) локальні нормативні акти банків та кредитних установ [8, 79].

На мій погляд, норми БК не повинні застосовуватися після норм ЦК, оскільки банківські правовідносини не входять в предмет цивільного права, за винятком деякої їх частини. Крім того, норми БК, як і ЦК, носять характер прямої дії. З огляду на це, і Банківський, і Цивільний кодекси України повинні знаходитися на одному щаблі.

Крім того, слід зазначити, що в систему банківського законодавства не повинні входити локальні акти банків, оскільки вони нормативно закріплюють мету та предмет діяльності конкретного банку, а не банківської системи в цілому. Поряд з тим вони не мають визначеної юридичної сили, приймаючись уповноваженими органами установ і організацій відповідно до вітчизняного законодавства.

Отже, система банківського законодавства має наступний вигляд: 1) Конституція України; 2) закони, що регулюють банківську діяльність: а) кодифіковані (Банківський, Цивільний, Кримінальний кодекси України); б) некодифіковані: загальні та спеціальні закони; в) міжнародні правові акти, ратифіковані Україною; 3) підзаконні нормативно-правові акти, в тому числі акти Національного банку України.

Лише така система банківського законодавства дасть змогу чітко визначити місце і роль кожного нормативно-правового акта, що регулює банківську діяльність, і, зокрема, БК.

Таким чином, питання актуальності проведення кодифікації банківського законодавства в Україні не залишає сумнівів та потребує свого нагального вирішення. Розроблення і прийняття Банківського кодексу України необхідно забезпечити в найкоротший термін. Тільки цей документ якісно упорядкує розрізнені й суперечливі норми банківського законодавства та забезпечить нормальне функціонування банківського сектору нашої держави.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ**


1. Про економічну самостійність Української РСР: Закон УРСР від 3 серпня 1990 р. № 142-XII / Господарське законодавство України: Збірник нормативних актів. — К., 2002. — С. 3.
2. Алексеев С. С. Право и наша жизнь. — М., 1978. — С. 118.
3. Бандурка О., Пушкін О., Скакун О. Співвідношення національної ідеї та загальнолюдських цінностей у процесі кодифікації // Українське право. — 1997. — № 3. — С. 69.
4. Головатий С. Нова Конституція України та подальший кодифікаційний процес // Українське право. — 1997. — № 3. — С. 12–13.
5. Карманов Є. Банківський кодекс України — об'єктивна необхідність // Вісник Національного банку України. — 2005. — № 11. — С. 45–46.
6. Клименко Т. В. Банківська система України і напрями її розвитку // Фінанси України. — 2002. — № 4. — С. 105.
7. Орлюк О.П. Теоретичні питання банківського права і банківського законодавства. — К., 2003. — С. 49.
8. Посікіра Р. Банківське законодавство: поняття, стан, перспективи // Право України. — 1998. — № 7. — С. 78–79.
9. Проблемы общей теории и государства: Учеб. для вузов / Под общей ред. В.С.Нерсесянца. — М., 2004. — С. 360.
10. Шамсутдінов О., Стрипко М. Концепція проекту нормативно-правового акта: поняття та сутність // Вісник Академії правових наук України. — 2007. — № 1 (48). — С. 62–63.

# ПРАВОВІ ЗАСАДИ ВИХОВАННЯ ТА ЗАХИСТУ ПРАВ ДИТИНИ

**В. ГОЛОВЧЕНКО**
***кандидат юридичних наук, заслужений юрист України***

Проблемним питанням правового захисту дітей в Україні останніми роками присвячено ряд наукових публікацій. Аналізом зазначених питань займались, зокрема, Б. Левківський, Я. Квітка, А. Кидалова, А. Кормич, С. Буров, І. Романець, І. Сушанський, М. Маніна та інші дослідники. Вони акцентували увагу на необхідності подальшого аналізу чинного законодавства щодо захисту прав дитини з метою його вдосконалення [1].

Відповідно до ст. 6 Сімейного кодексу України правовий статус дитини має особа до досягнення нею повноліття. Малолітньою вважається дитина до досягнення нею чотирнадцяти років, а неповнолітньою — у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років [2].

Правова політика України в цілому та в галузі захисту прав людини, зокрема, має відповідати міжнародним стандартам, закладеним у чинних міжнародних договорах, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, і які є частиною національного законодавства України (ч. 1 ст. 9 Конституції України).

Одним із головних міжнародних правових документів, який визначив ці стандарти, є Загальна декларація прав людини 1948 р. [3]. Проголосивши, що право на життя, свободу, особисту недоторканність, право на громадянство, на рівність перед законом та деякі інші основоположні права і свободи мають універсальний характер та володіння ними не повинно залежати від віку людини, Загальна декларація прав людини заклала основи міжнародного захисту прав дітей.

Міжнародними правозахисними організаціями та законодавчим органом України прийнята низка інших важливих документів, спрямованих на забезпечення дітям щасливого дитинства, для їх власного блага і блага суспільства. Зокрема, 20 листопада 1959 р. Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй проголошена «Декларація прав дитини»[4]; 20 листопада 1989 р. прийнята та відкрита для підписання, ратифікації і приєднання рекомендацією 44/25 Генеральної Асамблеї ООН «Конвенція про права дитини» (набула чинності для України з 27 вересня 1991 р.) [5]; 30 вересня 1990 р. на Всесвітній зустрічі на вищому рівні в інтересах дітей, яка відбулася в Організації Об'єднаних Націй в м.Нью-Йорку, прийнята «Всесвітня декларація про забезпечення виживання, захисту і розвитку дітей»[6].

Рівноправність усіх громадян України, в тому числі й права дітей, законодавчо визначена Конституцією України, яка гарантує: рівність конституційних прав і свобод (статті 24, 52); право на життя і здоров'я (ст. 27); охорона дитинства (ст. 51); заборона насильства над дитиною та її експлуатації (ст. 52), захист і допомога держави дитині, позбавленій батьківського піклування (ст. 52); право на освіту (ст. 53) та інші.

Стратегічні цілі реалізації державної молодіжної політики означені Декларацією «Про загальні засади державної молодіжної політики в Україні»; законами України «Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні», «Про молодіжні та дитячі громадські організації», іншими нормативно-правовими актами.

Основні положення щодо влаштування дітей, які за певних обставин не можуть виховуватися у власній родині (смерть батьків, позбавлення батьківських прав або засудження батьків, асоціальні умови виховання у рідній родині тощо), містяться у Сімейному кодексі України. Статті 150, 151, 152 цьо-

© В. Головченко, 2008

го Кодексу визначають права та обов'язки батьків, по вихованню дитини, які вони не можуть здійснювати всупереч інтересам дітей.

Сімейний кодекс України передбачає декілька форм утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування: усиновлення (удочеріння), передача їх під опіку (піклування), на виховання в сім'ю іншої особи (патронатного вихователя) до досягнення дитиною повноліття, за плату.

На жаль, законодавство України про права дитини має більш декларативний, ніж практичний характер. Національне законодавство про права дитини розпорошене у різних актах законодавства, що не дає можливості гарантувати дотримання та реалізацію встановлених прав дітей.

Крім того, в Україні ще не напрацьовано чіткий національний механізм забезпечення реалізації та контролю за виконанням норм законодавства про права дитини. Практична реалізація конституційних норм, інших нормативних актів, спрямованих на поліпшення становища дітей в Україні, стикається з серйозними перешкодами, викликаними реформуванням суспільного устрою і, особливо, негативними процесами в сфері економіки, освіти, охорони здоров'я, культури тощо. Про конкретні недоліки в дотриманні ювенального законодавства і жахливі наслідки невиконання йшлося у статті старшого прокурора відділу захисту прав і свобод неповнолітніх Генеральної прокуратури України Людмили Скитенко [7].

Конвенція про права дитини (далі — Конвенція) є найбільш універсальним міжнародним договором, в якому закріплені мінімальні стандарти прав дитини та обов'язки держав поважати і гарантувати ці права. Її ратифікували практично всі держави світу (191), за винятком США і Сомалі [8].

Існує декілька причин, за яких США не ратифікували Конвенцію, хоча Сполучені Штати Америки брали участь у створенні Конвенції про права дитини упродовж всього процесу і підписали її 16 лютого 1995 р.

Перш за все ратифікації Конвенції протидіяв Сенат (в особі республіканців) та консервативні організації, що мають значну вагу в суспільстві і активно взаємодіють з сенаторами.

Якщо проаналізувати доводи противників Конвенції, то можна виокремити два види аргументів. Перший пов'язаний з критикою ООН та міжнародних договорів в галузі прав людини. Опоненти, що керуються цим аргументом, виявляють занепокоєність з приводу того, що ратифікація Конвенції причинить шкоду суверенітету і системі федералізму США. Другий пов'язаний із заявою про те, що Конвенція є радикальним і небезпечним документом, що дає можливість необмеженого втручання з боку уряду в сімейне життя як «найбільш небезпечну загрозу правам батьків в історії Сполучених Штатів», «зброя в руках людей з розбещеними поглядами».

Наприклад, неприпустимими визнаються положення ст. 13 Конвенції, згідно з якою батьки підлягали б судовому переслідуванню за будь-яку спробу заборонити своїм дітям перегляд порнопродукції та телебачення; ст. 15 Конвенції заважає батькам утримувати своїх дітей від спілкування з людьми, які погано впливають на дитину; діти можуть вимагати реалізувати право на створення банди, вступити до релігійних сект і расистських організацій, незважаючи на заборону батьків. Стаття 16 Конвенції, на думку опонентів, надає дитині абсолютне право на приватне життя, котре не повинні порушувати всі оточуючі її люди, в тому числі й батьки, тощо[9].

Наведені та інші аргументи дійсно є вагомими в тому сенсі, що багато хто з батьків занепокоєні проблемами виховання своїх дітей, і, зокрема, не завжди знають, як зберегти їх від шкідливого впливу суспільства. Однак таке розуміння Конвенції є безпідставним, оскільки в ній чітко визначені положення про права і свободи дітей з урахуванням того, що дитина, внаслідок її фізичної та розумової незрілості, потребує спеціальної охорони та піклування, включаючи надійний правовий захист (з Преамбули).

Таким чином, захист прав дітей слід розглядати як особливий самостійний інститут у системі правового захисту прав людини, а права і свободи дітей — як самостійний об'єкт правового захисту.

На сучасному етапі розвитку для України першочерговим завданням є створення такої юридичної бази захисту прав і свобод дітей, яка б повною мірою відповідала міжнародним вимогам і забезпечувала реалізацію прав кожної дитини та передбачала механізм захисту цих прав у випадку їх порушення.

Таким кроком у вирішенні цього завдання є закріплений на конституційному рівні обов'язок держави здійснювати охорону сім'ї, дитинства, материнства і батьківства (ч. 3 ст. 51 Конституції України).

З метою запровадження заходів щодо забезпечення прав і свобод дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, Кабінетом Міністрів України, відповідно до конституційних повноважень, була запроваджена нова форма родинного виховання знедолених дітей — прийомна сім'я. Зміст і спрямованість діяльності Кабінету Міністрів України при прийнятті постанов Кабінету Міністрів України, що стосуються даної проблеми, спрямовані на створення нової форми родинного виховання дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, забезпечення ефективного захисту їх інтересів, для формування у родинному колі повноцінних особистостей, тобто у прийомних сім'ях.

За такої форми родинного виховання для дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, суттєво змінюються умови перебування: не інтернат (або інша дитяча установа), а конкретна сім'я.

Докладніше про це йдеться у Положенні про прийомну сім'ю, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2002 р. № 565. Положенням визначені мета та порядок утворення прийомної сім'ї, процедура влаштування дітей до прийомної сім'ї, правовий статус прийомних батьків, їх права та обов'язки, матеріальне забезпечення прийомної сім'ї. Додатком до названого Положення передбачаються конкретні зобов'язання прийомних батьків, на одному з перших місць серед яких — зобов'язання захищати права та інтереси дітей.

Рішення про утворення прийомної сім'ї приймається районною, районною у м. Києві та м. Севастополі держадміністрацією, виконавчим комітетом міської ради (міст республіканського значення Автономної Республіки Крим і міст обласного значення) на підставі заяви сім'ї або окремої особи, які виявили бажання утворити прийомну сім'ю, за поданням відповідного висновку служби у справах дітей районної, районної у мм. Києві та Севастополі держадміністрації, виконавчих комітетів міських рад.

Таким чином, прийомна сім'я — це форма родинного виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, котра діє як дитяча установа і фінансується з місцевого бюджету. Це сім'я або окрема особа, котра не перебуває у шлюбі, що добровільно за плату взяла на виховання та спільне проживання від одного до чотирьох дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

Об'єктивності заради зазначимо і таке. Багато хто з батьків прагне виправдати і захистити всі без винятку дії і навіть безглузді бажання своїх дітей і неповнолітніх. Між тим, як свідчать життєві реалії і судово-слідча практика наслідки вседозволеності і свавілля дитини бувають досить сумні, а нерідко і трагічні. У сім'ях, де дитині було дозволено все (ламати гілки дерев, рвати в місцях загального користування квіти, грюкати дверима, тупотіти ногами і плигати в квартирах багатоквартирних житлових будинків, порушувати тишу, не поважати інших людей тощо), з'являються спочатку маленькі деспоти-егоїсти, а надалі з них виростають нахаби, правопорушники, нероби і навіть небезпечні злочинці. Скорегувати у дорослому віці негативні риси колишньої дитини досить важко, фактично — неможливо. На це звертали увагу такі відомі юристи за освітою і видатні педагоги, як Д. Ушинський, Ф. Коні та інші.

Врешті-решт виглядає неприродною ситуація, коли дитина заради задоволення своїх дивовижних бажань криком, плачем, погрозами, хитрощами все-таки домагається свого і спонукає дорослих чинити те, що маленькому деспотові заманеться.

Отже, піклуючись про нормальні умови для життя дитини, батькам не слід забувати, що і сама дитина може бути порушником прав дорослої людини (скажімо, права сусідів на відпочинок).

З метою подальшого забезпечення правового та соціального захисту неповнолітніх, поліпшення умов утримання та виховання дітей у державних закладах, попередження дитячої бездоглядності, правопорушень і злочинів неповнолітніми на державному рівні необхідно розв'язати низку проблем, зокрема:

— розробити нові механізми правового захисту дітей, у тому числі сформувати інститут уповноважених з прав дитини, ювенальні суди, посилити правову відповідальність батьків, вдосконалити систему правового виховання неповнолітніх;

— вжити необхідних заходів для негайного вилучення з громадських місць та транспорту неповнолітніх, які бродяжать та жебракують, забезпечити влаштування і соціальний захист таких дітей;

— організувати роботу щодо ранньої профілактики та вжити заходів з метою запобігання безпритульності та бездоглядності неповнолітніх. Передбачити процедуру захисту прав дітей у разі розлучення батьків;

— терміново запровадити внутрішкільний облік дітей, які не відвідують школу, схильні до насильницьких дій, вживання алкоголю, наркотиків, психотропних речовин. Забезпечити своєчасне інформування навчальними закладами відповідних служб та кримінальної міліції у справах неповнолітніх для вжиття ними профілактичних заходів;

— посилити відповідальність посадових осіб, опікунів та піклувальників у питаннях соціально-правового захисту дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. На законодавчому рівні вирішити питання про опікування над новонародженими, від яких відмовились батьки.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**


1. Левківський Б. К. Права та обов'язки батьків по вихованню дітей: історико-правовий аспект // Вісник Академії праці і соціальних відносин Федерації профспілок України. — 2003. — № 2. — С. 227–231; Квітка Я. М. Проблема правового захисту дітей в Україні // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. — К., 2000. — Вип. 3. — С. 107–113; Кидалова А. Особисті немайнові права та обов'язки батьків і дітей: характеристика їх окремих видів // Право України. — 2003. — № 5. — С. 51–56; Кормич А. І. Проблеми судового захисту прав дітей як пріоритетного напрямку політико-правового процесу в Україні // Актуальні проблеми політики: Збірник наук. праць. — 2002. — Вип. 13—14. — С. 823–828; Буров С. Права дітей та молоді // Права людини. — 2004. — № 15. — С. 1–12; Сушанський І. Особливості та сучасні перспективи захисту прав дітей // Правовий тиждень. — 2007. — № 3. — С. 12; Омбудсмани в інтересах людей: [Про Уповноваженого з прав дітей] // Права людини. — 2007. — С. 1–12; Маніна М. До питання про конституційні обов'язки дітей // Право України. — 2007. — № 11. — С. 40–43.
2. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р.
3. Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи. — К., 1992. — С. 18–23.
4. Дитинство в Україні: права, гарантії, захист (збірник документів). — К., 1998. — С. 17—19.
5. Там само. — С. 19–36.
6. Там само. — С. 36–39.
7. Скитенко Л. Захист прав дітей і молоді: Забезпечення їх повноцінного розвитку та становлення у суспільстві — проблема загальнонаціонального значення // Прокуратура. Людина. Держава. — 2004. — № 3. — С. 24–32.
8. Human Rights. Major International Instruments, status as at 31 may 1998. UNESCO.
9. Титова Т. А. Конвенция о правах ребёнка ООН: причины отказа США от ратификации // Правоведение. — 2000. — № 2. — С. 223–224.



Видавничий Дім «Ін Юре» пропонує:

**Особисті немайнові права.**

**Давидова Н. О. Навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів. — 2008. — 160 с.**




У навчальному посібнику аналізується чинне законодавство України та зарубіжних країн, судова практика, теоретичні проблеми особистих немайнових прав. Системно викладені поняття та ознаки, система особистих немайнових прав, джерела правового регулювання особистих немайнових правовідносин. Окрема увага приділяється реалізації, основним засадам та цивільно-правовому захисту особистих немайнових прав.

Для студентів юридичних вузів і факультетів, що вивчають курси «Цивільне право», «Особисті немайнові права», аспірантів, викладачів, практичних працівників судових, правоохоронних і правозастосовних органів та інших осіб, які цікавляться питаннями особистих немайнових прав.

***Замовляйте видання за телефонами:***
***(044) 537-51-20, 537-51-21***
***або за електронною поштою***
***sales@inyure.kiev.ua***
***http://shop.inyure.kiev.ua***

# ПРАВИЛА МІЖНАРОДНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА У СФЕРІ ЗАХИСТУ ДІТЕЙ
## (НА МАТЕРІАЛАХ ГААЗЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ 1996 р.)

**Ю. ЧЕРНЯК**
***кандидат юридичних наук***
***(Інститут міжнародних відносин КНУ ім. Тараса Шевченка)***

З 1 лютого 2008 р. для України набула чинності Гаазька конвенція 1996 р. про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання і співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей (далі — Гаазька конвенція 1996 р.). Цей міжнародний правовий акт було підготовлено під егідою Гаазької конференції з міжнародного приватного права, яка з часу свого створення у 1893 р. приділяє значну увагу питанням міжнародно-правового захисту дітей і членом якої Україна стала у 2003 р. На сьогоднішній день у світі діє ціла низка конвенцій, які в юридичних колах охоплюються терміном «Гаазькі дитячі конвенції» (Hague Children's Conventions). Робота щодо підготовки нових конвенцій та удосконалення чинних конвенцій, які спрямовані на регулювання різних аспектів відносин між дітьми, їх батьками або особами, які їх замінюють, та на визначення взаємних зобов'язань держав з охорони прав дітей, не припиняється. Передумовою цього є збільшення кількості шлюбів з іноземцями, збільшення кількості дітей, які народжуються у таких шлюбах, поширення ситуацій, коли дитина залишається в одній державі, а її батьки від'їжджають до іншої держави на заробітки, або коли дитина вимушено змінює своє місце постійного проживання внаслідок збройних конфліктів, стихійних лих чи нестабільної соціально-політичної ситуації у своїй країні чи в силу того, що її було нелегально вивезено за кордон. Питання, які регулюються Гаазькими конвенціями у сфері сімейного права, є особливо актуальними для нашої держави, адже кількість громадян України, які перебувають на постійному чи тимчасовому проживанні за кордоном, вимірюється сотнями тисяч і постійно збільшується. Чимало українських мігрантів, які почали прибувати до іноземних держав у пошуках роботи або на навчання з початку 90-их років, на сьогодні практично асимілювалися у цих країнах та створили змішані сім'ї.

Заслуговує на увагу той факт, що наразі в Україні, крім зазначеної вище Гаазької конвенції 1996 р., діє також Гаазька конвенція 1980 р. про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей (набула чинності для України 1 вересня 2006 р.). Хоча у вітчизняній юридичній літературі вказувалося на актуальність питань міжнародного захисту прав дітей і були висловлені пропозиції щодо бажаності приєднання до тих чи інших «Гаазьких дитячих конвенцій» [1], ці конвенції майже не досліджені. Крім цього, враховуючи те, що Україна стала їх учасником нещодавно, ще немає належної практики застосування останніх у нашій державі. Автор цієї статті ставить за мету з'ясувати, яке практичне значення для України має її участь у Гаазькій конвенції 1996 р., проаналізувати передбачені конвенцією правила та визначити, наскільки вони відрізняються від положень внутрішнього законодавства України та укладених нею договорів про правову допомогу.

**Сфера застосування Гаазької конвенції 1996 р.** Порівняно з іншими «Гаазькими дитячими конвенціями», дана Конвенція має дуже широку предметну сферу застосування. При її розробці було взято до уваги спрямовані на захист дитини інститути, які відомі сучасному праву різних держав світу. Як результат, Конвенція охоплює великий перелік правових заходів — як приватного, так і публічного характеру, — метою яких є захист особистих та майнових прав дитини. Це, зокрема, такі заходи: а) набуття, здійснення, припинення чи обмеження батьківської відповідальності; б) права опіки та піклування про дитину, право визначати місце проживання дитини,

© Ю. Черняк, 2008

право спілкуватися з дитиною, у т.ч. право брати дитину на обмежений період у місце інше, ніж її звичайне місце проживання; в) інститути, аналогічні опіці та піклуванню (прийомна сім'я); г) нагляд з боку державного органу за піклуванням дитиною; д) управління, збереження або розпорядження майном дитини. На відміну від Гаазької конвенції 1993 р. про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення, Гаазька конвенція 1996 р. серед можливих заходів захисту дитини називає також кафалу — інститут ісламського права, зміст якого відповідає закріпленому в українській правовій системі інституту усиновлення.

Гаазька конвенція 1996 р. має декілька цілей, а саме: а) визначити державу, органи якої мають юрисдикцію вживати заходів, спрямованих на захист особи чи майна дитини; б) визначити, яке право має застосовуватися такими органами при здійсненні їх юрисдикції; в) визначити право, що застосовується до батьківської відповідальності; г) забезпечити визнання та виконання заходів захисту в усіх Договірних державах; д) запровадити таке співробітництво між органами Договірних держав, яке може бути необхідним для досягнення цілей цієї Конвенції (ст. 1).

Зазначене вище дає можливість змоделювати декілька можливих випадків необхідності застосування Гаазької конвенції 1996 р. громадянами та юрисдикційними органами України.

***Перший випадок:*** батьки дитини, які є громадянами України, помирають внаслідок автомобільної катастрофи. Український суд призначає опікуном дитини її бабусю, яка згодом має намір виїхати разом з онучкою до Болгарії. Постають такі питання: чи визнаватиме Болгарія, як держава нового звичайного місця проживання дитини, опікунські повноваження її бабусі, і чи потрібно буде бабусі знову порушувати перед юрисдикційними органами Болгарії питання щодо опікунства над дитиною?

***Другий випадок:*** батьки дитини проживають окремо — батько на території Німеччини, мати разом з дитиною в Україні. Мати подає в українському суді позов про розлучення, в якому просить також визначити місцем проживання дитини її нинішнє місце проживання. У свою чергу, батько дитини ініціює в німецькому суді провадження у справі про розлучення і заявляє вимогу про призначення опіки над дитиною йому. Зрозуміло, що за таких обставин виникає ризик ухвалення судових рішень, які суперечитимуть одне одному. Постає питання: чи повинен якийсь із цих судів відмовитися від своєї юрисдикції і припинити провадження у справі?

***Третій випадок:*** суд України вирішує позов про позбавлення одного з батьків дитини батьківських прав за п. 3 ст. 164 СК України. Є підстави вважати, що відповідні факти жорстокого поводження з дитиною були зафіксовані у т.ч. й державними органами Великобританії під час тимчасового перебування дитини у цій країні разом з батьком. Суд України зацікавлений у тому, щоб одержати цю інформацію, проте суддя не знає: 1) до кого конкретно звернутися; 2) чи зобов'язані державні органи Великобританії надати інформацію такого характеру?

***Четвертий випадок:*** дитину-громадянина України було незаконно вивезено до держави, яка є учасницею Гаазької конвенції 1996 р. Які тимчасові заходи мають бути вжиті органами цієї держави для убезпечення дитини від можливих ризиків до моменту її повернення до України? Чи будуть ці заходи визнані Україною?

Всі ці питання можуть бути вирішені за допомогою положень Гаазької конвенції 1996 р. Варто підкреслити, що Конвенція має широке коло учасників, серед них — держави різних континентів і різних правових систем. Найбільше число учасників Конвенції — це держави — члени Європейського Союзу (далі — ЄС). Рада ЄС 19 грудня 2002 р. прийняла Рішення № 2003/93/ЕС, яким уповноважила держави — члени ЄС підписати цю Конвенцію в інтересах Співтовариства, що і було зроблено 1 квітня 2003 р. (за винятком Нідерландів, які підписали Конвенцію ще 1 вересня 1997 р.). Для країн-членів ЄС Гаазька конвенція 1996 р. доповнює Постанову Ради ЄС № 2201/2003 про підсудність та визнання і виконання судових рішень у шлюбних справах та у справах зі спорів, що випливають з батьківської відповідальності (підписана 27 листопада 2003 р.) Крім країн ЄС, Гаазька конвенція 1996 р. набула чинності в Австралії, Еквадорі та Марокко. Цікавим є той факт, що серед країн колишнього СРСР, крім України, цей міжнародний договір також підписала Вірменія (набуде чинності у цій державі 1 травня 2008 р.).

Одним із центральних термінів Гаазької конвенції 1996 р., який вжито і в її назві, і в її нормах, є термін «батьківська відповідальність». Відповідно до ч. 2 ст. 1 Конвенції, для цілей останньої «батьківська відповідальність» включає повноваження, що випливають з батьківських чи будь-яких аналогічних відносин, які визначають права, обов'язки та представництво стосовно особи чи майна дитини батьків, опікунів або інших законних представників. У країнах ЄС та у США цим терміном позначається комплекс обов'язків, прав та привілеїв, які є основою правовідносин між дитиною та кожним із її батьків або тими особами, котрі замінюють дитині її рідних батьків. Серед цих прав — право на спілкування і відвідування дитини (право на контакт) та право проживати разом з дитиною [2]. В цілому зміст, який вкладається у цей термін Конвенцією, правом країн ЄС та США, ідентичний змісту поняття «права та обов'язки матері, батька і дитини», яким оперує Розділ 3 Сімейного кодексу України 2002 р., хоча з практичної точки зору «батьківська відповідальність» передбачає перш за все відповідальність за виховання дитини, обов'язок щодо догляду за нею і її майном, відповідальність за те, щоб дитина мала житло, їжу, одяг, а також обов'язки щодо законного її представництва.

**Визначення юрисдикції щодо вжиття заходів, спрямованих на захист дитини і її майна.** За загальним правилом, викладеним у ч. 1 ст. 5 Конвенції, повноваження вживати заходів, спрямованих на захист особи чи майна дитини, належать судовим або адміністративним органам тієї Договірної держави, на території якої дитина має звичайне місце проживання. Це правило суттєво відрізняється від правила міжнародної загальної юрисдикції, яке було передбачено Гаазькою конвенцією 1961 р. про повноваження органів та право, що застосовується щодо захисту неповнолітніх. Остання як домінуючу підставу підсудності справи про захист дитини та її майна також визначала звичайне місце проживання дитини, проте водночас закріплювала широкі можливості для визнання юрисдикції судових органів держави громадянства дитини: органи цієї держави могли застосовувати свою юрисдикцію у будь-якій справі, якщо вважали, що це відповідає інтересам дитини, поінформувавши попередньо державу звичайного місця проживання дитини (ст. 4). Таким чином, ця норма Гаазької конвенції 1961 р. містила небезпеку виникнення конфлікту юрисдикцій, поглиблену можливістю подвійного громадянства дитини. Саме ця «слабка сторона» даної Конвенції стала на заваді її ратифікації низкою країн, приміром Великобританією. Гаазька конвенція 1996 р. позбавлена цього недоліку, її проект готувався з урахуванням наміру її застосування великим колом держав. Як наслідок, загальне юрисдикційне правило цієї Конвенції (ч. 1 ст. 5) є прийнятним для країн системи загального права та для країн ЄС, сучасне право яких як основний критерій міжнародної підсудності справ щодо дитини закріплює не громадянство, а звичайне місце перебування або постійне місце проживання дитини (яскравим прикладом може бути Брюссельська Постанова № 2201/2003 від 27 листопад 2003 р. про підсудність та визнання і виконання судових рішень у шлюбних справах й у справах зі спорів, що випливають з батьківської відповідальності). Взагалі звичайне місце проживання дитини як колізійний принцип і як критерій визначення юрисдикції справи застосовується у багатьох Гаазьких конвенціях, разом з цим жодна із них не містить його визначення. Аналіз права та практики різних держав свідчить, що є дві основні концепції визначення звичайного місця проживання: відповідно до першої, до уваги береться об'єктивний фактор, тобто фізична присутність особи у певному місці упродовж тривалого періоду часу; відповідно до другої — варто враховувати також суб'єктивний момент, а саме — намір особи залишитись у певному місці у найближчому майбутньому [3]. Якщо звернутися до судової практики застосування Гаазької конвенції 1996 р., то побачимо, що у судових рішеннях звичайне місце проживання дитини визначається як те місце, де дитина зазвичай проживає, куди вона повертається після відвідування інших місць, яке вона розцінює як свій «дім», в якому відвідує школу. Юрисдикційним органам України також доведеться визначати при застосуванні положень Гаазької конвенції 1996 р. звичайне місце проживання дитини. Цей колізійний принцип закріплений у Законі України 2005 р. «Про міжнародне приватне право», проте двостороннім договорам України про правову допомогу у цивільних і сімейних справах він невідомий.

Безперечно, відсутність єдиного уніфікованого визначення звичайного місця проживання ускладнює застосування Гаазької кон-

венції 1996 р., і це було відмічено експертами на засіданні Спеціального комітету щодо перегляду Гаазької конвенції 1980 р. та Гаазької конвенції 1996 р., що відбулося у 2006 р., і учасниками Конференції «Принципи Європейського сімейного права. Розлучення, аліментні відносини між колишнім подружжям і батьківська відповідальність» (Університет м. Утрехт, Нідерланди, 9-11 грудня 2004 р.) [4]. Можливим виходом із такої ситуації може бути розроблення керівних роз'яснень для суддів щодо тлумачення «звичайного місця проживання дитини», оскільки сама концепція визначення юрисдикції щодо вжиття заходів захисту дитини і її майна за звичайним місцем проживання дитини видається логічною — саме юрисдикційні органи держави звичайного місця проживання дитини: 1) територіально є найбільш доступними для дитини та її законних представників; 2) можуть об'єктивно дослідити умови проживання та виховання дитини.

Гаазька конвенція 1996 р. встановлює додаткові спеціальні підстави визначення підсудності справ, які стосуються захисту окремих категорій дітей — дітей-біженців, дітей, яких було викрадено, дітей, місце перебування яких було змінено законним чи незаконним шляхом, дітей, звичайне місце перебування яких неможливо встановити. Справи про вжиття заходів захисту щодо цих дітей підпадають під юрисдикцію судів держави нового звичайного місця проживання або місця перебування дитини.

Відповідно до ст. 10 Гаазької конвенції 1996 р. справи у спорах, що стосуються батьківської відповідальності, можуть бути підсудні також суду тієї держави, який вирішує справу про розірвання шлюбу (про визнання шлюбу недійсним або про встановлення режиму окремого проживання). У сучасній юридичній літературі відсутня єдина позиція щодо доцільності та справедливості цього правила міжнародної підсудності. Одні юристи розцінюють його як нерозумне і небажане з точки зору інтересів дитини, тому що воно передбачає вирішення справи про дитину тим судом, на території держави якого дитина не має звичайного місця проживання. На мою думку, найбільш вагомим аргументом на захист ст. 10 Гаазької конвенції 1996 р. є те, що, розглядаючи позов про розірвання шлюбу, суд всебічно досліджуватиме подружнє життя батьків, а, отже, може найкращим чином з'ясувати ставлення кожного з батьків до дитини. Як випливає зі змісту Конвенції, підсудність справи про розірвання шлюбу між батьками дитини (про визнання його недійсним чи про встановлення режиму окремого проживання подружжя) не може автоматично визначати і підсудність справи у спорі щодо самої дитини. Важливо, що ст. 10 Конвенції встановлює низку умов, за яких ця підсудність може бути застосована: 1) згідно із законодавством держави, суд якої розглядає заяву про розлучення батьків дитини (визнання їх шлюбу недійсним або встановлення для них режиму окремого проживання), цей суд уповноважений в т. ч. вживати заходи щодо захисту дитини та її майна; 2) на момент відкриття провадження у справі один з батьків дитини має звичайне місце проживання в цій державі і принаймні один з них має батьківську відповідальність стосовно дитини; 3) батьки дитини або інша особа, яка має батьківську відповідальність щодо дитини, погоджуються з юрисдикцією цих органів; 4) така підсудність відповідає найвищим інтересам дитини; 5) повноваження суду вживати заходів для захисту дитини припиняються, коли рішення про задоволення або про відмову в задоволенні заяви про розірвання шлюбу (окреме проживання подружжя чи визнання шлюбу недійсним) стало остаточним або провадження у справі буде закрито. Зазначені положення мають запобігати ситуаціям, за яких ця підсудність застосовується у невідповідних справах, і мінімілізувати ризики виникнення конфлікту підсудностей.

**Передача справи до суду іншої Договірної держави.** Подібно до найновіших міжнародних правових актів з питань міжнародної підсудності цивільних справ, Гаазька конвенція 1996 р. встановлює правила передачі справи судом однієї держави-учасниці до суду іншої держави-учасниці з тих міркувань, що останній здатен краще в конкретному випадку визначити найвищі інтереси дитини і найбільш об'єктивно вирішити спір щодо неї. Взагалі закріплення у міжнародних конвенціях великого кола спеціальних критеріїв визначення міжнародної підсудності цивільних справ і, як наслідок, визначення правил вибору позивачем чи судом найбільш зручного для вирішення справи суду (явище forum shopping) є однією з основних тенденцій сучасного розвитку інституту міжнародної підсудності [5]. Ці правила вибору су-

ду породжують цілу низку питань: чи варто обмежувати можливість передачі справи до суду іншої держави-учасниці певним строком (відповідною стадією провадження); передача справи до суду іншої держави-учасниці має здійснюватися за клопотанням однієї зі сторін справи чи виключно з ініціативи суду; у якій формі має укладатися угода сторін про передачу справи до суду іншої держави; чи має право суд, до якого передається справа, відмовитися від провадження у даній справі. Ці та інші питання мають бути предметом окремої статті, наразі лише відмітимо, що Гаазька конвенція 1996 р. закріплює чіткі межі застосування правил передачі справи. Так, суд однієї держави-учасниці може передати справу лише одному з тих судів іншої держави-учасниці, який передбачений у ч. 2 ст. 8 Гаазької конвенції 1996 р., а саме: до суду держави, громадянином якої є дитина, держави, в якій знаходиться її майно, держави, до органів якої подано заяву про розірвання шлюбу або окреме проживання батьків дитини чи про визнання їх шлюбу недійсним, держави, з якою дитина має істотний зв'язок. Терміни forum shopping та forum non conveniens міцно увійшли до доктрини та судової практики країн ЄС та США. Що стосується України, то її чинне внутрішнє законодавство з питань міжнародного цивільного процесу не містить правил передачі справи на розгляд до суду іншої держави. Однак з 2003 р. Україна бере участь у роботі Гаазької конференції з міжнародного приватного права, а всі найновіші конвенції з питань юрисдикції, розроблені під егідою цієї міжнародної організації, закріплюють правила передачі справи. Отже, перед юрисдикційними органами України постає необхідність враховувати і виконувати ці правила, і зокрема, правила ст. 8 і ст. 9 Гаазької конвенції 1996 р.

**Право, що застосовується при вжитті заходів щодо захисту дитини чи її майна.** Так само, як і договори України про правову допомогу, Гаазька конвенція 1996 р. тісно пов'язує питання вибору права, яке застосовується для врегулювання певного виду правовідношення, з питанням компетенції. Відповідно до ч. 1 ст. 15 Конвенції, під час здійснення своєї юрисдикції органи Договірних держав застосовують своє національне право. Таким чином, в якості основної колізійної прив'язки, на основі якої визначається право, що слід застосувати при вирішенні питань про заходи захисту дитини чи її майна, Гаазька конвенція 1996 р. визначає lex fori, а правом, що найчастіше застосовуватиметься для врегулювання питань батьківської відповідальності та вжиття заходів захисту дитини, буде право звичайного місця її проживання. У договорах України про правову допомогу більшого поширення набула інша колізійна прив'язка — закон громадянства. У вітчизняній юридичній літературі поки що залишається домінуючою та точка зору, що саме закон громадянства є більш вдалою колізійною прив'язкою для врегулювання батьківського правовідношення. Відмічається, що враховуючи більшу стабільність цієї ознаки порівняно з місцем проживання, вона ефективніше забезпечує захист інтересів дитини; недоліком відсилки до закону місця проживання є те, що можлива ситуація, коли у сім'ї, всі члени якої мають одне громадянство і спільно проживають за кордоном, відносини між батьками і дітьми будуть визначатися іноземним для них законом [6].

Як відомо, спори щодо виховання та місця проживання дитини в більшості випадків все-таки вирішуються без втручання державних органів, за обопільною згодою батьків дитини чи осіб, які їх замінюють. З врахуванням цієї практики, Гаазька конвенція 1996 р. встановлює у ст. 16 правило, яке поширюється на випадки, коли батьківська відповідальність набувається або припиняється без втручання судового чи адміністративного органу — в силу закону, за угодою чи одностороннім актом. За таких умов набуття і припинення батьківської відповідальності визначаються правом держави звичайного місця проживання дитини. Як важливу і справедливу варто оцінити норму ч. 3 ст. 16 Конвенції про те, що батьківська відповідальність, яка існує згідно з правом держави звичайного місця проживання дитини, визнається і після зміни цього звичайного місця проживання на іншу державу-учасницю. Таким чином, якщо, приміром, батько і мати — громадяни України уклали в порядку ст. 157 СК України договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим із них, хто проживає окремо, то встановлені цим договором батьківські права і обов'язки мають по-

важатися і виконуватися і у тому випадку, якщо дитина переїздить до іншої держави — учасниці Конвенції.

**Визнання і виконання судових рішень.** На відміну від держав ЄС, Україна не є учасницею жодного багатостороннього міжнародного правового акта, який безпосередньо стосується визнання та виконання судових рішень з цивільних і сімейних справ (йдеться про Постанову Ради ЄС № 2201/2003 про міжнародну підсудність та визнання і виконання судових рішень в цивільних і торговельних справах та Постанову Ради ЄС № 2201/2003 про підсудність та визнання і виконання судових рішень у шлюбних справах та у справах зі спорів, що випливають з батьківської відповідальності). Враховуючи це, особливо важливе практичне значення для України має Розділ 4 Гаазької конвенції 1996 р. — «Визнання і виконання», який встановлює правила визнання і виконання заходів захисту дитини та її майна, ужитих юрисдикційними органами однієї Договірної держави на території іншої. Керуючись положеннями Конвенції, виконання рішень юрисдикційних органів має здійснюватися з урахуванням наступних процесуальних гарантій: кожна Договірна держава застосовує до визнання з метою виконання просту та швидку процедуру (ч. 2 ст. 26); за загальним правилом, ужиті заходи (приміром рішення про опіку, місце проживання дитини) не можуть переглядатися по суті (ст. 27); у визнанні з метою виконання може бути відмовлено виключно у випадках, передбачених ч. 2 ст. 23.

Нагадаємо, що положення про визнання і виконання іноземних судових рішень щодо дітей викладено також у Європейській конвенції 1980 р. про визнання і виконання рішень стосовно опіки над дітьми та про поновлення опіки над дітьми (Україна підписала цю Конвенцію 24 січня 2006 р., проте досі вона не набрала чинності для нашої держави) та у Європейській конвенції 2003 р. про контакт з дітьми (Україна ратифікувала Конвенцію 20 вересня 2006 р.). Як випливає вже з самих назв цих міжнародних угод, вони мають більш вузьку сферу застосування порівняно з Гаазькою конвенцією 1996 р. Приєднання держав-членів ЄС до останньої не означає, що ці три конвенції є несумісними, проте можна припустити, що частіше буде застосовуватися саме Гаазька конвенція 1996 р., оскільки вона передбачає простіші правила визнання і виконання судових рішень.

**Співробітництво.** Проаналізувавши положення Гаазької конвенції 1996 р., можна визначити такі передбачені нею форми співробітництва між юрисдикційними органами держав-учасниць:

— надання інформації про закони та наявні послуги в своїх державах щодо захисту дітей (ч. 2 ст. 30);

— допомога при передачі справи до юрисдикційного органу іншої Договірної держави (ст. 8 і ст. 9);

— надання допомоги у встановленні місцеперебування дитини, якщо є підстави вважати, що дитина може перебувати та потребувати захисту на території запитуваної держави (п. с) ст. 31);

— надання доповіді про становище дитини (ст. 32, ст. 33);

— надання допомоги у виконанні заходів захисту, вжитих відповідно до Конвенції, особливо під час ефективного здійснення права на спілкування, а також права на підтримання безпосередніх контактів на постійній основі (ст. 35). Така допомога може полягати у збиранні інформації, доказів, формулюванні висновків щодо можливості того з батьків, який проживає в запитуваній державі, здійснювати право на спілкування з дитиною та про умови, відповідно до яких спілкування повинно здійснюватися.

Зазначений перелік форм співробітництва в рамках Гаазької конвенції 1996 р. не є закритим. Відповідно до ст. 39 Конвенції, будь-яка Договірна держава може укласти угоди з однією або декількома іншими Договірними державами з метою покращення застосування Розділу 5-го Конвенції у їх взаємовідносинах. Держави, які уклали таку угоду, передають її копію депозитарію Конвенції.

Законом України від 14 вересня 2006 р. про приєднання України до Гаазької конвенції 1996 р. передбачено, що в Україні центральним органом для виконання визначених Конвенцією обов'язків є Міністерство юстиції України. Отже, всі запити щодо надання чи одержання будь-якого виду допомоги в рамках Конвенції мають надсилатися до чи через Міністерство юстиції України.

Підсумовуючи викладене, зазначимо конкретні переваги приєднання України до Гаазької конвенції 1996 р.: 1) визначено систему юрисдикційних органів, до яких мо-

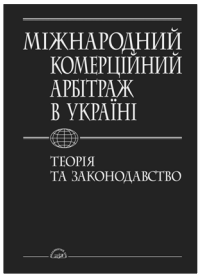
жуть звертатися батьки, діти, інші особи у разі виникнення спорів щодо здійснення тих чи інших батьківських прав, обов'язків та у разі необхідності вжити заходів захисту дитини; 2) встановлено уніфіковані правила про право, яке має застосовуватися при врегулюванні питань батьківської відповідальності та вжитті заходів захисту дитини; 3) закріплено гарантії визнання і виконання рішень, ухвалених юрисдикційними органами однієї держави-учасниці, на території інших держав; 4) визначено ефективний механізм співробітництва між юрисдикційними органами різних держав у сфері захисту прав дитини.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**


1. Городецкая И. К. Международная защита прав и интересов детей. — М., 1973; Дрижчаная Е. Г. Коллизионные вопросы алиментирования детей в международном частном праве. — Международное частное право / Под ред. Г. К. Матвеева. — К., 1985. — С. 135–151; Матвеев Г. К. Вопросы советского коллизионного семейного права // Правоведение. — 1972. — № 2. — С. 99–105.
2. http://en.wikipedia.org; http:// ec.europa.eu/civiljustice
3. Там само.
4. http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/Conv2004
5. Черняк Ю.В. Forum shopping: деякі питання тлумачення і застосування // Право України. — 2007. — № 2. — С. 147–150.
6. Галущенко Г.В. Унификация коллизионных норм в международных договорах Украины о правовой помощи. — Очерки международного частного права / Под ред. проф. А. Довгерта. — Х., 2007. — С. 319; Лазарев Л. В., Марышева Н. И., Пантелеева И. В. Иностранные граждане (правовое положение). — М., 1992. — С. 221.



Видавничий Дім «Ін Юре» пропонує:




**Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство.**

**Під загальною редакцією І. Г. Побірченка. 2007. — 584 с.**

У виданні розглянуто теоретичні аспекти міжнародного комерційного арбітражу, зокрема, порядок укладення зовнішньоекономічних контрактів; вимоги, що ставляться до арбітражної угоди як правової основи передачі спору на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж; підстави та порядок оскарження рішень міжнародних комерційних судів; порядок визнання та виконання арбітражних рішень за національним та іноземним законодавством.

Усі нормативні документи та статуси міжнародно-правових актів наведені станом на липень 2007 р.

Видання розраховано на практикуючих юристів, адвокатів, спеціалістів, зайнятих у сфері зовнішньоекономічної діяльності, наукових працівників, викладачів і студентів юридичних та економічних вищих навчальних закладів.

***Замовляйте видання за телефонами:***
***(044) 537-51-20, 537-51-21***
***або за електронною поштою***
***sales@inyure.kiev.ua***
***http://shop.inyure.kiev.ua***

# ЗМІСТ ПОНЯТТЯ «ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСТУПУ ДО ІНФОРМАЦІЇ»

**А. МАРУЩАК**
***кандидат юридичних наук, доцент***
***(Національна академія СБ України)***

Отримання учасниками суспільних відносин достовірної і повної інформації про процеси та явища у суспільстві, державі, навколишньому середовищі є основою реалізації їх (учасників) інформаційних потреб, складовою формування демократичного суспільства. Важливе значення мають правові та інституційні механізми, які б давали змогу громадянам, юридичним особам приватного і публічного права, державам одержати необхідну їм інформацію. Провідну роль у формуванні таких механізмів цілком логічно відіграє держава. Вітчизняне законодавство, наприклад, серед головних напрямів і способів державної інформаційної політики визначає «забезпечення доступу громадян до інформації» [1, ст. 6].

Питання формування і розвитку суспільних інформаційних відносин і відповідного їх правового регулювання розглядають у своїх наукових працях І. Арістова, В. Брижко, Р. Калюжний, Т. Костецька, Є. Петров, В. Цимбалюк, М. Швець та інші науковці. Проте питання змісту та складових поняття «забезпечення доступу до інформації» у працях зазначених фахівців не розглядається. Саме тому спробуємо вирішити такі завдання: визначити зміст поняття «забезпечення доступу до інформації» та охарактеризувати його складові.

Попередні дослідження автора дали підстави стверджувати, що доступ до інформації у суб'єктивному розумінні — це гарантована державою можливість фізичних, юридичних осіб і держави (державних органів) одержувати відомості, необхідні їм для реалізації своїх прав, свобод і законних інтересів, здійснення завдань і функцій, що не порушує права, свободи і законні інтереси інших громадян, права та інтереси юридичних осіб. У об'єктивному розумінні доступ до інформації — це сукупність правових норм, що регламентують суспільні інформаційні відносини щодо одержання їх учасниками відомостей, необхідних їм для реалізації своїх прав, свобод і законних інтересів, здійснення завдань і функцій [11].

Уточнення змісту поняття «доступ до інформації» у суб'єктивному розумінні зумовлене наступними міркуваннями. У листі Вищого господарського суду України щодо практики застосування господарськими судами законодавства про інформацію рекомендується «відрізняти право суб'єктів інформаційних відносин на інформацію від права власності на інформацію як об'єкт цивільних прав» [6, п. 3]. Специфіка інформації як особливого ресурсу суспільної діяльності та розвитку, зумовлює неоднозначність правового регулювання різних за суб'єктним складом відносин. Про право власності на інформацію однозначно можна говорити щодо інформації з обмеженим доступом, тобто конфіденційної і таємної інформації. Така інформація завжди комусь належить, хоча й може перебувати у володінні чи користуванні інших осіб. Наприклад, конфіденційна інформація про стан здоров'я особи може перебувати у володінні медичного працівника (у такому випадку дані відомості підпадатимуть під правовий режим лікарської таємниці), хоча власником такої інформації є фізична особа. Крім того, інформації притаманна така характеристика, як можливість до неодноразового поширення, що зумовлює існування невизначеної кількості володільців і, досить часто, немож-

© А. Марущак, 2008

ливість чітко визначити власника інформації.

Стосовно права суб'єктів інформаційних відносин на інформацію, то воно передбачає можливість вільного одержання, використання, поширення та зберігання відомостей, необхідних їм для реалізації ними своїх прав, свобод і законних інтересів, здійснення завдань і функцій [1, ст. 9]. Із даного визначення випливає, що таке суб'єктивне право учасників інформаційних відносин стосується переважно відкритої інформації, адже лише до такої інформації не може бути обмежено доступ, тобто така інформація одержується, використовується, поширюється та зберігається вільно. Право власності на інформацію як об'єкт цивільних прав передбачає, що інформація може відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином, якщо вона не вилучена з цивільного обороту, або не обмежена в обороті, або не є невід'ємною від фізичної чи юридичної особи [2, ст. 178]. Іншими словами, інформація може бути товаром.

Поняття «доступ до інформації» включає в себе можливість отримання певних відомостей як складової суб'єктивного права на інформацію, так і можливість отримання інформації як товару, тобто як об'єкта цивільних прав. Визначення поняття «доступ до інформації» не містить слова «вільно» (одержувати відомості), тобто у дане поняття ми включаємо можливість одержувати будь-які відомості незалежно від режиму доступу до них (відкрита чи інформація з обмеженим доступом) та суб'єктів такого доступу.

Розглянемо зміст поняття «забезпечення». Великий тлумачний словник сучасної української мови дає таке визначення дієслова «забезпечувати» («забезпечити»): 1. Постачаючи щось у достатній кількості, задовольняти кого-, що-небудь у якихось потребах. 2. Створювати надійні умови для здійснення чого-небудь; гарантувати щось. 3. Захищати, охороняти кого-, що-небудь від небезпеки [9]. За С. Ожеговим, дієслово «забезпечити» означає «зробити щось цілком можливим, дійсним, реально здійсненим» [10]. Поняття «забезпечення» визначається як дія за значенням дієслова «забезпечувати» [9].

Законодавство України містить немало прикладів використання термінів «забезпечення», «забезпечувати». Як правило, йдеться про сукупність заходів, спрямованих на задоволення певних прав, процесів, потреб та інтересів учасників суспільних відносин. У інформаційному законодавстві зазначений термін використовується у наступних положеннях. Закон України «Про інформацію» передбачає такі 3 способи забезпечення доступу до відкритої інформації, а саме шляхом:

— систематичної публікації її в офіційних друкованих виданнях (бюлетенях, збірниках);

— поширення її засобами масової комунікації;

— безпосереднього її надання заінтересованим громадянам, державним органам та юридичним особам [1, ст. 9].

У Законі України «Про інформацію» використовується також конструкція «діяльність по забезпеченню інформацією» [1, ст. 28]. На нашу думку, зазначене поняття не є тотожним поняттю «забезпечення доступу до інформації» і стосується насамперед обов'язку органів державної влади та місцевого самоврядування оприлюднювати інформацію про власну діяльність, а також задовольняти інформаційні запити громадян. З метою, наприклад, забезпечення доступу до законодавчих та інших нормативних актів усім громадянам держава забезпечує видання цих актів масовими тиражами у найкоротші строки після набрання ними чинності [1, ст. 22].

Проблема забезпечення права на інформацію досліджується і вітчизняними науковцями. Так, Т. Костецька зазначає, що «забезпечення права на інформацію — завдання не просте і потребує вирішення цілого комплексу питань: юридичного, організаційного і технологічного характеру» [8, 4].

У систему забезпечення доступу до інформації варто насамперед включити створення організаційно-правових умов для отримання суб'єктами інформаційних відносин необхідної їм інформації. Правове забезпечення доступу до інформації полягає у формуванні системи загальнообов'язкових правил поведінки у сфері отримання інформації, юридична сила яких охороняється державою. Організаційне (інституційне) забезпечення доступу до інформації виражається у створенні органів влади та наділенні їх відповідними повноваженнями щодо задоволення інформаційних потреб учасників інформаційних відносин.

Досвід правового регулювання інформаційних відносин у зарубіжних країнах та на міждержавному рівні свідчить про те, що основний акцент робиться на регламентації доступу до інформації про діяльність держави та її органів, а також до інформації, що перебуває у їх володінні [14, 269–291].

Провідні вітчизняні дослідники інформаційних відносин обґрунтовано зазначають, що «важливою гарантією у забезпеченні права на інформацію є відповідні рішення Комітету Міністрів Ради Європи, який... прийняв рекомендації щодо права на доступ до інформації, якою володіють державні органи: 1) кожен у межах юрисдикції країн-членів має право одержувати за запитом інформацію, якою володіють державні органи; 2) для забезпечення доступу до інформації мають бути вжиті дійові та належні заходи; 3) у доступі до інформації не може бути відмовлено на підставі того, що це не стосується специфічних інтересів особи, яка подає запит на інформацію; 4) доступ до інформації має бути забезпечений на рівних засадах; 5) будь-яка відмова у доступі до інформації підлягає переглядові на вимогу та ін.» [13, 357].

Вітчизняне законодавство також містить низку положень, які включаємо у правове забезпечення доступу до інформації. Так, наприклад, діяльність місцевих органів виконавчої влади висвітлюється регіональними телерадіоорганізаціями [3, ст. 11]. Відповідно до Закону України «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації» Національна телекомпанія України і Національна радіокомпанія України включають до інформаційних програм у день, коли відбувалася відповідна подія, повідомлення про:

— особливо актуальні рішення Кабінету Міністрів України;

— заяви Кабінету Міністрів України;

— міжнародні контакти та переговори в Україні і за кордоном делегацій Кабінету Міністрів України, глав іноземних держав та урядів до України;

— прес-конференції, важливі зустрічі з громадянами та виступи Прем'єр-міністра України;

— інші суспільно значимі факти діяльності органів державної влади України;

— важливі факти діяльності органів місцевого самоврядування [3, ст. 16].

Відео- та аудіозаписи про діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування, що зберігаються в державних архівах, можуть використовуватися громадянами України і журналістами відповідно до Закону України «Про Національний архівний фонд і архівні установи» та Закону України «Про державну таємницю». Зауважимо, що зазначені норми не обмежують права акредитованих журналістів і технічних працівників здійснювати власний відео- та аудіозапис на засіданнях, нарадах, інших офіційних заходах для власних архівів [3, ст. 17].

Однак Регламент Кабінету Міністрів України визначає деякі особливі процедури доступу до інформації про його діяльність, зокрема:

— питання щодо присутності на засіданні Кабінету Міністрів представників засобів масової інформації та проведення на ньому кіно-, відео- і фотозйомок, а також звукозапису вирішується Прем'єр-міністром [4, параграф 17, п. 7];

— учасникам засідання та запрошеним забороняється приносити на засідання кіно-, відео- і фотоапаратуру та звукозаписувальну техніку, а також засоби зв'язку[4, параграф 17, п. 6];

— члени Кабінету Міністрів не можуть діяти всупереч позиції Кабінету Міністрів, оприлюднювати без згоди Прем'єр-міністра будь-яку інформацію про перебіг засідання Кабінету Міністрів та оцінку позицій, які висловлюються членами Кабінету Міністрів на засіданнях [4, параграф 4, п. 3];

— інформація з окремих питань діяльності Прем'єр-міністра, Першого віце-прем'єр-міністра, віце-прем'єр-міністрів на запит об'єднання громадян доводиться до їх відома зазначеними посадовими особами письмово, усно, по телефону чи шляхом публічного виступу [4, параграф 179, п. 3];

— за рішенням Прем'єр-міністра може бути проведено закрите засідання Кабінету Міністрів. У закритому засіданні беруть участь члени Кабінету Міністрів, а також особи, присутність яких необхідна для розгляду питання. Підготовка матеріалів з питань, які розглядаються на закритому засіданні, допуск на засідання, оформлення протоколу та прийнятих актів здійснюються з дотриманням встановлених правил роботи із секретними документами або документами, які містять конфіденційну інформацію, що є власністю держави [4, параграф 25, п. 1–3].

Регламент Верховної Ради України передбачає, зокрема, що відкритість засідань Верховної Ради забезпечується шляхом допуску на них в установленому порядку представників засобів масової інформації. Представники засобів масової інформації акредитуються на певний строк або на весь термін роботи поточної сесії Верховної Ради при її апараті. Відмова в акредитації повинна бути вмотивована. Апарат Верховної Ради може надавати акредитованим представникам засобів масової інформації матеріали, які надаються народним депутатам, за винятком тих, про нерозголошення чи ненадання яких у встановленому порядку прийнято відповідне рішення. Гласність засідань Верховної Ради забезпечується шляхом їх трансляції по телебаченню і радіо, публікації стенографічних бюлетенів засідань Верховної Ради, її рішень у «Відомостях Верховної Ради України», газеті «Голос України» та інших виданнях Верховної Ради, а також шляхом розміщення інформації на офіційному вебсайті Верховної Ради. Час, обсяг, форма трансляції, обсяг друку визначаються відповідно до закону Регламентом, окремими постановами Верховної Ради [5, ст. 3].

У систему правового забезпечення включаємо також норми права, які регламентують порядок доступу до державної таємниці, повноваження суб'єкта господарювання щодо встановлення режиму доступу до комерційної таємниці, правовий режим конфіденційної інформації про особу тощо.

Створення державних органів і наділення їх відповідними повноваженнями щодо формування умов для отримання інформації учасниками інформаційних відносин включаємо до організаційного (інституційного) забезпечення доступу до інформації. Усі органи державної влади, зважаючи насамперед на їх обов'язок оприлюднювати інформацію про свою діяльність, забезпечують доступ до інформації. Особливий правовий статус у даній сфері мають органи, що наділені особливими повноваженнями в інформаційній сфері: Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення, Міністерство транспорту та зв'язку України, Міністерство юстиції України, Міністерство культури і туризму України, Державний комітет телебачення і радіомовлення України, Державний комітет статистики України, Державний комітет архівів України, Національна комісія з питань регулювання зв'язку України та ін.

Звичайно, діяльність громадських організацій, інших юридичних осіб приватного права, громадян щодо створення умов для отримання інформації учасниками інформаційних відносин також включаємо до змісту поняття забезпечення доступу до інформації, хоча така діяльність не включається у зміст поняття організаційно-правового забезпечення доступу до інформації. Адже лише держава повноважна формувати загальнообов'язкові на території України правила поведінки та створювати відповідні органи для здійснення контролю за належним виконанням таких правил.

У систему забезпечення доступу до інформації варто також включити створення матеріальних, у тому числі технічних і інформаційно-телекомунікаційних умов. Причому суб'єктами створення таких умов можуть виступати як державні органи та установи, так і юридичні особи приватного права, громадяни та їх об'єднання. Перші, наприклад, реалізують норму, відповідно до якої для висвітлення діяльності органів кожної із гілок державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні в обсягах державного замовлення Національній телекомпанії України і Національній радіокомпанії України відводиться три відсотки від річного обсягу часу загальнонаціонального каналу, на якому здійснюється мовлення. У разі проведення спільних заходів цих органів квота часу для їх висвітлення розподіляється порівну [3, ст. 19]. Діяльність місцевих органів державної влади та органів місцевого самоврядування висвітлюється в друкованих засобах масової інформації регіональної та місцевої сфери розповсюдження на умовах, визначених у договорах між цими органами і редакціями зазначених друкованих засобів масової інформації [3, ст. 21]. Друга група суб'єктів (недержавних) створює інформаційно-телекомунікаційні системи, надає послуги з доступу до мережі Інтернет, видає книжкову продукцію, створює інформаційно-довідкові системи тощо.

З розвитком інформаційних технологій особлива увага як державних органів, так і недержавних суб'єктів звертається на створення технічних і інформаційно-телекомунікаційних умов для задоволення інформаційних потреб учасників інформаційних відносин. Це і створення електронної інфор-

маційної системи «Електронний Уряд», і постійне удосконалення засобів доступу до інформації, підвищення їх якісних та кількісних характеристик тощо.

Однак на сьогодні забезпечення людини інформацією набуває такого обсягу, що нерідко негативно впливає на її свідомість і загалом на стан здоров'я. Вбачається, що дана проблема у недалекому майбутньому має стати об'єктом уваги державних органів. Провідні вітчизняні дослідники—представники наукової школи Р. А. Калюжного та М. Я. Швеця уже досліджують дану проблему. Так, вони зазначають, що «для того, щоб інформаційне забезпечення потреб певного соціуму було ефективним, практика і теорія відпрацювали до нього перелік вимог» [7, 48]. Серед них: мінімальність інформації — передбачає обмеження збору і опрацювання лише тих повідомлень (інформації), без яких неможливо управляти об'єктом; достатність інформації — означає, що інформація повинна давати вичерпне й повне уявлення про функціонування об'єкта, а також оптимальні чи близькі до них рішення. При визначенні потреб в окремих видах інформації необхідно, насамперед враховувати значимість для управління її кожного виду, частоту створення, взаємозв'язок з іншими видами інформації. Однією з головних вимог, які пред'являються до організації управління, — забезпечення високої достовірності відомостей. Без достовірної інформації про об'єкт управління неможливо організувати його роботу, використати найбільш досконалі методи управління [7, 48–49].

Зважаючи на викладені вимоги, відзначимо, що їх невиконання нерідко стає причиною помилок і втрат як у життєдіяльності конкретних осіб, так і дестабілізації обстановки у цілому суспільстві. Адже «наш час характеризується значним поширенням інформації, множинністю каналів її донесення до користувача, впливом її змісту і форми на всі сфери життя суспільства, світосприйняття людей і ухвалення рішень правлячою елітою. Поряд із величезними обсягами різноманітної та альтернативної інформації, новими формами її подачі зросли й обсяги інформаційного шуму — надлишкової для людини інформації, а то й інформації, покладання на яку може завдати шкоди» [12].

Російські дослідники І. Бачило, В. Лопатін, М.Федотов виділяють так звану «вредную информацию» («шкідливу інформацію») — информацию, оборот которой запрещен в силу вреда и опасности для общества и человека» [15, 85]. Дослідники зазначають, що «в отличие от других случаев, когда государство должно создавать условия для реализации права граждан на доступ к информации или защищать информацию ограниченного доступа, здесь оно должно создавать условия для защиты самого человека и общества от вредоносного влияния определенного рода информации. В данном случае информация не является тайной, но ее распространение может нанести определенный вред интересам и правам человека, общества и государства» [15, 451]. І. Бачило, В. Лопатін, М. Федотов виділяють такі 5 видів шкідливої інформації:

«1) информацию, направленную на разжигание ненависти, вражды и насилия (в том числе возбуждающую социальную, расовую, национальную или религиозную ненависть, вражду, превосходство, рознь, нетерпимость; информацию, содержащую призывы к войне);

2) ложную информацию (в том числе недобросовестную, недостоверную, заведомо ложную рекламу);

3) информацию, содержащую посягательства на честь, доброе имя и деловую репутацию других лиц;

4) непристойную информацию (в том числе порнографию, неэтичную рекламу);

5) информацию, оказывающую деструктивное воздействие на здоровье людей (в том числе рекламу со скрытыми вставками)» [15, 454–455].

Цілком поділяємо таку позицію провідних російських дослідників інформаційного права. Зауважимо, що вітчизняне право містить норми, які передбачають відповідальність за публічні заклики до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або до захоплення державної влади, незаконне поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, розголошення державної, комерційної або банківської таємниці тощо. Органи державної влади наділені повноваженнями щодо здійснення контролю за обмеженим поширенням порнографічних та інших аморальних видань, наприклад Держкомтелерадіо України бере участь у формуванні та реалізації державної політики у сфері захисту суспільної моралі. Однак, на нашу думку, цілісного підходу до формування державної

політики протидії поширенню шкідливої інформації в Україні на сьогодні немає. Зазначена проблема, безумовно, має бути предметом досліджень науковців інформаційного права. Створення ж умов для непоширення або нейтралізації шкідливої інформації насамперед на державному рівні включаємо у зміст поняття «забезпечення доступу до інформації», оскільки шкідлива інформація унеможливлює отримання учасниками інформаційних відносин повної, достовірної мінімально достатньої інформації.

Таким чином, з викладеного можливо зробити наступні висновки. Забезпечення доступу до інформації — це створення організаційно-правових, матеріальних, у тому числі технічних і інформаційно-телекомунікаційних умов, для гарантування можливості фізичних, юридичних осіб і держави (державних органів) одержувати достовірні і мінімально достатні відомості, необхідні їм для реалізації своїх прав, свобод і законних інтересів, здійснення завдань і функцій.

Забезпечення доступу до таємної та конфіденційної інформації передбачає також комплекс заходів для розмежування можливості отримати такі відомості одних суб'єктів від неможливості їх отримання іншими суб'єктами.

У систему забезпечення доступу до інформації включаємо також заходи з нейтралізації негативного впливу на особу та суспільство шкідливої (у тому числі неправдивої) інформації.

Перспективами подальших досліджень у даному напрямі визначаємо розроблення змісту та видів шкідливої інформації, комплексного державного механізму протидії її поширенню і нейтралізації негативних наслідків, у тому числі обгрунтування повноважень правоохоронних органів у даній сфері.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**


1. Закон України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 року // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 48. — Ст. 650.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
3. Закон України «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації» // Відомості Верховної Ради. — 1997. — № 49. — Ст. 299.
4. Постанова Кабінету Міністрів України від 18.07.2007 р. № 950 «Про затвердження Регламенту Кабінету Міністрів України» // Офіційний вісник України. — 2007. — № 54. — Ст. 2180.
5. Постанова Верховної Ради України від 16.03.2006 р. № 3547-IV «Про Регламент Верховної Ради України» // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 23. — Ст. 202.
6. Лист Вищого господарського суду від 28.03.2007 № 01-8/184 «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про інформацію» // Вісник господарського судочинства. — 2007. — № 3. — С. 46.
7. Брижко В.М., Гавловський В. Д., Калюжний Р. А., Попович В. М., Цимбалюк В. С. Вступ до інформаційної культури та інформаційного права / Академія правових наук України; Науково-дослідний центр правової інформатики / М. Я. Швець (заг. ред.), Р. А.Калюжний (заг. ред.). — Ужгород: ІВА, 2003. — 240 с.
8. Костецька Т. А. Право на інформацію в Україні / НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. Вища школа права. — К., 1998. — 39 с.
9. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Голов. ред. В. Т. Бусел. — К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. — 1728 с.
10. Словарь русского языка: 70000 слов / Сост. С. И. Ожегов; Под ред. Н.Ю.Шведовой. — 23-е изд., испр. — М.: Рус. яз. — 1990. — 915 с.
11. Марущак А. І. Визначення поняття «доступ до інформації» // Правова інформатика. — 2006. — № 3 (11)/2006. — С. 67—72.
12. Павленко Р. Гуманітарні аспекти інформаційної безпеки: виклики і відповіді // Людина і політика. — 2001. — № 3. — С. 82.
13. Правове забезпечення інформаційної діяльності в Україні / За заг. ред. Ю. С. Шемшученка, І. С. Чижа. — К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2006. — 384 с.
14. Марущак А. І. Правомірні засоби доступу громадян до інформації: науково-практичний посібник. — Біла Церква: Вид-во «Буква», 2006. — 432 с.
15. Бачило И. Л., Лопатин В. Н., Федотов М. А. Информационное право: Учебник / Под ред. акад. РАН Б. Н.Топорнина. 2-е изд., с изм. и доп. — СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. — 725 с.

# ВІРТУАЛЬНИЙ ПРЕДМЕТ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З ПОРУШЕННЯМ АВТОРСЬКОГО ПРАВА І СУМІЖНИХ ПРАВ

**Н. РОЗЕНФЕЛЬД**
***головний консультант Інституту законодавства Верховної Ради України, кандидат юридичних наук***

Відповідно до ст. 10 Конвенції Ради Європи «Про кіберзлочинність» від 23 листопада 2001 р. [1] до переліку злочинів, що вчинюються за допомогою комп'ютерних систем, належать правопорушення, пов'язані з порушенням авторських та суміжних прав, під якими у цьому акті розуміються:

a) порушення, визначені законодавством сторони Конвенції відповідно до її зобов'язань за Паризьким актом від 24 липня 1971 р. щодо Бернської конвенції про захист літературних та художніх творів [2], Угодою по торговельним аспектам прав інтелектуальної власності [3] та Договором ВОІВ про авторське право [4], у разі, коли такі дії вчинено свідомо, у комерційних розмірах і за допомогою комп'ютерних систем (ч. 1);

b) порушення, які визначені законодавством сторони Конвенції згідно з її зобов'язаннями за Міжнародною конвенцією про захист виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення (Римська конвенція) [5], Угодою по торговельним аспектам прав інтелектуальної власності і Угодою ВОІВ про виконання фонограм [6], у випадку, коли такі дії вчинено свідомо, у комерційних розмірах і за допомогою комп'ютерних систем.

Згідно з вказаними актами об'єктом цивільно-правового захисту авторських та суміжних прав і відповідно до змісту ст. 10 Конвенції Ради Європи «Про кіберзлочинність» — предметами відповідних злочинів є:

1) комп'ютерні програми: як вихідний текст, так і об'єктний код, що охороняються як літературні твори (ст. 2 Бернської конвенції; ч. 1 ст. 10 Угоди по торговельним аспектам прав інтелектуальної власності; ст. 4 Договору ВОІВ про авторське право);

2) компіляції даних (бази даних) або іншої інформації у будь-якій формі, котрі за добором і розміщенням змісту є результатом інтелектуальної творчості (ч. 2 ст. 10 Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності; ст. 5 Договору ВОІВ про авторське право).

Стаття 1 Закону України від 23 грудня 1993 р. «Про авторське право і суміжні права» дає визначення комп'ютерним програмам, яке включає поняття об'єктного та вихідного коду, та базам даних (компіляціям даних); згідно з пп. 3, 4 ч. 1 ст. 8 цього Закону вони визнаються об'єктами авторського права нарівні з іншими творами, визначеними також у ст. 433 Цивільного кодексу України.

Відповідно до формулювання положення Закону «Про авторське право і суміжні права», яким бази даних (компіляції даних) визначаються як «сукупність творів, даних або будь-якої іншої незалежної інформації у довільній формі, в тому числі — електронній, підбір і розташування складових частин якої та її упорядкування є результатом творчої праці, і складові частини якої є доступними індивідуально і можуть бути знайдені за допомогою спеціальної пошукової системи на основі електронних засобів (комп'ютера) чи інших засобів», безпосередньо вказує на те, що у вигляді баз даних можуть бути представлені будь-які об'єкти авторського права, котрі можуть бути відтворені за допомогою високих технологій. Насамперед це стосується творів літератури, науки, музичних творів, аудіо і відеопродукції, програм мовлення, які можуть бути подані у аудіо-, візуальному або аудіовізуальному зображенні незалежно від формату за допомогою комп'ютерних систем, у тому числі й тиражовані, включаючи передані за допомогою комп'ютерних та/або телекомунікаційних систем (телекомунікацій [7]).

© Н. Розенфельд, 2008

Відповідно до ч. 1 ст. 176 Кримінального кодексу України «Порушення авторського права і суміжних прав» предметами злочину є твори науки, літератури, мистецтва, комп'ютерні програми і бази даних, виконання, фонограми, програми мовлення, у тому числі такі, які розміщені на відповідному носії — аудіо-, відео- касеті, дискеті та іншому носії. Це зазначається і авторами, які досліджували вказану проблематику, і, зокрема, визначали предмет розглядуваного злочину.

Натомість, у класичній теорії кримінального права предмет злочину, здебільшого, визначається як матеріальний об'єкт [8] або предмет матеріального світу, з певними властивостями котрого кримінальний закон пов'язує наявність у діях особи ознаки конкретного складу злочину[9]; чи, діючи на які, особа посягає на блага, що належать суб'єктам суспільних відносин[10]; або з приводу котрих або у зв'язку з якими вчинюється злочин [11].

При цьому останні роки науковці продемонстрували тенденції визначення як предметів злочину предметів об'єктивного світу. Так, О. Радутний у 2002 р. визначив предмет злочину як речі або інші явища об'єктивного світу (інформація, енергія тощо), з властивостями котрих кримінальний закон пов'язує наявність у діянні особи ознак складу конкретного злочину [12]. Це визначення, серед інших, стало основою подальшого аналізу, зокрема, комп'ютерної інформації як предмета злочину [13] та визначення віртуального предмета злочину, зробленого у 2003 р., під яким розуміється такий предмет об'єктивного світу, котрий створений за допомогою спеціальних методів та (чи) засобів, фізично відсутній, але має зовнішнє представлення або має набути такого представлення за допомогою спеціальних методів та способів впливу [14].

Досліджуючи визначення комп'ютерних програм і баз даних, як предметів цивільно-правової та кримінально-правової охорони, а також їх властивостей, стає очевидним, що останні не підпадають під стале (традиційне) визначення предмета злочину за класичною теорією кримінального права, оскільки вони: а) не належать до предметів матеріального світу; б) не є матеріальними об'єктами.

Проте саме за цими та іншими ознаками, які передбачають наявність спеціальних засобів та способів створення і спеціальної обробки задля надання зовнішнього представлення, необхідного для сприйняття людиною, вони належать до віртуального предмета злочину.

Необхідно звернути увагу на те, що як предмети, на котрі спрямовані протиправні дії злочинця, комп'ютерні програми і бази даних, а також твори науки, літератури, мистецтва, виконання, фонограми, програми мовлення безпосередньо зазначені у ст. 176 КК України, тобто стають обов'язковими для встановлення і доказування предметами цього злочину.

Очевидно, що як зауваження до такого підходу може зазначатися обов'язкова необхідність матеріального закріплення відповідного твору, програми, бази даних тощо на матеріальному носії. Однак за змістом самої ж ч. 1 ст. 176 КК очевидно, що законодавець насамперед мав на увазі саме як закріплені на відповідному носії предмети, так і ті, котрі не мають цієї ознаки, оскільки у досліджуваній нормі зазначено, що кримінально-караними є незаконне відтворення та поширення «творів науки, літератури, мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних, виконань, фонограм, програм мовлення, у тому числі таких, які розміщені на відповідному носії — аудіо-, відео- касеті, дискеті та іншому носії». Тобто, у нормі йдеться альтернативно про предмети, які не закріплені на певних носіях, й такі, котрі на носіях закріплені.

Детально необхідно підійти до аналізу можливості представлення у вигляді компіляцій (баз) даних творів науки, літератури, мистецтва. Виходячи з визначення баз даних, наведеного у ст. 1 Закону «Про авторське право і суміжні права», названі твори можуть бути представлені у вигляді баз даних, якщо вони викладені у вигляді: сукупності творів; сукупності даних; сукупності будь-якої іншої незалежної інформації — у довільній формі, у тому числі — електронній, підбір і розташування складових частин якої та її упорядкування є результатом творчої праці, і складові частини якої є доступними індивідуально і можуть бути знайдені за допомогою спеціальної пошукової системи на основі електронних засобів (комп'ютера) чи інших засобів.

Виходячи з наведених ознак баз даних, можна виділити специфічні ознаки комп'ютерних баз даних, як різновиду баз даних в цілому. Якщо бази даних в цілому можуть

бути вказаними сукупностями, створеними у довільній, у тому числі, електронній формі, то комп'ютерні бази даних можуть мати виключно електронну форму. Специфічною для баз даних також є система пошуку, оскільки для комп'ютерних баз даних вона може здійснюватися виключно за допомогою комп'ютерних систем, на відміну від баз даних, які не є електронними.

Враховуючи варіативність у можливості представлення баз даних, яка включає електронне представлення, та можливість здійснення пошуку в них за допомогою комп'ютерних систем, слід визначити, що до комп'ютерних баз даних належать сукупності творів, даних або будь-якої іншої незалежної інформації у електронній формі, добір і розташування складових котрої та її упорядкування є результатом творчої праці, і складові якої є доступними індивідуально і можуть бути знайдені за допомогою спеціальної пошукової системи на основі комп'ютерних систем.

Реалії доводять, що сучасний світ наповнений електронними базами даних, які не лише представляють твори науки, літератури та мистецтва, а й містять їх і надають право вільного індивідуального доступу до останніх, а також самі або за допомогою інших систем [15] забезпечують пошук таких творів.

До переліку нематеріальних предметів злочинів, що посягають на авторське право і суміжні права, на які може спрямовувати свої дії злочинець з допомогою комп'ютерних систем, також безпосередньо належать аудіо-, візуальні та аудіовізуальні твори, котрі мають електронне представлення: музичні твори, фонограми, кінематографічні твори. У разі посягання на такі за допомогою комп'ютерних систем злочинець, навіть маючи вільний доступ до них, має можливість їх отримання і / або поширення, всупереч волі їх власника чи особи, яка має виключні права на це поширення. Каталоги таких творів і самі вони безпосередньо у великій кількості представлені в Internet. Так, за пошуком «скачать бесплатно» (рос.) пошукова система META надає посилання на 7 574 web-сайти, пошукова система RAMBLER — на 191 102 web-сайти, пошукова система GOOGLE — близько 15 000 000 web-сайтів, з яких п'ята частина стосується аудіо- і відеопродукції: «фільмів» та «музики». Такі дані, навіть, поверхового моніторингу вражають очевидною і тотальною кількістю відкрито рекламованих і відкритих для доступу творів, посягання на які вчинюються щомиттєво. Ці предмети — музичні і кінематографічні твори, які мають і цінність, і вартість, але не мають зовнішнього представлення без застосування до них спеціальних методів обробки, засобів та заходів, також не можуть бути визначені предметами злочину за визначенням предмета злочину класичною теорією кримінального права, а повинні розумітися як віртуальні предмети злочину.

Практично необхідним є аналіз та визначення як предмета злочину, передбаченого ст. 176 КК України, програм телебачення і радіомовлення. У разі визнання останніх віртуальними предметами злочину через специфіку їх трансляції та представлення, у тому числі в Internet, вони отримують статус предмета злочину, передбаченого ст. 176 КК, і посягання на них, безперечно, буде тягнути застосування кримінальної відповідальності.

Такі дослідження будуть проведені найближчим часом, проте вже зараз необхідно зауважити, що ефірні трансляції телевізійних та радіоканалів у світі, в тому числі і в Україні, планомірно і поступово переходять на високотехнологічне транслювання: цифрове, супутникове, стрім-телебачення тощо. Крім того, слід враховувати Internet ресурси сучасних телевізійних і радіо- каналів, які також належать до об'єктів авторського права і суміжних прав, а за характером отримання та набуття зовнішнього представлення належать до віртуального предмета злочину. До того ж, їх риси містять всі ознаки компіляцій (баз) даних, оскільки вони: а) є сукупністю творів, даних або будь-якої іншої незалежної інформації у довільній формі, в тому числі — електронній; б) добір і розташування їх складових, упорядкування є результатом творчої праці; в) складові частини їх є доступними індивідуально [16] і можуть бути знайдені за допомогою загальних та спеціальних пошукових систем на основі електронних засобів (комп'ютера) чи інших засобів [17].

Об'єктивно зумовлене колишніми реаліями, проте явно вузьке сьогодні сприйняття як предмета злочину виключно матеріальних предметів або предметів виключно матеріального світу призводить до неможливості визначення як предмета злочину предметів, які не мають матеріальної (відчутної) ознаки, котрі не можна сприйняти (побачити, почути, відчути) без спеціальної

обробки. Складнощі у тлумаченні таких предметів об'єктивного світу, які не мають матеріальної ознаки, навіть якщо вони безпосередньо зазначені у диспозиції відповідної норми кримінального закону, оскільки загальнотеоретичне сприйняття предмета злочину базується на матеріалістичному підході. Останній до визначення предмета злочину зумовлює помилки при визначенні дійсного (реального) предмета злочинів, які посягають безпосередньо на віртуальний предмет високих технологій, оскільки як предмет злочину помилково сприймається носій, на котрому такий предмет розміщений чи завдяки якому він передається. Саме до них належать такі об'єкти авторського права і суміжних прав, які мають електронне представлення, у тому числі й ті, котрі представлені на відповідних носіях.

Виходячи з наведеного вище, потрібно звернути увагу на об'єктивну необхідність трансформації визначення предмета злочину і визнання існування віртуального предмета злочину з урахуванням революційного розвитку під впливом високих технологій як об'єктів авторського права, котрі підлягають кримінально-правовому захисту, так і видів нових злочинів та способів вчинення злочинів, що посягають на ці об'єкти.

Розвиток інформаційного суспільства, як новий рівень відносин у світі, котрий завдяки існуванню транснаціональним глобальним інформаційним мережам не може встановити кордонів для руху інформаційних потоків і новітніх технологій, вимагає від сучасної вітчизняної науки кримінального права визнання існування поряд з матеріальним предметом злочину віртуального предмета злочину, який, по суті, є віддзеркаленням матеріального предмета злочину в інформаційному (віртуальному) просторі.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**


1. Конвенція Ради Європи «Про кіберзлочинність» / Рада Європи / Конвенція / Міжнародний документ від 23 листопада 2001 р.
2. Документ 995-051; ред. від 31 травня 1995 р. на підставі 189/95-ВР. Дата підписання 24 липня 1971 р.
3. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности СОТ; Угода, Міжнародний документ від 15 квітня 1994 р. Документ 981-018; ред. від 15 квітня 1994 р.
4. Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, прийнятий Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 р., та положення Бернської конвенції (1971 р.).
5. Міжнародна конвенція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення ООН // Офіційний web-сайт Верховної Ради України http://www.rada.kiev.ua/
6. Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання фонограм, прийнятий Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 р.
7. Брижко В. М., Цимбалюк В. С., Орехов А. А., Гальченко О. Н. е-будущее и информационное право / Под ред. док. юрид. наук, проф. Р. А. Калюжного, док. экон. наук, проф. М. Я. Швеца. — К., 2002. — С. 79.
8. Коржанський М.Й. Предмет і об'єкт злочину. — Д., 2005. — С. 119.
9. Тацій В.Я. Об'єкт і предмет злочину. — Харків, 1991. — С. 33; Кримінальне право України. Загальна частина: Підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закладів освіти/ М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; За заг. ред. професорів М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — Київ—Харків, 2002. — С. 128.
10. Кримінальне право України. Загальна частина: Підруч. для студ. юрид. вузів і фак. / За ред. П. С. Матишевського, П. П. Андрушка, С. Д. Шапченка. — К., 1997. — С. 131.
11. Чернишова Н. В. Кримінальне право України (Загальна частина): Навч. посіб. — К., 2003. — С. 68; Уголовное право Украины. Общая часть: Учеб. / Отв. ред. Я. Ю. Кондратьев / Под ред. В. А. Клименко, Н. И. Мельника. — К., 2002. — С. 104.
12. Радутний О. Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю (аналіз складів злочинів): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Харків, 2002. — С. 10.
13. Мазуренко Р., Розенфельд Н. Комп'ютерна інформація, як предмет злочинів, передбачених Розділом XVI КК України // Право України. — 2004. — № 6. — С. 80–83.
14. Розенфельд Н. А. Кримінально-правова характеристика незаконного втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — С. 9.
15. Пошукові системи: «GOOGLE» http://www/google.com.ua; «YAHOO» http://www.yahoo.com; «META» http://www.meta.ua, «RAMBLER» http://www.rambler.ru
16. Web-сайти On-line ретрансляторів програм українських телевізійних каналів у Internet: UktainaTV http://www.ukrainatv.com; www.tvukraina.com
17. UkrainaTV.com http://www.ukrainatv.com/

# МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ РІШЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ТА МІСЦЕ ІНСТИТУТУ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У НЬОМУ

**І. ОЛІЙНИК**
***кандидат юридичних наук, доцент,***
**О. БЕЗБОЖНА**
***(Донецький державний університет управління)***

На конституційному рівні Україна проголосила себе правовою державою. Для впровадження цієї тези в життя необхідно чітко розуміти умови створення, існування і функціонування всього соціального організму — державних органів, громадських організацій, соціальних спільностей. Важливе місце в питанні визначення міжструктурних відносин державних органів посідає Конституційний Суд України (далі — КС). Він, як єдиний орган конституційної юрисдикції в Україні, безперечно, впливає на життя суспільства, тому що має виключні повноваження стосовно вирішення питань конституційності правових актів та офіційного тлумачення Конституції і законів України. Крім того, рішення КС є обов'язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені [2]. Звідси, не можна недооцінювати правового, соціального і політичного значення такого вкрай важливого інституту, як КС. Для результативної діяльності та престижу КС важливо забезпечити виконання його рішень, а у певних випадках — своєчасне застосування встановлених санкцій за їх невиконання [9].

Вивченням питань механізму реалізації рішень КС, а саме відповідальності за їх невиконання займались такі науковці та вчені-практики, як: В. Демиденко, Л. Кривенко, В. Макаренко, А. Сергеєв, П. Євграфов, А. Селіванов, В. Скомороха, А. Стрижак. Але наукових досліджень з цієї проблематики не достатньо. Існує необхідність розглянути означену проблему через структурний підхід, знайшовши місце відповідальності за невиконання рішення КС в механізмі його реалізації.

Враховуючи зазначене вище, ця стаття має на меті: дослідити юридичний механізм реалізації рішень КС; визначити підстави застосування того чи іншого рівня даного механізму; розглянути питання можливості КС встановлювати у своєму рішенні особливий порядок і строки його виконання; проаналізувати інститути відповідальності: «відповідальність згідно із законом за невиконання рішень КС» та «конституційно-правова відповідальність».

Вимога обов'язковості виконання рішень КС потребує створення належного механізму їх реалізації. Так, ст. 70 Закону «Про Конституційний Суд України» (далі —Закон) передбачає єдиний механізм: копія рішення (висновку) КС наступного робочого дня після його оприлюднення особі, яка зверталася до КС, надсилається Міністерству юстиції України, а також до органу влади, що прийняв правовий акт, який був предметом розгляду в КС. У разі необхідності КС у своєму рішенні (висновку) може визначити порядок і строки їх виконання, а також покласти на відповідні державні органи обов'язки щодо забезпечення їх виконання. Конституційний Суд має право зажадати від цих органів письмового підтвердження виконання рішення, додержання висновку КС. Невиконання рішень (висновків) КС тягнуть за собою відповідальність згідно із законом [5].

Аналіз ст. 70 Закону свідчить, що законодавець пропонує три рівні реалізації механізму, який може застосувати КС при забезпеченні реалізації того чи іншого свого рішення:

1. КС виносить рішення, надсилаючи його копію до органу влади, що прийняв правовий акт, який розглядався в КС, і орган реалізує прийняте рішення КС у рамках своїх повноважень.

2. КС у разі необхідності може у своєму рішенні визначити порядок і строки їх вико-

© І. Олійник, О. Безбожна, 2008

нання, а також покласти на відповідні державні органи обов'язки щодо забезпечення їх виконання. Так, КС може залучати й інші органи, пов'язані з виконанням даного рішення.

3. Включає два попередні рівні та додатково КС може зажадати від органів, на які покладено виконання цього рішення, письмового підтвердження його виконання або додержання.

Є можливість вести мову саме про рівні механізму, тому що кожна з цих позицій може залишитися не використаною КС як алгоритм його діяльності. Законодавець при здійсненні механізму реалізації рішень вбачає лише право, а не обов'язок КС скористатися кожним із зазначених рівнів. Загальним і обов'язковим елементом цього механізму є та відповідальність згідно із законом, яка настає за невиконання рішень КС.

Постає питання: яка різниця між рішенням, у якому КС зазначив порядок і строки його виконання, та у котрому не вказав? Чи означає це, що КС може «вигадувати» якийсь новий порядок їх виконання і встановлювати нові строки для цього? Керуючись Рішенням КС від 14 грудня 2000 р., яке стосується офіційного тлумачення ч. 2 ст. 70 Закону, перш за все треба сказати, що рішення КС незалежно від того, визначено в ньому порядок і строки його виконання чи ні, є однаково обов'язковими до виконання на всій території України. Рішення КС мають пряму дію і для набрання чинності не потребують підтверджень з боку будь-яких органів державної влади.

Загальне правило, яким повинні керуватися всі учасники, до котрих адресовані рішення КС, таке: незалежно від того, чи визначено в рішенні КС порядок або строки його виконання, відповідні державні органи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією і законами України. Відповідно до змісту ч. 2 ст. 70 Закону КС дійсно може визначити у своєму рішенні додаткові заходи, пов'язані з порядком та строками їх виконання, але виключно звернувши увагу на терміновість чи обов'язки щодо його забезпечення (наприклад, покласти обов'язок на відповідні державні органи задля забезпечення його виконання).

Сьогодні у юридичній літературі зустрічається маса зауважень щодо неповноти і фрагментарності механізму правового регулювання виконання рішень КС та неналежного виконання і створення перешкод їх виконанню. Невиконання рішень КС зумовлене, як мінімум, двома важливими факторами: 1) небажання виконувати дані рішення відповідними суб'єктами права, які не несуть за це практично ніякої відповідальності; 2) нечіткість позиції, зайнятої КС в кожному конкретному випадку, що закономірно призводить до повторного розгляду аналогічних за змістом юридичних справ[1].

Принципово важливим є питання: чи є залежність між невиконанням рішень КС та відсутністю відповідальності за це? Аналіз досліджень свідчить — так. Загальне правило, прописане в ч. 4 ст. 70 Закону, вказує: невиконання рішень КС тягне за собою відповідальність згідно із законом. Найвища юридична відповідальність в Україні встановлена в ст. 382 Кримінального кодексу про невиконання судового рішення, яка передбачає умисне невиконання службовою особою вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили; перешкоджання їх виконанню карається штрафом від п'ятисот до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років; чч. 2, 3 передбачають відповідальність щодо службових осіб, які займають відповідальне чи особливо відповідальне становище, або осіб, раніше судимих за злочин, встановлений цією статтею; а також щодо невиконання службовою особою рішення Європейського суду з прав людини.

Примітка 1 до ст. 364 КК зазначає, що службовцями є особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади. Таким чином, представниками влади є Президент України, народні депутати, Прем'єр-міністр, міністри. Але їх до відповідальності за невиконання рішень Конституційного Суду притягнути неможливо, хоча саме вони мають в першу чергу їх виконувати. Це питання піднімає Г. Васильєв, який акцентує увагу, що Президент є недоторканним (ст. 105 Конституції України), народні депутати також (ст. 80 Конституції), Кабінет міністрів та його членів неможливо притягнути до відповідальності, оскільки відповідно до ст. 48 Закону «Про Кабінет міністрів України» члени Кабінету міністрів несуть солідарну відповідальність за результати йо-

го діяльності як колегіального органу виконавчої влади, а Кримінальний кодекс передбачає індивідуальну, а не солідарну відповідальність [1].

Отже, де-юре можна застосувати кримінальну відповідальність щодо вищих органів державної влади за невиконання судового рішення, але де-факто це неможливо через процесуальні складнощі, такі, як: зняття недоторканності та доведення індивідуальної відповідальності посадовця. Так, ще є службові особи, на яких не поширюється ні недоторканність, ні солідарна відповідальність, і вже на них можна випробовувати дію цієї норми. Але, якщо вищі ешелони влади дозволяють собі ігнорувати рішення КС і ніяких наслідків за це для них не настає, то існує ризик перетворення КС на бутафорний орган у державі.

Зазначене вище свідчить, що кримінальна відповідальність не завжди спрацьовує, тому є необхідність замислитися над іншими заходами впливу. Це може бути політична відповідальність або конституційно-правова.

Приклади застосування політичної відповідальності можна знайти в ч. 2 ст. 48 Закону «Про Кабінет міністрів України», коли його члени особисто несуть політичну відповідальність за стан справ у доручених їм сферах державного управління. Але така відповідальність, на мою думку, не тягне за собою достатньо суворих наслідків стосовно такого злочину, як невиконання рішень Конституційного Суду.

На думку вченого-практика В.Скоморохи, доцільно було б запровадити такий інститут за невиконання чи неналежне виконання рішень КС, як конституційно-правова відповідальність. Вона має базуватися на загальних принципах відповідальності з урахуванням специфіки, притаманної конституційному судочинству [8]. Але наведена позиція зустріла бурхливе обговорення в науковому світі, а у деяких публікаціях проголошено «міфічність інституту конституційно-правової відповідальності». Так, А. Кучук та С. Кульбач зазначають неможливість виділення конституційно-правової відповідальності нарівні з кримінальною, адміністративною, цивільною та дисциплінарною, оскільки тоді порушуються загальні правила класифікації (єдність критерію, послідовність) [3].

Принципово важливим є питання, яке потребує вирішення: чи є виправданим бажання запровадити зовсім новий та нерозроблений інститут конституційно-правової відповідальності, зокрема, у випадках невиконання чи неналежного виконання рішень КС; або ж ефективніше буде систематизувати та доповнити вже існуючі заходи кримінальної, дисциплінарної відповідальності та розробити схему їх застосування до конституційно-правових відносин? Так, закон, який закріплював би порядок виконання рішень КС, мав би містити розділ про відповідальність, але не такого розмитого змісту, як нині. Вираз «відповідальність згідно із законом», який використовується в ч. 4 ст. 70 Закону, міг би набути форми «відповідальність за невиконання рішень КС у вигляді звільнення осіб із займаної посади». Тут спостерігається приклад застосування дисциплінарного стягнення до конституційно-правових відносин.

Нині у спеціальній літературі можна побачити пропозиції щодо створення Конституційного кодексу та Конституційно–процесуального кодексу [7] або прийняття окремого Закону про виконання рішень КС [7], більш стриманіші науковці пропонують внесення змін до існуючих законів [9]. Але, по суті, вони зводяться до наступного:

— запровадити законодавчі матеріальні норми, якими передбачити юридичні підстави для державного примусового провадження щодо виконання рішень КС;

— ввести до законів про Президента України, Кабінет міністрів, до Регламенту Верховної Ради України процесуальні норми стосовно їх обов'язків щодо виконання рішень КС;

— визначити обов'язки прокуратури щодо нагляду за виконанням рішень КС, а також встановити порядок притягнення нею до відповідальності осіб за невиконання цих рішень;

— передбачити порядок і строки доопрацювання закону або іншого правового акта в разі визнання окремих його положень неконституційними;

— визначити подальшу долю тих правових актів, що містять норми, які повністю або частково відтворюють чи доповнюють положення правового акта, визнаного неконституційним;

— встановити конкретні санкції за невиконання рішень КС.

Але не можна і зловживати ідеєю створення окремого нормативно-правового акта

щодо забезпечення виконання рішень КС. Небезпечною може стати ситуація, коли за рахунок звуження обсягу законодавчої влади буде надано більше прав КС. Питання парламентської процедури — внутрішньоорганізаційні питання Верховної Ради, втручатися у які не слід, навіть, КС [1]. Так, ч. 2 ст. 70 Закону щодо встановлення порядку і строків виконання рішення КС в деяких випадках може виявитися небезпечною для Верховної Ради, і тому будь-які спроби передбачати строки для виконання законодавчої функції парламентом можна вважати неправомірними.

Зазначимо, не можна сказати, що механізму реалізації рішень КС взагалі не існує, але не можна назвати його досконалим. Складність та важливість питання, що розглядається, відображається в тій ситуації, яку нещодавно доводилося переживати українському політикумові. Так, Рішенням Конституційного Суду України від 9 липня 2007 р. у справі щодо відповідності Конституції деяких положень Закону «Про Державний бюджет України на 2007 рік» визнано: деякі з них справді є неконституційними. Справа зводилась до того, що Верховна Рада не повноважна при прийнятті закону про Державний бюджет України включати до нього положення про внесення змін до чинних законів України, зупиняти дію окремих законів та/або будь-яким чином змінювати визначене іншими законами правове регулювання суспільних відносин. Але вона це зробила, тим самим в окремих випадках скасувавши, а у деяких — змінивши обсяг прав та обов'язків, пільг, компенсацій і гарантій, передбачених іншими законами України, громадянам [10].

Постало питання, як виправляти цю помилку. Механізм вкрай простий: Закон «Про Державний бюджет України на 2007 рік» діє; а лише деякі його положення визнані неконституційними, тому залишається тільки внести зміни до них. Але, на жаль, доки існують випадки відсутності діючої Верховної Ради (як це було минулого року), не можна було й внести зміни. Так і залишилися з липня 2007 р. норми, що регулюють деякі соціальні виплати, лише фікцією. Кабінет міністрів не мав можливості виконати рішення КС, тому що не мав законних підстав для цього. Отже, як вбачається, законне, обов'язкове на всій території України рішення КС не могло бути виконаним.

Одним з інструментів правового регулювання в даному випадку може бути судовий прецедент. Судово-правова реформа в українському сьогоденні має на меті закріплення статусу суду як незалежного та неупередженого державного органу і, можливо, одним з вірогідних шляхів досягнення цього є набуття прецедентного характеру певними рішеннями вищих судів, у тому числі КС. Так, Б. Малишев вказує на наявність деяких схожих рис між рішеннями КС та англійським судовим прецедентом (наприклад, вони виникають у результаті розгляду судової справи і мають нормотворчий характер, тому що є загальнообов'язковими і змінюють чинне право), але у той же час науковець зазначає відмінність — різні формальні підстави судового провадження, прецедент не може прямо визнавати недійсним закон або його частину[4]. Все ж таки не можна категорично стверджувати, що судовий прецедент взагалі не міг би мати місця в переліку джерел українського права.

Суддя, застосовуючи спірну норму, завжди орієнтується на попереднє вирішення цього питання вищим судом, проте він не вправі обгрунтовувати свою позицію посиланням на таке рішення. Звісно, ці рішення вищих судів як такі не мають значення, окрім конкретної справи, щодо якої вони прийняті, але суддя на практиці повинен виходити з його «неформально-обов'язкового» характеру. Наведена позиція є неприпустимою, але, на жаль, сьогодні в Україні вона набула поширення. Якщо практика показує, що суспільство потребує в деяких випадках «запозичення» способу вирішення однієї конкретної справи стосовно інших, то чому законодавцю не робити б кроки у бік легалізації такої доволі зручної схеми.

Не менш ефективно судовий прецедент можна було б застосовувати в діяльності КС. У юридичній літературі часто можна зустріти думки вчених-практиків щодо випадків неодноразового розгляду практично одних й тих же питань КС — це: несумісність мандата народного депутата України з іншим представницьким мандатом чи перебуванням на державній службі; несумісність посад керівника органу місцевої виконавчої влади та сільського, селищного, міського голови; платних медичних послуг та безоплатної медичної допомоги; неконституційності втручання у досудове слідство, в діяльність прокуратури тощо; неможливість обмеження

Законом про державний бюджет наданих громадянам пільг та ін. [1] Запровадження судового прецеденту запобігло б дублюванню однієї ідеї в різних рішеннях.

Судовий прецедент: по-перше, подав би приблизний порядок впровадження рішень КС щодо однотипних справ; по-друге, через його застосування визначилися б строки, надані для виконання рішення КС; по-третє, став би взірцем не тільки для наступних рішень КС, а й для пересічних громадян, які могли б передбачати вирішення справи, виходячи з попередньої практики КС.

Таким чином, механізм реалізації рішень Конституційного Суду потребує подальшого удосконалення. Виконання рішень КС — це дійсно правова проблема, вирішити яку необхідно спочатку в теоретичній площині і тільки після цього намагатися впроваджувати в практику. Нині, на жаль, робиться навпаки. Більшість надбань з даної тематики розроблено вченими-практиками, які справді мають багатий досвід в цій сфері і, зрозуміло, приділяють увагу найгострішим для них питанням — процесуальним. Але цього недостатньо. Саме матеріальні норми становлять основу будь-якого процесу, тому на сьогодні пріоритетнішими повинні стати аспекти матеріального права — правова природа конституційної відповідальності, її елементи, місце строків КС щодо виконання його рішень, якщо вони направлені до Верховної Ради.

Задля цього пропонуємо впровадження наступних заходів:

1. Запровадження традицій проведення конференцій, «круглих столів», дискусій з проблематики конституційного законодавства та відповідальності.

2. Поступова системна законодавча корекція механізму реалізації рішень КС, яка охоплювала б:

— внесення змін в деякі нормативно-правові акти щодо наділення особливими функціями вищих службовців з контролю та забезпечення виконання рішень КС;

— встановлення окремим законом порядку виконання рішень Конституційного Суду.

3. Проведення досліджень з питань інституціалізації конституційно-правової відповідальності.

4. Запровадження судового прецеденту стосовно рішень КС.

5. Встановлення окремим законом відповідальності за невиконання рішень КС.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**


1. В а с и л ь є в Г. Деякі законодавчі аспекти проблеми виконання рішень Конституційного Суду України // Юридичний журнал. — 2002. — № 6. — С. 4.
2. Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
3. К у ч у к А., К у л ь б а ч С. Конституційна-правова відповідальність: міф чи реальність? // Підприємництво, господарство і право. — 2006. — № 12. — С. 106–108.
4. М а л ы ш е в Б. В. Судебный прецедент в правовой системе Англии (теоретико-правовой аспект): Автореф. — К., 2002.
5. Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 49. — Ст. 272.
6. Рішення Конституційного Суду України від 14 грудня 2000 р. // Офіційний вісник України. — 2001. — № 51. — Ст. 80. — С. 2226.
7. С е л і в а н о в А. Конституційний Суд України в нових умовах забезпечення конституційності у державі // Вісник Конституційного Суду України. — 2006. — № 4. — С. 45–48.
8. С к о м о р о х а В. За невиконання рішень Конституційного Суду має бути передбачена відповідальність // День. — 2002. — № 185. — 11 жовт. — С. 3.
9. Ш е м ш у ч е н к о Ю., М у р а ш и н Г. Конституційний Суд України як орган конституційної юрисдикції // Вісник Конституційного Суду України. — 2006. — № 4. — С. 3–10.
10. Рішення Конституційного Суду України від 27 липня 2007 р. // Офіційний вісник України. — 2007. — № 52. — Ст. 138. — С. 2132.

# РЕЖИМ ОКРЕМОГО ПРОЖИВАННЯ ПОДРУЖЖЯ — НОВИЙ ВИД СПРАВ У ОКРЕМОМУ ПРОВАДЖЕННІ

**М. ЯСИНОК**
***суддя Білопільського районного суду Сумської області, кандидат юридичних наук, доцент***

Сімейно-правові відносини, будучи врегульованими спеціальними нормами права, є категоріями, які пов'язані між собою. Вони виникають на підставі взаємного волевиявлення чоловіка і жінки. Таке волевиявлення у подальшому стає обов'язком перед сім'єю й дітьми. Але сім'я — не догматично-сталий уклад життя подружжя. Сім'я — це живий організм, де переплітаються різні інтереси, а тому сімейні стосунки приносять для сторін як радощі, так і непорозуміння. Практика показує, що дуже часто непорозуміння у сім'ї переростає в насильство. Сьогодні таке насильство стає глобальною проблемою не лише для України, а й для світу в цілому. Дуже часто така негативна поведінка як чоловіка, так і жінки ґрунтується на зловживанні спиртними напоями, вживанні наркотиків, а то і на невмінні належним чином налагоджувати відносини у сім'ї. Так, у 2006 р. в Білопільському районі Сумської області до адміністративної відповідальності за насильство у сім'ї судом притягнуто 197 осіб [1]. Але це не остаточна цифра, бо такі правопорушення у чотири, а то і у п'ять разів вищі за фактично розглянуті справи. Переважна більшість цих фактів так і не отримує своєї юридичної оцінки. Це призводить до того, що жінки (а вони, як правило, потерпають від насильства) не наважуються не лише звертатися до правоохоронних органів за захистом своїх прав, але й ставити питання про розірвання шлюбу, виходячи із інтересів збереження сім'ї та дітей.

Враховуючи дані обставини, законодавець ввів до Сімейного кодексу та ЦПК України новий інститут — окремого проживання подружжя, який дав би можливість жінкам, не розриваючи шлюб, проживати, як правило, з дітьми окремо від чоловіка і у той же час зберігати за собою спадкові права щодо іншого подружжя.

Не зважаючи на те, що питання сімейного права, цивільного процесу були предметом наукового дослідження З. Ромовської, М. Штефана [2], С. Фурси [3], Д. Чечота [4], разом з тим режим окремого проживання не був предметом таких досліджень, оскільки дане питання є новим для українського законодавства. Звідси — широкого наукового дослідження воно ще не набуло.

Метою даної статті є дослідження природи режиму окремого проживання подружжя, його змісту та процесуальних особливостей. І на цій основі — запропонування практичного вирішення розглядуваної проблеми.

Відповідно до ч. 1 ст. 119 СК України — «За заявою подружжя або позовом одного з них суд може постановити рішення про встановлення для подружжя режиму окремого проживання у разі неможливості чи небажання дружини і (або) чоловіка проживати спільно».

Таким чином, особливістю даної категорії справ є те, що законодавець передбачив можливість розгляду цього питання як у позовному, так і в окремому провадженні цивільного процесу. Вказаною побудовою матеріального закону вперше запроваджено у цивільний процес, якщо можна так назвати, диспозитивну мімікрію. Суть її зводиться до того, що залежно від спрямованості волі чоловіка і жінки, які перебувають у шлюбі, справи щодо режиму окремого проживання подружжя можуть розглядатися в різних видах судочинства. Підставою до розгляду даного питання в позовному провадженні є небажання чоловіка або жінки жити разом. Для окремого провадження характерна неможливість проживати разом. У той же час «неможливість» та «небажання», не зважаючи на їх різний змістовний характер, юридично зводяться до одного — тимчасового непроживання і непідтримання подружжям своїх подружніх стосунків без розірвання шлюбу. Разом з тим вказана тимчасовість, з одного боку, носить імперативний характер, а, з іншого — при бажанні подружжя відновити свої відносини така імперативність ав-

© М. Ясинок, 2008

томатично скасовується. Початком дії даного інституту є судове рішення щодо встановлення для подружжя режиму окремого проживання, яке вводиться негайно. У той же час розглядуваний інститут не має кінцевого обмеження. Такий проміжок часу може бути як коротким, так і тривалим. У кожному разі це залежить від волі подружжя, бо право чоловіка чи жінки вільно вибирати своє місце проживання є їх персоніфікованим конституційним правом. В кожному разі подружжя повинно самостійно вирішувати: проживати їм разом чи ні і у такий спосіб продовжувати дію режиму окремого проживання або ні. Коли ж подружжя вирішило проживати разом, режим окремого проживання скасовується автоматично і додаткового судового рішення для цього не потрібно. Разом з тим сторони письмово мають повідомити про це суд для того, щоб зупинити дію судового рішення.

Який же зміст законодавець вкладає у поняття «неможливість» чи «небажання» спільного проживання? Така неможливість може бути пов'язана з хворобою одного з подружжя. З даних підстав ця особа має право звернутися до суду з позовом до іншого подружжя щодо встановлення режиму окремого проживання без розірвання шлюбу до її одужання. Дана категорія справ розглядається у порядку позовного провадження. В той же час небажання сумісного проживання розглядається у порядку окремого провадження, бо до розгляду справ у порядку останнього потрібно одночасне звернення із заявою чоловіка і жінки до суду. В даному випадку спір усувається самим подружжям внаслідок збігання їх диспозитивних начал, спрямованих на бажання проживати окремо без розірвання шлюбу. В цьому разі суд вирішує не спір про право, а питання про факт окремого проживання подружжя.

У цивільному процесуальному законодавстві України відсутні будь-які норми, котрі розкривали б суть даного провадження. Лише ч. 3 ст. 234 ЦПК у порядку переліку справ вказує, що в окремому провадженні можуть бути розглянуті справи про встановлення режиму окремого проживання подружжя. У той же час законодавець не виписує порядок вирішення даної категорії справ. Разом з тим на випадок встановлення подружжю режиму окремого проживання законодавець у матеріальному праві (ст. 120 СК України) передбачає режим власності на майно для чоловіка та жінки на час їх окремого проживання, вважаючи, що нажите ними майно за цей період є їх особистою власністю.

Законодавець передбачає й неможливість походження дитини від чоловіка після спливу 10 місяців після початку окремого проживання (ч. 2 ст. 120 СК). Не зважаючи на це, законодавець зберігає за сторонами всі права і обов'язки, встановлені шлюбним контрактом, незалежно від наявності режиму окремого проживання (ч. 1 ст. 120 СК). На перший погляд, встановлення режиму окремого проживання подружжя не складне для судового розгляду, але це тільки на перший. Справи даної категорії — одні з найскладніших в окремому провадженні. Вказаному є ряд причин. Режим окремого проживання подружжя за своєю суттю передбачає наявність окремого житла (для іншої сторони) чи можливість його найму. Разом з тим режим окремого проживання не є завуальованим виселенням з житла і подальшою його втратою. Це — адміністративний акт тимчасового характеру, який приймається судом, виходячи з інтересів інших членів сім'ї, і грунтується на захисті як їх прав, так й інтересів. Крім того, законодавчо не врегульовано питання участі подружжя у вихованні дітей під час режиму окремого проживання, а також вимоги про місце проживання дітей у цей час. Всі ці та інші питання режиму окремого проживання подружжя, які не врегульовано законодавчо, призводять до парадоксальної ситуації, коли, з одного боку, даний інститут начебто діє, а, з іншого — його ніби-то й немає. Юристи, переважно, також не можуть нічого конкретно сказати про даний інститут, бо останній процесуально не виписаний. У такому випадку подружжя не звертається до суду, щоб встановити для них режим окремого проживання, а відразу звертається до суду про розірвання шлюбу, виходячи з того, що шлюб не є адміністративним примусом для подружжя. З іншого боку, як свідчить практика, подружжя створює режим окремого проживання самостійно без жодних на те рішень. Це у подальшому спричиняє майнову неврегульованість, постійну напругу у відносинах тощо.

У той же час природа режиму окремого проживання у першу чергу грунтується на захисті шлюбу та інтересів конкретної особи, дітей подружжя; і ніяким чином такі справи не можна розглядати як один з видів справ

про розірвання шлюбу. Це було б помилкою, оскільки режим окремого проживання подружжя характеризується часовим параметром.

Справи щодо встановлення для подружжя режиму окремого проживання у частині захисту інтересів дітей повинні мати право порушувати в суді також органи опіки і піклування, органи місцевого самоврядування. Підставою до такого звернення може слугувати неправильна поведінка одного з батьків у сім'ї (зловживання спиртними напоями, наркоманія, жорстоке ставлення до дітей, дружини, напружені стосунки, що виникли між подружжям). Зазначені звернення повинні розглядатися в позовному провадженні, де відповідачем мають бути обидві сторони. З метою недопущення невиконання рішення суду щодо встановленого режиму окремого проживання, останнє повинно містити певні правила. До таких може бути введена заборона з'являтися до особи, з якою проживають діти, без згоди останньої; вимагання підтримання подружніх стосунків тощо. За ці чи інші порушення особа може бути притягнута до адміністративної відповідальності. При дії режиму окремого проживання подружжя не має права у суді ставити питання про розірвання шлюбу протягом трьох років.

У разі ж звернення сторін із заявою до суду про встановлення для них режиму окремого проживання справа розглядається у порядку окремого провадження, при цьому обидва з подружжя будуть заявниками. Але і у такій ситуації не можна виключити наявність спірних питань, які «приховано» під волевиявленням заявників. Ці питання можуть проявлятися у інших сегментах правовідносин. Наприклад, у спорі про майно, житло, аліментні обов'язки, участь у вихованні дітей, їх місця проживання. Режим окремого проживання не є перепоною для звернення до суду з позовом щодо стягнення аліментів.

Підставою відсутності судової практики в Україні щодо даних питань є наявність низького рівня матеріального забезпечення основної маси населення, юридичної необізнаності про режим окремого проживання подружжя не лише пересічних громадян, а й юристів. У зв'язку з цим доцільно доповнити розділ 4 ЦПК України главою 13 «Встановлення режиму окремого проживання подружжя».

«Стаття 291. Підсудність

1. Заява про встановлення режиму окремого проживання подружжя подається чоловіком і жінкою за місцем їх мешкання чи за місцем мешкання особи, з якою проживають діти.

Стаття 292. Зміст заяви

1. Заява про встановлення режиму окремого проживання подружжя подається у письмовій формі.

2. У заяві про встановлення режиму окремого проживання подружжя повинно бути зазначено підстави щодо встановлення такого режиму судом, необхідний строк для цього, місце проживання дітей. У заяві має бути вказано майбутнє місце проживання чоловіка і жінки на час встановлення режиму окремого проживання.

Стаття 293. Розгляд справи

1. Справа про встановлення режиму окремого проживання розглядається за обов'язкової участі як чоловіка, так і жінки та за участю органу опіки і піклування при наявності у подружжя дітей.

Стаття 294. Рішення суду

1. За результатами розгляду заяви про встановлення режиму окремого проживання подружжя суд ухвалює рішення.

2. У разі задоволення заяви суд в резолютивній частині рішення повинен зазначити нове місце проживання як чоловіка, так і жінки, з ким з подружжя залишаються діти.

3. У рішенні вказується граничний строк режиму окремого проживання, який не повинен перевищувати три роки.

4. Суд у рішенні зазначає те, що заявники без згоди один одного не можуть з'являтися за місцем їх мешкання.

5. У рішенні вказується, що при взаємній згоді чоловіка та жінки — жити разом — вони зобов'язані письмово повідомити про це суд, і з цього часу рішення суду втрачає силу.

6. У рішенні зазначається, що майно, нажите самостійно чоловіком і жінкою, є їх особистою власністю.

7. Якщо між чоловіком і жінкою було укладено шлюбний контракт, то суд у рішенні вказує, що шлюбний контракт продовжує свою дію.

8. У рішенні повинно бути зазначено, що чоловік і жінка не мають права під час режиму окремого проживання ставити питання про розірвання шлюбу.

9. У рішенні вказується час набрання ним законної сили».

Процесуальне дослідження режиму окремого проживання подружжя, прийняття законодавчих актів і правил, які будуть регулювати дію даного інституту, сприятимуть швидшому впровадженню його в практику сучасного судочинства. Це дасть упевненість людям, можливість не лише уникнути конфліктних ситуацій, які виникають у сім'ї, а й зберегти її.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**

1. Статистичний звіт Білопільського районного суду Сумської області за 2006 рік.
2. Ш т е ф а н М. Й. Цивільне процесуальне право України: Підруч. — К., 2005.
3. Ф у р с а С. Я. Окреме провадження у цивільному процесі України. — К., 1999.
4. Ч е ч о т Д. М. Исковое производство. — М., 1973.

Видавничий Дім «Ін Юре» пропонує:

**Енциклопедичний довідник майбутнього адвоката**

**У 2-х частинах / О. Д. Святоцький, Т. Г. Захарченко, С. Ф. Сафулько та ін. / За загальною редакцією С. Ф. Сафулька. 2007. – 616 с. (ч. 1), 832 с. (ч. 2).**




У досягненні мети стати адвокатом допоможе Енциклопедичний довідник майбутнього адвоката. У ньому адвокати-практики на основі Програми і Порядку складання кваліфікаційних іспитів дають практичні поради стосовно тих питань, які чекають майбутніх адвокатів.

Енциклопедичний довідник складається з двох частин.

У частині першій містяться матеріали з історії становлення адвокатури, з цивільного, цивільного процесуального, кримінального, кримінально-процесуального законодавства.

У частині другій містяться матеріали з трудового, житлового, сімейного, екологічного, земельного законодавства, а також довідковий матеріал до двох частин.

Видання допоможе під час підготовки до іспитів тим, хто готується стати адвокатом, та вже практикуючим адвокатам, усім, хто цікавиться питаннями цієї галузі.

***Замовляйте видання за телефонами:***
***(044) 537-51-20, 537-51-21***
***або за електронною поштою***
***sales@inyure.kiev.ua***
***http://shop.inyure.kiev.ua***

# ПЕРЕВІРКА ІНФОРМАЦІЇ ПРО НЕЗАКОННЕ ЗАВОЛОДІННЯ ТРАНСПОРТНИМИ ЗАСОБАМИ

**Б. ВЕЖНАВЕЦЬ**
***(Київський національний університет внутрішніх справ)***

Порушення кримінальної справи — перша стадія кримінального процесу, з початком якої слідчий отримує процесуально закріплене право проводити необхідні слідчі дії з метою встановлення істини у вчиненому злочині. Звичайно, законодавець залишає за слідчим право проводити окремі дії до порушення кримінальної справи, проте, про це йтиметься пізніше.

Порушенню майже всіх кримінальних справ передує перевірка інформації про вчинений злочин. Робиться це з метою уникнення провадження досудового слідства у тих випадках, коли подія злочину відсутня. Винесення слідчим постанови про порушення кримінальної справи, безперечно, свідчить про те, що правоохоронці встановили ознаки складу злочину. Крім того, перевірка інформації сприяє правильній кваліфікації діяння у тому випадку, коли вчинено злочин. Незаконне заволодіння транспортними засобами не становить винятку.

Метою цієї статті є дослідження думки окремих науковців стосовно стадії порушення кримінальної справи та ефективності і доцільності проведення перевірки інформації про вчинення злочину. Спробуємо дати власне бачення цієї проблеми. Крім того, у даному дослідженні розглянемо порядок та специфіку дій слідчого і працівників органу дізнання з перевірки заяв та повідомлень про факти незаконного заволодіння транспортними засобами.

Точки зору науковців стосовно необхідності та важливості стадії порушення кримінальної справи досить часто розбігаються. Одні з них зазначають, що нехтування перевіркою підстав призводить до великої кількості необгрунтовано порушених кримінальних справ, що, в свою чергу, слугує причиною порушення принципу законності, непотрібного залучення у кримінальний процес громадян, марній роботі слідчих органів та бездумним витратам коштів [5, 23]. Інші — навпаки, вважають, що перевірочні дії в стадії порушення справи є анахронізмом кримінально-процесуального законодавства та призводять до безглуздої тяганини і надмірного перестрахування. Так, С. Бажанов стверджує, що кримінальну справу необхідно порушувати на підставі приводу, якщо, звичайно, він містить дані, які вказують на ознаки злочину [1, 53]. На думку вченого, постанову про порушення кримінальної справи слід розцінювати як правову підставу для проведення слідчої перевірки, не пов'язуючи її в обов'язковому порядку з поспішною кваліфікацією досліджуваного діяння.

Наразі дані, отримані в результаті перевірки інформації про вчинений злочин, не завжди сприймаються як докази під час слухання кримінальної справи у суді. З одного боку, такий підхід суддів є виправданим, адже відбираючи пояснення у особи її, навіть, не попереджають про кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивих показань. У процесі подальшого допиту, особа вільно може змінити свої попередні показання, на основі яких приймалося рішення про порушення кримінальної справи, та не нестиме за це ніякої відповідальності. Однак, як слушно вважають деякі науковці, твердження про те, що дані, зібрані до порушення справи, не являються доказами, є помилковим. Закріплення слідів злочину означає збирання будь-якої інформації про обставини його вчинення та особу, причетну до злочину. Але інформація, яка встановлює, доказує обставини злочину, оскільки вона одержується на стадії порушення кримінальної справи діями процесуального характеру, неминуче набуває зумовлених останніми процесуальної форми і, отже, є процесуальними доказами й нічим іншим. Якщо виходити з того, що питання про порушення

© Б. Вежнавець, 2008

кримінальної справи вирішується за непроцесуальними матеріалами, позбавленими доказової сили, тоді довелось би визнати, що процесуальна форма дій, за допомогою яких ці матеріали збираються, нічому не слугує і перетворюється на формальність [3, 103]. Автор, безперечно, підтримує дану точку зору. Проте, на жаль, доводиться визнавати, що дані, зібрані під час перевірки заяв та повідомлень громадян, на сьогоднішній день, зазвичай, лише допомагають прийняти рішення про порушення чи відмову в порушенні кримінальної справи. Під час подальшого розслідування злочину слідчому чи працівнику органу дізнання доводиться заново перевіряти показання свідків, потерпілих, підозрюваних, за матеріалами досліджень спеціалістів призначати та проводити експертизи, щоб надати їм вагомого доказового значення. Це, звичайно, призводить до втрати часу та допущення тяганини у кримінальній справі.

На мою думку, виправити ситуацію, що склалася, можна було б за допомогою закріплення в кримінально-процесуальному законодавстві України норм, які дозволяли б слідчим та працівникам органу дізнання, з метою перевірки заяв та повідомлень громадян, проводити також інші слідчі дії до порушення справи. Вважаю, що таке рішення дало б економію часу та зусиль слідчих, експертів і працівників органу дізнання, спрямованих на встановлення істини у справах.

Аналізуючи положення Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації, В. Ісаєнко зазначає, що на етапі перевірки заяви про вчинений злочин існує реальна можливість отримати достатній обсяг інформації про наявність чи відсутність ознак злочину в конкретній події та на цій підставі прийняти аргументоване комплексом достатніх об'єктивних даних процесуальне рішення про порушення кримінальної справи або ж про відмову в її порушенні [2, 85]. Однак не слід забувати, що кримінально-процесуальне законодавство Російської Федерації допускає можливість призначення судової експертизи до порушення справи. Даний факт, безперечно, може слугувати підтвердженням справедливості зазначеної вище позиції щодо покращення порядку проведення перевірки заяв та повідомлень громадян.

На жаль, обсяг статті не дозволяє зробити більш детальний аналіз кримінально-процесуального законодавства щодо перевірки заяв та повідомлень громадян. Тому детальніше зупинимося на правилах проведення перевірки інформації про вчинення незаконного заволодіння транспортними засобами.

Безумовно, перевірка заяв і повідомлень про злочини, пов'язані з незаконним заволодінням транспортними засобами, має свою специфіку. Слідчому та працівникам органу дізнання, які займаються перевіркою заяви про скоєний злочин, потрібно мати на увазі, що найкращого результату вони можуть досягти тільки у стислі строки після вчинення злочину. Адже перед правоохоронцями стоїть завдання не лише перевірити, чи дійсно мало місце незаконне заволодіння транспортним засобом, а й вжити усіх можливих заходів щодо пошуку автомобіля та злочинця. Зволікання з початком пошукових заходів може призвести до втрати слідів. За короткий проміжок часу злочинець може подолати значну відстань або ж переховати викрадений автомобіль у заздалегідь приготованому для цього місці чи взагалі розібрати його на частини.

Перед початком аналізу першочергових дій слідчого, експерта та працівника органу дізнання з перевірки заяв та повідомлень громадян щодо незаконного заволодіння їх транспортними засобами необхідно визначити, чи існують якісь причини для проведення даної перевірки. Не можемо заперечувати того факту, що зволікання з порушенням кримінальної справи у зазначеній категорії злочинів неприпустиме. Обставини, що, на мою думку, доводять істинність даного твердження, розглянуті вище. Однак необхідність перевірки інформації про незаконне заволодіння транспортними засобами все ж таки існує. Так, особа, яка подає заяву про викрадення її автомобіля, може просто помилятися стосовно факту даної події. Вказане може статися у тому випадку, коли хтось з родичів заявника взяв автомобіль у власних цілях та не сповістив про це останнього (син користується транспортним засобом батька). При підтвердженні даної інформації слідчому або ж працівнику органу дізнання необхідно застосовувати положення п. 1 ч. 1 ст. 6 КПК України. Виноситься постанова про відмову в порушенні кримінальної справи у зв'язку з відсутністю події злочину.

Ще одна обставина, яка може впливати на необхідність проведення перевірки інформації про вчинення незаконного заволодіння транспортним засобом — це мож-

ливість інсценування злочину власником останнього. Причини, що можуть спонукати його до таких дій, досить різноманітні. Так, власник транспортного засобу може переслідувати мету отримання страхового полісу за свій автомобіль. Цей розвиток подій можливий лише у тих випадках, коли транспортний засіб був заздалегідь застрахований. Таким чином, при перевірці повідомлення про незаконне заволодіння транспортним засобом слідчому необхідно звернути увагу на дане питання. Крім того, не слід забувати, що власник може подати неправдиве повідомлення про незаконне заволодіння його транспортним засобом і у тому разі, коли автомобіль буде розшукуватися працівниками правоохоронних органів у зв'язку з використанням його під час вчинення злочину. Так, автомобіль може бути задіяний під час пограбування, скоєння дорожньо-транспортної пригоди або ж іншого злочину. Власник такого засобу, бажаючи уникнути кримінальної відповідальності за скоєний злочин, покидає автомобіль та повідомляє у правоохоронні органи про те, що його викрадено.

Таким чином, детальна перевірка повідомлень громадян про вчинення незаконного заволодіння їхніми транспортними засобами у багатьох випадках є необхідною. Проте, аналізуючи специфіку розслідування даної категорії злочинів, ми у черговий раз повинні наголосити на тому, що проводити таку перевірку потрібно у максимально стислі строки, адже кожна хвилина зволікання може значно ускладнити пошук викраденого транспортного засобу.

Перевірка інформації про вчинення незаконного заволодіння транспортним засобом зазвичай починається після отримання від власника заяви про злочин. Стаття 97 КПК України зобов'язує прокурора, слідчого, орган дізнання чи суддю приймати заяви і повідомлення про вчинені або підготовлювані злочини, в тому числі і у справах, що не підлягають їх віданню. Прийнявши заяву чи повідомлення про вчинений злочин, зазначені вище особи, у межах своєї компетенції, зобов'язані розглянути їх та перевірити, а у подальшому за отриманими результатами прийняти необхідне рішення в порядку тієї ж статті Кримінально-процесуального кодексу [4, 414–421].

Згідно з чинним кримінально-процесуальним законодавством слідчий та працівники органу дізнання, в ході перевірки заяв та повідомлень про вчинений злочин, уповноважені проводити такі слідчі дії, як: огляд місця події (про що зазначається у ч. 2 ст. 190 КПК); виїмку поштово-телеграфної кореспонденції та зняття інформації з технічних каналів зв'язку (ч. 3 ст. 187 КПК); судово-медичне освідування. З огляду на специфіку злочинів, пов'язаних з незаконним заволодінням транспортними засобами, проводячи перевірку інформації про них, слідчий та працівник органу дізнання спрямовують свої зусилля на проведення огляду місця події. Проведення саме цієї слідчої дії на початкових етапах розслідування дозволяє одержати значну кількість доказової інформації. Крім того, при розслідуванні зазначеної категорії злочинів до порушення кримінальної справи інколи виявляється доцільним проведення також судово-медичного освідування (при необхідності оглянути тілесні ушкодження власника викраденого транспорту чи затриманого підозрюваного). Хоча за деяких випадків не слід нехтувати й іншими слідчими діями, проведення яких дозволено до порушення справи.

Наведені вище слідчі дії — не єдиний спосіб перевірки заяв та повідомлень громадян про вчинені щодо них злочини даної категорії. Кримінально-процесуальне законодавство передбачає ряд інших процесуальних дій, спрямованих на отримання доказової інформації, проведення яких можливо до порушення кримінальної справи. До них можна віднести такі: отримання пояснень від громадян; витребування та отримання предметів і документів; контрольна закупка; ревізія; проведення оперативно-розшукових дій.

У ході перевірки заяв та повідомлень громадян про незаконне заволодіння їхніми транспортними засобами слідчі та працівники органу дізнання надають перевагу проведенню таких процесуальних дій, як отримання пояснень від громадян, витребування та отримання предметів і документів, а також проведення оперативно-розшукових дій.

Під час отримання пояснень необхідно опитати, перш за все, власника транспортного засобу, можливих свідків, сторожа автостоянки (якщо викрадений автомобіль перебував під охороною). Під час опитування власника засобу слід встановити такі дані: марку викраденого транспортного засобу, колір, державний номерний знак; особливі

прикмети автомобіля (подряпини, вм'ятини, особливості фарбування, наявність наклейок, особливості салону); хто має право на керування даним транспортним засобом; де і о котрій годині залишено автомобіль; хто має доступ до гаража, де знаходився автомобіль на момент скоєння злочину; чи було обладнано автомобіль протиугонними засобами; якщо так, то якими саме; чи підозрює когось потерпілий у вчиненні даного злочину; якщо так, то кого і чому.

У разі опитування можливих свідків події слідчому чи працівнику органу дізнання необхідно з'ясувати наступне: час скоєння злочину; кількість злочинців; чи може свідок описати, а у подальшому впізнати когось з них; яким чином та за яких обставин було вчинено проникнення до автомобіля (до гаражу, на охоронювану стоянку).

Стосовно опитування працівника охоронюваної стоянки чи гаражного кооперативу, де знаходився транспортний засіб, слід зазначити, що у випадку проведення даної процесуальної дії необхідно з'ясувати таке: чи приймав він під охорону викрадений транспортний засіб; чи заходили на територію стоянки або гаражів сторонні особи; якщо так, то за яких обставин; чи може він описати, а у подальшому впізнати даних осіб; чи була у нього можливість візуального спостереження за автомобілем; чи вживалися з його боку заходи щодо припинення незаконного заволодіння транспортними засобами; якщо так, то які саме; якщо ні, то чому; чи є можливість непомітного проникнення на територію стоянки чи гаражного кооперативу; чи були особи, які цікавилися станом та порядком охорони об'єкта; кого бачив опитуваний у період часу, коли було скоєно незаконне заволодіння транспортним засобом, поряд з охоронюваним об'єктом; чи були раніше випадки незаконного заволодіння транспортним засобом на даному об'єкті.

Перевірка заяв та повідомлень громадян про скоєння незаконного заволодіння транспортними засобами не зводиться лише до відібрання пояснень та проведення огляду місця події. У ході її проведення видається доцільним також витребування та отримання предметів і документів. Так, потерпілий повинен надати органам слідства та дізнання оригінали або ж завірені ксерокопії документів про право власності на викрадений автомобіль, посвідчення водія. Якщо ж транспортний засіб було застраховано, то до матеріалів перевірки долучаються документи, які підтверджують даний факт (страховий поліс, договір страхування). У випадку, коли транспортний засіб викрадено з охоронюваної стоянки, співробітнику ОВС, який проводить перевірку, необхідно долучити до матеріалів документи, які підтверджували б факт знаходження автомобіля у вказаному місці у момент вчинення злочину.

Кримінально-процесуальне законодавство не визначає конкретний порядок витребування даних документів та долучення їх до матеріалів кримінальної справи. На практиці факт їх вилучення закріплюється у протоколі огляду місця події або ж шляхом складання протоколу добровільної видачі.

Як вбачається, у сукупності із слідчими діями, проведення яких дозволено до порушення кримінальної справи, слідчі та працівники органу дізнання володіють значним арсеналом процесуальних дій, що дозволяють провести детальну перевірку інформації про скоєний злочин. Однак, як свідчать матеріали слідчої та судової практики, перелік даних процесуальних засобів не завжди достатній для одержання необхідної інформації, яка дозволила б прийняти єдине вірне, об'єктивне рішення з матеріалів перевірки. Стадія порушення кримінальної справи, безперечно, потребує процесуального удосконалення, про що вже зазначалося вище.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**

1. Б а ж а н о в С. Оправдана ли так называемая доследственная проверка? // Законность. — 1995. — № 1. — С. 51–54.
2. И с а е н к о В. Проблема выполнения следственных действий до возбуждения уголовного дела (закон и реальность) // Уголовное право. — 2003. — № 3. — С. 85–88.
3. Л у к ' я н ч и к о в Є. Д. Форми і зміст пізнавальної діяльності з перевірки заяв та повідомлень про злочини // Науковий вісник НАВС України. — 2005. — № 1. — С. 102–108.
4. Т е р т и ш н и к В. М. Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України. — К., 2005. — 1056 с.
5. Х о м и ч В. Предварительная проверка материалов, послуживших поводом к возбуждению уголовного дела // Законность. — 1995. — № 12. — С. 22–24.

# ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕННЯ ТА ПРИТЯГНЕННЯ ДО АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У СПРАВАХ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ (СТАТТІ 176, 178 КОДЕКСУ УКРАЇНИ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ)

**М. САМБОР**
***(Київський національний університет внутрішніх справ)***

Побудова громадянського суспільства, в якому дотримуються права, свободи та інтереси громадян, можлива лише після здійснення комплексного, системного реформування всіх сфер суспільного життя. Складовою частиною такої реформи має стати адміністративно-правова реформа, яка повинна охопити існуючі явища, особливо — існування та реалізація яких супроводжується застосуванням заходів державно-владного впливу або наслідком котрих стає примус, виконання санкцій, що тягне за собою обмеження певних прав, свобод та інтересів людини.

Зрозуміло, що міри і заходи у межах правової реформи необхідно розпочинати з удосконалення основоположних джерел, керівних ідей, що закріплюють вихідні позиції. Саме це дасть змогу послідовно, комплексно і системно здійснювати правову реформу, а відповідно і аналогічно цьому вдосконалити право в Україні. Адже дефініції, що використовуються в праві та законодавстві, пов'язують право не тільки з політикою, економікою, духовним життям суспільства, це — категорії, що забезпечують єдність різних власне правових процесів, форм, теорій, ідей і концепцій, понятійно-категоріальних рядів. При цьому аж ніяк не можна обійти увагою такий вид діяльності органів внутрішніх справ (ОВС), як адміністративна діяльність.

Адміністративна діяльність названих органів спрямована на захист життя, здоров'я, прав, свобод та інтересів громадян, забезпечення громадської безпеки, охорону громадського порядку. Одночасно, адміністративна діяльність ОВС потребує організаційно-правового забезпечення діяльності підрозділів, і при цьому, беззаперечно, визначальну роль відіграє дотримання принципів адміністративного процесу, які не зважаючи на їх розмаїття та особливості тлумачення останніх, в цілому зводяться до забезпечення прав, свобод та інтересів громадян, підприємств, установ, організацій, держави та її органів чи посадових осіб, суспільства в цілому. При цьому одним із найбільших складових адміністративної діяльності ОВС України виступає їх робота, пов'язана з провадженням у справах про адміністративні правопорушення, невід'ємною частиною якої є застосування до особи заходів примусу та юридичної відповідальності.

Поняття «відповідальність» є складним та полігамним, має філософський характер і відображає об'єктивний, конкретно–історичний характер взаємовідносин між особою та суспільством з позиції свідомого здійснення взаємних вимог, які до них ставляться [2, 36–44]. На думку С. Ожегова та Н. Шведової, слово «відповідальність» означає — необхідність, обов'язок відповідати за свої дії, вчинки, бути відповідальним за них [3, 468].

Історично поняття «юридична відповідальність» склалося у зв'язку з необхідністю відобразити такі юридичні санкції, які виражають суспільний осуд поведінки правопорушника та мають за мету здійснення глибокого впливу на нього (його волю та свідомість) [4, 473].

На думку Р. Косолапова і В. Маркова, свобода породжує відповідальність, яка, у

© М. Самбор, 2008

свою чергу, спрямовує свободу. А тому, чим ширші межі свободи, тим вище відповідальність; чим більший зміст у відповідальності, тим більшої свободи вона вимагає для своєї реалізації [5, 72].

В. Котюк визначає юридичну відповідальність як міру покарання правопорушника шляхом позбавлення його певних соціальних благ чи цінностей (матеріальних, духовних чи особистих), які йому належали до факту правопорушення, від імені держави (суспільства), на підставі закону або іншого нормативного акта з метою запобігання правопорушенням в перспективі й відновлення (чи відшкодування) втрачених суб'єктивних прав на матеріальні і духовні цінності. Юридична відповідальність — це міра покарання, яка носить, як правило, публічний характер [6, 122–124].

Диференціацію юридичної відповідальності можна визначити як встановлення в законі різних її видів (форм) залежно від найбільш типових властивостей, що характеризують в узагальненому вигляді різні групи правопорушень [7, 3].

Диференціація юридичної відповідальності, виходячи з поділу права за галузями, на мою думку, є цілком виправданою, оскільки в цьому разі постає об'єктивна можливість деталізованого аналізу особливостей застосування певного виду юридичної відповідальності з урахуванням сфери суспільних відносин та наявної в ній, притаманній лише останній, специфіки взаємостосунків учасників таких відносин, що дає можливість з'ясувати та виокремити підстави й істотні ознаки юридичної відповідальності в певній галузі. Виходячи з галузевого поділу останньої законодавець в Конституції України виділив наступні її види, а саме: 1) кримінальна відповідальність (ч. 2 ст. 80, п. 22 ч. 1 ст. 92); 2) цивільно-правова відповідальність (п. 22 ч. 1 ст. 92); 3) адміністративна відповідальність (п. 22 ч. 1 ст. 92); 4) дисциплінарна відповідальність (п. 22 ч. 1 ст. 92, п. 3. ч. ст. 131).

Адміністративна діяльність реалізується на основі застосування норм адміністративного права, що регулюють в основному відносини в галузі громадського порядку та громадської безпеки, а також норм, які захищають життя, здоров'я, права та свободи громадян [1, 7].

Адміністративна відповідальність — це різновид юридичної відповідальності, що являє собою сукупність адміністративних правовідносин, котрі виникають у зв'язку із застосуванням уповноваженими органами до осіб, які вчинили адміністративний проступок, передбачених нормами Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі — КУпАП) санкцій [8, 430]. Однак це не єдине та уніфіковане, прийняте для всіх, визначення й розуміння адміністративної відповідальності.

С. Гончарук адміністративну відповідальність — різновид правової відповідальності — розуміє як специфічну форму реагування держави в особі її компетентних органів на вчинення адміністративних проступків, згідно з якою особи, що скоїли ці проступки, повинні відповісти перед уповноваженими державними органами за свої неправомірні дії і понести за це адміністративні стягнення в установлених законом формах і порядку [9, 97].

І. Голосніченко під адміністративною відповідальністю розуміє інститут адміністративного права, що являє собою обов'язок особи, яка скоїла адміністративний проступок, нести відповідальність за свої протиправні дії у межах встановленого законодавством стягнення [10, 21].

В. Остапчук, формулюючи загальне визначення адміністративної відповідальності, спирається на те, що адміністративна відповідальність — це особливе правовідношення із застосуванням в установленому адміністративним правом порядку компетентними органами й посадовими особами до винної особи адміністративних стягнень та виконання правопорушником накладених на нього стягнень [11, 51].

Зважуючи на викладене та узагальнивши погляди науковців на розуміння сутності адміністративної відповідальності, бачимо, що так чи інакше всі вони доходять до того, що підставою її настання виступає сукупність певних елементів: по-перше, певного факту — події, яка несе певну суспільну небезпеку для оточуючих, а за суб'єктивно-об'єктивними ознаками підпадає під формально визначені склади адміністративних правопорушень, передбачених нормами КУпАП, певне правовідношення між уповноваженими державою органами та посадовими особами, з одного боку, та правопорушником і третіми самостійними учасниками такого правовідношення, які стали суб'єктивно незацікавленими активними чи

пасивними учасниками факту — події правопорушення (очевидці, свідки), чи-то потерпілими від таких незаконних дій окремих осіб або їх груп.

Отже, на мій погляд, чи не найголовнішою складовою настання юридичної відповідальності та застосування до винних заходів державного примусу, є саме правовідношення, в межах якого відбувається встановлення складу адміністративного проступку, його співвіднесення з конкретною правовою нормою, а відповідно кваліфікація того чи іншого протиправного діяння.

Метою статті є з'ясування та уточнення окремих положень і вимог чинного законодавства й норм відомчих нормативно-правових актів, пов'язаних із провадженням у справах про адміністративні правопорушення, й притягнення до адміністративної відповідальності за статтями 176, 178 КУпАП.

Необхідною умовою початку провадження у справі про адміністративне правопорушення, а відтак і притягнення винної особи до адміністративної відповідальності, вважаю, є вчинення останньою протиправного діяння, склад якого визначено у гіпотезі та диспозиції статей 176, 178 КУпАП.

Основною підставою юридичної відповідальності є склад правопорушення [12, 207], наявність правової норми, що передбачає цей склад; юридичний факт — вчинення самого правопорушення [4, 487]. Склад правопорушення становить сукупність таких складових елементів, як: об'єкт (суспільні відносини, урегульовані нормами права і які охороняються санкціями відповідних галузей права), об'єктивна сторона (протиправне діяння, передбачене відповідною правовою нормою); суб'єкт (фізичні чи юридичні особи залежно від особливостей конкретних видів юридичної відповідальності); суб'єктивна сторона (внутрішнє ставлення суб'єкта до скоєного правопорушення та його негативних наслідків) [9, 108–114].

У цьому процесі, спрямованому на повне, об'єктивне та всебічне дослідження обставин справи, важливу роль відіграє діяльність спеціально уповноважених органів держави, посадових осіб чи в окремих випадках недержавних організацій, підприємств та установ, а також їх посадових та службових осіб, спрямована на встановлення складу адміністративного проступку. І в даному процесі неабияка роль відводиться адміністративному розслідуванню.

Адміністративне розслідування дійсно притаманне кожній стадії провадження в справах про адміністративні правопорушення (проступки). Слід зазначити, що висловлювалась точка зору про існування стадії такого розслідування С.Котюргіним, який вважав, що адміністративне розслідування є початковою стадією адміністративного провадження і включає в себе діяльність зі встановлення фактичних обставин правопорушення, виявлення осіб, які вчинили його, фіксації обставин у протоколі чи в іншому документі. Але йдеться не про встановлення обставин справи на всіх стадіях провадження, а лише до розгляду справи по суті. Тобто це — попереднє адміністративне розслідування, яке за змістом можна порівняти з попереднім кримінальним розслідуванням, але в спрощеному вигляді [13, 26–27].

Попереднє адміністративне розслідування являє собою систему обов'язкових процесуальних дій, які провадяться органом адміністративної юрисдикції для збирання доказів, встановлення об'єктивної істини в справі про адміністративні правопорушення і спрямовані на забезпечення підготовки матеріалів справи про адміністративне правопорушення до розгляду по суті. Зазначене розслідування провадиться для виявлення обставин, що мають значення для правильного вирішення справи [13, 27].

Провадиться воно за допомогою відповідних процесуальних дій, таких, як: опитування свідків, потерпілих, а також правопорушника особою, яка уповноважена складати протокол про адміністративні проступки; дослідження речових доказів; огляд речей та особистий огляд; вилучення речей і документів та їх дослідження; призначення експертизи; попереднє вивчення матеріалів справи та прийняття рішення про їх надіслання до компетентного органу або посадовій особі [3, 27–28].

Протокол є основним процесуальним документом, що оформлюється на стадії порушення справи та попереднього з'ясування її обставин [14, 124]. У процесі складання протоколу про адміністративні правопорушення уповноважена на це особа повинна обов'язково дотримуватися передбачених ст. 256 КУпАП вимог, які висуваються до його змісту. Такий стан справ зумовлений органічним поєднанням значної кількості властивостей, причин, умов, фактів та подій, що підлягають встановленню і доказуванню

під час збирання, документування протиправних дій та вирішення питання про притягнення винної особи до встановленої законом адміністративної відповідальності.

У постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами України законодавства, спрямованого на подолання пияцтва і алкоголізму, викорінення самогоноваріння» зазначається, що судді, розглядаючи справи про розпиття спиртних напоїв у громадських місцях і появу в таких місцях у п'яному вигляді та інші правопорушення, вчинені на ґрунті пияцтва і алкоголізму, мають ретельно перевіряти обставини їх вчинення, не допускаючи випадків притягнення до адміністративної відповідальності осіб, які вчинили дії, що за своїм характером і ступенем суспільної небезпеки є кримінально караними, а так само і тих, у діях яких відсутні ознаки адміністративного правопорушення.

Норми як ст. 176, так і ст. 178 КУпАП містять поняття «спиртні напої». Однак деталізований аналіз законодавчих актів України засвідчує, що вони не містять визначення «спиртні напої» та не дають чіткого, єдино прийнятого розуміння зазначеного словосполучення. Поряд з цим законодавець у змісті норм позитивного права досить часто користується поняттям «алкогольні напої». Спираючись на спорідненість названих понять, мабуть, виваженою позицією буде з'ясування їх використання законодавцем у нормах правових актів.

Так, п. 4 ч. 1 ст. 1 Закону України від 15 вересня 1995 р. «Про акцизний збір на алкогольні напої та тютюнові вироби» визначає алкогольні напої — продукти, одержані шляхом спиртового бродіння цукромістких матеріалів або виготовлені на основі харчових спиртів з вмістом спирту етилового понад 1,2 відсотка об'ємних одиниць, які відносяться до товарних груп Гармонізованої системи опису та кодування товарів під кодами 22 04, 22 05, 22 06, 22 08.

Визначення алкогольних напоїв, викладене в п. 6 ч. 1 ст. 1 Закону України від 19 грудня 1995 р. «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів», фактично відбиває зміст, викладений в Законі «Про акцизний збір на алкогольні напої та тютюнові вироби».

Поряд з цим, у підп. 4 п. 2 Положення про марки акцизного збору, затвердженого Указом Президента України № 849/95 від 18 вересня 1995 р., під алкогольними напоями розуміються продукти, одержані шляхом спиртового бродіння цукровмісних матеріалів або виготовлені на основі харчових спиртів із вмістом понад 8,5 відсотка етилового спирту, які розлиті у пляшки або іншу тару (крім тари, в якій вони транспортуються і зберігаються для подальшого фасування) з кінцевою метою здійснення роздрібної торгівлі.

Зазначені вище законодавчі дефініції істотно різняться між собою, хоча намагаються розтлумачити фактично одне і теж поняття. Незважаючи на певні протиріччя, що містять ці визначення, всі вони зводяться до того, що алкогольні напої — це спиртовмісні напої, а точніше напої, що містять в собі певну долю харчового етилового спирту, хоч кожне з цих визначень порізному підходить до дольової місткості в напої спирту етилового — понад 1,2 відсотка об'ємних одиниць; понад 8,5 відсотків етилового спирту. Отже, можна зробити висновок, що алкогольні напої є родовим поняттям для спиртних напоїв, і ці категорії співвідносяться як ціле та частина.

Наступним кроком нашого дослідження є з'ясування понять «спирт» та «спиртні напої». У ст. 1 Закону «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» пропонується визначення поняття «спирту» та наводиться законодавчо закріплена класифікація спиртів, придатних до вживання. Так, спирт етиловий питний у цьому Законі розуміється як спирт етиловий ректифікований, розбавлений водою за спеціальною технологією до визначеного стандартом вмісту алкоголю. Поряд з цим наводяться видові визначення різного роду споживчих для населення спиртів.

Спирт коньячний тлумачиться як спирт, отриманий шляхом переробки коньячних виноматеріалів за спеціальною технологією для подальшої багаторічної витримки в контакті з деревиною дуба. Спирт плодовий у цьому Законі визначається як спирт, отриманий шляхом переробки яблучних виноматеріалів за спеціальною технологією для виробництва алкогольних напоїв за коньячною технологією.

Наведене підтверджує, що законодавець не запропонував загальноприйнятого визна-

чення поняття «спирту» та, відповідно, «спиртні напої», як похідне від спирту, а тому залишається дискусійним положення статей 176, 178 КУпАП, де саме звертається увага на вжиття та виготовлення не алкогольних, а спиртних напоїв, а відповідно перебування у п'яному вигляді, а не у стані алкогольного сп'яніння. Фактично таке твердження підкріплюється і нормою ст. 177 КУпАП, де наслідком вжиття спиртних напоїв є настання нетверезого стану, а не стану алкогольного сп'яніння.

Як наслідок, реалізація закріплених у законодавстві положень щодо встановлення адміністративної відповідальності за правопорушення, передбачені статтями 176, 178 КУпАП, на практиці викликає певні труднощі, пов'язані із застосуванням їх положень, зокрема, визначень понять, що використовуються в них.

Хоча поряд з цим п. 8.5. Додатку 1 Методичних рекомендацій «Періодичність контролю продовольчої сировини та харчових продуктів за показниками безпеки», затверджених наказом Міністерства охорони здоров'я України від 2 липня 2004 р. № 329, де йдеться про контроль за показниками безпеки продовольчої сировини та харчових продуктів, зазначає: горілка, лікеро-горілчані та інші спиртні напої. З цього можна зробити висновок, що саме горілка, лікеро-горілчані вироби та напої, що містять спирти, чи виготовлені за принципом виробництва вказаних вище рідин, є спиртними напоями.

Тож постає питання: яким чином має відбуватися віднесення тієї чи іншої рідини до самогону або іншого міцного спиртного напою домашнього вироблення. Звернення до правозастосовчої практики ОВС та проведеного автором дослідження, що полягало у вивченні справ про адміністративні правопорушення (ст. 176 КУпАП), засвідчило, що з 101 справи, порушеної співробітниками міськвідділу у 2006 р., лише з 13 вилучені речовини надіслані до науково-дослідних експертно-криміналістичних установ для проведення експертиз, за якими у трьох випадках надані висновки спеціаліста та у дев'яти — довідки експерта. Практично аналогічну ситуацію спостерігаємо й у 2007 р., оскільки з досліджених 107 справ лише у 11 справах вилучені рідини направлені для проведення досліджень та у чотирьох матеріалах справ про адміністративні правопорушення (ст. 176 КУпАП) є висновки спеціаліста, які підтверджують, що вилучена рідина є самогоном.

Крім зазначеного, дискусійним залишається положення встановлення факту сп'яніння, що вживається у ст. 178 КУпАП. Проведений аналіз справ про адміністративні правопорушення за 2006 р. (а це 1475 справ, порушених співробітниками одного міськвідділу) засвідчив, що лише у чотирьох є матеріали про проведення освідування на предмет вживання спиртних напоїв (протоколи медичного освідування для встановлення факту вживання алкоголю та стану сп'яніння), що становить 0,27 % від загальної кількості справ про адміністративні правопорушення (ст. 178 КУпАП), а у 2007 р. — з 1200 справ про адміністративні правопорушення, передбачені ст. 178 КУпАП, лише у 0,33 % справ (чотири матеріали) є акти медичного освідування для встановлення факту вживання алкоголю та стану сп'яніння. Річ у тім, що з пояснень, що є в протоколах про адміністративні правопорушення (ст. 178 КУпАП) 2006 р., є такі, як «згоден» — 732, «випив 100 гр та менше горілки» — 141, «випив 200 гр горілки» — 120, «випив 200 гр і більше» — 132, «випив пиво» — 40, та лише у 15 матеріалах є змістовні пояснення правопорушників. Тож, на мій погляд, практика свідчить, що відсутність роботи спеціально уповноважених органів та їх посадових осіб по збиранню доказів у таких справах істотно гальмує реалізацію в повному обсязі конституційних норм, спрямованих на захист громадян. А відсутність матеріалів протоколів медичного освідування для встановлення факту вживання алкоголю та стану сп'яніння фактично підтверджує це, оскільки закономірно викликає сумнів факт сп'яніння після вживання пива чи-то ж 100 гр горілки. Прикладом є виявлення дільничним інспектором міліції особи, яка перебуває у стані сп'яніння в громадському місці, складення ним протоколу про адміністративне правопорушення відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 255 КУпАП та прийняття рішення по ньому згідно з підп. 3 п. 1 ч. 2 ст. 222 КУпАП. Таким чином, відбувається суб'єктивна оцінка наявності у правопорушника стану алкогольного сп'яніння співробітником ОВС, де факто — встановлення ознак правопорушення, який в подальшому й буде приймати рішення у даній справі, оскільки це передбачено ст. 222 КУпАП.

Виходить, що у справах про адміністративні правопорушення замість презумпції невинуватості (ст. 62 Конституції України) діє презумпція винуватості, оскільки рішення приймається переважно на згоді порушника (лише у 113 матеріалах з 2675 справ за 2006—2007 рр. є додаткові матеріали, що підтверджують вину порушника (свідки правопорушення), у 2006 р. вони зазначені у 51 справі (у 45 — 2 свідки та у 6 — 2 свідки), а у 2007 р. — 62 (з яких 2 свідки — у 59 справах, 1 свідок — у 3 справах), що становить 4,23% від усіх справ, порушених за ст. 178 КУпАП. Звідси виходить, що співробітники міліції приймають рішення щодо підтвердження факту вжиття спиртних напоїв чи їх розпиття виключно суб'єктивно, керуючись при цьому власним досвідом, не залучаючи до даної процедури фахівців-лікарів.

Визначення ступеня алкогольної інтоксикації за результатами судово-токсикологічного дослідження крові провадиться за загальноприйнятою орієнтовною схемою. При оцінці фази алкогольної інтоксикації слід пам'ятати, що фаза усмоктування (резорбції), при якій найбільша кількість етилового спирту перебуває в крові, продовжується від 30 хвилин до трьох годин залежно від ступеня наповнення шлунка їжею, її хімічного складу, кількості та міцності прийнятого спиртного напою, ступеня звикання до алкоголю, захворювань, стану організму, статі, віку та деяких інших причин.

Ознаками знаходження особи у стані алкогольного сп'яніння, зазначається в Інструкції про порядок направлення громадян для огляду на стан сп'яніння в заклади охорони здоров'я та проведення огляду з використанням технічних засобів, затвердженої наказом Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства охорони здоров'я України та Міністерства юстиції України від 24 лютого 1995 р. № 114/38/15-36-18, є: запах алкоголю з рота, нестійкість пози, порушення мови, виражене тремтіння пальців рук, різка зміна забарвлення шкіряного покриву обличчя, поведінка, що не відповідає обстановці. Заява громадян про вживання водієм спиртних напоїв, а так само зізнання в цьому самої особи.

У Інструкції зазначено, що встановлення у правопорушника стану сп'яніння здійснюється на підставі його огляду, який провадиться згідно з вимогами даної Інструкції працівниками міліції з використанням індикаторних трубок «Контроль тверезості» або інших спеціальних технічних засобів та(або) працівниками медичних закладів. У п. 2.2. Інструкції вказується, що до проведення огляду особи на стан сп'яніння із застосуванням індикаторної трубки «Контроль тверезості» допускаються уповноважені працівники органів внутрішніх справ, які мають спеціальні знання і пройшли відповідну підготовку в системі службового навчання.

А відтак, адекватно оцінити стан сп'яніння без залучення фахівців медичної установи неможливо, тому, вважаю за необхідне в обов'язковому порядку проведення медичного освідування, що фактично являє собою залучення експерта (ст. 273 КУпАП), саме це є оптимальним шляхом забезпечення законності, дотримання прав, свобод та інтересів громадян, що беруть участь у провадженні справ про адміністративні правопорушення, а також виступить важелем стабілізації громадської безпеки.

Сподіваюсь, що підняті проблеми зумовлять активну роботу, в тому числі й законотворчу, спрямовану на врегулювання цього дискусійного питання, що має зробити адміністративну відповідальність дієвим важелем захисту прав людини і громадянина у нашій країні. Подальші дослідження у даній сфері, на мою думку, слід спрямувати на аналіз ефективності застосування на практиці адміністративної відповідальності за статтями 176, 178 КУпАП.

Отже, вирішення низки проблем теоретичного та практичного характеру, пов'язаних із уніфікацією та встановленням загальноприйнятих визначень зазначених вище дефініцій у законодавчих актах, дозволить узагальнити адміністративно-правозастосовчу практику органів внутрішніх справ України та спрямувати її у русло забезпечення пріоритетності прав, свобод та інтересів людини і громадянина у сфері адміністративної діяльності.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**

1. Адміністративна діяльність органів внутрішніх справ. Загальна частина: Підруч. — К., 1999. — 180 с.
2. К а ш т а н и н а Т. В. Правовые понятия как средства постижения содержания права // Сов. гос. и право. — 1981. — № 1. — С. 36–44.
3. О ж е г о в Н. И., Ш в е д о в а Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений. — М., 1999. — С. 468.
4. К е л ь м а н М. С., М у р а ш и н О. Г., Х о м а Н. М. Загальна теорія держави та права: Підруч. — 3-тє вид., стереотипне. — Львів, 2007. — 584 с.
5. К о с о л а п о в Р. И., М а р к о в В. С. Свобода и ответственность. — М., 1969. — 95 с.
6. К о т ю к В. О. Теорія права: Курс лекцій: Навч. посіб. для юрид. факульт. вузів. — К., 1996. — 208 с.
7. К р у г л и к о в Л. Л. О понятии и видах дифференциации ответственности // Дифференциация ответственности и вопросы юридической техники в уголовном процессе: Сб. науч. статей / Под ред. проф., заслуженного деятеля науки РФ, действительного члена МАН ВШ и РАЕН Л. Л. Кругликова. — Ярославль, 2001. — 140 с.
8. Адміністративне право України. Акад. курс: Підруч. у двох томах: Т. 1. Загальна частина / Ред. колегія В. Б. Авер'янов (голова). — К., 2004. — 584 с.
9. Г о н ч а р у к С. Т. Адміністративне право України: Навч. посіб. — К., 2000. — 240 с.
10. Г о л о с н і ч е н к о І. П. Адміністративне право України (основні категорії і поняття). Загальна та особлива частини. Посібник для студентів вищих навчальних закладів, які навчаються за спеціальністю «Правознавство». — Ірпінь, 1998. — 52 с.
11. О с т а п ч у к В. Питання реформування адміністративної відповідальності за порушення авторського права та суміжних прав // Підприємництво, господарство і право. — 2004. — № 8. — С. 51–54.
12. К р а в ч у к М. В. Теорія держави і права (опорні конспекти). — К., 2003. — 287 с.
13. Г о л о с н і ч е н к о І., С т а х у р с ь к и й М., З о л о т а р ь о в а Н. Попереднє адміністративне розслідування як стадія провадження в справах про адміністративні проступки // Право України. — 2002. — № 2. — С. 26–30.
14. Л е в ч е н к о С. Особливості провадження у справах про адміністративні проступки в галузі торгівлі // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 12. — С. 124–126.

*Рекомендовано до друку кафедрою теорії держави та права Київського національного університету внутрішніх справ.*

Видавничий Дім «Ін Юре» пропонує:




**Судова практика Верховного Суду України у справах про адміністративні правопорушення**

**За загальною редакцією П. П. Пилипчука. — 2007. — 328 с.**

У збірнику вміщено роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, що стосуються розгляду судами загальної юрисдикції справ про адміністративні правопорушення, відповідні аналітичні та статистичні матеріали, а також докладно висвітлюється практика Верховного Суду України за 2001–2005 рр. з перегляду рішень у справах цієї категорії.

Наведені у збірнику матеріали будуть корисними для суддів, працівників апаратів судів, правоохоронних органів, адвокатів, науковців, викладачів і студентів юридичних вузів та факультетів, а також громадян, яких цікавлять питання адміністративної відповідальності.

# ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОПОДАТКУВАННЯ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ СХІДНОЇ ГАЛИЧИНИ ТА БУКОВИНИ В АВСТРО-УГОРСЬКИЙ ПЕРІОД

**Л. КОРИТКО**
***старший викладач***
***(Івано-Франківський університет права***
***ім. короля Данила Галицького)***

На стан розвитку будь-якої держави впливає, крім інших чинників, її податкова політика. Це повною мірою стосується і тих держав, які уже не існують, але помітно вплинули на становлення державно-правової думки певного періоду. Серед них — й Австрійська імперія. В її складі на момент укладення Австро-Угорського компромісу (1867 р.) перебували Східна Галичина і Буковина. Цей період української історії став предметом наукових досліджень В. Кульчицького, М. Никифорака, Р. Петріва, М. Мацькевича та інших істориків права. Однак вони акцентували увагу на вивченні державного ладу, конституційного, виборчого права.

Окреме цілісне дослідження господарських відносин, стану суб'єктів господарювання, їх оподаткування в австро-угорський період у правовій науці відсутнє. Тому мета пропонованого матеріалу полягає у намаганні висвітлити стан податкової політики Австрійської імперії щодо господарюючих суб'єктів.

Після створення і реєстрації суб'єкта господарювання в окружному суді, який виступав як торговельний, необхідно було надати інформацію про реєстрацію товариства чи іншого суб'єкта до староства (як податкового органу) протягом 14 днів (така вимога передбачена § 116 Закону від 25 жовтня 1896 р. № 220 «Про прямі особисті податки», надрукованому у Віснику законів державних за 1896 р.) та повітової Дирекції скарбу. Варто розуміти її як аналог сучасного Державного казначейства. Цим установам надсилалися копії статуту і рішення суду про реєстрацію, засвідчені печаткою та підписами двох членів правління. Органом оподаткування були крайові податкові комісії (Steuer Lokalkomission) [3, 65].

Суб'єкти сплачували у досліджуваний період певні обов'язкові платежі. До них належали: 1) «стемплі і правні належитості» [2, 295]; 2) податки. Відносини з приводу «стемплевих» оплат належали до компетенції дирекції Скарбового округу, а податкові питання перебували у віданні податкових урядів.

Законом від 9 лютого 1850 р. «Про обов'язкові платежі» належитості (*тобто платежі* — **Л. К.**) поділялися на:

1) безпосередні — такі, що сплачувалися безпосередньо у податковому органі шляхом складання і подання звіту (виказу);

2) посередні — ті, що сплачувалися за допомогою «стемплів» — спеціальних марок, які закуповувалися та наклеювалися на документ, що підлягав оплаті платежем.

Звіт складався у двох примірниках, один з яких залишався в податковому органі, а другий, з підтвердженням про одержання, повертався товариству. Бланки звітів безкоштовно видавалися податковими органами. А також можна було складати звіти у довільній формі (не на спеціальних бланках) [2, 296]. Ця норма пізніше була затверджена розпорядженнями Міністерства скарбу від 13 грудня 1862 р. та підтверджена 7 травня 1875 р.

© Л. Коритко, 2008

Стемплева оплата (*гербовий збір* — **Л. К.**) стягувалась при реєстрації статуту шляхом наклеювання на його примірник «стемплю», тобто марки на певну суму, яку необхідно було сплатити до Дирекції скарбу. Законодавством передбачалися також інші випадки стягнення «стемплевих» оплат.

Оподаткування діяльності суб'єктів господарювання на українських землях Східної Галичини і Буковини в австро-угорський період здійснювалося на підставі декількох законодавчих актів, зокрема: Patencie o podatky zarobkowym від 31 грудня 1812 р.; Patencie o podatky dochodowym від 29 жовтня 1849 р. [7, 13]; Закону «Про обов'язкові платежі» від 9 лютого 1850 р.; Закону від 9 березня 1870 р. (В. з. д., № 23), який регулював відносини щодо сплати прямих податків та відсотків за їх несвоєчасну сплату; Закону від 18 березня 1878 р. (В. з. д., № 31), котрий визначав перебіг строку давності щодо стягнення податків; Закону «Про прямі особисті податки» від 25 жовтня 1896 р. (В. з. д., № 220).

Останній Закон складався з п'яти розділів, що містили 284 параграфи. Як свідчать тогочасні публікації, зокрема у «Правді» (газета виходила у Львові у другій половині XIX ст.), метою прийняття даного Закону і проведення всієї податкової реформи було «не здобути нові джерела доходів для держави або підвищувати податки, лише рівномірніше їх розділити» [4, 137].

Безпосередньо відносини з приводу оподаткування суб'єктів господарювання регулювалися другим розділом «Про заробковий податок від підприємств, обов'язаних до прилюдного складання рахунків» (*тобто таких, що підлягали публічній звітності* — **Л. К.**).

Роз'яснення терміна «прилюдне складання рахунків» дано у п. 2 «Податкова повинність» артикулу I виконуючих приписів до Закону від 25 жовтня 1896 р., оголошених 18 травня 1897 р. (В. з. д., № 124). Це означало, що підприємець, згідно із Законом або статутом, був зобов'язаний до періодичного складання рахунків у той спосіб, що вони повинні бути оголошені, перевірені та затверджені загальними зборами учасників підприємства, або ці рахунки з метою перевірки та затвердження мають бути подані певному наглядовому чи управлінському органу, такому, як міністерство, намісництво, староство, державна рада, крайовий сейм, громадська рада і т. п.[5, 971]. Параграфом 83 Закону та артикулом I даних приписів визначено перелік видів підприємств, які підлягали оподаткуванню. До них належали: підприємства заробіткові, тобто підприємства акціонерних спілок та командитних спілок на акції; підприємства копальняних спілок; підприємства обезпечень, у тому числі взаємних обезпечень (кредитні, ощадні спілки); державні залізниці; підприємства заробіткових і господарських товариств, які не обмежували свою діяльність тільки на своїх членів: виробничі, задаткові, довірчі товариства, споживчі, сировинні, складські товариства, товариства для придбання житла, ремісничі товариства тощо; товариства, котрі обмежували свою діяльність на своїх членів: ощадні каси, заклади взаємних обезпечень, позичкові каси, створені з фондів контрибуційних і податкових, громадські позичкові каси.

Підставою оподаткування був чистий доход (зиск), обчислений за повний останній рік, що передував податковому (§ 92 Закону від 25 жовтня 1896 р.)[1, 695]. Зобов'язання щодо сплати податків виникало з початком діяльності підприємства, а припинялося у тому кварталі, в якому підприємство завершувало свою діяльність (§§ 116–118 названого вище Закону) [1, 702]. Законом передбачалися також деякі пільги для певних категорій суб'єктів господарювання — платників податків.

Як йшлося вище, форма звітності встановлювалася розпорядженнями Міністерства скарбу від 13 грудня 1862 р. (В. з. д., № 89) та від 7 травня 1875 р. (В. з. д., № 86).

За ухилення від сплати податків винні особи згідно з § 241 V розділу «Про карні постанови. Ухил від податку», крім недосплаченої суми, сплачували штраф у дев'ятикратному розмірі від несплаченої суми [1, 725].

Тогочасним законодавством була встановлена й сплата суб'єктами господарювання непрямих податків. Це стосувалося виробників пива, алкогольних напоїв, цукру. Зокрема, цісарським розпорядженням № 120 від 17 липня 1899 р. передбачалося: «підлягає... податковій у квоті 34 г. від кожного гектолітра...пивна заправа..., з котрої можна виробити пиво...» (§ 1); «податок від пива обов'язаний платити броварник-підприємець...» (§ 2) [6, 225].

Майже відразу після укладення Австро-Угорського компромісу, Законом від 28 липня 1871 р. (В. з. д. за 1871 р., № 89) було

врегульовано на рівні австрійського та угорського Міністерств скарбу питання розподілу податків від підприємств, що здійснювали діяльність на території обох частин імперії.

Отже, в австро-угорський період суб'єкти господарювання сплачували прямі і непрямі податки. Для врегулювання податкових відносин прийнято достатньо нормативних актів. Ними було встановлено види суб'єктів господарювання, що підлягали оподаткуванню, порядок нарахування та сплати обов'язкових платежів, відповідальність за ухилення від сплати податків. Вивчення та опрацювання австрійського податкового законодавства дає можливість зробити порівняння із сучасним українським податковим законодавством, охарактеризувати їх спільні риси та відмінності, щоб глибше вивчити історію права земель, які в різні часи перебували під іноземним пануванням.

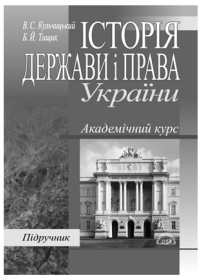
Перспективними напрямами майбутніх досліджень можна вважати вивчення оподаткування окремих галузей виробництва, а також врегулювання податкових відносин обох частин імперії — Австрії і Угорщини.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**


1. Вісник законів державних для королівств і країв, заступлених в Раді державній. — Рочник 1896. — № 220. — Вип. LXXXIV. — Відень, 1896. — С. 673–732.
2. К о р м о ш Т. Підручник для заробково-господарських товариств, основаних на підставі Закону від 9 квітня 1873. — Ч. 70. — В. з. д. — Перемишль, 1912. — 576 с.
3. Н и к и ф о р а к М. В. Державний лад і право на Буковині в 1774—1918 рр. — Чернівці, 2000. — 279 с.
4. Огляд політичний. Австрійсько-Угорська монархія // Правда. Місячник політики, науки і письменства. — Том XXIV. — Вип. LXXIV. — Від 28/16 лютого 1895 р. — Видавець і редактор А. Березинський. — Львів, 1895. — С. 136—138.
5. Приписи, як виконувати Закон з 25 жовтня 1896. — В. з. д. — Ч. 220; О прямих (безпосередніх) податках особистих. II Розділ. Про заробковий податок від підприємств, обов'язаних до прилюдного складання рахунків (Оповіщено розпорядженням Міністерства скарбу з 18 мая 1897 р.) // Вісник законів державних для королівств і країв, заступлених в Раді державній. — Рочник 1897. — № 124. — Вип. LII. — Відень, 1897. — С. 971—1020.
6. Цісарське розпорядження із 17 липня 1899 р., котрим змінюються закони, дотикаючі непрямих податків, що остають в тісній зв'язки з промисловою продукцією, відтак про зміну австрійсько-угорської ділової угоди // Вісник законів державних для королівств і країв, заступлених в Раді державній. — Рочник 1899. — № 120. — Вип. XLVIII. — Відень, 1899. — С. 225–263.
7. G a r g a s Z. Reforma opodatkowania towarzystw akcyjnych. — Lwow, 1906. — XI. — 166 s.



Видавничий Дім «Ін Юре» пропонує:




**Історія держави і права України**

**Кульчицький В. С., Тищик Б. Й. Академічний курс: Підручник для студентів вищих навчальних закладів. — 2008. — 624 с.**

Мета авторів цього підручника — не нав'язати читачеві свої оцінки, судження, трактування історії держави і права України, а спонукати його до роздумів, аналізу викладеного матеріалу, власних висновків. Автори не претендують на встановлення абсолютної істини і повну вичерпність викладу, але сподіваються, що ця праця буде корисною для студентів, а також для всіх, хто цікавиться історією держави і права України, для засвоєння цього предмета.

***Замовляйте видання за телефонами:***
***(044) 537-51-20, 537-51-21***
***або за електронною поштою***
***sales@inyure.kiev.ua***
***http://shop.inyure.kiev.ua***

# МІЖНАРОДНЕ ГУМАНІТАРНЕ ПРАВО У КОНТЕКСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗБРОЙНИХ КОНФЛІКТІВ

**С. СТАСЮК**
***(Національна академія оборони України)***

Аналіз локальних війн та збройних конфліктів другої половини XX — початку XXI ст. свідчить про реальну загрозу для будь-якої держави бути втягнутим у війну. У такій ситуації людство покладає великі надії на міжнародне гуманітарне право (МГП), роль і значення якого постійно зростають. Як галузь міжнародного права МГП покликане, виконуючи спільну регулятивну функцію, захищати цивілізовані відносини між державами, права і свободи людини. Воно має власну систему припинення злочинів, ефективність якої великою мірою залежить від держав — учасниць відповідних договорів. Така система не лише чітко визначає злочинні діяння та передбачає санкції за порушення МГП державами, міжнародними організаціями та окремими особами, а й зобов'язує держави вжити низку невідкладних заходів на національному рівні. Разом з тим, у світі продовжують тривати збройні конфлікти, відбуваються гуманітарні катастрофи, вчиняються жахливі міжнародні злочини, зокрема й серйозні порушення МГП. А тому проблема правового регулювання збройних конфліктів була і залишається однією з найгостріших на сучасному етапі розвитку суспільства.

Висвітленню проблеми регулятивних можливостей міжнародного гуманітарного права приділялась певна увага у працях Я. Броунлі [1], В. Буткевича та І. Лукашука [2], І. Сандоса [3] та інших дослідників. Так, наприклад, у праці В. Базова розкривається роль і місце МГП в загальній системі запобігання та припинення міжнародних злочинів, які можуть бути скоєні як державами та міжнародними організаціями, так і окремими особами під час збройних конфліктів [4]. Деякі можливості МГП в контексті правового регулювання збройних конфліктів висвітлюють у своїх працях І. Бліщенко [5], А. Коротков та Ю. Сокових [6]. Проте ці автори розглядають застосування норм міжнародного права переважно безвідносно до його природи, можливостей, способів реалізації тощо. Тому завданням статті є аналіз юридичної природи МГП та відповідних їй абстрактних і реальних можливостей регулювання збройних конфліктів; порівняльний аналіз дієвості права збройних конфліктів з іншими правовими засобами, зокрема, «силовими» концепціями гамування стихії насильства.

Міжнародне гуманітарне право (іноді його називають право збройних конфліктів або право війни) — це сукупність міжнародно-правових норм, які спрямовані на захист жертв збройних конфліктів і встановлюють заборону або обмеження методів та засобів ведення війни, а також відповідальність за порушення певних принципів і норм [4, 6].

Як самостійна галузь міжнародного публічного права (jus in bello), МГП має принципові відмінності як від права держав на ведення війни (jus ad bellum), так і від права прав людини. Jus in bello, тобто власне міжнародне гуманітарне право встановлює правила ведення війни і не розглядає питання стосовно права держав застосовувати силу. МГП не забороняє війну, проте це ні у якій мірі не означає, що воно визнає законність війни як такої. Воно лише відсилає до вказаних вище норм міжнародного права, викладених у Статуті ООН [7]. Про це прямо йдеться у преамбулі 1-го Додаткового протоколу. МГП не розглядає причини, що лежать у підгрунті конфлікту. Для його застосування

© С. Стасюк, 2008

неважливо, хто є ініціатором конфлікту. Норми МГП застосовуються з самого початку конфлікту і діють у рівній мірі стосовно усіх його учасників.

Таким чином, у міжнародному гуманітарному праві принцип так званої взаємності не застосовується.

Jus ad bellum розглядає питання, пов'язані з правом держав вдатися до сили у разі самооборони. Як відомо, у сучасному міжнародному праві встановлена заборона на застосування сили. Принцип незастосування сили і загрози цією силою закріплений у Статуті ООН. У ст. 2 Статуту передбачено, що «усі члени Організації Об'єднаних Націй утримуються у міжнародних відносинах від загрози силою або від її застосування як проти територіальної недоторканності або політичної незалежності будь-якої держави, так і будь-яким іншим чином, несумісним з метою Організації Об'єднаних Націй» [7, 197]. Держава має право застосувати силу тільки захищаючись від агресії. Право держав на індивідуальну або колективну самооборону закріплене у ст. 51 Статуту ООН. Законним випадком застосування сили є участь збройних сил у проведенні миротворчих військових операцій, які повинні здійснюватись згідно зі Статутом ООН.

Розглядаючи взаємозв'язок МГП і права прав людини необхідно відзначити, що обидві галузі мають одне й те саме історичне та філософське коріння, зародилися у стародавні часи завдяки необхідності захистити людину від ворожих сил, які їй загрожували. Це, у свою чергу, породило два прагнення: зменшити біди, заподіяні війною, і захистити людину від свавілля. Під час історичного розвитку ці прагнення розвивалися паралельними шляхами.

Принципова відмінність між даними галузями міжнародного публічного права полягає у тому, що в праві прав людини репрезентовані найбільш загальні принципи, у той час як гуманітарне право носить специфічний характер і застосовується тільки під час збройного конфлікту. Право прав людини застосовується, зазвичай, як у мирний, так і військовий час. Проте у більшості міжнародних конвенцій з прав людини є положення, які дозволяють державам вживати заходів на відступ від своїх зобов'язань стосовно деяких прав під час виникнення надзвичайних обставин (під час війни або іншої загрози безпеці держави). А МГП не містить загальних застережень, які б дозволяли державам відступати від своїх міжнародних зобов'язань.

Початок зближення МГП і права прав людини був покладений на Міжнародній конференції з прав людини в Тегерані у 1968 р. На цьому історичному форумі ООН вперше розглянуто питання про застосування права прав людини під час збройного конфлікту [4, 13]. Відтоді документи про право прав людини у більшій мірі ґрунтуються також на концепціях, характерних для МГП. Документи МГП також насичені ідеями, типовими для права прав людини.

Міжнародний суд у своїх постановах застосовує як міжнародне гуманітарне право, так і право прав людини. Так, розглядаючи запит стосовно законності загрози ядерною зброєю або її застосування, Суд зробив висновок з урахуванням як права прав людини, так і міжнародного гуманітарного права.

Норми і принципи МГП і права прав людини взаємодіють один з одним і доповнюють один одного таким чином, щоб домагатися загальної мети — захистити людину.

Особливістю МГП, крім іншого, є те, що воно переслідує дві головні мети. По-перше, обмежити воюючі сторони у виборі засобів та методів ведення військових дій (право Гааги). По-друге, захистити осіб, які не беруть участі у бойових діях (право Женеви). У зазначеному контексті природа міжнародного гуманітарного права може бути плідно розкрита у світлі правової філософії, адже філософський підхід до предмета «складає іспит практиці права, критикує та проясняє її» [8, 35]. Філософія права у такому значенні виступає методологією юридичної свідомості та правотворчої діяльності, тим більше, що МГП було й залишається «правом юристів». Складні теоретичні та практично-політичні проблеми МГП пов'язані не тільки з тим, що воно з'явилось на світовій арені як перша спроба в історії людства встановити міжнародно-юридичні засади цивілізованих відносин за екстремальних станів суспільства, якими є війни та конфлікти, а також у зв'язку з його особливою філософсько-правовою природою та підставами виконання (implementation). Ще під час активного становлення міжнародного права вважалося, що ведення війни підлягає моральним та правовим обмеженням дії регуляторів, заснованих на розумі та людяності. Це підтверджується символічною назвою праці Гуго Гроція «Про право війни та миру», написаної під час

тридцятирічної війни 1618—1648 рр. Автор вказав на переваги способу ведення війни, у якому обидві сторони виконують «правила справедливості» та утримуються від дій, неприпустимих під кутом зору зовнішнього позитивного права та позиції «чесної поведінки» [9].

Особливий інтерес для розуміння природи МГП викликає філософія права Г.Гегеля, у якій сфера міждержавних відносин тлумачиться як сфера прояву зовнішнього державного права. Держави, за гегелівською «Філософією права», ставляться одна до одної як самостійні, незалежні індивідуальності. Внутрішні державні владні елементи, у тому числі армія та органи військово-політичного керівництва — несамостійні, оскільки вони виступають органічними моментами державного цілого (суверенітету держави) [10, 336]. А між державами, — вважав німецький мислитель, — немає претора, у кращому випадку їх відносини регулюються третейськими суддями та посередниками, до того ж від випадку до випадку [10, 336]. Тому найчастіше держави звертаються до війни. З цього особливого статусу суверенних держав випливають і особливості їх правових відносин. Незалежність (суверенність) держав нерідко перетворює суперечки між ними у «питання сили, у стан війни», — відзначав Гегель. Держави — не приватні особи, їх відносини складаються інакше, ніж «суто приватновласницькі відносини»[10, 364]. Регуляція останніх полегшена тим, що над ними стоїть суд і влада, які реалізують право. Безумовно, що і відносини між державами повинні бути правовими, але оскільки не існує влади, яка б здійснювала виконання міжнародного права і правову регуляцію, то міждержавні відносини залишаються відносинами «зобов'язання»[10, 365]. Цю думку німецького філософа права треба розуміти як принципово обмежену роль третейського суду при вирішенні міждержавних суперечок, а також у зв'язку з не реалістичністю мрії про утворення міжнародного органу, який би регулював міждержавні відносини та запобігав виникненню війн. З позицій сьогодення характеристика третейського суду як обмеженого у своїй діяльності виглядає актуальною з огляду на неефективність міжнародного суду при регулюванні складних міжнародних відносин.

Міжнародне право за Г. Гегелем — це не дійсне право, а лише зобов'язання, а дійсним виступає внутрішньодержавне право — позитивне право та законодавство, одначе, він не відкидає сам принцип міжнародного права як правових, договірних відносин. «Принцип міжнародного права як всезагального, яке у собі і для себе повинно бути значущим у відносинах між державами, є, на відміну від особливого змісту, позитивним договором, тим, що договори, на яких засновані зобов'язання держав стосовно одна до одної, повинні виконуватись»[10, 336]. Водночас, війна у нього є цілком природнім засобом регулювання відносин, хоча, як відзначалось раніше, це стан безправ'я, випадковості та беззаконня. Важливим видається той момент, що німецький мислитель підтверджує міжнародно-правовий характер війни, який до нього влучно визначив Ж.-Ж.Руссо [11—1, IV]. У свою чергу і Г. Гегель зазначав: «...Війна взагалі не ведеться проти внутрішніх інститутів і мирного сімейного та приватного життя, не проти приватних осіб» [10, 338]. На мою думку, необхідно глибше підходити до гегелівських засад філософської концепції міжнародного права війни, оскільки, по-перше, була визнана історична роль війни у міждержавних стосунках: війна є лише моментом взаємин між державами, коли їх суверенні волі не доходять до згоди і тому стають необхідним рухом у розвитку цих відносин. По-друге, зазначалося, що нерідко виникає такий етап розвитку відносин, у якому держави не приходять і не можуть взагалі прийти до згоди, тоді суперечка між державами вирішується тільки війною, яка виступає кульмінацією розвитку конфлікту-суперечки. По-третє, саму війну, або збройну боротьбу, Г. Гегель розглядає у контексті таких відносин, які спрямовані «назовні», а також і тих, що спрямовані «усередину» [10, 337]. Тому легітимність держави доповнюється визнанням такого стану іншої держави та зумовлює невтручання в іноземні внутрішні справи, особливо коли ведеться громадянська війна. Важливою з огляду на морально-юридичні засади міжнародного права війни є думка про підстави моральної регуляції взаємовідносин на війні. Такі регулятори як: недоторканність послів, узяття у полон тих, хто добровільно здається, заборона вести насильницькі дії проти мирного сімейного і приватного життя, проводяться на засадах переважно «характеру націй» — на внутрішньому підґрунті поведінки на війні

[10, 339]. Але він застерігав від спрощення розуміння моральних засад міждержавного права, тому що благо держави відрізняється від блага приватної особи.

Справедливість як одна з підвалин побудови норм міжнародного права збройних конфліктів ґрунтується не на військовій силі та могутності країн, а на загальнолюдських уявленнях про справедливість. Перефразовуючи Г. Гегеля, можна стверджувати: «уся справа в справедливості», і вона відсутня, якщо розглядати її суб'єктивно [10, 413]. Врешті-решт, важливою є ідея німецького філософа про високий статус права: «у світі немає нічого вищого за нього», хоча у ньому є різні можливості для суспільства і особи: право на життя священне, однак від нього доводиться відмовлятись у зв'язку з війною. Відзначаючи такий статус права, він реалістично вказував, що хоча право і на землі, і на небесах святе, але на землі право може бути порушене. Продовжуючи логіку міркувань мислителя, можна стверджувати, що завданням МГП є збереження етики та права війн, які склалися упродовж тисячоліть, та розвиток їх гуманістичних засад. Блез Паскаль вважав, що коли постає питання: чи розпочинати війну і вбивати безліч людей, то повинен вирішувати, крім зацікавлених людей, хтось третій, неупереджений, хто керується всезагальним правилом справедливості. Він вказував на звичай, як джерело справедливості, навколо якої точаться суперечки, у той час як сила не викликає суперечок [12, 267].

У творах філософів права періоду постмодерну піднімаються важливі, «вічні правові проблеми»: універсальності права, його взаємовідносин з силою, антропологічного змісту. Хоча у різних суспільствах і різних соціальних системах правові способи регулювання життя є різними, — пише О. Гьофе, — міжнародне право виступає універсальною мовою їхнього єднання, усуспільнення (Vergesellshcaftung)[13, 46]. Людина виступає як людина в реалізації двох можливостей — «вона може потерпати від насильства або застосовувати його»[14, 19–20], тому МГП має універсальний, антропологічний характер.

Таким чином, спираючись на філософсько-правову спадщину мислителів, які заклали головні підходи до природи міжнародного гуманітарного права, а також на сучасні реалії, що склалися протягом суспільно-історичної практики людства, можна зробити наступні висновки:

— міжнародне право — це договірне публічне право, рівень розвитку якого залежить від стану міждержавних відносин, конкретно-історичного тлумачення державного суверенітету та розуміння «права сили». Незважаючи на зміну парадигм збройного насильства, яке відтепер вважається недосконалим інструментом державної політики, поширення переконання, що суперечності між державами повинні регулюватись мирними засобами чи зверненням до міжнародного суду, незважаючи на формальну відмову більшості держав від війни — суб'єкти міжнародного права досить часто вступають у збройні конфлікти. Разом з тим, міжнародне право війни — звичаєве право, у підвалинах якого знаходяться вироблені упродовж тисячоліть традиції гуманного ставлення до переможених, поранених, цивільного населення, жінок та дітей. На хід виконання його приписів суттєво впливає стан суспільної моралі;

— стан безправ'я настає, коли ворогуючі сторони конфлікту не пов'язані ніякими морально-правовими домовленостями, що тягне низку особливо негативних наслідків у внутрішніх конфліктах. Історія розвитку міжнародних взаємовідносин вчить, що дотримання кодифікованих норм міжнародного права збройних конфліктів становить підгрунтя для приборкання стихії війни, яка у гірших випадках має тенденцію нічим не обмежуватись;

— людство визнало необхідність встановлення взаєморозуміння не тільки у справі попередження війн, а й у справі регуляції перебігу збройних сутичок. Це взаєморозуміння може бути досягнуто лише за умови розуміння природи тих духовних підвалин міжнародно-правових обов'язків, які приймає кожна суверенна сторона, її історико-культурних традицій;

— міжнародне право не має притаманних йому «силових» механізмів і структур примусу, тому виконання його вимог складає особливу проблему. Зважаючи на відсутність потужних важелів виконання приписів міжнародного гуманітарного права (суд, поліція, армія), ефективність його регулятивної функції залежить від дійсної імплементації та функціонування механізму виконання.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**

1. Броунли Я. Международное право. — М., 1977. — Кн. 1. — 535 с.
2. Буткевич В. Г., Лукашук И. И. Сущность современного международного права. — К., 1975. — 75 с.
3. Сандос И. Применение международного права / Международное гуманитарное право. — М., 1993. — С. 349–379.
4. Базов В. П. Кримінальна відповідальність за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права: Навч. посіб. — К., 2003. — 136 с.
5. Блищенко В.И. Региональные конфликты и международное право. Вторая половина XX — начало XXI века: Учеб. пособ. / В. И. Блищенко, М. М. Солнцева. — М., 2005. — 494 с.
6. Коротков А. П., Соковых Ю. Ю. Правовые средства управления кризисными ситуациями: сравнительный анализ международного права и внутригосударственного регулирования // Государство и право. — 1997. — № 10. — С. 65–72.
7. Устав Организации Объединенных Наций от 26 июня 1945 г. / Международное право в документах. — М., 1982. — С. 196–227.
8. Шкода В. В. Вступ до правової філософії. — Харків, 1997. — С. 135.
9. Гроций Гуго. О праве войны и мира. Три книги. — М., 1948. — Кн. 1. — 200 с.
10. Гегель Г. В. Философия права. Пер. с нем.: Ред. и сост. Д. А.Керимов и В.С.Нерсесянц; Авт. вступ. ст. и примеч. В.С.Нерсесянц. — М., 1990. — 524 с.
11. Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. — Кн. 1. — Гл. IV.
12. Паскаль Блез. Про справедливість. Пер. з фран. / Дух і літера. — К., 1997. — С. 267–276.
13. Гьофе О. Політична антропологія в особливому полі уваги права / Вибрані статті. Пер. з нім. Л. Ситниченко. — К., 1998. — С. 45–56.
14. Quincy Rait. A Steady of War. N.Y. — 1942.

Видавничий Дім «Ін Юре» пропонує:




**Кримінальний процес України.**

**Нор В. Т.**

**Практикум: Навчальний посібник. — 2008. — 232 с.**

Навчальний посібник побудований відповідно до навчальної програми з курсу «Кримінально-процесуальне право України», який вивчається студентами вищих юридичних навчальних закладів України, зокрема на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка, та з урахуванням положень Болонської декларації, до якої приєдналася Україна. Він охоплює плани практичних занять, контрольні питання, нормативні матеріали та додаткову спеціальну літературу, засвоєння якої дає можливість успішно опанувати програму курсу.

Для студентів та викладачів вищих навчальних закладів. Він буде також корисним для практичних працівників правоохоронних органів та суддів.

***Замовляйте видання за телефонами:***
***(044) 537-51-20, 537-51-21***
***або за електронною поштою***
***sales@inyure.kiev.ua***
***http://shop.inyure.kiev.ua***

# СТАНДАРТИ ЕКОНОМІЧНИХ ТА СОЦІАЛЬНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ ТА РАДІ ЄВРОПИ: ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК І СПІВВІДНОШЕННЯ

**С. ВЕРЛАНОВ**
***адвокат (АО «АК «КАЙРОС»)***

Одним із головних завдань, визначених Угодою про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами, ратифікованою Верховною Радою України у 1994 р., є утвердження принципу верховенства права та поваги до прав людини. Означене питання, як і процес інтеграції України до Європейського Союзу (далі — ЄС) в цілому, нерозривно пов'язане з адаптацією законодавства України до законодавства ЄС, метою якої є досягнення відповідності правової системи України acquis communautaire з урахуванням критеріїв, що висуваються ЄС до держав, котрі мають намір вступити до нього [1].

Відтак, вельми актуальним є визначення місця й особливостей соціально-економічних прав людини у правовій системі ЄС. Також необхідно дослідити співвідношення відповідних нормативно-правових актів ЄС із Європейською соціальною хартією (переглянутою) (далі — ЄСХ(п)), оскільки усі держави—члени ЄС є й членами Ради Європи (далі — РЄ) та учасниками ЄСХ(п). Означене дослідження дозволить уточнити загальні тенденції впливу ЄСХ(п) та практики Європейського комітету соціальних прав (далі — Комітет) на правову систему ЄС загалом та кожної держави—члена ЄС зокрема. Воно також уможливить більш чітке розуміння місця ЄСХ(п) у правовій системі України.

**Історичний екскурс.** Принцип захисту прав людини, чітко зафіксований у нинішніх статутних документах ЄС, має основоположний характер для права ЄС та функціонування усіх його органів. Відповідно до нього мають будуватися відносини з громадянами ЄС та особами, які перебувають під його юрисдикцією, а також співпраця між його державами-членами.

© С. Верланов, 2008

Пункт 1 ст. 6 Договору про ЄС у його нинішній редакції (Ніццький договір 2001 року) визначає, що «Союз заснований на принципах свободи, демократії, поваги до прав людини та основних свобод, а також верховенстві права — принципах, спільних для держав—членів». У п. 2 цієї статті зазначено, що Союз поважає основні права людини, як вони гарантовані Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод і як вони походять із загальних конституційних традицій держав-членів, як загальні принципи права Співтовариств [2].

Як відомо, попервах Європейські співтовариства утворювались як виключно економічні або спеціалізовані утворення. Їх призначення вбачалось у забезпеченні зближення держав та подоланні міжнаціональних відмінностей технічними методами, через інтеграцію. Будь-яка додаткова політизація сприймалася як можливість зруйнувати достатньо хитку штучну конструкцію з невизначеним майбутнім. Можливість Співтовариств втрутитись у галузь прав людини не передбачувались. Більше того, держави-члени в той період досить обережно ставилися до ідей цілісної системи прав людини та включення соціально-економічних прав до складу таких, що підлягають судовому захисту. Тому права людини були свідомо не згадані у тодішніх статутних документах ЄС [3].

Глобальний процес становлення міжнародних інститутів та договірного закріплення прав людини не справив жодного впливу на формування Європейських співтовариств ще й з іншої причини. На регіональному рівні ця проблематика опинилася повністю у віданні РЄ. Розроблена нею Конвенція за своєю дієвістю та інституційним забезпеченням не мала собі рівних. Також, одним з принципів ЄС було і залишається уникнення паралелізму, конкуренції та непотрібного

дублювання у побудові міжнародних структур.

Однак право ЄС як об'єднуюча регулятивна система не змогла уникнути об'єктивних процесів розвитку прав людини у конституціях, законодавстві та у правозастосовчій практиці держав-членів. Першим це «відчув» Суд справедливості ЄС (далі — Суд ЄС), дійшовши висновку, що в умовах розширення компетенції ЄС, збільшення об'єму законотворчості інтереси особи перед ЄС як сукупності органів та службовців мають охоронятися так само, як і у взаємовідносинах з національною державою. Так, відійшовши від своєї початкової практики дещо нігілістичного підходу до прав людини (коли у рішенні у справах Сторк та Гайтлинг (1959 рік) Суд ЄС відмовився взяти до уваги доводи про те, що акти Верховного органу Європейського об'єднання вугілля і сталі мають поважати положення Конституції ФРН щодо прав людини), він у рішенні в справі Штаудер (1969), розглядаючи питання про порушення системою соціального забезпечення права на приватне життя, проголосив, що захищатиме «основні права людини, оскільки вони походять із загальних принципів права Співтовариства». З часом у практиці Суду ЄС починають подаватись посилання на Конвенцію, що дало можливість генеральному адвокату Суду ЄС Джекобсу у процесі розгляду справи Босфору заявити: «У практичних цілях Конвенція може розглядатись як право Співтовариства і як таке може бути використаною і в цьому Суді, і в національних судах в усіх випадках, коли ідеться про законодавство Співтовариства...» [4].

Відтак, практика Суду ЄС проклала дорогу до закріплення в політичних документах та у первинному законодавстві ЄС принципу поваги до прав людини. Так, у 1986 р. захист прав людини згадується у преамбулі до Єдиного європейського акта. У 1989 р. Європарламент виступив з Декларацією основних прав і свобод, яка закріпила громадянські, політичні та соціально-економічні права, їхні гарантії, а також важливі принципи демократії та правового становища особи. Тоді ж держави ЄС ухвалили Хартію Співтовариства про основні соціальні права працівників, яку підписали усі держави-члени, окрім Великобританії. Ця Хартія, яка має рекомендаційний, програмний характер, закріпила право на працю та винагороду за неї, на покращення умов праці, соціальний захист та низку інших соціально-економічних прав працівників. Два останні документи мали велику політичну значущість і згодом були використані як джерела для Хартії основних прав ЄС (2000 р.).

Уперше ж принцип поваги до прав людини як юридично обов'язковий був включений до статей 6 та 7 Маастрихтського договору 1992 року та у дещо зміненому вигляді відтворювався й у наступних редакціях статутних документів ЄС.

**Хартія основних прав ЄС.** Поряд із розробкою Хартії основних прав ЄС (далі — Хартія) у розпорядженні ЄС були й інші можливості підтвердити його прихильність до поваги прав людини. Держави ЄС могли б поширити на інститути ЄС ті ж зобов'язання у галузі прав людини, якими вони були пов'язані як члени РЄ. Так, розглядалася можливість формального приєднання ЄС до Конвенції та ЄСХ(п). Однак оскільки розроблення Хартії дозволяло досягнути максимального політичного резонансу, підвищувало легітимність ЄС, привертало увагу громадян ЄС до значимості прав людини, було прийнято рішення розробити окремий документ з прав людини, враховуючи досвід РЄ. Відтак, у виданому сесією ЄС у Кельні 1999 р. мандаті на розроблення Хартії джерелами майбутнього документа було визначено Конвенцію, загальні конституційні традиції держав-членів, ЄСХ(п) та Хартію про основні соціальні права працівників ЄС.

7 грудня 2000 р. Європарламент, Рада ЄС та Європейська комісія проголосили Хартію як політичну декларацію. Положення, зафіксовані у Хартії, набудуть юридично обов'язкового характеру для суб'єктів права ЄС після набрання чинності новою редакцією Договору про ЄС (Лісабонський договір 2007 року) [5]. Так, згідно з ч. 1 ст. 6 цього договору, «Співтовариство визнає права, свободи та принципи, викладені у Хартії, як такі, що мають однакову юридичну силу з Договорами (Договір про Європейський Союз, Договір про заснування Європейського Співтовариства — С. В.)» [6].

Загалом, Хартія є новаторським політико-правовим актом, побудованим без врахування традиційного поділу прав на політичні та соціально-економічні, на права різних поколінь. За основу класифікації у ній взято не предмет суб'єктивного права, а цінності, на захист яких вона спрямована: людська гідність, свобода, рівність, солідарність. Кон-

кретні права людини, які закріпляються Хартією, згруповані відповідно саме до цих критеріїв.

Соціально-економічні права людини викладено, в основному, у Главі IV «Солідарність». Більшість з них перегукується з відповідними положеннями ЄСХ(п), Конвенції та Хартії про основні соціальні права працівників ЄС. Так, у Хартії закріплено права працівників на інформацію та консультації (ст. 27), колективні переговори та колективні дії, включаючи проведення страйків (ст. 28), справедливі та гідні умови праці та оплачувану відпустку (ст. 31), захист від необґрунтованого звільнення (ст. 30), отримання допомоги у працевлаштуванні (ст. 29). У ст. 32 заборонено експлуатацію дитячої праці.

У контексті загальних уявлень про справедливість гарантується правовий, економічний та соціальний захист сім'ї, а саме захист від звільнення у зв'язку з материнством, право на оплачувану відпустку у зв'язку з вагітністю та відпустку по догляду за новонародженим (ст. 33).

Ст. 34 регламентує основні види соціального забезпечення та соціальної підтримки материнства, а також соціального захисту у разі звільнення, хвороби, втрати працездатності, перебування на утриманні, необхідності в догляді у старості. Визнано право на соціальну допомогу та допомогу житлом усім, хто не має достатніх засобів до існування.

У ст. 35 закріплено право кожного на охорону здоров'я та отримання медичної допомоги. Ст. 37 передбачено право на захист і підвищення якості навколишнього середовища. Підвищений рівень захисту прав споживачів гарантується ст. 38.

Права, які традиційно відносять до «другого» покоління, містяться і в інших главах Хартії. Так, у Главі I «Гідність» закріплено заборону примусової праці (ст. 5). Глава II «Свободи» гарантує свободу зборів та асоціацій (ст. 12), право на освіту (ст. 14), свободу професійної діяльності і право на працю (ст. 15), свободу підприємництва (ст. 16), право власності (ст. 17), право інвалідів на соціальну реабілітацію (ст. 26).

**Співвідношення між Хартією та Конвенцією.** Протягом усього часу існування Європейських Співтовариств та ЄС зв'язок між ними, РЄ та Конвенцією був дуже щільним. На певному етапі ЄС, як згадувалося вище, почав активно посилатися на Конвенцію. Сьогодні ЄС пішов вже на пряме включення матеріальних норм Конвенції та прецедентного права, яке формується Європейським судом з прав людини (далі — Суд), у своє внутрішнє право. Так, при викладенні у Хартії прав людини кореспондованих правам, зафіксованим у Конвенції, використовувалися формулювання, які не допускають їх різночитання. При цьому вимога однаковості розуміння прямо зафіксована у «горизонтальних» статтях Хартії. Більше того, п. 3 ст. 52 Хартії встановлює, що «у разі, коли права, які містяться у цій Хартії, відповідають правам, гарантованим Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод, зміст та обсяг цих прав має бути таким самим, як вони встановлені згаданою Конвенцією».

У п. 3 ст. 6 Лісабонського договору зазначено, що фундаментальні права, які гарантовані Конвенцією та походять із загальних конституційних традицій держав-членів, утворюють загальні принципи права Співдружності. А в п. 29 Декларації до цього договору, передбачено, що Хартія, яка є юридично обов'язковою, підтверджує права, що гарантовані Конвенцією та походять із загальних конституційних традицій держав-членів [7].

Відтак, Хартія, а згодом і Лісабонський договір фактично легалізували рецепцію Конвенції та практики Суду у внутрішнє право ЄС. Як зазначено у Преамбулі, а також у Главі VII Хартії, під матеріальною нормою права, яка міститься у Конвенції, мається на увазі її тлумачення та застосування Судом.

Згідно з п. 2 ст. 2 Лісабонського договору ЄС має приєднатися до Конвенції. Основними аргументами на користь такого рішення слугували такі: 1) громадяни ЄС повинні мати можливість оскаржити до міжнародної інстанції дії інститутів та органів ЄС так само, як це вони роблять у разі порушення їх прав владними органами держави; 2) приєднання дозволить уникнути різного тлумачення однакових норм щодо прав людини Судом ЄС та Судом; 3) цінності та базові елементи міжнародної системи контролю за додержанням прав людини мають бути однаковими в масштабах усієї Європи. Крім того, в результаті приєднання ЄС до Конвенції Суд, у контексті права ЄС, відіграватиме роль «спеціалізованого суду», який здійснює зовнішній контроль за додержанням зовніш-

ніх зобов'язань ЄС, які походять із його участі в Конвенції [8].

**Співвідношення між Хартією та ЄСХ(п).** Преамбулою Хартії визначено, що цей міжнародний документ підтверджує права, які, з-поміж іншого, походять з ЄСХ(п). Як було проілюстровано вище, Хартія містить доволі широкий каталог соціально-економічних прав людини. Однак, на противагу Конвенції, ЄСХ(п) (разом із практикою Комітету незалежних експертів, пізніше Комітету) не була інкорпорована у внутрішнє право ЄС. ЄС не приєднався і до ЄСХ(п) в цілому. Проте ЄСХ(п) та практика Комітету були і лишаються важливим джерелом соціальних стандартів для ЄС.

Так, Суд ЄС у рішенні в справі Defrenne 1978 р. послався на ЄСХ(п) для обгрунтування того, що «заборона дискримінації за ознакою статі є одним із фундаментальних прав». У рішенні в справі Blaizot 1988 р. Суд ЄС, мотивуючи висновок про те, що університетський курс з ветеринарної медицини є частиною професійної освіти, зазначив, що «стаття 10 Європейської соціальної хартії, яку ратифікувала більшість держав — членів ЄС, визначає навчання в університеті як професійну освіту» [9].

Коментуючи питання співвідношення зобов'язань європейських держав у межах ЄС та РЄ, Комітет в одному із своїх Висновків зазначив, що «імплементуючи положення директив ЄС у національне право, держави — учасниці ЄСХ(п) мають зважати на свої зобов'язання за ЄСХ(п)» [10].

Рішення Суду ЄС та нормативні акти ЄС також часто використовуються в межах процедури колективного оскарження. Так, у рішенні по суті у справі «Conf?d?ration fran?aise de l'Encadrement — «CFE-CGC» v. France» за скаргою № 16/2003 (п. 48) скаржник, обгрунтовуючи факт невідповідності трудового законодавства Франції приписам ст. 2 ЄСХ(п) (зарахування працівникам часу очікування можливого на виклику на роботу до часу відпочинку) послався, серед іншого, на рішення Суду ЄС у справі C-303/98 від 3 жовтня 2000 року, позначивши його як правовий принцип, який стосується цієї справи.

В одному з останніх рішень по суті у справі «Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v. Greece» за скаргою № 30/2005 Комітет, визнаючи невідповідність становища в державі приписам ст. 11 ЄСХ(п) (право на охорону здоров'я працівників, зайнятих на шахтах по видобутку бурого вугілля), використав масив законодавства та практики ЄС (рішення Суду ЄС, Директиви Ради ЄС (п. 24, пп. 122–159), Директиви Європарламенту (п. 28), Договір про ЄС (пп. 119–121)). Більше того, у п. 196 згаданого рішення Комітет зазначив, що «у формуванні позиції щодо інтерпретації права на здорове навколишнє середовище було враховано прецедентне право Суду, Панамериканського суду прав людини, Африканської комісії прав людини та народів, Комітету ООН з економічних, соціальних та культурних прав. Зважаючи на масштаб та рівень регламентованості цього питання органами ЄС, Комітет взяв до уваги декілька рішень Суду ЄС».

**Висновки.** 1. Незважаючи на те, що початково ЄС утворювався як виключно економічний союз, на сьогодні, принцип поваги до прав людини є одним із основоположних принципів права ЄС. Означений принцип знайшов своє відображення у статутних документах ЄС, а також у Хартії основних прав ЄС.

2. Змістовна частина Хартії має субсидіарний характер щодо механізмів РЄ, що підтверджується приєднанням ЄС до Конвенції та рецепцією правозастосовчої практики Суду.

3. ЄСХ(п) визнано джерелом Хартії у галузі соціально-економічних прав. Однак ЄСХ(п) не є юридично інкорпорованою у право ЄС, так само як прецедентне право Комітету не є рецептоване у право РЄ. Проте, зважаючи на підхід РЄ до Конвенції та ЄСХ(п) як до єдиного загальноєвропейського механізму захисту усіх груп прав людини, можна зробити висновок про визначальну роль ЄСХ(п) у змістовному наповненні соціально-економічних прав, закріплених у Хартії ЄС.

4. Зважаючи на принцип ЄС щодо уникнення дублювання положень обох правових європейських систем, можна дійти висновку про те, що тлумачення та розвиток економічних і соціальних прав людини, закріплених Хартією ЄС, має відбуватись через «рецепцію» практики застосування ЄСХ(п) Комітетом. З іншого боку, і практика Комітету не уникла впливу законодавства ЄС та прецедентного права Суду ЄС. Тому видається досить актуальним подальше вивчення конвергентних тенденцій у правових систем ЄС та РЄ в галузі захисту соціально-економічних (та й інших) прав людини.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**


1. Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 року // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 29. — Ст. 367.
2. Consolidated version of the Treaty on European Union (p. 12). <http://www.europa.eu/eur-ex/pri/en/oj/dat/2002/c_325/c_32520021224en00010184.pdf>
3. Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека: Учебник для вузов / Рук. авт. колл. и отв. ред. д. ю. н., проф. Л. М. Энтин. — 2-е изд., пересмотр. и доп. — М.: Норма, 2007. — С. 325.
4. Европейское право. Цит. праця. — С. 326.
5. Як початково планувалося, Хартія була інтегрована у Конституцію ЄС у вигляді окремого розділу. Однак Конституція ЄС, яка потребувала ратифікації усіма державами—членами ЄС, у 2005 р. не була ратифікована на референдумах у Франції та Нідерландах і, відтак, не набула юридичної сили. Зважаючи на це, у 2007 р. було розроблено текст нового Договору під офіційною назвою «Проект Змін та доповнень до Договору про Європейський Союз та до Договору про заснування Європейського Співтовариства». Означений Договір підписано 13 грудня 2007 р. у Лісабоні лідерами держав—членів ЄС, після чого його має бути ратифіковано кожною державою-членом ЄС. Договір набере чинності або з 1 січня 2009 р., або через місяць після його ратифікації останньою державою—членом ЄС. <<http://europa.eu/reform_treaty/index _en.htm>>
6. Draft Treaty amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community. (p. 6). <<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/ cg00001re01en.pdf>>
7. Draft Declarations (p. 14). <<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/ cg00003re01en.pdf>>
8. Европейское право. Цит. праця. — С. 353.
9. De Schutter O. Anchoring the European Union to the European Social Charter: The Case for Accession / Social Rights in Europe / Edited by Grainne de Burca and Bruno de Witte with the assistance of Larissa Ogertschnig — Oxford University Press. — 2005. — P. 122.
10. Conclusions XIV-1, p. 27. Тут і надалі Рішення та Висновки Комітету цитовані за: <http://hudoc.esc.coe.int/esc/search/>



Видавничий Дім «Ін Юре» пропонує:




**Общее сравнительное правоведение. Основные типы (семьи) правовых систем мира.**

**Скакун О. Ф.**
**Академический курс: Учебник для студентов вузов. — 2008. — 464 с.**

В учебнике рассматриваются теоретико-методологические основы общего сравнительного правоведения как юридической науки и учебной дисциплины: понятие сравнительно-правового метода и сравнительного правоведения в их взаимосвязи и отличиях, предмет, обьекты, функции и принципы сравнительного правоведения. Уделяется внимание вопросам типологии правовых систем и основаниям их группирования в теоретические модели (типы).

Рекомендуется студентам, курсантам, аспирантам, адьюнктам, преподавателям, а также всем, кто интересуется правовой картой мира.

***Замовляйте видання за телефонами:***
***(044) 537-51-20, 537-51-21***
***або за електронною поштою***
***sales@inyure.kiev.ua***
***http://shop.inyure.kiev.ua***

# ЗАСІДАННЯ НАУКОВОЇ РАДИ ЖУРНАЛУ «ПРАВО УКРАЇНИ»

Наприкінці березня ц. р. відбулося засідання наукової ради журналу «Право України», в якому взяли участь також і члени редакційної колегії, зокрема, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини Н. І. Карпачова, ректор Національної академії прокуратури України Г. П. Середа та інші.

На засідання наукової ради було винесено важливе питання — перебудова діяльності журналу на новій концептуальній основі. На цьому питанні і зосередив увагу головний редактор журналу, професор **О. Д. Святоцький**, відкриваючи засідання наукової ради. Критично оцінюючи реалії правового стану, в нашій державі, журнал започатковує конструктивне сприяння вирішенню правових проблем, насамперед щодо конституційної реформи, адміністративно-правової реформи, реформування системи правосуддя тощо.



З широкою програмою спрямування журнальних публікацій виступив голова наукової ради, професор **А. О. Селіванов**. Він наголосив, що об'єктивною необхідністю сьогодення є повернення до фундаментальних, доктринальних засад юридичної науки, спрямованих на теоретичне пізнання сутності держави, права, особи та ін. *(Доповідь друкується в цьому номері)*.

Член наукової ради, професор **В. І. Семчик** висловив, зокрема, побажання висвітлювати на сторінках часопису участь Української держави в економічних світових процесах. На його думку, журнал не повинен робити надто великий крен в теоретичну проблематику. Він має бути корисним також практичним працівникам.

Така зустріч і обговорення тематики публікацій, зауважив професор **М. І. Панов**, дуже потрібна. Але він не зовсім згоден з А. О. Селівановим, оскільки багато з того, що він пропонує як новацію, є в журналі. Безумовно, зауважив М. І. Панов, часопис, як провідне юридичне видання, треба піднімати ще вище. На його думку, не завадить подавати в журналі кадрові зміни в Україні. Належить, підкреслив він, висвітлювати методологічні проблеми. Теорію і публікації, розраховані на широкого читача, належить подавати збалансовано.

«Право України» має бути найголовнішим серед 19 юридичних журналів, що нині видаються в Україні, наголосив директор Інституту держави і права НАН України, академік **Ю. С. Шемшученко**. Належить, заува-



жив він, підвищувати науковий рівень, але не відриватися від практики. Бажано, щоб в журналі давалися публікації з теорії теоретичних вчень. Взагалі, належить робити замовлення актуальних тем. Доцільно, на думку Ю. С. Шемшученка, двічі на рік проводити «круглі столи» з різноманітної проблематики.

Професор **Л. К. Воронова** наголосила на необхідності рецензування статей, насамперед теоретичних, що буде запорукою того, що на сторінки журналу не потраплять неналежної якості публікації.

Журнал «Право України», зауважив доктор юридичних наук, професор **В. А. Тимошенко**, відрізняється від інших юридичних журналів високим теоретичним рівнем, але не слід зупинятися на досягнутому. На його думку, належить уточнити рубрики. Нема системи в науковому осмисленні державно-правових реформ. «Круглі столи» повинні проводитися на актуальні теми. Завдання, що стоїть перед науковою радою, — забезпечити перспективність журналу.



Професор **А. П. Закалюк** доречно зауважив, як належить діяти, щоб реалізувати пропозиції, висловлені на засіданні. На його думку, треба розробити перспективний план конкретних дій по вдосконаленню тематики журнальних публікацій.

Нинішній — 2008 рік — Рік прав людини, 60-річчя Декларації прав людини. Планується проведення з цього приводу міжнародної конференції, зазначила у своєму виступі Уповноважений Верховної Ради України з прав людини **Н. І. Карпачова**. Ми зможемо дати в журналі ряд матеріалів з прав людини. Журнал, зауважила вона, потребує нового прочитання. Щодо захисту прав людини, безпеки її життя, висвітлення цієї тематики в «Праві України» висловив свої думки доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПрН України **В. П. Тихий**.

Свої пропозиції щодо тематики, яку хотілося б бачити в журналі, висловив доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАН України **В. Ф. Опришко**. На його думку, в журналі бажано було б бачити, зокрема, концепцію наукового розвитку; проблематику захисту прав людини; питання розвитку галузей права, зокрема трудового.

Член редколегії **І. В. Шицький** приєднався до висловленого побажання щодо підвищення вимог до пропонованих авторами статей, здійснюючи їх наукове рецензування. На думку ректора Національної академії прокуратури України **Г. П. Середи**, слід більше уваги приділяти питанням житлового, пенсійного права, проводити «круглі столи» з питань нових законопроектів.

Закриваючи засідання наукової ради, головний редактор журналу, доктор юридичних наук, професор **О. Д. Святоцький** зазначив, що висловлені пропозиції і побажання будуть враховуватися редакційним колективом у подальшій роботі. Він висловив усім присутнім подяку за активну участь у обговоренні.

# АКТУАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОБЛЕМ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ВИБОРЧИХ І РЕФЕРЕНДНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН*

**М. ПАНОВ**
***доктор юридичних наук, професор***

В демократичній правовій державі Україна важливими формами залучення громадян до участі в управлінні державними і суспільними справами є вибори, референдум та інші форми безпосередньої демократії. Вибори і референдум в конституційному праві визначають як форму безпосередньої демократії, що являє собою, зокрема, спосіб формування представницьких органів влади та посадових осіб шляхом голосування виборців. Згідно із ст. 70 Конституції України, право голосу на виборах і референдумах мають громадяни України, які досягли на день їх проведення вісімнадцяти років. Вибори до органів державної влади та органів місцевого самоврядування є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування. Виборцям гарантується вільне волевиявлення (ст. 71 Конституції). З огляду на це є всі підстави для визначення виборчих і референдних прав як фундаментальних (найважливіших)політичних прав громадян.

Слід констатувати, що вибори органів державної влади та місцевого самоврядування в Україні (і відповідних посадових осіб) є практично постійним, безперервним і звичайним явищем (процесом). Лише за останні три роки відбулися три виборчі кампанії: президентська 2004 року, парламентська і обрання органів місцевого самоврядування 2006 року і позачергові вибори народних депутатів України восени 2007 року. Крім того, наявним є періодичне обрання (переобрання) депутатів і посадових осіб органів місцевого самоврядування у тих чи інших регіонах з різних для того підстав.

В той же час слід визнати, що в Україні виборчі процеси останніх років, особливо вибори Президента 2004 року, характеризувалися значною кількістю порушень виборчого законодавства і, як наслідок, — виборчих прав громадян та тенденцією до їх зростання. Метою більшості виявлених порушень була фальсифікація результатів волевиявлення виборців, самі ж порушення позначалися системністю і масштабністю, що призвело до неможливості достовірно встановити результаті дійсного волевиявлення виборців. Ці та інші обставини зумовили кардинальну зміну виборчого законодавства України, а також багатьох питань щодо удосконалення адміністративної та кримінальної відповідальності за порушення виборчих прав громадян (див.: ВВР України. — 2006. — № 12. — Ст. 105; 2006. — № 33. — Ст. 280). Завдяки, зокрема, цим змінам вибори народних депутатів України 2006 року позначалися вже меншою кількістю порушень, хоча повністю уникнути їх не вдалося.

Але при всьому тому узагальнення судової практики щодо розгляду судами кримінальних справ про злочини проти виборчих прав громадян, яке здійснив Верховний Суд України, виявило, що органами досудового слідства і судами припускається велика кількість помилок при кримінально-

* Кримінальна відповідальність за порушення виборчих і референдних прав / П. П. Андрушко, І. О. Зінченко, С. Я. Лихова та ін.; За заг. ред. В. П. Тихого. — Х.: Кроссроуд, 2008. — 344 с.

© М. Панов, 2008

правовій кваліфікації дій осіб, щодо яких були порушені кримінальні справи за статтями 157–159[1] КК України, відмежування їх від суміжних злочинів, призначенні покарання тощо. Це пояснюється, з одного боку, певною недосконалістю самого законодавства про вибори органів державної влади та органів місцевого самоврядування, що, в свою чергу, ускладнює і застосування норм КК, які встановлюють відповідальність за злочини проти виборчих і референдних прав громадян, а з іншого, — казуїстичністю і недосконалістю самих кримінально-правових норм щодо виборчих злочинів.

Таке становище не може бути не пов'язаним з тим, що до цього часу нові кримінально-правові норми ще не піддавалися системному і фундаментальному науковому дослідженню, хоча до цього і розглядалися за законодавством, яке діяло раніше, у низці наукових праць, коментарях Кримінального кодексу України і підручниках з кримінального права. Отже, вихід у світ у 2008 р. монографії «Кримінальна відповідальність за порушення виборчих і референдних прав», яка була виконана співробітниками Київської наукової лабораторії дослідження злочинності проти прав і свобод людини і громадянина Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України, певною мірою поповнив названі прогалини і успішно вирішив, як уявляється, поставлені завдання щодо поглибленого наукового аналізу злочинів, передбачених статтями 157–159[1] КК України.

Зазначена праця є першим в Україні комплексним монографічним дослідженням проблем кримінальної відповідальності за порушення виборчих і референдних прав громадян, що здійснене на підставі оновленого виборчого, адміністративного і кримінального законодавства. Привертає увагу насамперед ґрунтовне розроблення доктринального поняття злочинів проти виборчих і референдних прав громадян на рівні родового поняття. Такий підхід, з точки зору методології дослідження, заслуговує на підтримку, оскільки дає можливість більш глибоко і всебічно розглянути конкретні склади злочинів, передбачених статтями 157–159[1] КК, з'ясувати соціальну сутність і суспільну небезпечність останніх, встановити їх юридичну природу, об'єктивні і суб'єктивні ознаки. На цьому підґрунті в монографії дано ретельний аналіз окремих (конкретних) складів злочинів, розглядається широке коло питань, пов'язаних, зокрема, з історією розвитку законодавства про боротьбу зі злочинами проти виборчих прав, проблемами побудови санкцій і призначення покарання за ці злочини, з'ясовуються фактори, які обумовлюють вчинення даних діянь, та визначаються засоби протидії цим злочинам, розглядається у порівняльному аспекті кримінальне право України та країн — членів ЄС про відповідальність за злочини проти виборчих та референдних прав.

Висновки авторів монографії є аргументованими і послідовними, а їх рекомендації щодо кримінально-правової кваліфікації порушень виборчого та референдного законодавства і пропозиції щодо вдосконалення відповідних норм КК — виваженими і обґрунтованими. Слід зазначити, що викладений матеріал широко ілюструється відповідними прикладами із слідчої, прокурорської та судової практики з аналізом конкретних кримінальних справ, які вдало доповнюють теоретичну частину дослідження.

Заслуговує на увагу термінологічно-мовна довершеність викладення матеріалу. Розкриття змісту норм, аналіз складів злочинів відзначається чіткістю, стислістю, простотою і зрозумілістю для читача.

Оцінюючи видання в цілому, можна зазначити, що воно є значним досягненням, результатом серйозної наукової праці колективу авторів і, безумовно, помітним явищем в сучасній кримінально-правовій науці. Воно є корисним як для тих, хто вивчає кримінальне право (науковців, викладачів юридичних вузів, аспірантів, студентів), так і для працівників правоохоронних органів, суддів. Теоретичні та практичні положення монографії можуть становити неабиякий інтерес для службових осіб органів державної влади та місцевого самоврядування, членів виборчих комісій, а також для широкого загалу; вони дозволяють глибше зрозуміти приписи кримінально-правових норм і забезпечують дотримання виборчих та референдних прав громадян і, таким чином, значною мірою виконувати важливу функцію кримінального права із запобігання злочинам (ст. 1 КК).

# СВОЄЧАСНА ПРАЦЯ З ПРОБЛЕМАТИКИ РОЗВИТКУ МІСЦЕВОЇ ВЛАСНОСТІ ТА ЇЇ ГОСПОДАРСЬКОГО ВИКОРИСТАННЯ

**І. ТРУШ**
***кандидат юридичних наук, голова громадського об'єднання «Економіко-правова ініціатива», директор комунального підприємства (м. Київ)***

Відсутність концепції ефективного управління власністю територіальної громади міста, чітко визначених загальних принципів використання комунального майна категорії суспільного надбання, системних підходів до питань управління власністю територіальної громади призводять до порушень інтересів територіальної громади та зловживань у цій сфері суспільних відносин. У зв'язку з чим, рецензована монографія В. А. Устименко «Місцева власність і місцеве господарство»* є своєчасним і важливим для підвищення ефективного управління власністю територіальної громади міста і місцевим господарством в цілому.

Комплексні дослідження зазначених питань в Україні поки що не здійснювалися, тому обрана тема є актуальною як у теоретичному, так і практично-прикладному плані.

На особливу увагу заслуговує те, що при підготовці та написанні цієї праці автор не обмежувався лише коментуванням та відтворенням чинного законодавства щодо права власності територіальної громади міста, його господарсько-правової природи та підстав виникнення, участі територіальної громади міста та суб'єктів господарювання різних форм власності в організації управління власністю територіальної громади, яка за своєю формою є комунальною власністю, але й висловив своє власне ставлення до існуючих проблем формування та використання власності територіальної громади у міському господарстві, пропонуючи при цьому цікаві і обгрунтовані з правової точки зору шляхи розв'язання тих актуальних проблем, які спостерігаються при передачі об'єктів комунальної власності у державну власність, приватизації майна комунальних підприємств, оренди і концесії об'єктів комунальної власності міста, фінансування об'єктів соціальної інфраструктури міста, казначейського обслуговування місцевих бюджетів, правового режиму тимчасово вільних коштів та грошових надходжень від операцій з міськими землями. В результаті цього праця має ознаки науково-практичного дослідження, яке може зробити істотний внесок щодо правового регулювання інституту власності територіальної громади міста.

Слушно пропонується, на підставі науково-теоретичного аналізу та матеріалів практики, передбачити відповідальність органів Держказначейства перед органами місцевого самоврядування (або безпосередньо перед територіальними громадами) за несвоєчасне і неякісне надання казначейських послуг місцевим бюджетам. Неналежне забезпечення казначейського обслуговування місцевих бюджетів, неефективне управління наявними фінансовими ресурсами, що обліковуються відділеннями Держказначейства України, є однією з головних причин збиткової діяльності комунальних підприємств. Систематичні затримки казначейськими установами виплат необхідних платежів призводить до погіршення фінансового стану комунальних підприємств, діяльність яких спрямована на забезпечення соціально-економічних потреб територіальної громади.

Автором запропоновано перелік об'єктів, які повинні залишатися у виключній власності територіальної громади і які не

---

* У с т и м е н к о В. А. Городская собственность и городское хозяйство / НАН Украины. Ин-т экономико-правовых исследований. – Донецк: ООО «Юго-Восток, Лтд», 2006. – 352 с.

© І. Труш, 2008

підлягають приватизації. Чітке визначення зазначеного переліку, особливо на законодавчому рівні, є досить корисним з практичної точки зору і дасть можливість забезпечити інтереси територіальної громади, соціально-економічний розвиток відповідної території. Заслуговує на підтримку пропозиція щодо доцільності якнайшвидшого припинення практики тотальної приватизації комунальної власності міста, віддаючи при цьому пріоритет іншим формам господарського використання комунального майна, насамперед оренді і концесії, тобто тим формам господарського використання комунального майна, які не тягнуть за собою зміну власника майна.

Дістали належного висвітлення основні способи первинного формування об'єктів власності територіальної громади району в місті. Виділено основні напрями участі районних у місті громад у відносинах субміського господарського комплексу.

Позитивно оцінюючи науково-теоретичну і практичну значимість монографічного дослідження, його наукову новизну та можливість використання пропозицій і рекомендацій автора для вдосконалення чинного господарського законодавства та практики його застосування, необхідно зауважити, що окремі положення праці мають дискусійний характер. Зокрема, не безспірним видається висновок про доцільність введення в законодавство України такого поняття, як «комунальна казна» (визначивши зміст цієї казни як виключну власність територіальної громади), передусім тому, що у свідомості людини цей термін взагалі пов'язується з накопиченням і збереженням відповідних фінансових активів, а не з реальним майном. Достатньо дискусійним є твердження автора з приводу того, що передача об'єктів соціальної сфери органам місцевого самоврядування державою і суб'єктами господарювання, на балансі яких перебувають об'єкти соціальної сфери, буде магістральним способом формування об'єктного складу комунальної власності протягом кількох десятиліть. У зв'язку з тим, що на даний час на всій території України у всіх великих містах спостерігається підвищений попит на землі міста, тому об'єкти соціальної інфраструктури, які знаходяться в межах міста, викупаються швидкими темпами приватними структурами і до комунального сектора економіки практично не потрапляють.

Висловлені зауваження стосуються переважно дискусійних питань теми дослідження і аж ніяк не впливають на загальну позитивну оцінку наукової новизни та практичної її значимості.

**До уваги читачів!**

У журналі № 3 цього року на с. 131, абз. 2 зверху слід читати: «В. Паліюк вважає...» і далі за текстом.

А на с. 134 у посиланні на використані матеріали під номером 6 необхідно читати «Паліюк В.» і далі за текстом.

**РАДА ВИДАВЦІВ:**

М. В. ОНІЩУК — Міністр юстиції України
А. А. СТРИЖАК — Голова Конституційного Суду України
В. В. ОНОПЕНКО — Голова Верховного Суду України
С. Ф. ДЕМЧЕНКО — Голова Вищого господарського суду України
О. І. МЕДВЕДЬКО — Генеральний прокурор України
Ю. С. ШЕМШУЧЕНКО — Директор Інституту держави і права НАН України
В. Я. ТАЦІЙ — Президент Академії правових наук України
В. В. СТАШИС — Перший проректор Національної юридичної академії України

**НАУКОВА РАДА:**

А. О. СЕЛІВАНОВ, доктор юридичних наук, професор **(голова наукової ради)**,
В. Б. АВЕР'ЯНОВ, доктор юридичних наук, професор,
Л. К. ВОРОНОВА, доктор юридичних наук, професор,
Ю. М. ГРОШЕВИЙ, доктор юридичних наук, професор,
А. П. ЗАКАЛЮК, доктор юридичних наук, професор,
В. С. КУЛЬЧИЦЬКИЙ, доктор юридичних наук, професор,
В. Т. НОР, доктор юридичних наук, професор,
В. Ф. ОПРИШКО, доктор юридичних наук, професор,
М. П. ОРЗІХ, доктор юридичних наук, професор,
М. І. ПАНОВ, доктор юридичних наук, професор,
Д. М.ПРИТИКА, доктор юридичних наук, професор,
М. В. РУДЕНКО, доктор юридичних наук, професор,
В. І. СЕМЧИК, доктор юридичних наук, професор,
В. П. ТИХИЙ, доктор юридичних наук, професор,
В. А. ТИМОШЕНКО, доктор юридичних наук, професор,
Є. О. ХАРИТОНОВ, доктор юридичних наук, професор,
В. І. ЧУШЕНКО, кандидат юридичних наук, професор.

**РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:**

О. Д. СВЯТОЦЬКИЙ **(головний редактор)**, О. В. КОНСТАНТА **(перший заступник головного редактора),** Ю. Г. ВЕРБЕНКО **(заступник головного редактора)**, Ю. П. БИТЯК, А. М. БОЙКО, В. Д. БРИНЦЕВ, В. І. ГУМЕНЮК, О. В. ЗАДОРОЖНІЙ, О. В. ЗАЙЧУК, Т. Г. ЗАХАРЧЕНКО, В. І. КАЛЬНИЙ, Н. І. КАРПАЧОВА, М. І. КОЗЮБРА, О. Л. КОПИЛЕНКО, В. Л. КРОТЮК, О. Д. КРУПЧАН, О. І. МЕЛЬНИЧЕНКО, Н. М. ОНІЩЕНКО, О. П. ОРЛЮК, А. М. ПІНЧУК, П. Д. ПИЛИПЕНКО, П. П. ПИЛИПЧУК, Б. М. ПОЛЯКОВ, І. Г. ПОБІРЧЕНКО, Ю. Д. ПРИТИКА, О. Г. ПУШЕНКО, Г. П. СЕРЕДА, В. Ф. СІРЕНКО, О. Ф. СКАКУН, О. В. СКРИПНЮК, М. Ф. СТАХУРСЬКИЙ, В. В. СТАШИС, М. О. ТЕПЛЮК, І. А. ТИМЧЕНКО, Б. Й. ТИЩИК, В. М. ШАПОВАЛ, І. Б. ШИЦЬКИЙ

*Адреса редакції: 04107, м. Київ, вул. Багговутівська, 17–21, кімн. 427*
Розрахунковий рахунок: 2600901000593 МФО 380560 в Друга КФ ВАТ «Кредобанк»
*Телефони: головний редактор — 537-51-00; відповідальний секретар — 537-51-10*
*Факс: 537-51-00*

Сайт: **www.pravoua.com.ua**

*Листування з читачами — тільки на сторінках журналу.*
*Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах, несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.*

Комп'ютерний набір *С. О. Комишан*
Комп'ютерна верстка *О. Р. Карташової*

Реєстраційне свідоцтво КВ № 1053, видане Держкомвидавом України 03.11.94.

Здано до набору 31.03.2008. Підп. до друку 07.05.2008. Формат 70x108/16. Папір офсетний.
Офсетний друк. Ум. друк. арк. 13,3. Ум. фарбо-відб. 15. Обл.-вид. арк. 12.6. Зам. 8-89.
Тираж 3 300. Ціна договірна.
Набір та верстка журналу виконані у комп'ютерному центрі редакції.

Надруковано з оригінал-макета в ТОВ «Друкарня «Бізнесполіграф».
Україна, 02094, м. Київ, вул. Віскозна, 8.