



**ВІСНИК
ЛВІВСЬКОГО ТОРГОВЕЛЬНО-ЕКОНОМІЧНОГО
УНІВЕРСИТЕТУ**

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

**Збірник наукових праць
Випуск № 4**

Львів
Растр-7
2017

"

*Рекомендовано Вченою радою Львівського
торговельно-економічного університету
до друку та поширення через мережу Інтернет
(протокол № 6 від 17.02. 2017 р.)*

"

Вісник Львівського торговельно-економічного університету. Юридичні науки. Зб. наук. праць. — Львів : Видавництво «Растр-7», 2017. — Вип. № 4. — 300 с.

Редакційна колегія:

Головний редактор — **Щур Б. В.**, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального права та процесу Львівського торговельно-економічного університету, Заслужений юрист України.

Відповідальний секретар — **Федоров М. П.**, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права та процесу Львівського торговельно-економічного університету.

"

© ЛТЕУ, 2016

© Видавництво «Растр-7», 2017



Від редакційної колегії

Шановні автори та читачі наукового вісника!

Вітаємо вас із виходом у світ чергового четвертого випуску «Вісника Львівського торговельно-економічного університету. Юридичні науки».

За час свого існування «Вісник» став справжньою трибуною науковців юридичного факультету Львівського торговельно-економічного університету, провідних юридичних навчальних закладів України. У «Віснику» публікуються наукові статті, присвячені актуальним проблемам сучасної юридичної науки. Висвітлюються результати творчих наукових пошуків фахівців у різних галузях права. На сторінках нашого вісника науковці діляться досвідом реалізації норм чинного законодавства у правоохоронній діяльності, інформують про окремі проблемні питання застосування правових норм та формулюють обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення правового регулювання у різноманітних галузях та сферах суспільного життя нашої держави.

Про зростання авторитету цього видання свідчить широка участь у його підготовці науковців всіх регіонів України та навіть зарубіжжя. Майже половина авторів вміщених у цьому випуску вісника публікацій представляють правові школи провідних вищих юридичних навчальних закладів.

Висловлюємо вдячність за сприяння у виданні наукового вісника ректорату Львівського торговельно-економічного університету.

Запрошуємо до співпраці науковців вищих юридичних навчальних закладів України та зарубіжжя, практичних працівників правоохоронних органів, органів державної влади та місцевого самоврядування.

З повагою

Щур Б. В.,
головний редактор, доктор юридичних наук,
професор, Заслужений юрист України.

Члени редакційної колегії:

Басиста І. В., доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального права та процесу Львівського торговельно-економічного університету.

Блазута Р. І., кандидат юридичних наук, доцент, ректор Львівського державного університету внутрішніх справ.

Вдовичин І. Я., доктор політичних наук, професор, завідувач кафедри теорії держави і права Львівського торговельно-економічного університету.

Грищук В. К., доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, директор Навчально-наукового інституту права, психології та економіки Львівського державного університету внутрішніх справ.

Журавель В. А., доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, головний вчений секретар НАПрН України, Заслужений юрист України.

Зьолка В. Л., доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри теорії держави і права Львівського торговельно-економічного університету.

Котуха О. С., кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права та процесу, декан юридичного факультету Львівського торговельно-економічного університету.

Кравчук В. М., доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права та процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, суддя Львівського окружного адміністративного суду.

Кучерявенко М. П., доктор юридичних наук, професор, Перший віцепрезидент Національної академії правових наук України, завідувач кафедри фінансового права Національного юридичного університету ім. Я. Мудрого, академік Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України.

Микісвич М. М., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри європейського права Львівського національного університету імені Івана Франка.

Настюк В. Я., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності Національного юридичного університету ім. Я. Мудрого, член-кореспондент Національної Академії правових наук України.

Репецкий В. М., кандидат юридичних наук, професор, завідувач кафедри міжнародного права Львівського національного університету імені Івана Франка, член експертної комісії Міністерства освіти та науки України з питань акредитації та ліцензування.

Стратонов В. М., доктор юридичних наук, професор, ректор юридичного факультету Херсонського національного університету, Заслужений юрист України.

Тищенко В. В., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія»,

член-кореспондент Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України.

Федик Є. І., кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільного права та процесу Львівського торговельно-економічного університету.

Шакун В. І., доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального права Національної академії внутрішніх справ України, член-кореспондент Національної академії правових наук України.

Шепітько В. Ю., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри криміналістики Національного юридичного університету ім. Я. Мудрого, академік Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України.

ЗМІСТ

Розділ 1. ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ Й ПРАВА	9
<i>Вдовичин І. Я.</i> Політико-правові ідеї Е. Берка і сьогодення	10
<i>Граб С. О.</i> Погляди В. Липинського щодо впливу релігії на політико-правове становлення держави	26
<i>Кельман М. С.</i> Методологічні підходи до аналізу співвідношення громадянського суспільства та держави	31
<i>Коцан-Олинець Ю. Я.</i> Чинники, що зумовлюють необхідність тлумачення правових норм у сучасній Україні	40
<i>Передрієнко В. О., Санагурська Г. М.</i> Суб'єктивні права і юридичні обов'язки споживчого товариства	47
<i>Санагурська Г. М.</i> Правовий статус дитини в австрійському цивільному кодексі 1811 р.	55
<i>Федик Є. І.</i> До питання організаційного аспекту формування професійної правової культури	64
<i>Федик С.С.</i> Принцип ефективності у забезпеченні захисту прав людини Євросудом	67
<i>Фігель Ю. О.</i> Встановлення обмежень прав людини у законах та підзаконних нормативно-правових актах	71
Розділ 2. АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО УКРАЇНИ	78
<i>Грицук А. Б.</i> Нормативно-правове регулювання діяльності державних службовців в Україні	79
<i>Йосифович Д. І.</i> Адміністративна відповідальність за правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації: матеріальні та процесуальні основи	88
Розділ 3. ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕС	96
<i>Волинець Т. В.</i> Межі здійснення права комунальної власності	97
<i>Рабінович А. В.</i> Щодо проблематики розрізнення й співвідношення господарсько-правового та цивільно-правового регулювання	103

<i>Jan Gola. Nadzór nad lotniczą działalnością gospodarczą w polsce – wybrane aspekty</i>	109
<i>Grzegorz Klich. Obowiązki inwestora związane z przygotowaniem inwestycji jako element treści umowy o roboty budowlane</i>	119

Розділ 4. КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ 130

<i>Гладун О. З. Кримінологічна характеристика легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом</i>	131
<i>Желік М. Б. Об'єктивна сторона складів злочинів, які полягають у прийнятті пропозиції, обіцянки або одержанні неправомірної вигоди</i>	138
<i>Загинеї З. А., Кваша О. О. Невизначеність національного антикорупційного законодавства: in dubio pro geo</i>	146
<i>Мина В. В. Санкція як засіб захисту прав та обов'язків людини і громадянина</i>	155
<i>Сосніна О. В. Охорона недоторканності приватного життя за кримінальним законодавством Федеративної Республіки Німеччини</i>	162
<i>Федоров М. П. Формування державної політики протидії організованій злочинності в Україні</i>	170
<i>Шепітько М. В. Проблеми виявлення ознак лжеприсяги</i>	181

Розділ 5. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС І КРИМІНАЛІСТИКА 189

<i>Басиста І. В., Максимів Л. В. Окремі проблеми набуття особою статусу підозрюваного у кримінальному процесі: вимоги чинного КПК та практика Європейського суду з прав людини</i>	190
<i>Благута Р. І., Кунтій А. І. Типові слідчі ситуації початкового етапу розслідування умисного вбивства, вчиненого в стані сильного душевного хвилювання</i>	197
<i>Журавель В. А. Форми викладення змісту окремих криміналістичних методик розслідування злочинів</i>	206
<i>Олашин М. М. Обставини, що підлягають предмету доказування у справах про злочини неповнолітніх</i>	215
<i>Скибіцький Б. А. Особливості протидії розслідуванню злочинів, пов'язаних з незаконним використанням бюджетних коштів</i>	222
<i>Слупко В. М. Роль уповноваженого Верховної Ради з прав людини у захисті прав особи в кримінальному провадженні</i>	230

<i>Стецик Б. В.</i> Тактика проведення окремих слідчих (розшукових) дій під час розслідування незаконної лікувальної діяльності	238
<i>Щур Б. В.</i> Принципи побудови окремої криміналістичної методики	251
Розділ 6. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС	260
<i>Анопій І. В.</i> Окремі аспекти відповідальності батьків за порушення майнових прав малолітніх дітей	261
<i>Бойчук Т. В.</i> Принципи права Європейського суду в контексті національної судової практики щодо повернення банківських вкладів (заощаджень) населення	268
<i>Кучер В. О., Котуха О. С.</i> Непорушність права власності за цивільним законодавством України	277
<i>Ратушина Б. П.</i> Виконавче провадження в Україні: на шляху реформ	286
Розділ 7 ТРУДОВЕ ПРАВО	291
<i>Мацько М. А.</i> Проблеми законодавчого закріплення медіації як альтернативного способу вирішення трудових спорів	292

РОЗДІЛ 1

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ Й ПРАВА

Вдовичин І.Я.

*доктор політичних наук, Львівський торговельно-економічний університет,
професор кафедри теорії держави і права*

ПОЛІТИКО-ПРАВОВІ ІДЕЇ Е. БЕРКА І СЬОГОДЕННЯ

Ключові слова: Е. Берк, соціальна інженерія, право, держава, культурна традиція, свобода, особа.

Keywords: *Edmund Burke, social engineering, law, government, cultural tradition, freedom, individual.*

Постановка проблеми. Е. Берк належить до числа тих діячів, чий світогляд слід охарактеризувати «дивний лібералізм» або «дивний консерватизм». Частина його інтелектуальної спадщини, безперечно, свідчить про ліберальність поглядів; інша частина дає необхідні аргументи для визнання Е. Берка як мислителя консервативного табору. У цьому сенсі спадщина Е. Берка дуже цінна для вирішення проблеми породжених сучасною кризою лібералізму, у час, коли традиційні політико-правові концепти піддаються ерозії, а новітні викликають сумніви у своїй реалістичності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Обрана тема, присвяченим різним аспектам життя і творчості Е. Берка, історії політико-правової думки в Англії, відображена в працях західних дослідників: А. Кобба, К. О'Брайена, Дж. Уолдрон, Ф. О'Гормана П.Стенліса, Ф. Хірншоу. Серед сучасних російських вчених слід відзначити М. Белова, а з українських А. Карася, В. Климончука, Л. Кухту, В. Лісового, А. Романюка.

Постановка завдання. Однією з центральних ідеологій на межі XVIII-XIX століття у всій Західній Європі став лібералізм: вчення про свободу особистості і права людини як основні суспільні цінності. І водночас, під впливом ексцесів Французької революції, стало очевидним, що не усе так просто із реалізацією гасел прав і свобод людини на практиці. Одним із перших, хто звернув на це увагу був англійський мислитель, один із лідерів партії вігів (лібералів) Едмунд Берк. Радикальні технологічні, соціо-культурні, політичні зміни, що зробили надзвичайно плинними практично усі усталені уявлення, спонукають до пошуку меж де свобода не стає свавіллям, а необхідне державне регулювання — тиранією.

Виклад основного матеріалу. Берк Едмунд (англ. *Edmund Burke*; 12.01.1729, Дублін, Ірландія — 09.07.1797, Біконсфілд, Бекінгемшир) — англійський державний діяч, член Парламенту, публіцист, мислитель. Основоположник теорії британського консерватизму. Радянські дослідники наступним чином характеризували його внесок у політико-правову думку, і зокрема праці «Роздуми про Французьку революцію»: «спрямованої проти буржуазної революції у Франції, яка розпочалась у 1789 р., Берк виступив у книзі як ідеолог найбільш консервативної частини англійської буржуазії, як виразник інтересів пануючих класів, що готувалися розв'язати війну проти

країни, яка піднялася на боротьбу з абсолютизмом і феодалними порядками»[12, 14]. Подібна характеристика дається і в радянському підручнику з «Історії політичних і правових вчень». Е. Берк згадується як «реакційний» мислитель, серед представників консервативної політико-правової думки: «Англійський парламентарій Едмунд Берк, ... — усі вони прагнули дискредитувати Просвітництво, особливо властиву йому віру у всесилля розуму і розумного закону» [14, 387]. Фактично такий погляд на Е. Берка характерний і для переважної більшості сучасних дослідників. Та сумлінний аналіз політичної позиції та праць мислителя спонукає до переосмислення стереотипів.

Закінчивши Трінті-коледж в Дубліні, Е. Берк в 1750 р відправився в Лондон вивчати право. У 1765 р. — особистий секретар Прем'єр-міністра Англії маркіза Рокінгема, увійшов до складу парламенту, де незабаром стає головним ідеологом партії вігів[3, 67]. Вже така інформація зі словника засвідчує непересічність постаті Е. Берка і як мислителя і як державного діяча. Усіма він незаперечно визнається як засновник новітнього консерватизму, і водночас — ідеолог партії вігів (лібералів).

У 60-х роках XVIII ст. колись могутня партія вігів втрачала популярність та налаштованість до свіжих ідей. Вона розпалася на кілька ворогуючих фракцій, очолюваних великими аристократичними кланами.

Незабаром Берк висунався на роль головного ідеолога і організатора (по парламентській термінології — «батога») фракції Рокінгема. У своїх творах того періоду він спробував намітити шляхи виходу партії з кризи і теоретично обґрунтувати її претензії на владу. В 1769 р. він надрукував «Зауваження з приводу недавньої публікації під назвою «Сучасне становище країни»», а в 1770 р. — «Роздуми про справи сучасних незадоволених» [24, 57]. Саме віги, вважав він, — найбільш надійні захисники і охоронці британської свободи. Та й сам Берк, не шкодуючи сил, боровся за збереження і розширення традиційних вольностей англійців. Він захищав свободу слова, коли «партія двору» намагалася переслідувати редакторів газет за публікацію звітів про парламентські засідання, вимагав пом'якшити передбачені законом покарання для неспроможних боржників і для гомосексуалістів, закликав до скасування работоргівлі і протестував проти утисків євреїв. Але це — лише окремі епізоди його майже тридцятирічної парламентської діяльності. Головними її подіями стали розтягнулися на роки п'ять великих політичних баталій, в кожній з яких Берк зіграв одну з провідних ролей.

Першою з таких битв виявилася американська Війна за незалежність. З самого початку кризи Берк належав до числа прихильників компромісу з колоніями. В 1774 р. він і його «рокінгемські» друзі розійшлися з парламентом з усіх питань, що стосувалися Америк; він виклав обґрунтування такої лінії поведінки в «Листі брестольським суддям» [24, 57]. Більшість в парламенті отримали прихильники жорсткої лінії. Берк і його однодумці не змогли запобігти війні, що коштувала Англії її північноамериканських колоній. У зрілій політичній діяльності Берк виступав за лояльніше ставлення до англійських колоній у Північній Америці і обстоював скасування урядом «Акту

про гербовий збір», що передбачав оподаткування (фактично визиски) колоній, і який викликав значне незадоволення і спричинював непокору в колоністів[3, 68]. Берк також критикував англійське управління Ірландією, особливо за дискримінацію католиків. Берк був проти намагань англійського короля Георга III підсилити свою владу й доводив потребу створення політичних партій, які були б виразниками інтересів груп громадян і які б обстоювали свої чіткі й ясні принципи. Зберігаючи упродовж життя глибоку прихильність до християнства, Берк інтерпретував свободу і громадянське суспільство в консервативному значенні традиції [13, 137].

Другою великою битвою Берка стала спроба обмежити вплив «партії двору» в самій Англії. Ще тривала війна, коли він в 1780 р висунув законопроект з пропозицією ліквідувати численні синекури, що використовувалися королем для підкупу депутатів. Однак лише в 1782 р, після того, як плутанина викликана військовою поразкою, дозволила Рокінгему знову очолити уряд, цей закон пройшов, правда, в сильно урізаному вигляді. Берк прагнув розвинути успіх, але смерть Рокінгема від грипу перекреслила всі його плани [24, 57].

Знову опинившись в опозиції, Берк почав третю баталію. За підтримки свого друга і нового лідера вігів Чарльза Джеймса Фокса він виступив з викриттям зловживань Ост-Індської компанії і вимагає притягти до суду генерал-губернатора Індії Уоррена Гастінгса [24, 58]. Фактично він засуджував політику колоніалізму, звертав увагу на давність культури і традиції державного життя Індії.

Полем четвертого бою була Ірландія. З болем в серці Берк бачив, як його мала Батьківщина страждає під гнітом Англії. Мрія Берка про мирне звільнення батьківщини так і не збулася. Таким чином, на час Французької революції Берк, чия партія в будь-якому випадку залишалася в опозиції, був самотнім, непопулярним, розчарованим, змучений виснажливою працею та залишений своїми старими парламентськими товаришами і колегами[24, 58]. Громадська позиція Берка, яка не приносила йому ні популярності ні багатства, піддажує звинувачення у «реакційності».

Та з'ясувалось, що основна інтелектуальна і політична битва, яка за великим рахунком триває і досі, ще попереду. Найбільш знаменитим з великих битв Берка став його «похід» проти Французької революції. Багато англійців з ентузіазмом зустріли звістку про падіння «деспотизму» в сусідній країні. Однак Берк не поділяв їх захоплення. Так, він прекрасно знав про пороки Старого порядку. Ще в 1773 році роки він відвідував тогочасну «столицю світу» Париж, який безтурботно віддавався розвагам і розпусті. Він був шокований французькою легковажністю і вузьким прагматизмом тієї епохи. Але французи застережень не почули, і ось тепер революція зі своїми радикальними ексцесами, повністю підтверджувала слушність попереджень Берка.

Починаючи з 1790 р. промови і памфлети Берка, включаючи його кращій твір — «Роздуми про революцію у Франції», звучали різким дисонансом хору захоплених голосів, які вихваляли цей «тріумф свободи». Осуд мислителем соціального експерименту, що відбувався по іншу сторону Ла-Маншу, викликало

подив у англійської публіки. Події начебто не давали ніяких підстав для подібної критики революції, і вожді вігів поспішили від нього відмежуватися. Та Берк усвідомлював масштаб соціальної напруги, яка отримала можливість реалізувати себе не через реформи, а насильство, вбачаючи у ньому єдино правильну відповідь на складні проблеми людського буття. Берк засуджував революційні Національні збори Франції перш за все прагнення скасувати у Франції відразу весь старий порядок і «одним махом створити нову конституцію для величезної королівства і кожної його частини на основі метафізичних теорій і абстрактних ідеалів, вигаданих «літературними політиками (політичними або літераторами)», як Берк називав філософів Просвітництва. «Було абсолютно необхідно перекидати всю будову, починаючи з фундаменту, і вимітати всі уламки, щоб на тій же основі спорудити нову експериментальну будову з абстрактного, теоретичного проекту?» [20], — питав Берк.

Така позиція Берка окреслює основний сенс його підходу до врегулювання політико-правових проблем — осуд догматизму, у які б гасла, навіть «найпрогресивніші», він не вбирався.

Порівняно з багатьма відомими вченими його доробок у кількісному вимірі не є таким великим. Основні праці: «Філософське дослідження про походження наших ідей піднесеного і прекрасного» (1757), «Захист природного суспільства (1756), «Роздуми про французьку революцію» (1790). Та понад два століття вони залишаються у центрі уваги і викликають гостру полеміку. Обумовлено це перш за все тим, що Берк прагнув спростувати метод і вчення ідеологів та діячів Великої Французької революції. Він писав, що їх метод апріорний, заснований на індивідуальному розумі і оперує спрощеними побудовами. Цим обумовлена помилковість основних положень теорії французьких революціонерів. Така позиція викликала як гостре засудження прихильників революційних змін та звинувачення у реакційності, так і підтримку тих, хто вважав що знайшов у творчості Берка аргументи на незмінність існуючого стану речей. Послідовники радикальних змін насильницьким способом продовжують використовувати ідеологічні штампки: «Для Берка революційна доктрина — це втілено зло» [16, 45]. Та сумлінне ознайомлення із життєвим шляхом мислителя, його парламентською діяльністю, науковими творами дає підстави робити про спрощене розуміння його ідей, небажання що критиків, що прихильників звернути на основну ідею Берка — наголос на критиці ідеї «соціальної інженерії», утопії, базованої на переконання примусом зверху здолати усі недосконалість світу, під яким б ідеологічними гаслами вона не пропонувалась. Як свідчать публікації, такий підхід складно дається навіть розважливим західним дослідникам, серед яких продовжує зберігати вплив погляд, що Берк пропагував ідею заперечення розуму й закону природи. Є щось майже виключне в тій його поступці, що, мовляв, суспільство є штучним, а не природним утворенням, що воно не є плодом самого розуму, що його норми — це умовності, та що воно залежить від таємних інстинктів і схильностей, навіть від забобонів [18, 538].

Останнім часом знову надзвичайно впливовими (і навіть домінуючими) стали різноманітні варіанти соціальної інженерії, серед яких найбільше

виокремлюється проект «світової держави». Прихильники такого варіанта вдосконалення управління розраховують, що влада, здійснювана з єдиного центру, забезпечить оперативне вирішення проблем людства. Прихильники такого підходу наполягають, що традиційні підходи виглядають нестійкими і вже не відповідають часу, і отож вони популяризують ідею руйнування суверенітету держави: «Нації прагнуть до демократії в той самий момент, коли зміни в демократичному порядку організації суспільства ставлять під сумнів життєздатність незалежної демократичної держави. Широкі області людських прагнень прогресивні на глобальному рівні, а доля демократії сповнена невизначеності» [22, 278]. Періоди кризи завжди спричиняють зростання впливу радикальних гасел і пошуку простих відповідей, здатних більш-менш переконливо все пояснити і пообіцяти достатньо швидко розв'язання проблем. «Принципова різниця між Світовою державою, що народжується протягом ХХІ століття, і нині існуючими національними державами полягає у об'єкті державного регулювання, оскільки Світова держава виявляє і реалізує свою планетарну владу не у просторі територій, а у просторі процесів, що протікають у просторі окремих країн і міждержавних утворень. За стан території відповідають національні держави» [17, 125]. Цікавою є пропозиція роз'єднати рішення і відповідальність. Центр монополізує за собою керівництво, відповідальність перекладається на суверенні держави (фактично — несuverенні), обмежені в ресурсах, які вони будуть спроможні самостійно мобілізувати для вирішення проблем територій. Ще один штрих — мова йде про території, а не про людей (громадян).

Технократичний варіант вдосконалення державно-правового устрою, за умов глобалізації, опертий на зміни, спричинені інформаційними технологіями, запропоновано Е.Тюффлером у праці «Третя хвиля». Автор викладає власне бачення наслідків глобального інформаційного наступу і змін, які охопили усі сфери буття людини. Його застереження достатньо переконливі, коли він демонструє соціальні наслідки технологічного прориву: руйнуючи наші сім'ї, розхитуючи нашу економіку, паралізуючи нашу політичну систему, розбиваючи наші цінності, Третя хвиля зачіпає кожного. Вона змінює всі співвідношення сил, привілеї та прерогативи сьогodнішньої еліти, чие становище стало вкрай хитке, і створює тло, на якому завтра відбуватимуться визначальні битви. «Багато в цивілізації, що народжується, суперечить старій традиції індустріальної цивілізації. Вона є водночас високотехнічною та антиіндустріальною» [19, 20]. Та більш сумнівними є ідеї, які, на думку мислителя, повинні запропонувати альтернативу чинному державно-правовому ладу. Для подолання породжених Третьою хвилею труднощів він закликає до радикальних змін системи управління і права. «Чим швидше ми почнемо створювати альтернативні політичні інституції, оперті на три принципи, — владу меншин, напівпряму демократію, поділ рішень, тим кращими будуть наші можливості для мирного переходу» [19, 391]. У той чи інший спосіб У. Бек, пропагандист позитивної спрямованості глобалізації, поділяє подібні підходи, наполягаючи, що лише критика національно-державної ортодоксії та нові категорії, що беруть на озброєння новий космополітичний погляд, надають нові шанси у боротьбі за владу [2, 40].

У той час, як на думку Е. Берка урядування не виникає із природних прав, які можуть існувати і справді існують незалежно від нього, оприявнюючись дуже чітко і з високим ступенем абстрактної довершеності; але їхня абстрактна довершеність є їхнім же практичним недоліком. Право на все спонукає до безмежних бажань. Урядування є винаходом людської мудрості для задоволення людських бажань. Люди мають право вимагати, аби ці бажання були розумно задоволені. До цих бажань слід віднести цілком цивілізовану потребу в належному обмеженні всіляких пристрастей. Суспільство не тільки вимагає, щоб пристрасті індивідів було вгамовано, а й того, щоб і в цілому й поодинокі схильності людей можна було швидко притамувати, їхню волю належним чином скерувати, а пристрасті упокорити. Це можливо зробити, лише застосувавши владу зовнішню щодо них самих і за виконанням своїх функцій не підпорядковану волі й пристрастям, які їй самій належить приборкувати й підкоряти. «У цьому розумінні обмеження, як і свободи людей, слід віднести до їхніх прав. Але оскільки свободи й відповідні обмеження із плином часу та зміною обставин урізноманітнюються й зазнають нескінченних модифікацій, то їх не можна оперти на якийсь абстрактний принцип; отож нема більшої дурниці, як їх обговорювати, виходячи з цього принципу» [5, 283].

Власне цим і пояснюється його доволі скептичне відношення до революційних спроб вдосконалити державний і правовий лад. Він радше вбачає у цьому прагнення до власної вигоди а не до конструктивного вирішення проблем. Тому від доволі критично оцінює постаті прихильних негайних і радикальних змін, ставить під сумнів їх інтелектуальну спроможність. На його думку й не дивно, що з цими ідеями — про незаконність та узурпованість, чи в кращому випадку, як про безглуздий жарт — щодо всього в конституційному ладі або врядуванні вдома, як у церковних, так і державних справах, — вони вдивляються у закордон з пожадливім і пристрасним завзяттям. Допоки вони перебувають під впливом цих уявлень, то марна справа їм щось казати про звичаї предків, фундаментальні закони батьківщини, усталену конституційну форму — здобутки, які підтверджено тривалим досвідом, зростанням громадянської міці, національним процвітанням. Вони зневажають досвід як вияв мудрості неосвічених людей; що ж до всього іншого, то під ним видлубали таке провалля, в якому одного разу зникнуть усі взірці старовини, всі прецеденти, хартії й законодавчі акти парламенту. У них, бачте, «права людини». Поруч із цими правами не чинні ніякі правила, не дійсна ніяка угода; ні темперамент, ані поступливість не визнаються; усе, що не узгоджується достоту з їхніми вимогами, — обман і несправедливість. Нехай жоден уряд не шукає порятунку в тривалості свого буття або в справедливості чи милосердності правління, коли зіткнеться із цими правами. Протести цих розумників залишаються в силі як проти старого й благотворного правління, так і проти найжорстокішої тиранії або найпоміркованішої узурпації, якщо ці управлінські форми не узгоджуються з їхніми теоріями. «Вони завжди в незгоді з урядом, але не з приводу зловживань, а правомочності й документального підтвердження власності» [5, 281].

Форму правління, що склалася в Англії, Берк вважав слушною, оскільки вона ґрунтується на єдності монархічного, аристократичного та демократичного начал, рівновазі короля і парламенту. Він був переконаним опонентом не тільки демократії, а й демократизації аристократичної системи. Гарантією стабільності суспільства вважав збереження нерівності. Очевидно, що для сучасного спрощеного сприйняття ідеї суверенітету народу, такий сумнів у спроможності арифметичної більшості до відповідальної державної позиції видається помилковим. На цій підставі ще один представник ліберальної думки — Ф. А. Гаєк робить умотивований висновок: «І чи слід дивуватися, що існуючі представницькі асамблеї, переконані в тому, що все, ними вирішуване, обов'язково є справедливим, перестали навіть розглядати в конкретних випадках, чи це справді так?» [10, 434] Та слід визнати слушність і такого теоретичного застереження: «Виклад наукових фактів має здійснюватися в контексті загального історичного процесу, історії розвитку певної галузі, бути багатоаспектним, з урахуванням як загальних, так і специфічних особливостей» [23, 191]. Усе це засвідчує далекоглядність позиції Берка, а також його інтелектуальну мужність, бо і у той час він наразився на гостру критику.

Застереження щодо небезпек розрахунку на «більшість» поділяє і представник постмодерної думки Бодріяра, який ставить під сумнів надмірний оптимізм щодо громадянської активності переважної більшості людей. На його думку, «маси», — мовчазна більшість, чорна діра, яка поглинає соціальне; вони тяжіють до фізичної і статичної форми, одночасно не соціальної і над соціальної, цілком соціальної. Вони не можуть бути керовані жодною політичною владою, але маси породжують ілюзію влади; функціонування усіх сучасних систем прищеплено на тілі цієї мутної сутності мас. Маси ніде, ніким і нічим не можуть бути представлені. Вони існують поза і без демократичної репрезентації; вони парадоксальним чином поєднують у собі над керованість і катастрофічну загрозу тотальної дерегуляції [9, 84].

У своїх політико-правових працях Берк орієнтувався на історичний досвід досвіт і британську конституцію базовану на традиції англійського державного життя. Найважливіша риса британської конституції полягає, на його думку, в гарантіях політичної свободи, яку він розумів не як можливість «робити, що хочеш», а як право громадян у межах законів жити спокійно і безпечно. Найважливішою передумовою цього є «поміркований уряд», в якому представлені всі найважливіші групи суспільства, а різні влади так стримують одна одну, «що влада гальмує владу». Передбачене конституцією змішане врядування, в основі якого лежить поділ і взаємоконтроль влад, запобігає небезпеці зловживання владою. Загалом Е. Берк до питань державного управління підходив досить прагматично, про що прямо і заявляє: «Наука управління є практичною за своєю природою, спрямованою на практичні цілі, а також справою, яка вимагає досвіду, часом набагато більшого, ніж окремішня людина, — нехай найпроникливіша й спостережлива, — спроможна набути протягом усього свого життя; отож необхідно з безмежною осторогою відважуватися на повалення будівлі, яка упродовж століть цілком успішно

слугувала загальним цілям суспільства, або ж на її радикальне оновлення, не маючи перед очима моделей чи зразків, корисність яких доведено» [5, 284].

Тому навряд чи слушною є критика позиції Берка щодо обережного поведіння з претензіями людського розуму на здатність оперативно встановлювати досконалий державний і правовий лад, його залежить лише незначною мірою від розрахунку, чи егоїзму, чи навіть від свідомої волі. «У своїй іронічній атаці на прославляння революціоністами розуму Берк був навіть готовий заявити, що суспільство залежить від «забобону», себто від глибоко вкорінених почуттів любові й лояльності, починаючи з родини й округи та поширюючись на всю країну й націю» [18, 543]. Та критики Берка забувають, що почуття у своїй глибині досить часто інстинктивні. Вони становлять масову субструктуру людської особистості, у порівнянні з якою розум і егоїзм є поверховими. В основі суспільства й моралі лежить потреба в тому, щоб кожна людина почувалася частинкою чогось більшого й тривкішого за її власне ефемерне існування. Спільноти тримаються вкупі не силою хитро вирахованого егоїзму, але почуттям членства та обов'язку — почуттям того, що індивід має своє місце в спільноті, хоч би і якнайнижче, та що індивід є морально зобов'язаний нести той тягар, якого традиційно кладе на нього його суспільне становище. Без такого почуття стала спілка людей неможлива, оскільки індивідуальний розум, не підпертий узвичаєними інституціями та їхніми обов'язками, є ненадійним зряддям. Мислитель послідовно критикує спроби радикально зруйнувати увесь попередній інтелектуальний та державно-правовий досвід. «Особиста незалежність на самовпевненість (незмінні супутники усіх тих, хто ніколи не відчував впливу розуму, який переважає їх власний) узурпують суд. Зрозуміло, жоден закон, що встановлює непорушні основи надії та страху, не буде утримувати поведінку людей у визначених межах чи спрямовувати їх до певної мети» [7, 173-174].

Для усіх подібних підходів властивим є ігнорування процесу формування людської індивідуальності. Освіта, виховання, традиція, релігія, культура, сім'я... залишаються поза увагою, чи вважаються маловпливовими чинниками. Людину сприймають переважно через її спроможність виконувати ті чи інші виробничі функції та роль споживача. Увесь пафос гуманістичних гасел, під якими пропонують проекти досконалого суспільства, на практиці стає несуттєвим.

Важлива характерна риса переважної більшості утопій — «науковість». Їхні прихильники вважають, що світ розвивається закономірно, і людина, володіючи певною інформацією, в змозі коригувати перебіг подій. Таке припущення стосується не тільки новітніх соціальних доктрин з формування світової держави. «Нові тоталітарні ідеології (більшовизм і нацизм. — І. В.) відрізнялися від своїх попередників саме тим, що їх приваблювала не «ідея» ідеології (боротьби класів та експлуатація робітників чи боротьба рас і турбота про германські народи), а сам логічний процес, який із неї можна було розвинути», — писала Х. Арендт [1, 525]. Усе це спонукає до критичного погляду на варіанти соціальної інженерії, в яких, незалежно від аргументації, пропонують обмеження можливості людини обирати власну долю, у тому числі

й не завжди щасливу, з точки зору влади, спроможної завдяки контролю не допускати відхилень у поведінці.

Саме це почуття масовості громадського життя й відносного безсилля індивідуального розуму та волі й зробило Берка ворогом абстрактних ідей у царині держави і права. Такі ідеї завжди є занадто простими, щоб узгоджуватися з реальними фактами. Вони приймають такий рівень вигаданості, що й наймудріший державний діяч такого не має, і такий рівень гнучкості, якого в інституції не буває. Його позиція полягає у тому що інституції не придумуються і не створюються — вони живуть і розвиваються. Отже, до них треба підходити з повагою і торкатися їх обачливо, оскільки винахідливий політик-планувальник, виношуючи ризиковані, спекулятивні задуми нових установлень, може легко зруйнувати те, що надумав перебудувати. Давні інституції працюють добре тому, що за ними лежать віки при звичасння, зріднення й шани; жодна ж нова вигадка, хоч би яка вона була логічна, не запрацює, поки не обросте такою самою кількістю звичок і почуттів. Відповідно й претензії революціонерів на створення нової конституції та нового урядування здавалися Беркові божевільними й трагічними. Він наголошував, що політичні рішення, позаяк вони спрямовані на досягнення суспільних цілей, мають вироблятися лише суспільними засобами, тобто при спільних зусиллях багатьох умів. А для такої злагоди умів, яка одна тільки й спроможна створити все добро, що до нього ми прагнемо, потрібен час. Піддаючи осуду радикальний запал французьких революціонерів до негайних, непродуманих змін, заперечення досвіду минулого як непотрібного він посилається і на власні життєві спостереження. Е. Берк пише, що доля зводила його з великими людьми і тим не менше, ще не доводилося бачити хоч би один план, що не зазнав би виправлень унаслідок зауважень, зроблених людьми, які своїм розумінням стояли куди нижче за особу, що перебувала на чолі справи. Тому, реалізуючи проект державно-правового реформування слід звертати увагу не так на декларовані гасла як практику його втілення. Ідучи шляхом повільного, але добре забезпеченого прогресу, ми стежимо за наслідками кожного кроку; успіх чи неуспіх першого кроку кидає нам світло на крок другий, і так, від одного спалаху світла до наступного, ми надійно посуваємося протягом усього шляху. Ми стежимо, щоб частини системи не заходили у сутички. Недоліки, що таяться у найбагатонадійніших задумах, усуваються в міру їх виникнення. При цьому намагаємося, по змозі, не жертвувати однією перевагою заради іншої. Ми компенсуємо, ми примиряємо, ми врівноважуємо їх. Ми спроможні об'єднати в одне ціле всі різноманітні аномалії та суперечливі принципи, які співіснують в умах і ділах людей. Звідси виростає довершеність, проте довершеність не простоти, а чогось вищого — поєднання. «Там, де йдеться про щонайважливіші інтереси людства, пов'язані з довгою низкою поколінь, уся ця наступність повинна мати певний голос на радах, спроможних так глибоко впливати на неї. Як по справедливості, то саме ця робота потребує участі розуму людей, що належать до різних віків. Керуючись саме таким поглядом, найкращі законодавці часто задовольнялися упровадженням якого-небудь певного міцного провідного принципу

правління — сили, подібної до тієї, яку хтось із філософів назвав пластичною природою, а впровадивши принцип, вони потім лишали його діяти на свій власний розсуд» [4, 479].

Як бачимо, Берк не був прихильником консервації ні системи управління ні права, та зміни слід втілювати відповідально, надаючи перевагу результату а не задекларованій догмі, можна змінювати й поліпшувати, але щоразу потроху і завжди у відповідності із звичаями народу та в душі його власної історії. Саме звичай, традиція, і належність до суспільства, на думку Берка, надають людській природі набагато більше моральної якості, ніж те робить розум. Він вважав що цивілізація є володінням не індивідів, а спільнот; усі духовні надбання людини походять від її належності до організованого суспільства. Адже суспільство й суспільна традиція — це охоронець усього створеного людиною, її моральних ідеалів, її мистецтва, науки й освіти. Належність до суспільства означає доступ до всіх багатств культури, до всього того, що становить відмінність між дикунством і цивілізацією. Це не тягар, а відчинені двері до визволення людини [18, 544]. Що цілком слушно, виходячи із ідеї природного права, яке людина має та не може реалізувати у стані відсутності права закріпленого і підтримуваного організованою спільнотою. У чи не найбільш радикальній формі це висловив Г. Гобс, який був переконаний у абсолютно позитивній ролі держави, яка навіть у деспотичній формі є кращою порівняно з станом первісної свободи, суть якої, на думку Т. Гобс, — «війна усі проти усіх». В природному стані немає загальної влади і немає закону — «людина людині — вовк». Але люди наділені інстинктом самозбереження і з метою мир і безпеку вони відмовляються від своїх природних прав на користь утвореної ними шляхом договору держави. «Поza державою — панування пристрастей, війна, страх, бідність, мерзенність, дикість, у державі — панування розуму, мир, безпека, багатство, благо, взаємодопомога, витонченість, наука, доброзичливість» [11, т.1, 374]. Згідно концепції Т. Гобс, кожна людина, при утворенні держави погоджується відмовитись від власних прав на абсолютну свободу в тій мірі, в якій це необхідне для забезпечення миру і безпеки і задовольняється таким ступенем свободи по відношенню до інших людей, який би він допустив у інших людей по відношенню до себе. Т. Гобс однозначно і послідовно виступав за рівність прав, свобод і обов'язків між громадянами. Та щодо взаємовідносин між державою і громадянином такої рівності немає. На його думку, держава повинна володіти по відношенню до підданих абсолютною владою. Він зазначав, що ті, хто скаржаться на зазначені утиски, не приймають до уваги, що становище людини завжди пов'язано з тою чи іншою незручністю, і що величезні утиски, які може інколи відчувати народ при тій чи іншій формі правління, заледве чутливі порівняно з тими лихами і жахливими нещастями, «які є супутниками громадянської війни, чи з тим розпашілим станом безвладдя, коли люди не підкоряються законам і не визнають над собою ніякої примусової влади, стримуючої їх від грабунку і помсти» [11, т.2, 143]. На важливості права, а свою дієвість право і набуває завдяки певному санкціонованому примусу наголошує і французький мислитель П. Рікер, який підкреслював, що функція права — дозволити будь-

кому реалізувати свої здібності, а виправдання права полягає у тому, що завдяки йому, реалізуються людські здібності [21, 105].

Аналізуючи будь-які державно-правові питання, Берк перш за все співвідносить їх теоретичний компонент з практикою втілення. На його думку в реальності обставини (як він іронічно зауважує — деякі пани вважають за ніщо) надають будь-якому державно-правовому принципу його характерного відтінку та зумовлюють його специфічні наслідки. Якраз обставини роблять будь-яку державну чи правову схему добродійною чи шкідливою для людства. З абстрактного погляду і врядування і свобода є однаково добрими. Та мислитель попереджає: «і все ж, чи міг би я, керуючись здоровим глуздом, десять літ тому вітати Францію з її щастям мати врядування (а вона тоді мала врядування) без дослідження того, яким було це врядування та яким чином воно здійснювалося? І чи можу я тепер вітати ту ж саму націю з її свободою? Може, на тій підставі, що за абстрактного підходу свобода зарахована до благодатей людства, я серйозно повинен вітати божевільного, що вирвався із захисного обмеження та цілощой темряви свого усамітнення, з тим, що він повернув собі втіху від світла та свободи? Чи повинен я вітати грабіжника або вбивцю, що вирвався із тюрми, з поновленням його природних прав? Це означало б продовжувати розігрувати сцену зі злочинцями, присудженими до галер, та їх героїчним визволителем — метафізичним лицарем сумного образу» [6, 286].

Несприйняття ідей Е. Берка, їх критика багато в чому обумовлювалось його закликом до розважливості і відповідальності. Він застерігає від намагання моментально змінити світ на краще, оскільки це радше призведе до помилок і негативних наслідків. «А таки може піти багато років, але так воно й має бути. Одна з чудових переваг цього методу, де час є один із помічників, у тому й полягає, що дія його повільна, а подеколи й майже непомітна. Якщо обачність і обережність є складові частини мудрості, коли ми маємо справу із матеріалом, не наділеним духом, то вони, безперечно, стають ще й складниками обов'язку, коли предмет руйнування та будівництва — не цегла й дошки, а мислячі істоти, адже різка переміна становища, умов та звичок може вкинути маси людей у нещастя» [4, 478].

Слід визнати слушність думки Берка що людська сутність і створене нею духовне середовище не є втіленням абсолютної досконалості, і навіть небезпечним є прагнення максимального втілення цих чеснот. Та це не є підставою відмовити йому у прихильності до прав і свобод людини. Погляд про постійну загрозу перетворення будь-яких гасел у свою протилежність (гібридну війну. — І.В.) поділяв і такий незаперечний прихильник лібералізму як Д. С. Міль. Цей мислитель застерігав, що в ім'я філантропії, демократії та рівності може бути створено таке суспільство, де цілі штучно звузили й зменшили, а більшість людей обернули, «використовуючи фразу його видатного друга Токвіля, на звичайнісіньких «працьовитих овець», де за його власними словами, «колективна посередність» поступово душила оригінальність та індивідуальні таланти» [8, 242].

Досвід багатьох поколінь, стверджував Берк, втілювався в моралі, звичаї і традиції народів. Відповідно, лейтмотивом багатьох його творів є думка про

необхідність дбайливого ставлення до цієї спадщини предків. З таким же повагою Берк ставився до історично сформованим державним інститутам різних країн. Він відкидав широко поширену в добу Просвітництва теорію суспільного договору, згідно з якою суспільство і держава з'явилися в результаті усвідомленого рішення окремих індивідів. На його переконання, витоки і того, і іншого (він наголошував на потребі сприймати такі ідеї конкретно історично. — І. В.) приховані у глибині віків, і вже якщо пояснювати їх походження договором, то треба говорити про «договори» між Богом і людством в цілому. Відповідно, на думку Берка, такий контракт неможливо розірвати, бо, лише виконуючи покладені нею зобов'язання, люди користуються перевагами буття в суспільстві, яке тільки і робить людину власне людиною, тобто істотою, яка стоїть незрівнянно вище решти тваринного світу. Здатність людей до вдосконалення реалізується саме в суспільстві і, отже, єдине стан, який природний для них, це — громадянський, а зовсім не стан дикунства, як стверджували багато філософів Просвітництва.

Розглядаючи кожну державу як результат творчих зусиль і спадковому володінні всіх поколінь її громадян, Берк особливо велике значення надавав принципу наступності в політиці і праві, які можуть бути зруйновані в результаті радикальних насильницьких змін, під якими б гаслами права народу на суверенітет вони б не втілювались. Мислитель наголошує на руйнуваннях наслідках для суспільства знеособлення відповідальності: «Тим самим він вбиває в усіх, хто йому служить, усі моральні принципи, усяке почуття гідності, усі роздуми і постійність характеру, водночас віддаючи себе на волю зневажливого народного лизоблюдства чи придворних підлиз» [7, 172].

На думку Берка, згідно вічного закону світобудови, протиріччя в суспільстві так само неминучі, як і в природі. Та ці відмінності і протилежності, особливо ті, що стосуються державно-правових питань слід врегульовувати, та без перетворення суспільства у закликів натовп. « Шалена лютість за півгодини розвалить більше, ніж розважливість, обачливість і далекоглядність можуть вибудувати за сторіччя. Помилки й недогляди дотеперішніх інституцій очевидні й відчутні. Не потрібно багато хисту, аби вказати на них, а там, де панує абсолютна влада, досить одного слова, щоб повністю знищити ваду — разом із самою інституцією» [4, 477].

Складність і багатогранність соціальних відносин Берк вважав не тільки джерелом протиріч в суспільстві, як і розбіжності між інтересами різних соціальних верств, зокрема, між інтересами бідних і багатих. Радше протиріччя є інструментом реалізації суспільних інтересів, демонструючи як наявні проблеми, що потребують розв'язання, так і служать засобом існування суспільства, для якого найбільшу небезпеку становлять уніфікація та примітивізація соціальних відносин. На думку Берка, майнова нерівність є найефективнішим стимулом до праці, без якого існування цивілізації взагалі неможливо. У той же час зрівняльний переділ власності не задовольнив би потреб незаможних. Проблема бідності може вирішуватися тільки поступово, з розвитком виробництва. Також пропонує і соціальну підтримку для тих, хто дійсно не може себе утримати.

Для того щоб усвідомити сучасність багатьох політико-правових ідей Берка звернемось до роздумів тих мислителів, які є загально визнаними прихильниками прав і свобод людини. І ми побачимо, що вони теж, як і Берк вбачають одну із основних причин кризи державно-правових інститутів, перш за все у відсутності чітких світоглядних та морально-етичних принципів. Сучасна цивілізація розмиваючи твердість ідейних переконання з остраху перед впливом всеохоплюючих ідеологій має наслідком втрату здатності до опору. Можливість такого напрямку подій передбачив ще Д. С. Міль, зауваживши, що схильність людського роду — властива як правителям, так і простим співгромадянам — нав'язувати іншим власні погляди в якості правил поведінки, отримує таке енергійне підживлення з боку певних, як найкращих, так і найгірших із притаманних людській природі емоцій, що її навряд чи колись могло стримати щось, окрім браку влади; і оскільки ця влада не слабшає, а посилюється, то, — коли проти цього зла не буде зведено міцний бар'єр морального осуду, — в умовах, що нині існують у світі, ми повинні очікувати на його розростання[15, 17]. І це говорив мислитель чия віра у спроможність людини конструктивно реалізовувати свободу незаперечна. А світ порівняно з консервативним Берка позбувся багатьох морально-стримуючих обмежень. Такі слова не є ворожі правам і свободі людини а є попередження щодо демагогічних практик, зацікавлених у використанні демократичної процедури з цілком протилежною метою ніж вони запроваджувалися.

Берк вважав, що оскільки різного роду протиріччя — невід'ємний елемент соціального буття, мистецтво державного управління якраз і полягає в досягненні такого оптимального поєднання переваг і недоліків, при якому навіть останні служили б на благо суспільства. У той же час, він наполегливо застерігав від виключного опертя на слова, наголошував на панівному принципі практики у справі державно-правового будівництва. Тому писав: «І тому я повинен утриматися від того, аби вітати Францію з новою свободою, аж доки не дізнаюся, яким чином цю свободу поєднали з урядкуванням, із силою громадськості, з дисципліною та послухом армії; зі збором та ефективним розподілом державних прибутків, з моральністю та релігією, з забезпеченням власності, зі спокоем і порядком, з громадянськими та суспільними звичаями. Кожне із названих є також чимось добрим (у своєму роді); без них свобода, що існує, не є добродійною; та вона без них, вірогідно, й не буде існувати довго» [6, 286-287].

Висновки. Берк заперечував можливість існування політико-правової системи придатного для всіх часів і народів. Інститути кожної держави, на його переконання, є результатом тривалого історичного розвитку і пристосування до національних особливостей, традицій і звичаїв даної країни. Жоден із великих експериментів «соціальної інженерії», що вплинули на державно-правові інститути і на політико-правову думку, не засвідчили своєї результативності. Їх ініціатори та послідовники демонстрували і демонструють своє вороже ставлення до критичної думки, схильні до примусу, щоб позбавили впливу та прав усіх хто ставить під сумнів їх підхід до вирішення проблем. Берк аж ніяк

не відкидав можливості реформування будь-якої сфери суспільного життя, в нових обставинах старі установи можуть втратити свою доречність і перетворитися в перешкоду для нормального функціонування державного організму.

Однак будь-яке перетворення, на думку Берка, повинно носити перш за все прагматичний характер, виступаючи виключно як засіб усунення недоліків.

Список використаних джерел

1. **Арендт Ханна.** Джерела тоталітаризму / Ханна Арендт ; пер. з англ. — 2-е вид. — К. : ДУХ І ЛІТЕРА, 2005. — 584 с.
2. **Бек Ульріх.** Влада і контрвлада у добу глобалізації. Нова світова політична економія / Ульріх Бек ; пер. з нім. О. Юдіна. — К. : Ніка-Центр, 2011. — 408 с.
3. **Берк Едмунд** // Історія політичної думки. Навчальний енциклопедичний словник — довідник / заг.ред. д.п.н. Хоми Н.М. [В.М.Денисенко, Л. Я. Угрин, Г.В. Шипунов та ін.] — Львів: Новий Львів-2000, 2014. — С. 67-68.
4. **Берк Едмунд.** Збереження та зміни / Едмунд Берк // Консерватизм. Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — К.: Смолоскип, 1998. — С. 473-479.
5. **Берк Едмунд.** Права людини / Едмунд Берк // Консерватизм. Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — К.: Смолоскип, 1998. — С. 281-285.
6. **Берк Едмунд.** Свобода і влада / Едмунд Берк // Консерватизм. Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — К.: Смолоскип, 1998. — С. 286-287.
7. **Берк Э.** Размышления о революции во Франции / Э. Берк / пер з англ. Симона Векслер; под общей ред. Андрея Бабица. — Лондон, 1992. — 408 с.
8. **Берлін І.** Чотири есе про свободу [Текст] / Пер. з англ. О. Коваленка / Ісає Берлін. — К.: Основи, 1994. — 422 с.
9. **Бодрийяр Жан** // Постмодернизм. Энциклопедия. — Мн.: Интерпресссервис; Книжный Дом, 2001. — С. 83-86.
10. **Гаєк Фрідріх А.** Істинний смисл демократичного ідеалу / Фрідріх А. Гаєк // Демократія: Антологія / Упоряд. О. Проценко. — К. : Смолоскип, 2005. — С. 432-434.
11. **Гоббс Т.** Сочинения : в 2-т. / Томас Гоббс. — М. : Мысль, 1989. — Т.1. — 622 с., 1991. — Т.2. — 735 с.
12. История политических и правовых учений: домарксистский период: учебник / под ред. О.Э Лейста. — М.: Юрид. лит., 1991. — 528 с.
13. **Карась А.** Філософія громадянського суспільства в класичних теорія і некласичних інтерпретаціях : Монографія / Анатолій Карась. — Київ ; Львів : Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2003. — 520 с.
14. **Мееровский В.** Эдмунд Берк как эстетик / В. Мееровский // Эдмунд Берк . Философские исследования о происхождении наших идей

- возвышенного и прекрасного / Э. Берк. — М.: Искусство, 1979. — С. 14-38.
15. **Міл Джордж Стюарт.** Про свободу: Есе / Пер. з англ. [Текст] / Джордж Стюарт Міл. — К.: Видавництво Соломії Павличко «Основи», 2001. — 463 с.
 16. Предисловие «Манифест контрреволюции» // Берк Э. Размышления о революции во Франции / Э. Берк / пер з англ. Симона Векслер; под общей ред. Андрея Бабича. — Лондон, 1992. — С. 5-54.
 17. **Рябека О.** Світова держава як продукт глобалізованого організаційного розвитку / О. Рябека // Наукові записки Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І. Ф. Кураса НАН України. — 2014. — № 3 (71). — С. 114-126.
 18. **Себайн Дж. Г.** Історія політичної думки : пер. з англ. / Джордж Г. Себайн, Томас Л. Торсон. — К.: Основи, 1997. — 838 с.
 19. **Тоффлер Е.** Третя хвиля / Е. Тоффлер. — К.: Всесвіт, 2000. — 480 с.
 20. Традиціоналізм Берка. Режим доступу: <http://bibliograph.com.ua/istoria-politicheskikh-i-pravovuyh-ucheniy-1/99.htm>
 21. Філософія права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О.Г. Данильян, О.П. Дзьобан, О.С. Максимов та ін. / за ред. д-ра філос. наук, проф. О. Г. Данильяна. — Харків: Право, 2009. — 208 с.
 22. **Хелд Д.** Демократия, национальное государство и глобальная система // Современная политическая теория / Автор-сост. Д.Хелд; пер. з англ. под общ. ред. В.И.Даниленко. — М.: NOTA BENE, 2001. — 480 с.
 23. **Чернілевський Д.В.** Методолгія наукової діяльності: навч. посіб.вид. 3-є, перероблене / Д.В. Чернілевський, М.І. Томчук, О.А. Дубасенюк [та ін.]. / за ред. Д.В. Чернілевського. — Вінниця: Нілан — ЛТД, 2012. — 364 с.
 24. **Эдмунд Берк.** Биографический очерк // Берк Э. Размышления о революции во Франции / Э. Берк / пер з англ. Симона Векслер; под общей ред. Андрея Бабича. — Лондон, 1992. — 55- 62.

Анотація

У статті аналізуються політико-правові ідеї Е. Берка як критика концептів «соціальної інженерії». Погляди Е. Берка на характер і результативність змін державно-правового ладу, традиційно проголошуваних консервативними через сумнів в абсолютизації Просвітництва як виключно поступу, розкриваються як застереження від небезпек радикального реформування. Привернуто увагу до існування певної циклічності у формуванні та сприйнятті політико-правових ідей «соціальної інженерії». Обґрунтовується значення аргументації Е. Берка для уникнення системних помилок під час об'єктивно необхідних змін існуючих політико-правових та соціально-економічних відносин.

Annotation

This article analyzes the political and legal ideas of Edmund Burke as a critic of the "social engineering" concepts. Edmund Burke's views on the nature and effectiveness of changes in state and legal system, traditionally proclaimed as

conservative because of doubts about the absolutization of the Enlightenment as the only progress, are reported as a warning against the dangers of radical reforming. In the article attention is attracted to the existence of a recurrence in the formation and perception of political and legal ideas of "social engineering." Also significance of E. Burke's arguments have been substantiated to prevent system errors during objectively necessary changes of the existing political-legal and socio-economic relations.

ПОГЛЯДИ В. ЛИПІНСЬКОГО ЩОДО ВПЛИВУ РЕЛІГІЇ НА ПОЛІТИКО-ПРАВОВЕ СТАНОВЛЕННЯ ДЕРЖАВИ

Ключові слова: релігія, консерватизм, громадський, політико-правовий, концепція, католицизм, верховенство влади.

Keywords: religion, conservatism, social, political and legal concept, catholicism, supremacy of power.

Постановка проблеми у загальному вигляді. Відомий засновник та представник українського консервативного напрямку суспільної думки, В. Липинський вирізняється прагненням до широкого філософського обґрунтування своєї політико-правової доктрини. Більшість досліджень що стосуються релігії, філософ розкриває нам у книжці «Релігія і церква в історії України». Саме тут відображені різноманітні релігієзнавчі теми, які описані у збірці статей. Вивчаючи погляди В. Липинського на участь церкви в українському державотворенні, не можна не відмітити, що вся творчість цієї визначної постаті так чи інакше пов'язана з проблемами релігії та церкви. Найбільш докладно ця концепцією висвітлена у фундаментальній праці В. Липинського «Листи до братів-хліборобів», а також релігієзнавчі питання розглядаються і в інших роботах.

Зв'язок проблеми із важливими науковими чи практичними завданнями. Актуальність обраної для наукової статті теми полягає в тому, що особливу увагу вчений приділяв питанню відносин між релігією і політикою, церквою і державою, що сьогодні є надзвичайно болючими. Для В. Липинського церква є прикладом найкращої організації, яку знає історія людства. Як католика, вченого приваблюють непорушність догм католицизму та заборона обговорення віруючими цих догм. Як прихильник чіткої структури державного правління, В. Липинський не може не захоплюватися регламентацією церковного життя католиків. Релігія і церква, на думку науковця, потрібні не лише тоді, коли українська нація виборє державність, а й у ході цієї боротьби як консолідуючий фактор для українського народу. «Релігія і церква потрібна нам, людям світським, не тільки тоді, коли ми вже матеріальною силою своєю собі державу завоюємо і націю свою зорганізуємо, – зауважує В. Липинський – Вона нам потрібна не менше і в самому процесі боротьби. Щоб перемогти, ми мусимо мати не тільки силу матеріальну, але перш за все силу моральну» [1;38].

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Деякі питання творчої спадщини В. Липинського частково і фрагментарно досліджувалися передусім такими авторами, як О.Самойленко, І.Тукаленко та М.Держалюк, однак, ними в

силу різних причин, не були в повній мірі розкриті усі умови формування та еволюції політико-правових поглядів В. Липинського.

Виділення невіршених раніше частин загальної проблеми. Вирішення обраної проблеми має сприяти формуванню не тільки правового розуміння поняття релігії, а й виконувати роль стримуючого чинника для владної верхівки та відділяти матеріальну силу від духовної.

Постановка завдання. На підставі вивчення творчих здобутків В. Липинського необхідно дослідити сутність релігії, її структуру та вплив на впорядкованість соціального життя та багатьох інших проблем.

Виклад основного матеріалу дослідження. Розглядаючи проблему релігії в зв'язку з елітою, В. Липинський робить висновок, що релігія є могутньою підтримкою аристократії, яка править тією чи іншою нацією. Релігія виконує роль стримуючого чинника для владної верхівки, відділяє матеріальну силу від духовної. В. Липинський називає духовну інтелігенцію «моральними цензорами імператорів, вояків та продуцентів», але акцентує увагу на чесності і релігійності самих духовників, наголошуючи на руйнівних для нації наслідках намагань церкви захопити світську владу [2;4].

Вчений рішуче виступає проти церкви, пристосованої до політики, пропонуючи дух релігії справжньої віри. Тільки така церква може підтримати в народі бажання боротися за волю. В. Липинський розмежує велику ідеалістичну і суєтну матеріалістичну віру в земне щастя, багатство і розкоші. Творчість В. Липинського пронизана глибокою вірою у вищі надприродні сили. Так, він вважає, що основою науково-технічного прогресу, підвищення рівня життя суспільства є творення кращих громадських об'єднань та вищої громадської моралі. «Вища ступінь наближення до Бога, більша любов до нього, потрібні нації для використання тієї техніки і тих машин, котрі Бог – Вічний Творець – дозволив даній нації для свого розвитку видумати і створити». Бог у В. Липинського – першооснова всього.

При цьому вчений робить висновок про вічний кругообіг: без громадської моралі немає прогресу матеріального життя, а без прогресу матеріального життя немає розвитку моралі. Будучи католиком, В. Липинський глибоко вірить у релігійне підґрунтя існування суспільства взагалі і держави зокрема [1;41].

Усю історію розвитку людської цивілізації він розглядає з точки зору релігійної концепції: від кам'яного віку до віку електричного людина йшла лінійно найбільшого опору – боротьби зі злом, первородним гріхом. На відміну від тварин, людина пристосовує природу до себе, лишаючись незмінною. Вона обрала для себе тяжкий шлях витворення нової вищої громадської моралі, весь час намагаючись наблизитись до вершини – Бога. Відповідно до підвищення рівня громадської моралі, людина повинна створювати і вищі організаційні форми свого громадського життя. Свою концепцію пануючих і поневоленних націй В. Липинський виводить саме з поняття вищості моралі. Форми організації громадського життя і, відповідно, мораль у пануючих націй є вищими, ніж у поневоленних. Власне, це і є причиною панування перших. Вчений акцентує увагу на необхідності поривів до морального та матеріального

прогресу як передумові визволення поневолених націй. Не наявність мелодійної мови, блискучих вчених, інтелігентних вождів, а порив до творення вищого дозволить нації стати вільною. У даній позиції виразно проглядає натяк на сучасну вченому Україну, адже пануючу за часів української революції верхівку якраз і можна назвати «балакучими та ідейними, але до матеріальної і громадської творчості нездатними інтелігентськими вождями», як це й робить В. Липинський. Проводячи паралель, дану тезу можна співвіднести із сучасним політичним життям нашої держави. Важко заперечити, спостерігаючи за політичними подіями, наявність у складі владних структур професійних політиків, що безсумнівно впливає на становлення і розвиток нашої молодій держави. Аналізуючи природу поневолених і пануючих націй, В. Липинський доходить висновку, що здатність нації творити вищі форми матеріального і громадського життя залежить від активної частини даної нації – національної аристократії. Оскільки співвідношення сил всередині нації має тенденцію до змін, вчений робить висновок, що за наявності сильної, добре організованої та морально авторитетної національної аристократії будь-яка поневолена нація може стати пануючою і навпаки: моральне падіння аристократії неминуче призводить до падіння нації. Водночас В. Липинський наголошує на основному принципі успіху аристократії: чутті моральної рівноваги. Релігію він ставить підмур'ям народного визволення: коли аристократія визнає авторитетом Бога, то й сама буде визнана масами. Це він і називає «моральним авторитетом аристократії» [1;58].

В. Липинський застерігає від захоплення містицизмом, виділяючи два його різновиди: раціоналістичний та релігійний. За раціоналістичного містицизму люди піддаються шкідливій вірі у людський розум, який насправді є нічим порівняно з Божим розумом. Люди, що впадають у раціоналістичний містицизм, починають вірити лише у непереможність власних сил, відкидаючи будь-який вплив Творця. Релігійний містицизм теж є крайністю, але іншого характеру: віра в надприродні сили і бажання сліпо підкорятися їм. Впадаючи в релігійний містицизм, людина вірить у свій союз з надприродними силами та в те, що завдяки цьому союзу вона сама стала всемогутньою

І ту, й іншу крайність В. Липинський вважає руйнівною для державотворення. Але особливо наголошує на деструктивності містицизму раціоналістичного. Люди, охоплені вірою в свої і лише свої сили, не здатні збудувати власну державу. Порушується рівновага між активною аристократією і пасивними масами. Це призводить до падіння морального авторитету першої і виникнення незадоволення в останніх. У своїй праці вчений порушує проблему, що стала особливо актуальною в наш час: відродження віри, нового пориву Духа, створення вищої громадської моралі в європейській цивілізації. Хоча В. Липинський писав свої «Листи до братів-хліборобів» майже 80 років тому, дана проблема за цей час так і не знайшла вирішення, більше того, лише набула особливої гостроти в умовах нашої цивілізації. Підхід В. Липинського до легітимності влади є повністю теологічним: «Бо всяка влада, всякий провід, – зазначає вчений, – дається

націям од Бога безконечно справедливо і безконечно правдиво – абсолютно в тій самій мірі, як дана нація в своїй вірі і своїй моралі Бога собі уявляє» [3;121].

Він радить будувати всю громадську мораль за релігійними законами, бо лише це є запорукою технічного прогресу та високої культури. Гармонійна влада можлива лише за наявності чіткої рівноваги між владою духовною і світською та взаємоповаги цих двох влад. А рівновага може існувати доти, доки влада духовна не поневолена владою світською, доки ці влади виразно розмежовані.

В. Липинський говорить про релігію як владу духовну, коли розглядає типи її взаємовідносин зі світською владою. У цьому контексті він виділяє три типи можливих взаємовідносин, які ми зараз розглянемо.

Перший тип філософ називає як підпорядкування релігійного життя політиці. Причини таких взаємовідносин криються у походженні національної аристократії: це войовничі елементи, що не є виробниками матеріальної продукції, а лише репрезентують військову силу, «силу меча». Духовна і світська влада за такої організації не обмежені взаємно, вони нерозривно з'єднані між собою і перебувають в одній управлінській структурі. Цей тип влади В. Липинський називає охлократією.

Відповідно до другого типу, релігія розглядається як приватна справа кожного громадянина. Для організації державного життя й управління людьми достатньо світських засобів, в релігійних немає ніякої необхідності. Таким співвідношенням характеризується демократичний спосіб організації суспільного життя, оскільки не потребує обмежувачого фактору – релігії. Організуючу верству населення за таких умов В. Липинський називає «матеріалістичними спекулянтами» І розгляд релігії як приватної справи є не чим іншим, як намаганням здобутися вищої відповідальності за свої дії. Взагалі у творах В. Липинського досить виразно прослідковується негативне ставлення до демократії, яку вчений вважає шарлатанською, збудованою на фікціях і спекуляціях [4;45].

За третім типом, релігія посідає в системі держави належне їй місце. Світська влада повинна належати тим суспільним групам, які володіють матеріальною силою. Але повинна і усвідомлювати, що здійснювати управління державою вона зможе лише за умови дотримання приписів релігії, визнання й підтримки авторитету духовної влади. Такий поділ влади є основою класократичної організації суспільного життя, досконалість якої й обґрунтовує В. Липинський. За таких умов релігія виконує свою основну функцію в державотворенні: обмежує егоїзм влади і змушує її використовувати свої переваги на користь підлеглих та обмежує анархічні інстинкти підлеглих і змушує їх визнавати авторитет влади. Яку б європейську націю не взяти, в її історії знайдемо ознаки всіх трьох типів взаємовідносин світської та духовної влад, які змінювали один одного. Саме на цій зміні і ґрунтується розвиток державотворення кожної нації. Крім цього, В. Липинський виділяє типи віри: містичну, духовну та ідеологічну. «Крім ясної і виразної... власної нашої віри світської, ідеологічної політичної, нам необхідна загально людська віра в Бога, необхідна допомога і церкви і релігії».

Висновки. Отже, В. Липинський наголошує, що українською національною може стати лише та церква, яка навчить своїх вірних в боротьбі за Українську державу виконувати вічні і загальнолюдські закони творчої громадянської моралі. Вчений відстоює принцип зверхності релігійного сумління над усіма проявами суспільно-правового життя: громадська активність християнина не повинна порушувати релігійну мораль [5;82].

Філософ вважає, що «ідеологія і продукція» грають головну роль в житті свідомого громадянства, і зауважує, що від ставлення держави до цих двох чинників залежить ставлення держави до громадянства і, врешті-решт, залежить буття чи небуття нації. В основі будь-якого громадського руху лежать два найвпливовіших фактори: імперіалізм, який знаходить вираження в монархічній формі правління, та містицизм, що виявляє себе в релігії суспільства. Для плідного розвитку громадського руху дані фактори повинні обмежувати один одного.

Список використаних джерел

1. **Галушко К.** Консерватор на тлі доби: В'ячеслав Липинський і суспільна думка європейських «правих» / К. Галушко. – К., 2002. – С.38
2. **Липинський В.** Релігія і церква в історії України [1925] / В.Липинський // Політологічні читання. – 1994. – № 1. – С.4
3. **Білас Л.** Краків, Женева і філіяція «Кричевського». До родовідної мислення В. Липинського // В'ячеслав Липинський. Твори (Історична секція). – Філадельфія, 1980. – Т. 2. – С.121
4. **Гелей С.** Ідея української державності в історичних працях В'ячеслава Липинського / С. Гелей // Український час. – 1994.
5. **Мірчук І.** Месіянїзм Липинського [1931] // Дві концепції української політичної думки Вячеслав Липинський – Дмитро Донцов / Уклад. проф. Г. Васюкович. – [Б. м.], 1990. – С.82
6. **Атаманюк З.** Погляди В. Липинського на роль релігії і церкви у національному державотворенні / З. Атаманюк // Наука. Релігія. Суспільство. – 2005. – № 2.

Анотація

У відповідній статті проаналізовано принцип верховенства релігійного сумління над усіма проявами суспільно-правового життя та обґрунтовано, що громадсько-правова активність християнина не повинна порушувати релігійну мораль.

Annotation

The relevant article analyzes the rule of the religious conscience of all forms of social and legal life and proved that social and legal activity must not violate Christian religious morality.

Кельман М. С.

*д. ю. н., професор, Національний університет «Львівська політехніка»,
професор кафедри теорії та філософії*

Федак О.Р.

студентка 3 курсу факультету №2 ЛДУВС

МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО АНАЛІЗУ СПІВВІДНОШЕННЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА ТА ДЕРЖАВИ

Ключові слова: громадянське суспільство, держава, право, народ.

Key words: civic society, state, law, nation.

Постановка проблеми. Проблема співвідношення громадянського суспільства та держави вирішується залежно від вибору тієї чи іншої політико-правової концепції. Критичний аналіз наукових підходів до цієї проблеми дає можливість визначити напрями реалізації державної політики на наступні роки, уможливує успішне поєднання процесів встановлення громадянського суспільства та демократії, правової, соціальної держави й дасть вагомі підстави вважати Україну сучасною європейською державою.

Стан дослідження. Перед юридичною наукою сьогодні гостро стоїть питання методології державно-правових досліджень. Настав час змінити насамперед певне упередження психологічного ставлення до проблем методології. Тому й мета цієї розвідки — актуалізувати важливість наукового осмислення означеної теми.

Виклад основних положень. Громадянське суспільство виникає в результаті відокремлення держави від соціальних структур; виокремлення його як відносно самостійної сфери суспільного життя і водночас роздержавлення низки суспільних відносин (закон для всіх один; право на власність; законодавче визнання рівності людей, наділення їх правами і обов'язками — головна ознака і база громадянського суспільства). Категорія «громадянське суспільство» стала предметом вивчення у XVII — XIX ст., ґрунтовно розглянута у «Філософії права» Гегеля. Громадянське суспільство — це зв'язок осіб через систему потреб і поділу праці, правосуддя (правові основи і правопорядок), зовнішній порядок (поліція і корпорація). У філософії права — правова сутність громадянського суспільства — це рівність людей як суб'єктів права, їх юридична свобода, приватна інтелектуальна власність, бездоганність договорів, охорона права від порушень, упорядковане законодавство, авторитетний суд (Гегель вважав громадянським суспільством сучасне йому буржуазне суспільство).[1, с. 277] Це був, без сумніву, прорив у розвитку суспільних наук.

До дослідження громадянського суспільства долучалися соціологія, політологія, теорія держави і права, теорія конституціоналізму та інші суспільні науки. Саме поняття «громадянське суспільство» — отримало визнання лише у Новий час. **Чому так?** Передусім тому, що воно було відірване від основної

маси людей (у давні часи, у Середньовіччя привілеї вищих станів і державної влади здійснювалися від їхнього імені). Відповідно існували держави: класові, деспотичні, рабовласницькі, феодалні, монархічні, республіканські, теократичні та інші.

Співпадіння організаційних структур суспільства і держави визнавалося існуванням у ті періоди історії різних форм власності і поділу праці, коли (як стверджував К.Маркс і Ф.Енгельс) завдяки вивільненню приватної власності «держава набула самостійного існування поряд з громадянським суспільством і поза ним...» [2, с.3,62].

Це власне й обумовило можливість окремого дослідження проблем суспільства і держави, виникнення і розвиток наук, які вивчають структуру суспільства і держави, як самостійних явищ.

Поняття «громадянське суспільство» дуже часто використовується власне у співставленні з поняттям держава.

Професор Боннського університету І. Ізензе пише: «держава існує у вигляді того, що протистоїть суспільству» [3, с. 36].

Відокремлення держави від суспільства і уособлення суспільства від держави виражені у відмінностях структури, принципів організації і правового регулювання. Згадаймо: держава — організація, керована єдиним центром (вертикальна система): ієрархія державних органів і посадових осіб, пов'язаних дисципліною. Ця система утримується за рахунок суспільства (податки, збори). Постійна і головна мета держави, її виправдання і легітимність — охорона суспільства і управління ним.

На відміну від держави, громадянське суспільство — це система різноманітних зв'язків і відносин громадян, їх об'єднань, союзів, колективних відносин. Ці відносини базуються на рівності і особистій ініціативності. Мета громадян та їх об'єднань різноманітна і міняється залежно від їх інтересів.

Різниця структур громадянського суспільства і держави передбачає різні способи правового регулювання приватних і публічних відносин, у зв'язку з цим накладає відбиток на систему права.

1.	Державні органи і посади створюються правом	Життя і діяльність членів громадянського суспільства правом не обумовлені, створення і діяльність їх об'єднань може регулюватися законом, але виникають існують організації з доброї волі їх учасників
2.	Громадяни мають правоздатність (все робити, що не заборонено у різних сферах)	Державні органи і посадові особи, наділені компетенцією (яка визначає вузькі параметри їх діяльності, обумовлена їх метою, предметом)

3.	Права громадян — це гарантовані можливості користуватися тим чи іншим благом, які вони реалізують або не реалізують за власним розсудом і бажанням	Посадові особи і державні органи наділені повноваженнями, якими вони повинні користуватися при здійсненні своїх функцій, для вирішення завдань, які стоять перед ними
4.	Відносини між громадянами, їх об'єднаннями (і в середині цих об'єднань) базуються на угодах, договорах, на рівності, свободі, координації, власне кажучи <u>горизонтальні відносини рівноправних осіб</u>	Посадові особи, органи державного управління пов'язані субординацією — вертикальні відносини
5.	Громадянам дозволено все, що не заборонено законом	Посадовим особам дозволено тільки те, що визначено їх компетенцією або зазначено у відповідному приписі
6.	У відносинах між приватними особами або об'єднаннями, які регулюються приватним правом, закон встановлює правила лише на майбутнє	У публічному праві закон може мати зворотну силу, якщо держава поліпшує правове становище осіб, закон пом'якшує покарання, або взагалі не визнає протиправність діяння

Відокремлення громадянського суспільства від держави призвело до низки державно-правових наслідків, які обумовили ці особливості сучасної держави, що відрізняють її від держави кастово-станової епохи. У новий час Конституція, в якій закріплюються основні права і свободи людини, розглядаються як договір про поділ влади між суспільством і державою. Якщо для європейського конституціоналізму як політичної теорії властиве крайнє невизначене тлумачення конституції як «основного закону будь-якого суспільства» та існування ідей обмеження суспільством влади держави, [4, с. 43] то еволюція конституціоналізму призвела до різкого звуження цього поняття. Як бачимо, сьогодні воно набуває договірний характер і визнає, по суті, конституцію як угоду про розподіл влади між суспільством і державою. Ідея «суспільного договору» — набула поширення у XVII — XVIII ст. На чому базувалася ця ідея? Насамперед, на усвідомленні держави з позиції всезагальної рівності людей і категорій приватного права, які мали особливе значення для відносин у громадянському суспільстві.

Розвиток конституційного законодавства полягає не тільки у закріпленні прав і свобод членів громадянського суспільства, але й у наданні громадянам засобів впливу на державну владу. Власне становлення громадянського суспільства дало можливість теоретично осмислити проблему політичного відчуження і створило передумови для його подолання.

У структурі органів держави Нового часу з'являються (постійні, загальнонаціональні представницькі установи парламентського типу), наділені правом встановлення податків та зборів, а також прийняття найбільш важливих нормативно-правових актів (законів).

Виникнення і розвиток представницької демократії — явище, властиве епосі формування громадянського суспільства. Представницькі установи завжди здійснювали законодавчу функцію від імені народу (нації).

Зазіхання представницьких органів (установ) на участь у державній владі (від імені суспільства) у ряді країн призвело до революцій (непорозумінь), а це обумовило виникнення ідеї розподілу влади з метою забезпечення прав і свобод членів суспільства.

Водночас з'явилися поняття «права держава» [5, с. 236] і «законність», як політико-правові ідеї, скеровані проти «деспотизму», проти «поліцейської держави».

Як відомо, важливими чинниками громадянського суспільства є: свобода особистої ініціативи, самостійність громадян у здобутті засобів існування.

Звісно, така свобода різко контрастувала зі станом-кастовими обмеженнями роду і виду занять (боязнь втратити все). Ще Кант стверджував, що свобода проявляється тоді коли «кожен шукає своє щастя на тому шляху, який йому уявляється добрим, якщо він цим тільки не завдає шкоди свободі інших» [6, с. 285]. Розвиваючи цю думку філософ відзначив, що правління, яке базується на принципі звеличення народу, подібне до батька, який обожноє своїх дітей (правління батьківське, за якого всі піддані як неповнолітні неспроможні розрізнити, що для них корисне, а що шкідливе, вимушені залишатися пасивними, очікуючи від глави держави суджень про те, що нам робити, щоб бути щасливими, і чекаючи на милостиню від нього). Таке правління — це деспотизм (будь-яка свобода знищується, ніяких прав просто нема).

Ці роздуми Канта точніше і повніше виражають сутність правової держави.

Сутність правової держави полягає у тому що вона:

- а) охороняє правопорядок;
- б) забезпечує свободу і рівність членів суспільства;
- в) гарантує співвідношення права і держави у громадянському суспільстві, що базується на законності дій держави, її органів і посадових осіб.

Дуже вдало висловився у цьому контексті Ф. Хайек: «Сутність правової держави не в тому, що все регулюється законом, а в тому, що державний апарат примусу застосовується тільки тоді, коли це заздалегідь оговорено законом, причому так, щоб засоби його застосування можна було вчасно передбачити» [7, с. 209-215]. Аналогічно поняття законності обґрунтовувалося і деякими нашими ученими.

Законність визначали, як режим існування державної влади, як принцип діяльності державного апарату.

Свого часу М. Г. Александров стверджував, що правопорушення, скоєне громадянином, законності не порушує (правопорушник карається, збитки покриваються на підставі закону і права) [8, с. 383].

Правопорядок як результат здійснення законності порушується лише при неефективній діяльності правоохоронних органів або безкарності порушення законів зі сторони посадових осіб, органів, наділених владними повноваженнями. Законність, звісно, порушується прийняттям «незаконних законів» (законів, які суперечать конституції).

Таке розуміння законності радянськими науковцями викликало суперечки (вони говорили, що законність є «єдиною», «всезагальною» і зводиться лише до законслухняності, всі повинні поводитися правомірно).

Природі громадянського суспільства відповідає принцип законності як суворя відповідність закону діяльності держави та її органів.

Чому слід так трактувати законність?

По-перше, лише при такому розумінні позначається проблема законності самих законів, які видаються вищими органами державної влади у розумінні їх відповідності загально визнаним і узаконеним правам і свободам громадян (навіть у суспільствах, де кріпосні права узаконувалися, відмінялися привілеї духовенства, дворянства), тобто будь-який закон був обов'язковим. У громадянському суспільстві закон не тільки правило, яке встановлюється верховною владою (народом), але й норма, видана у відповідності з конституційними межами суспільства і держави, які враховують права і свободи членів суспільства, що базуються на юридичній рівності і автономії вільних людей.

По-друге, лише таке поняття законності висуває на перший план завдання захисту від чиновників, які втручаються в життя і діяльність членів громадянського суспільства, проявляють ініціативу в добуванні засобів існування, свободно визначають свої відносини з іншими людьми та їх об'єднаннями, які живуть у країні стабільності і безпеки, де панує закон, створений державою і рівний для всіх.

Дж. Локк підкреслював — «Свобода людей в умовах існування системи правління полягає у тому, щоб жити у відповідності з постійним законом, загальним для усіх і кожного, і встановленим законодавчою владою, яка створена цим суспільством» [9, с. 274-275]

По-третє, тільки при такому підході до поняття законності громадянин у випадку порушення його прав ставиться на один правовий рівень з державою і її посадовими особами при розгляді і вирішенні суперечки при порушених правах. «Член громадянського суспільства має право шукати суду і зобов'язаний постати перед ним і отримати тільки через суд право, яке він відстоює», — писав Гегель. Звичайно, що в епоху феодалізму знатні особи ігнорували такі принципи, для них суд був ніщо. У цій ситуації звісно реалії суперечили деклараціям, якими визначалося місце такого інституту як влада.

У новітній час той, хто керує, зобов'язаний у приватних питаннях визнавати над собою владу суду. У вільних державах він, як правило, програє свої процеси (Гегель) [1, с. 258-259].

Протягом останніх років про правову державу опубліковано чимало праць. Одні автори витоки такої держави шукають у далекому минулому, інші ж стверджують, що її ніколи не було і не може бути (згадаймо Г. Кельзена, на

думку якого, будь-яка держава є правовою, оскільки вона формується правом).

Як відомо, для юристів саме право є предметом пізнання. У цьому контексті вони шукають відповідь на питання: що ж таке правова держава? І з цією метою висувуються такі тези:

- ідеальний тип правління (як стверджують філософи права);
- запрограмований стан, що не може бути повністю реалізованим (але передбачає широкомасштабну роботу);
- ідея для втілення якої потрібні титанічні зусилля [10, с. 63-65].

Держава не може стати на 100% правовою (завжди знайдеться недобросовісний чиновник, незрозумілий текст статті закону). До того ж, як нам видається держава обіцяє, але не намагається стати правовою. Адже значна частина бюрократії тексти закону про правову державу ігнорує; до розуму і серця носіїв верховної влади не доходять думки вчених-юристів «про право, як розумну політику влади», про те, що «одна норма замінює для влади тисячі індивідуальних велінь».

Якоюсь мірою державу слід облаштовувати таким чином, щоб вона могла стати правовою. Все ж таки у цьому сутність поділу влади як організації стримувань і противаг у системі органів державної влади, гарантії правомірної діяльності кожної з них. Устрій різних держав, який базується на принципі поділу влад, — предмет конституційного права.

Якщо ж йдеться про співвідношення права і держави, державних органів, то головне у поділі влад — створення державної структури, яка б надійно охороняла правову систему громадянського суспільства.

У суспільстві тривають дискусії і реформи щодо перспектив удосконалення держави. Тематика обговорень торкається: змін кількості суб'єктів федерації; статусу глави держави; розширення компетенції Конституційного Суду; удосконалення виборчої системи (все це впливає звісно на форму держави).

Проте сутність правової держави, хоч і пов'язана з її формою і навіть обумовлена нею (оскільки поділ влади — важлива ознака правової держави), не зводиться тільки до цього. Правова держава — не тільки устрій, спосіб організації держави, стан державної влади, підкорення закону, всіх без винятку. Це, за образним висловом, — «мрія про те, щоб правили закони, а не персони».

Нині — це соціальна обумовленість і низка політичних гарантій.

«ОСОБА — ПРАВО — ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО — ДЕРЖАВА» — це не тільки логіка предмета дослідження, а й логіка права.

Якщо конституційний (тобто головний) обов'язок держави полягає в утвердженні і забезпеченні прав і свобод людини (ст. 3 Конституції України), то чому при визначенні правової держави слід брати за основу не правовий статус особи у державі, а нагромадження ознак такої держави? Жоден з них не є вичерпним: суть справи у тому, що устрій держави, поділ влад — не самоціль, а тільки засіб забезпечення свободи у громадянському суспільстві.

Утворення правової держави — не одноразовий акт. Навіть, якщо ми його проголосили, створили через декілька років, то він втрапить сенс, якщо законодавство (поступово) вступить у суперечність із самим з собою і з

основами конституційного ладу, вимогами законності, дій усіх державних органів і посадових осіб (з часом втрачає свою суворість і безумовність, а правосуддя здійснюється не за законом, а від випадку до випадку).

Правова держава сама себе знищить, якщо до процесу збереження і підтримання права, правопорядку і законності не долучиться верховна влада, державні органи, засоби масової інформації, політичні та інші формування, громадяни, права яких порушуються.

Нині у деяких розвинутих державах виникають серйозні небезпеки збереження правового статусу і стану законності, що вже траплялося на початку XIX ст.

Чому? Причини криються у стрімкому розвитку законодавства (у тому числі делегованого); широкому лобюванні сумнівних законопроектів з огляду на їх відповідність інтересам суспільства, правам і обов'язкам громадян; зростанні адміністративного апарату; спрощеній формі правосуддя (визнання вини у кримінальному процесі); появі незрозумілих за соціально-правовими наслідками матеріально-правових інститутів (наприклад, страхування юридичної відповідальності).

Отже вкрай необхідне вдумливе становлення до проблем законності і становлення правової держави.

Нині ці проблеми винятково актуальні для нашого суспільства. У ст. 1 Конституції України проголошено: «Україна є суверена і незалежна, демократично-соціальна, правова держава» [11] Це звісно велике досягнення в конституційному розвитку України, що передбачає поділ влади; визнання і гарантії прав і свобод. Проголошено необхідність створення інститутів демократичного правосуддя. Таким чином закладаються конституційні основи громадянського суспільства, правової держави, а значить відкривається шлях для широкомасштабних законодавчих реформ.

Здійснення практичного підпорядкування держави праву — досить складне завдання.

Відносини держави і права залежать від багатьох чинників, складників.

Вирішенням проблем законності і державної дисципліни в Україні переймаються політики, засоби масової інформації, Президент, усі, кому не байдужа доля Батьківщини. Як впливає із світового досвіду, головна небезпека правам і свободам людини, демократії загалом виходить від виконавчої влади (звісно, законодавча влада ухвалюючи закони, також долучається до цього).

Проте головний чинник все ж таки — виконавча влада.

Актуальним у співвідношенні права і держави у громадянському суспільстві залишається підпорядкування держави праву і правопорядку, включаючи права і свободи членів суспільства, їх об'єднань, неухильне здійснення гарантій законності діяльності державних органів і посадових осіб, удосконалення правосуддя, роботи інших правоохоронних органів.

У зв'язку з соціалізацією права у процесі розвитку громадянського суспільства актуальною є також проблема створення і вдосконалення державних соціальних служб, що покликане гарантувати реалізацію «другого

покоління» прав людини і громадянина (соціальних прав). Створення умов, які забезпечують гідне життя і вільний розвиток людини, — конституційний обов'язок держави, визнаний у багатьох розвинутих країнах, в яких держава оголошується не тільки правовою, а й соціальною. Цілком закономірно, що забезпечення соціальних прав повинно бути дієвою системою матеріальних гарантій.

На переломі ХХ-ХХІ ст. актуалізувалася нова проблема — необхідність включення загальнообов'язкових принципів і норм міжнародного права у правові системи новостворених держав, можливість втручання ООН та інших міжнародних організацій, у правові суперечки, конфлікти, вирішення яких раніше відносили до внутрішньо державних справ.

Згідно із формулюваннями, що містяться у конституціях деяких країн (Італія, Японія) відмова від права на ведення державою війни як суверенного права нації означає обмеження державного суверенітету. Але суверенітет як незалежність державної влади від усякої іншої влади, він або є, або його нема. Необмеженість влади не можна обмежити.

Держава повновладна у своїх кордонах (щодо своїх громадян, які перебувають за кордоном). Виразом цього повновладдя є його можливість створювати, перебудовувати, змінювати правову систему.

Слід зауважити, що до числа обставин, які впливають на право, вже давно почали включатися міждержавні відносини, міжнародна ситуація взагалі. І навіть у ті епохи, коли право війни і миру вважалось ознакою суверенної держави, а права і свободи особи не завжди визнавалися, все ж заборонялася торгівля рабами, а потім рабство, піратство, був усіма державами визнаний режим вільного моря.

По мірі розвитку цивілізації, загальної культури людства, розширення міжнародних зв'язків були заборонені расова дискримінація, хімічне, бактеріологічне і деякі інші види зброї, загроза силою або її застосування у міжнародних відносинах і т.п.

Висновки. Визнання зобов'язальних або забороняючих норм і принципів міжнародного права означає, не більше ніж самообмеження державної влади, а воно як і все правове, потребує відповідних гарантій. Нині ці гарантії надаються ООН та іншими міжнародними організаціями.

Таким же чином розв'язуються правові суперечки, конфлікти, приймаються рішення, які були винятково внутрішньо державною справою.

Держава повновладна у межах свого кордону. Виразом цього повновладдя є можливість створювати, міняти свою правову систему. Отже, до переліку обставин, які впливають на право, належать міжнародні відносини (міжнародне становище загалом).

Список використаних джерел

1. Гегель Г.-В. Ф. Философия права / Пер. с нем. Ред и сост. Д.А. Керимов и В.С. Нерсисянц. / Г.-В.Ф. Гегель. — М.: Мысль, 1990. — 526с.
2. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. — Т. 3. — С. 3, 63.
3. Изензее И. Государство / И. Изензее // Вестник Московского

- университета. Серия 12. Социально-политические исследования. — 1992.- №6. — С. 36.
4. **Медушевский А. Н.** Гражданское общество и правовое государство в политической мысли Германии / А. Н. Медушевский // Вестник Московского университета. Серия 12. Социально-политические исследования, 1992. — № 5. — С. 43.
 5. **Засць А. П.** Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. / А.П. Засць. — К.: Парлам.вид-во, 1999. — 236 с.
 6. **Кант И.** Тракаты и письма / И. Кант. — М.: Наука, 1980. — 709 с.
 7. **Хайек Ф.** Дорога к рабству / Ф. Хайек // Новый Мир. — 1990. — № 7. — С. 209-215.
 8. Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.М. Матузова, А.В. Малько. — М.: Юрист, 1997. — 767с.
 9. **Локк Д.** Два трактата о правлении // Антология мировой политической мысли: В 5 т. / Рук. Проекта Г.Ю. Семитин. / Д. Локк. — М.: Мысль, 1997. — Т.1. Зарубежная политическая мысль: истоки и эволюция. С. 358-366.
 10. **Тимошенко В. І.** Правова держава (теоретично-історичне дослідження) / В.І. Тимошенко. — К.: Наукова думка, 1994. — С.63-65.
 11. Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. Офіційне видання. — К.: М-во юстиції України. Укр. Правн. Фундація. Видавництво «Право», 1996. — 128с.

Анотація

З'ясовується суть співвідношення методу і методологічного підходу у дослідженні, автор розглядає різноманітний арсенал дослідницьких інструментів, зокрема звертає увагу на множинність теоретичних утворень у межах загальної теорії права, а також на необхідність єдиної теоретико-методологічної основи таких досліджень, на важливість синтезу наукових напрямків у цілісній теоретичній системі.

Annotation

The article deals with the essence of theoretical-methodological approaches to the analysis of correlation and interaction of civil society and state, the author considers the investigative instruments, pays special attention to a great number of the theoretical formations in the general theory of law, to the necessity of a single theoretical and methodological basis of such investigations, and to the quality of the synthesis of the scientific directions in an integral theoretical system.

Коцан-Олинець Ю. Я.

*к.ю.н., Львівський державний університет внутрішніх справ,
доцент кафедри теорії та історії держави і права,
конституційного та міжнародного права*

ЧИННИКИ, ЩО ЗУМОВЛЮЮТЬ НЕОБХІДНІСТЬ ТЛУМАЧЕННЯ ПРАВОВИХ НОРМ У СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ

Ключові слова: тлумачення правових норм, норма права, законодавство, законодавча діяльність, застосування норм права.

Keywords: the interpretation of legal rules, rule of law, legislation, legislative activities, the application of the law.

Постановка проблеми. Проблема тлумачення правових норм на сучасному етапі є досить актуальною для Української держави.

Метою тлумачення нормативних актів, як правило, є не просто абстрактне розуміння змісту правової норми заради суто академічних цілей, а пізнання її для того, щоб правильно вирішувати конкретні життєві ситуації. Тлумачення законів та інших нормативних актів є однією з засад зміцнення законності, її забезпечення. Яким би досконалим не був закон, без його правильного і глибокого тлумачення неможливе зміцнення законності. Недостатньо глибоке і правильне тлумачення норм права, а відтак, неправильне їхнє застосування здатне призвести до серйозних помилок при втіленні закону в життя. Усунення помилок розуміння, створення умов належної реалізації права передбачають акти тлумачення.

Аналіз досліджень даної проблеми. Суттєвий вплив на розвиток тлумачення правових норм справили праці Л. Воєводіна, М. Вовпенка, В. Елькінда, П. Недбайла, А. Піголкіна, О. Черданцева. Саме їм притаманні системний підхід до вивчення цього явища, визначення головних складових частин тлумачення, розкриття його змісту і сутності, а також дослідження чинників, які обумовлюють необхідність тлумачення норм права у нашій державі.

Метою статті є комплексне дослідження теоретичних та практичних аспектів тлумачення норм права, визначення чинників, що зумовлюють необхідність тлумачення правових норм у сучасній Україні.

Виклад основного матеріалу. Тлумачення у правовій державі повинно слугувати меті правильного, точного, однакового розуміння і застосування законів, меті виявлення тієї суті закону, яку законодавець вклав у словесне формулювання, що повинно протидіяти будь-яким спробам відійти від точного змісту правових норм. Основною ідеєю, якою повинна бути перейнята наука про тлумачення нормативних актів, є ідея всебічного зміцнення законності, її охорони.

Актуальність тлумачення впливає насамперед із ознак та особливостей зовнішніх форм виразу і функціонування правових норм. Це зазначено в

юридичній літературі. Науковці досить детально визначають ознаки й особливості правових норм, які спричиняють необхідність тлумачення, і насамперед зумовлюють актуальність тлумачення правових норм в Україні.

Норми права мають загальний і абстрактний характер, коло їхньої дії поширюється на велику кількість суб'єктів і ситуацій. Водночас вони реалізуються в конкретних діях осіб у конкретних випадках. Отже, виникає потреба деталізувати й розкрити зміст норми права, вираженої в загальній та абстрактній формах, і таким чином наблизити його до реальних дій суб'єкта та ситуацій.

Кожна норма права регулює певний вид суспільних відносин, окреслений у ній загальними рисами. Конкретні відносини, які регулює норма права, є досить численними. Вони мають індивідуальні особливості і водночас суттєві риси, характерні для всіх видів відносин. Ця обставина в процесі реалізації правових норм породжує багато питань, що належать до змісту правових норм, відповіді на які можна отримати лише шляхом тлумачення [1, с. 430].

Норми права приймають на досить тривалий час. У період їхньої дії у зв'язку з розвитком економічних та суспільних відносин виникають нові ситуації, які підпадають під регулювання певних правових норм в силу їх загального характеру. Це також викликає різноманітні питання, на які знову ж таки може відповісти тлумачення правових норм. Більше того, правові норми, як слушно зазначає Н.Л. Гранат, не тільки регулюють існуючі суспільні відносини, а й сприяють їхньому розвитку, тобто можуть і повинні мати випереджувальний характер [2, с. 43].

Норми права мають певну мовно-логічну зовнішню форму, особливості якої також потребують тлумачення. Як зазначає С.С. Алексєєв, тлумачення права необхідне з тієї ж причини, що й тлумачення будь-якого мовного тексту. Норма права концентрує в собі думки законодавця про можливу чи належну поведінку суб'єктів права. Будь-яка думка може існувати, тільки маючи певну матеріальну форму. Вона формулюється, фіксується і передається одним суб'єктом до інших у формі слів, словосполучень. За допомогою мови думка отримує матеріальний вираз, стає безпосередньою дійсністю для учасників правовідносин. Мова є всезагальним засобом спілкування. За її допомогою формулюються норми права, які в мовній формі існують, фіксуються й передаються відповідним суб'єктам. Для виразу своєї волі в нормі права законодавець використовує різноманітні слова, терміни, типи речень [3, с. 429].

Водночас, як правильно пише Д.Т. Бараташвілі, логічні форми не тотожні граматичним, логіка не зливається з граматикою. Хоча поняття і слово, судження і речення, норма права і речення поєднані змістом та формою, проте ця єдність не є тотожністю [4, с. 22].

З цього приводу Є.В. Васьковський зазначає, що людина, володіючи своєю мовою, знає, як можна вживати те чи інше слово, але вона не може знати, як насправді у всіх можливих обставинах буде вжите це слово [5, с. 244]. І людина не може знати навіть меж можливого вживання слова. Окрім того, слово не дає повного уявлення про сутність явища, яке воно позначає; слова не мають єдиної інтерпретації.

За наявності єдності поняття і слова їх неповний збіг може виявлятися в тому, що багато понять можуть виражатися лише групою слів. Зв'язок між словом і поняттям ускладнюється ще й тим, що значення слова в мові охоплює не весь зміст поняття, а лише загальновідому його частину, і тут слово опиняється у своєму значенні вужчим за поняття.

Суб'єкти суспільних відносин належать до різних соціальних верств, професій, мають різний життєвий досвід, різну правову і моральну свідомість, сприймають однакові явища дійсності з різним ступенем точності. У повсякденному житті це не спричиняє перешкод у спілкуванні суб'єктів, бо як значення слова вони використовують хоча й не весь зміст поняття, однак ту його частину, яка відома широкому загалу. Для правильного розуміння правових норм не достатньо знання загальноприйнятого значення тих чи інших слів, оскільки законодавець прагне чіткості формулювань і вживає слова з відтінком значення, що відрізняється від загальноприйнятого. Це значення може бути вужчим, хоча головний зміст поняття зберігається.

Крім вищезазначеного, можна додати, що за наявності єдності поняття і слова їх неповний збіг може виявлятися також у тому, що одне і те ж слово або група слів можуть виражати різні поняття. В нормах права застосовують терміни, які мають спеціальне юридичне значення, їх зміст не має нічого спільного з однаковими за звучанням і написанням словами. Слід також мати на увазі, що те ж саме поняття може бути розкрито різними словами-синонімами.

Актуальність тлумачення правових норм зумовлена також їх юридичною формою, тобто застосуванням у нормах права спеціальних юридичних термінів або термінів з інших галузей знань, які не мають аналогів у звичайній мові. У формуванні правових норм можуть використовуватися поняття різного ступеня визначеності. Серед них, як вважає О.В. Капліна, є поняття, частково визначені своєю видо-родовою характеристикою. В них відбиваються ознаки певної множини предметів. У юридичній літературі такі поняття іменують оцінними. Вони характеризують ознаки різноманітних предметів та явищ і можуть бути тотожними багатьом поняттям, у яких відбиваються ті чи інші ознаки. Перевірка обґрунтованості їх поширення на ті чи інші фактичні обставини також викликає необхідність тлумачення [6, с. 227].

Як вказує О.Ф. Черданцев, у процесі тлумачення з урахуванням конкретної існуючої або припущеної ситуації оцінні поняття повинні бути розкриті шляхом заміни їх іншими, визначеними своєю видо-родовою характеристикою [7, с. 243].

Речення і норма права хоча й тісно пов'язані, проте не є тотожними. Норма права прихована за мовною формою. Припис може міститися у різних реченнях, які відносно самостійні і ззовні не мають нормативного характеру. Особливості формулювання речень, у яких міститься норма права, також зумовлюють необхідність тлумачення. Окрім того, неповна відповідність норми права і речення може виявлятися у невідповідності підмета речення з одного боку, і суб'єкта норми — з іншого [8, с. 133].

У такому випадку слід пам'ятати, що застосування оцінних термінів, прийомів формулювання речень, що призводять до неповної відповідності

правових норм і речень, не слід розцінювати як недоліки норми права. У більшості випадків такі прийоми мають на меті нормативну економію, стислість викладу. Проте й ця обставина не виключає того, що подібні прийоми зумовлюють необхідність тлумачення.

Необхідність тлумачення впливає ще й з такої властивості правових норм, як системність. Норми права регулюють суспільні відносини не ізольовано один від одного, а спільно, в певній сукупності, між ними існують тісні взаємозв'язки. Дійсний зміст норми права часто залежить від інших, логічно пов'язаних із нею правових норм. Вони можуть звужувати або розширювати її зміст. Ігнорування функціональних зв'язків норми права може призвести до неправильного розуміння її дійсного змісту.

Н.І. Матузов і А.В. Малько, крім указаних чинників, виділяють ще недосконалість і неадекватне використання законодавчої техніки, відсутність ясної і точної мови нормативного акта, через що формулювання виходять розпливчастими, а іноді й двозначними. Ю.Л. Власов вказує, що таке твердження є не зовсім точним, оскільки, як зазначалося вище, тлумаченню підлягають усі норми права, а не тільки неясні, розпливчасті та двозначні. Крім того, враховуючи недостатню визначеність термінів «неясність», «розпливчастість», зазначений чинник сам є вельми невизначеним [9, с. 81].

Ю.Л. Власов заперечує тезу А.С. Шабурова, який вважає, що причинами, котрі зумовлюють необхідність тлумачення правових норм, є прогалини в праві, суперечності, невідповідність правових норм фактичним умовам життя [10, с. 378]. Деякі автори, наприклад Н.Л. Гранат, вважають таку недосконалість у викладенні волі природною для законодавця [11, с. 144]. Така думка припускає можливість шляхом тлумачення пристосовувати норми права до конкретних життєвих ситуацій, долати прогалини, суперечності в праві, дозволяє суб'єкту тлумачення відходити від дійсного змісту норми права і, як наслідок, призводить до порушення законності.

У юридичній науці існують два погляди на проблему тлумачення правових норм. В епоху панування природного права й «освіченого» абсолютизму існувала ідея, що побудовані на раціональних началах закони, доступні для розуміння кожного, та їх застосування не вимагає ніякого особливого уміння. Для з'ясування закону достатньо лише здорового глузду, а спеціальні прийоми юриспруденції є зайвими. Помилка таких ідей, як пише Ф.В. Тарановський, полягає в ігноруванні емпіричної багатоманітності реального життя, самовпевненості законодавця, який претендує на математичну точність формулювань правових норм [12, с. 435]. В епоху розвитку капіталістичних відносин з'явилися інші теорії. Так, згідно з першими з них, визнавалося необхідним тлумачення тільки неясних правових норм, відповідно до інших — тлумаченню мають підлягати всі норми. Нині більшість учених дотримуються останньої точки зору.

Зміст норми права, безумовно, є доступним для безпосереднього сприйняття. Але під час простого читання сприймається лише загальний, абстрактний зміст. Безпосереднє розуміння мовних виразів наукою не заперечується.

Проте, як вважають численні автори, наприклад Р.А. Познер, безпосереднє розуміння — це радше заявка на розуміння. Процес розуміння приймають у цьому разі за почуття ознайомлення зі словом. Для тлумачення правових норм не достатньо знання слів на рівні нерозчленованих уявлень, необхідними є знання на рівні понять, розгорнуті знання [13, с. 283].

Окрім вказаних вище обставин, актуальність тлумачення правових норм в Україні зумовлена ще низкою чинників, тісно пов'язаних з уже наведеними. Сучасне українське право, як і державність, — досить молоде явище, а тому йому властиві риси, характерні для новостворених чи перехідних систем.

Висновки. Необхідність тлумачення пов'язане з багатьма процесами, які відбуваються у нашій державі. По-перше, в Україні відбувається активний розвиток нових політичних і соціально-економічних відносин. Вони вимагають ефективного правового регулювання, що потребує інтенсивної, оперативної роботи законодавчого органу — Верховної Ради України — щодо прийняття нових правових норм, внесення змін і доповнень до чинного законодавства. Водночас Верховній Раді України ще не вистачає досвіду правотворчої роботи. Вона репрезентована різними соціальними силами, які переслідують власні політичні цілі. Тому українському парламенту важко впоратися з таким великим навантаженням, що, своєю чергою, негативно позначається на ефективності правотворчої роботи і рівні законодавчої техніки. У зв'язку з цим досить часто виникають нечіткості, неясності, суперечності у правових нормах, їх невідповідність реальним умовам життя. Ці дефекти значно ускладнюють розуміння і реалізацію правових норм. В окремих випадках такі дефекти можна виправити шляхом тлумачення правових норм.

Щодо подолання дійсних прогалин, суперечностей у праві, то тут, видається, тлумачення не в змозі виконати такі функції, оскільки це не входить до його завдань і не охоплюється об'єктом його дослідження. Проте саме тлумачення дає можливість виявити подібні недоліки у праві та звернути увагу на необхідність їх усунення.

По-друге, у зв'язку з формуванням і розвитком української державності нині ще не досить чітко визначені та розмежовані повноваження між гілками влади. Ця обставина, помножена на недостатньо високу якість роботи правотворчого органу, зумовлює видання надто великої кількості конкретизуючих підзаконних актів, які дуже часто суперечать існуючим нормам права і дедалі більше ускладнюють їх розуміння та реалізацію.

По-третє, разом із становленням держави в Україні відбувається розвиток національної мови. З'являються нові слова, змінюються існуючі, деякі слова набувають нового значення, вводяться нові або змінюються деякі граматичні, морфологічні, синтаксичні правила, які певним чином впливають на мову правових норм. Крім того, з'являються нові специфічні терміни, юридичні конструкції, засоби та прийоми юридичної техніки. Усе це, безумовно, підвищує актуальність проблеми тлумачення правових норм в Україні.

По-четверте, наше суспільство перебуває на шляху побудови правової держави. У громадян та державних службовців недостатньо високий рівень правової та моральної свідомості, правової культури. Ця обставина призводить

до невірною чи неповною розуміння дійсного змісту правових норм і, як наслідок, призводить до порушення законності.

Тому в цьому аспекті тлумачення правових норм набуває значної актуальності, особливо стосовно роз'яснення громадянам та державним службовцям дійсного змісту чинних правових норм з метою їх правильної реалізації.

Список використаних джерел

1. **Олейников С. М.** Тлумачення норм права / С. М. Олейников, Г. О. Христова // Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / [М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина]. — Х. : Право, 2009. — С. 419-445.
2. **Гранат Н. Л.** Толкование норм права в правоприменительной деятельности органов внутренних дел / Н. Л. Гранат, О. М. Колесникова, М. С. Тимофеев. — М.: Академия МВД СССР, 1991. — 69 с.
3. **Алексеев С. С.** Общая теория права: учеб. / С. С. Алексеев. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. — 576 с.
4. **Бараташвили Д. Т.** Принципы официального юридического толкования : автореф. дисс. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права. История политических и правовых учений» / Д. Т. Бараташвили. — Нижний Новгород, 2005. — 31 с.
5. **Васьковский Е. В.** Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васьковский. — М. : АО «ЦентрЮрИнфоР», 2002. — 508 с.
6. **Капліна О. В.** Тлумачення норм кримінально-процесуального права за обсягом їх правового змісту / О. В. Капліна // Університетські наукові записки. — 2005. — № 1-2 (13-14). — С. 223-230.
7. **Черданцев А. Ф.** Толкование права и договора: учеб. пособие для вузов / А. Ф. Черданцев. — М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — 381 с.
8. **Горский В. С.** Историко-философское истолкование текста / В. С. Горский. — К. : «Наукова думка», 2001. — 206 с.
9. **Власов Ю. Л.** Тлумачення норм права / Ю. Л. Власов, В. П. Нагребельний // Юридична енциклопедія: у 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К. : Видавництво «Українська енциклопедія» імені М. П. Бажана, 2004. — Т. 6: Т-Я. — С. 80-82.
10. **Шабуров А. С.** Толкование права / А. С. Шабуров // Теория государства и права: учебник для вузов / [Под ред. проф. В. М. Корельского и проф. В. Д. Перевалова]. — 2-е изд., изм. и доп. — М. : Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2002. — С. 370-391.
11. **Коркунов Н. М.** Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов / [Предисловие д-ра юрид. наук, проф. И. Ю. Козлихина]. — СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2010. — 430 с.

12. **Тарановский Ф. В.** Энциклопедия права / Ф. В. Тарановский. — 3-е изд. — СПб. : Изд-во «Лань», 2001. — 560 с.
13. **Пиголкин А. С.** Толкование норм права / А. С. Пиголкин // Общая теория права: учебник для юридических вузов / [Ю. А. Дмитриев, [И. Ф. Казьмин], В. В. Лазарев и др.; под общ. ред. А. С. Пиголкина]. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : Изд-во МГТУ им. Н. Э. Баумана, 2006. — С. 280-293.

Анотація

У статті виявлено чинники, які зумовлюють необхідність тлумачення норм права в Україні. З'ясовано, що одним із чинників є те, що часто виникають нечіткості, неясності, суперечності у правових нормах, їх невідповідність реальним умовам життя. Ще одним фактором є видання надто великої кількості підзаконних актів, які дуже часто суперечать існуючим нормам права. Виявлено, що вагомим чинником також є недостатньо високий рівень правової та моральної свідомості, правової культури громадян та державних службовців.

Annotation

The article identifies the factors that determine the interpretation of the law in Ukraine. Found that one of the factors is that there are often unclear, ambiguity, contradictions in legal norms, their conformity with the real conditions of life. Another factor is the publication of a large number of regulations, which often contradict existing laws. It reveals that an important factor is also the low level of legal and moral consciousness, legal culture of citizens and public servants.

Передрієнко В. О.

*к.ю.н., доцент, Львівський торговельно-економічний університет,
доцент кафедри теорії держави і права*

Санагурська Г. М.

*к.ю.н., Львівський торговельно-економічний університет,
доцент кафедри теорії держави і права*

СУБ'ЄКТИВНІ ПРАВА І ЮРИДИЧНІ ОБОВ'ЯЗКИ СПОЖИВЧОГО ТОВАРИСТВА

Ключові слова: кооперація, законодавче і нормативно-правове забезпечення, кооперативне право, суб'єктивні права, юридичні обов'язки.

Keywords: cooperation, legislative and normative-legal ensuring, cooperative law, subjective rights and legal responsibilities.

Постановка проблеми. Питання розвитку кооперації та, в тому числі, споживчих товариств, становить неабиякий інтерес для вітчизняної науки і державотворчої практики. Кооперативних рух надає широкі можливості для підвищення ефективності економіки, а використання потенціалу кооперації допоможе подолати нагальні проблеми сучасності щодо безробіття, кризи національного виробництва.

Метою наукового дослідження є визначення обсягу суб'єктивних прав та юридичних обов'язків споживчого товариства.

Виклад основного матеріалу. Споживча кооперація в процесі своєї діяльності керується різними законами: економічними, правовими, організаційними тощо. Оскільки ці закони виходять від держави, то саме держава визначає цілі і завдання споживчого товариства як основного господарюючого суб'єкта споживчої кооперації. Законом України «Про споживчу кооперацію» та примірним статутом споживчого товариства визначається:

- 1) мета та предмет діяльності споживчого товариства;
- 2) умови і порядок створення, функціонування і припинення діяльності;
- 3) права та обов'язки членів споживчого товариства;
- 4) основні напрями господарської, соціальної та іншої діяльності з метою задоволення економічних та інших інтересів членів-пайовиків.

Ст. 5 Закону України «Про споживчу кооперацію» лише в загальній формі визначає мету діяльності споживчого товариства, а саме, поліпшення економічного і соціального стану членів-пайовиків [2]. Ст. 7 Примірного статуту споживчого товариства, затвердженого XVIII з'їздом споживчої кооперації України 19 грудня 2000 року із змінами і доповненнями, з урахуванням переходу України до ринкової економіки і нових умов господарювання визначає мету і завдання споживчого товариства:

- 1) задоволення потреб своїх членів в товарах та послугах, сприяння розвитку їх трудової і соціальної активності, зростання добробуту і культурного рівня;

2) захист прав та інтересів членів споживчого товариства і обслуговуваного населення як споживачів щодо забезпечення їх якісними товарами і послугами;

3) збереження власності в споживчій кооперації, захист її соціальних, економічних та майнових інтересів;

4) розвиток мережі торгових, виробничих, заготівельних та інших підприємств, співпраця з органами виконавчої влади і сільськогосподарськими товаровиробниками в створенні інфраструктури аграрного ринку;

5) забезпечення ефективності господарсько-фінансової діяльності, підвищення продуктивності праці працівників, їх соціальний захист шляхом збереження і створення нових робочих місць, впровадження нових технологій та передового досвіду, розвиток трудового суперництва, підготовка та перепідготовка кадрів;

6) дотримання основних принципів і методів кооперативної діяльності та широке впровадження самоврядування і кооперативної демократії;

7) активне залучення населення у члени споживчого товариства [3].

Таким чином, в цій частині Закон України «Про споживчу кооперацію» потребує вищезазначених доповнень.

Постановою Центральної спілки споживчих товариств України (Укоопспілки) від 24 січня 2007 року встановлено, що відносини, пов'язані зі створення та діяльністю споживчого товариства регулюються Законами України «Про кооперацію», «Про споживчу кооперацію» та іншими законодавчими актами України і нормативними документами споживспілок і Укоопспілки. В ст. 5 Закону України «Про споживчу кооперацію» визначено, що споживче товариство як первинна ланка споживчої кооперації є самостійною, демократичною організацією громадян, які на основі добровільності членства і взаємодопомоги за місцем проживання або роботи об'єднуються для спільного господарювання з метою поліпшення свого економічного і соціального стану [2]. Специфіка і особливості створення та функціонування існуючих споживчих товариств зумовили потребу у спеціальному врегулюванні відносин щодо порядку і умов реалізації громадянами України вступу до споживчого товариства. Однак, лише Закон України «Про кооперацію» містить ст. 7 «Порядок створення кооперативу», а Закон України «Про споживчу кооперацію» і Примірний статут споживчого товариства обмежуються лише порядком вступу до кооперативу. Введення у вищезгадані кооперативні нормативно-правові акти відповідного порядку створення споживчого товариства буде означати, що новостворені товариства є легітимними.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про споживчу кооперацію» та ст. 1 Примірного статуту споживчого товариства його функціонування будується на принципах добровільності членства, демократизму, соціальної справедливості, взаємодопомоги та співробітництва, вільного господарського функціонування на основі ринкових відносин.

Припинення діяльності споживчого товариства регламентовано ст. 29 Закону України «Про кооперацію», ст. 18 Закону України «Про споживчу кооперацію» і ст. 58-60 Примірного статуту споживчого товариства. Відповідно

до цих нормативно-правових актів припинення діяльності можливо шляхом реорганізації (злиття, приєднання, поділу, виділу, перетворення, ліквідації або за рішенням суду). Загальні збори споживчого товариства, створеного в результаті поділу, виділу з іншого споживчого товариства, можуть прийняти рішення про ліквідацію цього споживчого товариства не раніше ніж через три роки з дня його державної реєстрації.

Права та обов'язки членів споживчого товариства визначаються ст. 12 Закону України «Про кооперацію», ст. 6 Закону України «Про споживчу кооперацію» і ст. 15 Примірного статуту споживчого товариства. Редакція цих статей свідчить, що ці права є обов'язковими як для членів-пайовиків, так і для споживчого товариства. Оскільки, Закон України «Про споживчу кооперацію», даючи перелік прав членів споживчого товариства, вказує, що у статутах можуть бути встановлені і інші права, то варто звернутись до Примірного статуту споживчого товариства. Відповідно до ст. 15 цього правового акту член споживчого товариства має право:

а) брати участь у діяльності споживчого товариства, обирати і бути обраним до його органів управління і контролю, вносити пропозиції щодо поліпшення діяльності споживчого товариства та усунення недоліків у роботі його органів і посадових осіб;

б) одержувати кооперативні виплати та виплати на паї з доходу (прибутку), що розподіляється за результатами господарсько-фінансової діяльності за рік між членами споживчого товариства, відповідно до їх пайових внесків та права на пай (частку) у майні споживчого товариства, а також виплати за участь у спільному господарюванні;

в) використовувати можливості гарантованого збуту на договірних засадах продукції особистого господарства та промислу через заготівельні і торговельні підприємства споживчої кооперації;

г) здавати кооперативним підприємствам у першочерговому порядку сільськогосподарську продукцію та сировину для переробки на давальницьких умовах;

д) бути прийнятим у першочерговому порядку на роботу в споживче товариство відповідно до освіти, професійної підготовки та з врахуванням потреби в кадрах;

е) здобувати освіту в навчальних закладах споживчої кооперації за цільовими направленнями;

є) користуватися об'єктами соціально-культурного призначення, створюваними споживчим товариством, спілками, а також при дольовій участі їх з іншими організаціями і підприємствами;

ж) користуватися іншими послугами споживчого товариства та пільгами, передбаченими для членів споживчого товариства відповідно до порядку, встановленого загальними зборами (зборами уповноважених);

з) одержувати від виборних органів та посадових осіб споживчого товариства інформацію з будь-якого питання його діяльності, за винятком тієї, що пов'язана з комерційною таємницею та конфіденційною інформацією. Порядок одержання, використання, поширення і зберігання інформації,

віднесеної до комерційної таємниці та конфіденційної інформації, визначається нормативними актами Укоопспілки;

й) оскаржувати дільничним та загальним зборам (зборам уповноважених) членів споживчого товариства або в суді дії виборних органів і посадових осіб споживчого товариства;

і) добровільного виходу зі споживчого товариства [3].

Основні види і напрями діяльності споживчих товариств визначаються кожним товариством самостійно, виходячи із здійснення економічних і соціальних інтересів його членів на засадах соціальної справедливості, взаємодопомоги і співробітництва.

Ст. 8 Примірного статуту споживчого товариства визначаються види діяльності споживчого товариства, які можуть бути зведені в наступні групи:

1) торгівельна діяльність:

- роздрібна і оптова торгівля продовольчими і непродовольчими товарами, сільськогосподарською продукцією, сировиною, ліками і медпрепаратами, матеріалами, обладнанням, устаткуванням, транспортними засобами, паливом, паливно-змащувальними матеріалами, нафтопродуктами, торгівля нерухомістю;

2) громадське харчування:

- громадське харчування;

3) заготівельна діяльність:

- закупівля у населення і товаровиробників усіх форм власності сільськогосподарської продукції, сировини, дикорослих плодів, ягід, грибів, лікарсько-технічної сировини, чорного і кольорового металобрухту, інших видів вторинної сировини, виробів підсобних підприємств і промислів;

4) виробнича діяльність:

- виробництво продовольчих і непродовольчих товарів, сільськогосподарської продукції, будівельних матеріалів, тари тощо;

- відгодівля великої рогатої худоби, свиней, овець, птиці, кролів, вирощування зернових культур, овочів, фруктів кормів, квітів, насіння тощо;

- вирощування хутрових звірів;

- розведення риби;

- бджолярство;

5) надання послуг:

- надання послуг сільськогосподарським товаровиробникам щодо забезпечення їх засобами малої механізації, мінеральними добривами, отрутохімікатами, насінням, з обробки землі;

- здача в операційну оренду об'єктів нерухомості, транспортних засобів, обладнання, устаткування, іншого майна;

- туризм;

- організація транспортного господарства і надання послуг;

- організація та проведення аукціонів, ярмарків, виставок-продажів;

- надання платних послуг в перукарнях, ательє (пунктах) з пошиття і ремонту одягу, взуття, побутової техніки, фотосалонах, пральнях, хімчистках, пунктах прокату побутової техніки тощо.

Споживчі товариства мають право здійснювати інші види діяльності незаборонені чинним законодавством України [3].

Таке значне розширення видів і напрямів кооперативної діяльності обумовлено переходом України на ринкову економіку, потреби сільського населення в товарах і послугах, новими умовами господарювання.

У своїй економічній і соціальній діяльності споживче товариство як юридична особа має повну господарську самостійність і розробляє програми (плани) свого економічного і соціального розвитку, розглядає і затверджує їх на загальних зборах (зборах уповноважених) членів споживчого товариства.

Споживче товариство в економічній діяльності:

а) відкриває в будь-якій установі банку поточні та інші рахунки, включаючи валютні, розпоряджається коштами, що є на цих рахунках;

б) одержує в установах банків, у підприємствах і організаціях кредити та позики з повною відповідальністю за дотримання кредитних договорів і розрахункової дисципліни;

в) устанавлює, відповідно до законодавчих актів України, міжнародні зв'язки з організаціями зарубіжних країн, створює з ними спільні підприємства та здійснює зовнішньоекономічну діяльність;

г) користується кредитами банків України, зарубіжних банків, комерційним кредитом в іноземній валюті та погашає їх за рахунок власних валютних або інших коштів;

д) зараховує валютну виручку на валютний банківський рахунок і самостійно її використовує;

е) приймає від своїх індивідуальних і колективних членів, від членів інших споживчих товариств і працівників системи споживчої кооперації України, а також від інших юридичних і фізичних осіб додаткові пайові внески на формування фінансових ресурсів споживчого товариства та його підприємств з наданням їм права одержання гарантованих відсотків на них;

є) створює (реорганізовує, ліквідує) для здійснення своїх статутних завдань підприємства, організації, фінансово-розрахункові центри, страхові товариства, кредитні спілки та інші підприємства, діяльність яких не суперечить законам України;

ж) придбаває майно державних підприємств та підприємств, заснованих на інших формах власності, а також інше майно та майнові права;

з) одержує в установленому чинним законодавством порядку земельні ділянки у власність або користування;

й) вступає як засновник або учасник до господарських товариств, кооперативних, інших підприємств, асоціацій, об'єднань для розв'язання господарських і соціальних завдань;

і) створює в порядку, передбаченому законодавством України та нормативними актами Укоопспілки, фонди споживчого товариства, визначає порядок використання коштів цих фондів [3].

В такому напрямі як соціальна діяльність споживче товариство:

а) сприяє забезпеченню зайнятості населення шляхом створення додаткових робочих місць, розширення мережі підприємств, застосування

гнучкого режиму праці, професійної підготовки, перепідготовки й підвищення кваліфікації працівників, передусім тих, які є його членами;

б) гарантує своїм працівникам оплату праці відповідно до професії, кваліфікації та особистого трудового внеску, інші умови, а також соціально-економічні гарантії, передбачені чинним законодавством України;

в) забезпечує для працівників безпечні умови праці та несе в установленому законодавством України порядку відповідальність за шкоду, заподіяну їх здоров'ю та працездатності;

г) для охорони здоров'я і профілактики захворювань своїх працівників може створювати або використовувати наявні у споживчій кооперації лікувально-профілактичні, санаторно-курортні й оздоровчі заклади [3].

Структура органів управління споживчого товариства складає:

- 1) загальні збори;
- 2) правління;
- 3) голова правління.

Стаття 7 Закону України «Про споживчу кооперацію» і ст. 19 Примірного статуту споживчого товариства встановлюють, що вищим органом управління є загальні збори членів споживчого товариства, які правомочні розглядати і вирішувати будь-які питання діяльності споживчого товариства. Однак, такі питання як:

- прийняття статуту споживчого товариства;
- встановлення розміру вступного, обов'язкового та додаткових пайових внесків, встановлення розмірів паю (часки) членів споживчого товариства в майні споживчого товариства, за користування додатковими пайовими внесками на формування фінансових ресурсів;
- визначення розмірів, порядку формування та використання капіталів споживчого товариства і передачу правління споживчого товариства права володіння, користування та розпорядження власністю споживчого товариства, визначення органів управління, яким передаються окремі функції з господарського управління колективним майном;
- вирішення питань реорганізації (злиття, приєднання, поділу, виділу, перетворення) споживчого товариства, входження його в спілку споживчих товариств або інші об'єднання і організації, виходу з них та ліквідації споживчого товариства є виключною компетенцією загальних зборів.

Правління споживчого товариства і голова є виконавчо-розпорядчими органами товариства. Правління є колегіальним органом, а голова є керівною посадовою особою, яка здійснює як колегіальне, так і єдиноначальне керівництво діяльністю товариства. В своїй роботі вони підпорядковані загальним зборам і діють у відповідності до Закону України «Про кооперацію», Закону України «Про споживчу кооперацію» та Примірним статутом споживчого товариства. На них покладається обов'язок бути обізнаними з конкретними умовами діяльності товариства, економічною і соціальною обстановкою, в якій товариство функціонує і з тим, що турбує членів-пайовиків.

Правління і голова є носіями суб'єктивних прав і юридичних обов'язків, які у своїй сукупності складають їх управлінські повноваження. Повноваження

цих органів повністю відповідають повноваженням споживчого товариства, окрім виключної компетенції загальних зборів. Порівняльний аналіз компетенції загальних зборів, правління та голови показує, що з метою розширення демократичних начал в управлінні, у виключну компетенцію загальних зборів потрібно віддати як прийняття статуту, так і внесення змін та доповнень до нього.

Це дозволить членам-пайовикам бути більш дієвими, не допускаючи відхилень від кооперативних принципів.

Систему контролюючих органів у споживчому товаристві складають ревізійні комісії і комісії кооперативного контролю. Вони діють на підставі положень про ревізійну комісію і про комісії кооперативного контролю, які затверджуються загальними зборами. Фактично, контрольно-ревізійні органи не тільки контролюють дотримання статуту кооперативу і його господарсько-соціальної діяльності, а також надають товариствам організаційно-методичну допомогу органам в управлінні цією діяльністю.

Якщо в основу суб'єктивного права покладено юридичне забезпечення певних можливостей товариства, то в основу юридичного обов'язку – закріплення його необхідної, з точки зору держави, поведінки. Примірний статут споживчого товариства в ст. 16 встановлює лише внутрішньокооперативні обов'язки члена споживчого товариства:

а) виконувати вимоги статуту споживчого товариства, брати участь у роботі загальних (дільничних) зборів членів споживчого товариства, виконувати рішення загальних зборів (зборів уповноважених), виборних органів управління і контролю;

б) виконувати свої зобов'язання перед споживчим товариством, пов'язані з участю в його діяльності;

в) берегти і зміцнювати власність споживчого товариства, не допускати безгосподарного та недбайливого користування кооперативним майном;

г) повідомляти споживче товариство про зміну місця свого проживання.

Висновки. Закон України «Про кооперацію» і Закон України «Про споживчу кооперацію» містять правові норми щодо взаємовідносин держави і споживчої кооперації. Однак, не можна зводити юридичні обов'язки споживчої кооперації лише до повної самостійності у своїй діяльності. Своїми нормативно-правовими актами держава встановлює певні правила поведінки, «правила гри», які є обов'язковими і для споживчої кооперації. Тому, встановлені в ст. 7 Примірної статуту споживчого товариства цілі і завдання товариства є і обов'язками, які, в залежності від змісту, можуть бути як внутрішньокооперативними обов'язками, так і обов'язками перед державою.

Список використаних джерел

1. Про кооперацію: Закон України від 10 липня 2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1087-15>
2. Про споживчу кооперацію: Закон України від 10 квітня 1992 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2265-12>

3. Примірний статут споживчого товариства, затвердженого XVIII (позачерговим) з'їздом споживчої кооперації України 19.12.2000 р. зі змінами і доповненнями внесеними згідно з Постановами Центральної спілки споживчих товариств. Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://consultant.parus.ua/?doc=089MYA0D1E&abz=50AU8>
4. Кооперативне право: Підручник / За ред. акад. В.І. Семчика. – К.: Ін Юре, 1998. – 332 с.

Анотація

У статті досліджено розбіжності у законодавстві, що регулює порядок створення та функціонування споживчих товариств. Охарактеризовано структуру органів управління споживчого товариства. Виокремлено права та обов'язки членів споживчого товариства.

Annotation

The article has found out about the differences in the legislative and normative-legal ensuring of the establishment and operation of consumer organizations. Characterized the structure of management of consumer organizations. Determined the rights and duties of the consumer organization.

Санагурська Г. М.

*к.ю.н., Львівський торговельно-економічний університет,
доцент кафедри теорії держави і права*

ПРАВОВИЙ СТАТУС ДИТИНИ В АВСТРІЙСЬКОМУ ЦИВІЛЬНОМУ КОДЕКСІ 1811 р.

Ключові слова: права та обов'язки, законнароджені діти, незаконнароджені діти, батьківська влада, українські землі, Австрійський цивільний кодекс 1811 р.

Keywords: rights and obligations, legitimate children, illegitimate children, parental authority, Ukrainian lands, Austrian Civil Code 1811.

Постановка проблеми. Правовий статус дитини є чи не найбільш вразливим питанням як в сучасному законодавстві, так і в минулому. В історії держави і права України виокремлено період її перебування у складі Австро-Угорської імперії, яка була однієї з провідних держав у тогочасній Європі. Австрійський цивільний кодекс 1811 р. здійснював правове регулювання сімейних відносин на західноукраїнських землях більш ніж сто років. Вдосконалення чинного сімейного законодавства неможливе без урахування історико-правового досвіду і традицій, які зберігаються і передаються з покоління в покоління. Історичний досвід є важливим для врегулювання відносин у сфері охорони та захисту прав дитини, оскільки він дозволяє побачити конкретну ефективність або неефективність впровадження норм у суспільну практику.

Аналіз досліджень даної проблеми. Окремим аспектам досліджуваної теми приділили увагу такі учені, як С. Дністрянський, О. Огоновський, А. І. Загоровський, Р. Ф. Кайндль. Важливими для дослідження стали праці сучасних науковців З. В. Ромовської., О. Б. Онишко М., І. Я. Терлюка та ін.

Метою наукового дослідження є визначення правового статусу дитини відповідно до Австрійського цивільного кодексу 1811 р., що діяв на українських землях.

Виклад основного матеріалу. Як і в більшості європейських країн XIX ст. законодавство Австрійської (згодом Австро-Угорської) імперії визначало правовий статус дитини в залежності від того чи народжена вона у шлюбі чи поза ним. Зокрема, Австрійський цивільний кодекс 1811 р. (далі Кодекс) розрізняв дітей, народжених у законному шлюбі («законних дітей») або «законнароджених»), та дітей, народжених поза шлюбом («незаконних дітей») або «незаконнароджених»). Юридичним документом того часу, що підтверджував законнародженість чи незаконнародженість дитини, була метрична книга про народження. Метрика народжених посвідчувала особу та її батьків; у ній зазначалася дата народження, адреса, ім'я дитини, її віросповідання та стать. У спеціальній графі «ложе», здійснювався запис, чи дитина із «законного ложа» чи із «незаконного ложа». У графі «родичі» зазначалися імена батьків та їх стан. Графа «куми» містила інформацію про ім'я та стан хресних батьків [1, арк. 2].

Закононародженими дітьми, за Кодексом, вважалися: 1) діти, народжені дружиною не раніше сьомого місяця після укладення шлюбу; 2) діти, народжені дружиною не пізніше десятого місяця після смерті чоловіка чи повного розлучення (§ 138) [2, с. 42]. В науковій літературі є й інше тлумачення § 138. Зокрема, З. В. Ромовська зазначає: «У § 138 Книги загальних цивільних законів Австрії 1811 р., що діяла на території нинішніх Західних областей України, було записано таке: «За дітьми, що їх народила жінка після спливу 180 днів від укладення шлюбу або до спливу 300 днів після смерті чоловіка чи повного розірвання подружнього зв'язку, припускається законне походження»» [3, с. 284]. Однак, на наш погляд, термін народження дитини буде правильно обчислювати у місяцях, оскільки саме такий спосіб передбачений в Австрійському цивільному кодексі 1811 р. Як стверджував С. Дністрянський, визначення правового статусу дитини через обчислення терміну її народження австрійське законодавство перейняло від римського права [4, с. 2].

В залежності від того чи була дитина закононароджена чи ні, змінювався обсяг прав та обов'язків батьків щодо її виховання.

Права й обов'язки батьків щодо закононароджених дітей за Австрійським цивільним кодексом 1811 р. поділялися на:

- спільні, тобто ті, які однаково належали батькові та матері;
- права й обов'язки, що належали виключно батькові.

Зауважимо, що Кодекс не наділяв матір самостійними правами, а тільки обов'язками. Можна припустити, що логікою цієї норми був значний авторитет батька та патріархальна побудова сім'ї.

До спільних прав і обов'язків обох батьків здебільшого належали немайнові права, зокрема:

1) правильно виховувати своїх дітей, тобто дбати про їхнє життя та здоров'я, належне утримання, розвивати їх фізичні та розумові здібності, за допомогою корисної інформації закласти основи їх майбутнього щастя (§ 139) [2, с. 42];

2) виховувати дитину в релігії (§ 140). Віросповідання дитини відповідало віросповіданню батьків. Зокрема, усі діти до семи років мали віросповідання своїх батьків, а якщо віросповідання батьків було різними, то сини сповідували батьківську віру, а доньки — віру матері. Позашлюбні діти мали сповідувати ту віру, що сповідувала їх матір. Якщо батьки змінювали своє віросповідання, то, відповідно, змінювалося і віросповідання дитини [5, с. 81]. Цікавим є той факт, що батьки могли укласти угоду щодо віросповідання своїх дітей, зокрема до або після одруження. Батьки не мали права змінювати віросповідання дітей від семи до чотирнадцяти років [5, с. 82]. Після досягнення дитиною чотирнадцяти років їй надавалось право обирати та змінювати свою віру [6, с. 9];

3) особливим обов'язком батька було утримання дітей, допоки вони самі не будуть спроможні себе утримувати. Догляд за здоров'ям дитини був зазвичай обов'язком матері (§ 141) [5, с. 71]. Якщо подружжя після розлучення не дійшло згоди щодо місця проживання дитини (дітей), суд покладав на матір обов'язок доглядати та виховувати дітей (хлопчиків — до досягнення чотирьох

років, дівчаток — до досягнення семи років), якщо обставини не вимагали іншого. Витрати на виховання повинен був нести батько (§ 142);

4) якщо батько не мав засобів для утримання дітей, обов'язок утримування переходив до матері. Якщо обоє батьків не мали змоги утримувати дітей або померли, то цей обов'язок переходив до діда за батьківською лінією та його родичів, потім — діда за материнською лінією та його родичів (§ 143) [7, с. 538, 556–560];

5) батьки мали право, за взаємним порозумінням, керувати діями своїх дітей (§ 144);

6) батьки мали право на пошуки своїх загублених дітей; вимагати повернення дітей, що втекли;

7) батьки мали право карати дітей за непослух або «порушення спокою та порядку в домі» [2, с. 42–43]. Спосіб покарання не мав бути жорстоким та не становити загрозу для здоров'я дитини (§ 145) [8, с. 115–116, 128].

Щодо особливих прав батька, то відповідно до австрійського законодавства батьківською владою був наділений лише батько, а після його смерті чи позбавлення батьківських прав така влада ні до кого не переходила (§ 147) [2, с. 43]. Аналіз зазначеної норми дає змогу зробити висновок, що у Кодексі під батьківською владою розумілася сукупність прав, які належать лише батькові як голові сім'ї. Закон не передбачав іншої батьківської влади, крім влади батька, оскільки матір була наділена винятково обов'язками, а не правами щодо законнародженої дитини. До особистих прав батька належали і майнові, і немайнові права.

Відтак, *батько мав такі права щодо законнароджених дітей:*

1) на власний розсуд привчати свою неповнолітню дитину до стану, який уважав за потрібний. Однак, якщо доросла дитина потребувала іншого стану, що більше відповідав її здібностям та нахилам, то вона могла звернутися із відповідною вимогою до суду (§ 148);

2) забезпечити доньку чи онучку посагом, а синові чи онуку надати певні кошти для створення власного господарства (§§ 106, 139, 220, 267, 788, 1220, 1243) [9, с. 155];

3) розпоряджатися власністю дітей, допоки вони перебували під його батьківською владою.

Щодо власності дітей, то кошти передусім спрямувалися на виховання дітей. Власністю дітей вважалося все, що вони набували в будь-який законний спосіб. Щороку батько зобов'язаний був звітуватися про використання коштів, що надходили від майна, яке було у власності дитини. За певних обставин батько міг бути звільненим від подання рахунків. Особа, яка передала дитині своє майно, могла надати батькові дозвіл на використання доходів від такого майна. Однак ці кошти завжди були джерелом утримання дитини і не могли бути арештовані кредиторами батька. Якщо батько був нездатним розпоряджатися майном дитини або на такі дії існувала заборона — суд визначав іншого розпорядника (§§ 149–150) [2, с. 44]. Кошти, які батьки витрачали на виховання дітей, не давали їм права претендувати на майно, що згодом набували діти власною працею та промислом (§ 154) [2, с. 45].

Права й обов'язки законнароджених дітей. Основним обов'язком дитини було поважати своїх батьків (§ 144). Діти, які були під батьківською владою, не могли брати на себе жодних зобов'язань без дозволу батька (§ 152) [2, с. 43–44]. За необхідності, наприклад, якщо батьки зазнали злиднів, діти зобов'язувалися утримувати їх. За невиконання своїх обов'язків перед батьками на дітей поширювалися і цивільні, і кримінальні санкції [4, с. 23].

Водночас діти були наділені певними правами: 1) право на прізвище свого батька, його герб та інші права його сім'ї і стану, за винятком особистих прав (§ 146) [5, с. 71]; 2) право на батьківську спадщину; 3) право на аліменти; 4) право розпоряджатися власним заробітком (якщо малолітня особа не утримується батьками) (§ 151).

Прізвище батька дитина отримувала по життєво. Якщо відбувалося узаконення позашлюбної дитини, то така дитина змінювала своє прізвище (матері) на прізвище батька. Прізвище жінки змінювалося у разі одруження. 1826 р. відповідно до законодавства було дозволено змінювати прізвище за умови прийняття християнської віри або переведення до вищого соціального стану. Ім'я для дитини обирали батьки. Змінити ім'я можна було у разі зміни віри на християнську або вступу у монастир. Загалом Кодекс 1811 р. не містив жодних приписів щодо вільної зміни прізвища та імені. Для цього необхідно було звернутися до повітової влади для реєстрації змін у метричній книзі [4, с. 21].

Якщо батько втрачав своє шляхетство через учинення злочину, то дітям, народженим до вчинення такого злочину, залишалося шляхетське прізвище, а ті, що народилися після, відповідно отримували нижчий соціальний стан [4, с. 22].

Порівнюючи обов'язки батька і матері, О. Огоновський зазначав, що чимало норм, що стосувалися відносин між батьками та дітьми, указувало на те, що батькові належало більше прав щодо дітей, аніж матері. Зокрема, діти носили прізвище батька, а не матері (§ 146); батьківська влада належала тільки батьку (§ 147); тільки батько мав право оспорювати батьківство дитини (§ 156); лише батько мав вплив на вибір стану для дитини (§ 148) [5, с. 71]. Водночас, на нашу думку, значний перелік прав батька щодо дитини законодавець компенсував чималою кількістю обов'язків, яких, до речі, матір не мала. Це, наприклад, найперший обов'язок батька утримувати дитину і шлюбну, і позашлюбну (§ 167), одруження шлюбних дітей (§§ 1220, 1231) тощо.

Припинення батьківської влади над законнародженими дітьми здійснювалось у певних випадках.

1. Батьківська влада припинялася одразу після досягнення дитиною повноліття, тобто після виповнення 24 років [10, с. 299], та могла бути продовжена тільки на публічну вимогу батька, якщо на це були правові підстави (§ 172). Батьківська влада зберігалася у судовому порядку, якщо: 1) повнолітня дитина мала фізичні або психічні вади та не могла самостійно про себе подбати; 2) дитина потрапила у великі борги, тому повинна довше бути під пильним наглядом батька (§ 173). Такі борги, як зауважував, зокрема, С. Дністрянський, могли виникнути через пристрасть дитини до гри у карти, життя гульвіси та вплив недоброго товариства [4, с. 129-131].

2. Батьківська влада припинялася до завершення 24-річного віку дитини за згодою батька у судовому порядку або за його дозволом синові, що досяг двадцятирічного віку, вести власне господарство (§ 174) [2, с. 48].

3. Батьківська влада припинялася, якщо малолітня дочка виходила заміж. У цьому разі дочка переходила під владу чоловіка, але батько залишався куратором майна своєї дочки аж до її повноліття. Якщо чоловік малолітньої жінки помирав, то вона поверталася під владу батька (§ 175) [2, с. 49].

4. Батьківська влада припинялася, якщо батько був визнаним психічнохворим, марнотратником (у цих двох випадках батькові призначався куратор) [4, с. 145], безвісно відсутнім або засуджений за злочин із покаранням у вигляді ув'язнення понад рік (§ 176). У всіх перелічених випадках дитині призначався опікун.

5. Якщо батько не виконував своїх обов'язків щодо утримання та виховання дитини, його могли позбавити батьківських прав. Автоматично припинялася і батьківська влада (§ 177). Позбавлення батьківських прав здійснювалося у судовому порядку за позовом скривдженої дитини, її родичів або інших осіб, яким було відомо про зловживання батьків щодо дитини § 178 [4, с. 149].

6. Батьківська влада припинялася через смерть батька або дитини, а також у разі віддання батьком дитини на усиновлення.

Діти, народжені поза шлюбом, мали статус незаконнонароджених дітей. Важливо зазначити, що виокремлення дітей, народжених поза шлюбом, було здійснено у більшості тогочасних західноєвропейських кодексів. Так, німецьке законодавство називало незаконних дітей «позашлюбними» («außereheliche»), однак діти, народжені у шлюбі, також могли мати статус позашлюбних. Наприклад, діти, народжені внаслідок перелюбу чи шлюбу, який визнано недійсним. Французький та Італійський цивільні кодекси називали незаконнонароджених дітей «природними» («enfants naturels», «figli naturali»). О. Загорівський скептично описував таку термінологію щодо незаконнонароджених дітей, оскільки, на його думку, вона була більше «поетичною, ніж юридичною, та досить неточною» [11, с. 1].

Відповідно до Кодексу позашлюбними вважалися діти, які народилися до семи місяців після укладення шлюбу або після смерті чоловіка чи повного розлучення, якщо вже пройшло десять місяців [2, с. 45]. Якщо дитина народилася раніше зазначених термінів, то вважалася позашлюбною тільки тоді, коли чоловік, не знаючи про вагітність до шлюбу заперечив батьківство. Таке заперечення здійснювалося в судовому порядку не пізніше трьох місяців після отримання відомості про народження дитини (§ 156). Якщо чоловік помер, то право на заперечення мали його спадкоємці упродовж трьох місяців після смерті (§ 159). Однак ця норма мала виняток: такі діти вважалися законними, якщо було доведено експертами, що їх зачаття відбулося під час перебування батьків у шлюбі, попри їх пізніше народження (§ 157) [2, с. 45-46].

Діти, народжені у недійсному шлюбі, вважалися позашлюбними, якщо батьки перед їх народженням знали про недійсність шлюбного зв'язку, але свідомо це допускали.

Батьківство над позашлюбними дітьми відповідно до Кодексу могло встановлюватися добровільним визнанням. Відповідно до § 163 чоловік, який був впевнений, що він є батьком народженої дитини, публічно визнавав себе фактичним батьком. Визнання батьківства вважалося добровільним, якщо матір з-поміж даних для запису у книзі хрещення чи народження подала прізвище батька дитини, а чоловік погодився з таким записом. Ця згода посвідчувалась духовною особою і хресним батьком, які мали знати позашлюбного батька особисто (§ 164) [2, с. 47]. Якщо чоловік не заперечував про походження дитини, то ніхто не мав права робити це замість нього [4, с. 5].

Зауважимо, що правовий статус незаконнонароджених дітей суттєво відрізнявся від правового статусу законнонароджених. Позашлюбні діти не мали однакових прав із дітьми, народженими у законному шлюбі (§ 155). Загалом на позашлюбних дітей не поширювалася батьківська влада, оскільки вона замінювалася опікуном (§ 166). Діти, народжені у незаконному шлюбі, не мали права на прізвище батька, його дворянство, герб чи будь-які інші привілеї, а також права на спадщину. Такі діти отримували родові прізвища матері, тобто записувалися за прізвищем діда (§ 165) [4, с. 109]. Підтвердження цього знаходимо в архівних матеріалах. Так, у метричних записах про народження позашлюбної дитини у графі «родичі» записувалося лише ім'я матері та її стан [1, арк. 5]. Порівняно з правами дітей, народжених у шлюбі, позашлюбні діти не могли вимагати від батька надання коштів на навчання або створення власної справи [2, с. 47]. Важливим є той факт, що між позашлюбною дитиною та законними дітьми батька не існувало жодних стосунків спорідненості, окрім перешкоди для укладення шлюбу.

Закон дозволяв батькам спільно домовитись щодо харчування, виховання і забезпечення позашлюбної дитини, однак така домовленість не могла зашкодити правам дитини (§ 170). Зазвичай позашлюбних дітей виховувала матір. Допоки мати сама хотіла і могла виховувати дитину, батько не мав права забрати її до себе. Однак якщо виховання матір'ю наражало на небезпеку добробут та життя дитини, батько зобов'язаний був відібрати дитину у матері і залишити у себе або розмістити її в іншому безпечному та пристойному місці (§ 169) [3, с. 285]. Батько позашлюбної дитини повинен був виплачувати аліменти на підставі судового рішення.

Обов'язком батька позашлюбної дитини було утримання, виховання та забезпечення дітей (§ 166). Кількість коштів для утримання дитини визначалася відповідно до матеріального становища батька. Якщо батько не мав коштів для утримання позашлюбної дитини, то цей обов'язок переходив до матері (§ 167). У разі смерті батька обов'язок утримання переходив до його спадкоємців (§ 171) [2, с. 48]. За твердженням З. В. Ромовської, батько зобов'язаний був повернути матері видатки на пологи та утримання дитини впродовж перших шести тижнів або, за необхідності, забезпечити її майбутнє [3, с. 285].

Зауважимо, що Кодекс передбачав випадки, коли позашлюбні діти визнавалися законними (*процедура легітимізації або узаконення* [4, с. 70]): 1) внаслідок усунення перешкод у шлюбі або з приводу непоінформованості членів подружжя про існування перешкоди для укладення шлюбу. Діти,

народжені від незаконного шлюбу, визнавалися законнародженими, якщо перешкода в укладенні шлюбу згодом була усунута, або хоча б один із батьків не був проінформований про перешкоду (§ 160). Ця норма зазнала змін 3 червня 1858 р. на підставі цісарського розпорядження, відповідно до якого діти, народжені у недійсному шлюбі, визнавалися законнародженими, незважаючи на причини недійсності шлюбу [4, с. 73]; 2) внаслідок укладення шлюбу між батьками позашлюбної дитини (§ 161); 3) через привілеї монарха. Батьки, які хотіли, щоб їхня позашлюбна дитина отримала всі привілеї їхнього стану та право на спадкування, могли звернутися за спеціальним розпорядженням до монарха (§ 162) [2, с. 46].

Загалом варто зауважити, що показники щодо кількості позашлюбних дітей у м. Львові були незначними. Так, проаналізувавши записи метричних книг церкви Св. Юра за 1902 р., зазначимо, що із 316-ти народжених дітей лише 28 було записано як незаконнароджені [1, арк. 1-33]. Це становить близько 8,8% від загальної кількості народжених дітей за цей рік.

Оскільки під час дослідження була змога оперувати порівняно незначним масивом метрик, тому наявні дані свідчать лише про частоту позашлюбної народжуваності серед певної групи людей. Відтак без порівняння з іншими регіонами важко стверджувати про його унікальність чи закономірність. Серед доступних даних, які, щоправда, стосуються іншого регіону, зазначимо наведені етнографом Р. Кайндлем, за допомогою яких можна порівнювати отримані нами результати із показниками позашлюбної народжуваності на території Буковини. Так, у буковинських селах 80-х років XIX ст. спостерігались такі показники незаконнароджених: с. Сергії — 17% за три роки, 4 села на Білому Черемоші — 4%, Вижниця — 15,4%, Сторожинець — 18,2%, Кіцмань — 7% [12, с. 20]. Отже, як порівняння, показники незаконнароджених дітей на Галичині на початку XX ст. були доволі низькими.

Власне, можна припустити, що в цей період люди контролювали народжуваність дітей поза шлюбом. На нашу думку, причиною цього могли бути суворі норми австрійського законодавства щодо правового статусу позашлюбних дітей.

Висновки. Отже, в Австрійському цивільному кодексі 1811 р. під батьківською владою розумілась сукупність прав, якою був наділений лише батько як голова сім'ї. Кодекс розрізняв дітей законнароджених (народжених у законному шлюбі) та незаконнароджених (народжених поза шлюбом). Дослідження засвідчило, що між правами законних і позашлюбних дітей була суттєва різниця. Австрійський цивільний кодекс 1811 р. передбачав доволі широкі права для законнароджених дітей. Законодавець всебічно охопив питання можливості припинення батьківської влади, зокрема передбачив позбавлення батьківських прав через невиконання батьком своїх обов'язків. З'ясовано, що найбільш незахищеними відповідно до законодавчих актів Австрійської (Австро-Угорської) імперії були діти, що мали правовий статус незаконнароджених. Права останніх були суттєво обмеженими поряд із правами законних дітей. Окрім суспільного осуду, позашлюбні діти не мали права

на прізвище батька та успадкування його майна. Такий правовий підхід до визначення правового статусу дітей, на наш погляд, є найвагомішим недоліком шлюбно-сімейного законодавства, що діяло на українських землях того часу. Як позитивне в австрійському законодавстві можна виокремити механізм легітимізації таких дітей.

Список використаних джерел

1. ЦДІАЛ, ф. 201 (Греко-католицька митрополича консисторія). — Оп. 4 а. — од. зб. 3447. — 38 арк. (1902-1908 pp.).
2. Powszechna księga ustaw cywilnych z r. 1811 / przekład i wstęp Dr. Zdzisława Słuszkiewicza. — Złoczów : Wydawnictwo Wilhelma Zukerkandela, 1913. — 335 s.
3. **Ромовська З. В.** Українське сімейне право : підручник / З. В. Ромовська. — К. : Правова Єдність, 2009. — 498 с.
4. **Дністрянський С.** Правне відношення родичів до дітей / С. Дністрянський. — [Б. р. в.]. — 184 с.
5. **Огоновський О.** Система австрійського права приватного. — Т. 1. / Олександр Огоновський. — Львів : накл. О. Огоновської з друкарні Наукового товариства імені Шевченка, 1897. — 336 с.
6. **Левицький В.** Як живеть ся українському народови в Австрії / В. Левицький. — Відень : Видання «Союза Визволення України», 1915. — 31 с.
7. **Дністрянський С.** Цивільне право : у 2 т. / Станіслав Дністрянський. — Відень, 1919. — Т. 1. — 1063 с.
8. **Zoll F.** Prawo cywilne w zarysie : w 4 t. — Т. 4. / Fryderyk Zoll. — Krakow, 1848. — 454 s.
9. **Онишко О. Б.** Становлення і розвиток сімейного права Другої Речі Посполитої (1918-1939 pp.): дис. ... канд. наук : 12.00.01 / О. Б. Онишко. — Львів, 2009. — 214 с.
10. **Терлюк І. Я.** Історія держави і права України : навчальний посібник / І. Я. Терлюк. — К. : Атіка, 2011. — 944 с.
11. **Загоровский А.** Незаконнорожденныя по саксонскому и французскому Гражданскимъ Кодексамъ / А. Загоровский. — К., 1879. — 325 с.
12. **Кайндль Р. Ф.** Гуцули: їх життя, звичаї та народні перекази / Раймунд Фрідріх Кайндль ; пер. з нім. З. Ф. Пенюк. — Чернівці : Молодий буковинець, 2000. — 208 с.

Анотація

У статті досліджено правовий статус дітей відповідно до Австрійського цивільного кодексу 1811 р., який діяв на українських землях. Встановлено, що Кодекс розрізняв дітей законнароджених та незаконнароджених. Дослідження засвідчило, що між правами законних і позашлюбних дітей була суттєва різниця. Права останніх були значно обмеженими поряд із правами законних дітей.

Annotation

The article has found out about the legal status of children according to the Austrian Civil Code of 1811, which operated on the Ukrainian territory. There was a division between legitimate and illegitimate children. The significant difference was between legitimate and illegitimate children. The rights of illegitimate children were very limited.

ДО ПИТАННЯ ОРГАНІЗАЦІЙНОГО АСПЕКТУ ФОРМУВАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ

Ключові слова: професійна правова культура, концепція, державний стандарт, компетентність, компетенції, незалежне заочне оцінювання, навчальний план, навчальна програма.

Keywords: professional legal culture, concept, state standard, competence, competence, independent evaluation of correspondence, curriculum, curriculum.

Постановка проблеми. Розуміння правової культури юристів, навіть на перший погляд, є поняттям надзвичайно багатограним, оскільки поєднує в собі різні аспекти правокультурного стану не лише правової свідомості саме юристів та їх правової поведінки на різних рівневих позиціях, але й держави і суспільства в цілому. З такого погляду правова культура зазначеної категорії суб'єктів має не лише притаманні їй специфічні властивості але й специфічне функціональне призначення як фактору правового регулювання. Через безпосередній зв'язок з державою, законодавством, політикою ця функція робить її одним з головних факторів життя особи, держави, суспільства в цілому. Адже, функціональна специфічність професійної правової культури юристів реалізується у правотворчій, правозастосувальній, правотлумачній, правовиховній діяльності різнорівневих суб'єктів і безсумнівно повинна бути департизованою.

Аксіомою є й те, що правова культура як така сама по собі не виникає, їй передують та її формує багатограний і багаторівневий правовиховний процес. У формуванні правової культури середовища професійних юристів, державних службовців такий процес має свою специфіку і здійснюється, як правило, в юридичних навчальних закладах де повинні закладатись основи кваліфікаційних характеристик випускників відповідно до сьгоднішніх Європейських стандартів, які ґрунтуються на безумовному захисті прав людини і громадянина.

Виклад основного матеріалу. Не заглиблюючись у деталі правовиховного процесу майбутніх юристів, державних службовців вважаємо за необхідне звернути увагу безпосередньо на навчальний аспект цього процесу, оскільки специфічність юридичної діяльності базується саме на обсязі та глибині набутих під час навчання професійних знань і вмінь з постійним їх поглибленням у подальшій професійній діяльності.

У питанні професійної підготовки майбутніх правників вбачається низка проблем, на котрі тривалий час не зверталась належна увага і вони своєчасно не усувались. У першу чергу, це безпосередньо стосується змісту навчальних планів та програм навчальних дисциплін тих юридичних

навчальних закладів, які розпочали свою діяльність на початку 90-х років минулого століття (часто навіть без достатньої матеріально-технічної бази, не говорячи вже про навчально-методичне і насамперед — кадрове забезпечення).

Разом з тим, необхідно відмітити, що в останні роки провідні юридичні науково-педагогічні школи України за сприяння європейських інституцій (Проект USAID) звертали увагу на проблеми у підготовці професійних юристів: проводились дослідження, узагальнювались висновки і рекомендації науково-теоретичних і практичних конференцій щодо стану юридичної освіти в Україні; шляхів удосконалення її змісту та методики; визначення обсягу знань, навичок і вмінь випускників; тенденцій розвитку юридичної освіти в Україні; вперше у 2016 р. в декількох університетах запроваджено зарахування студентів у магістратуру за результатами незалежного оцінювання знань випускників-бакалаврів.

Видається, що результатом такої діяльності стало і оприлюднення проекту Концепції вдосконалення правничої (юридичної) освіти для фахової підготовки правника відповідно до європейських стандартів вищої освіти та правничої професії. Віддаючи належне змісту цього надзвичайно важливого документа, особливо пунктів 15, 16, 17, 18, 19, 20 (Розділ II. Стандарти правничої освіти), вважаємо, що в контексті досягнення такого стандарту основу повинна скласти реконструкція навчальних планів і навчальних програм спеціальності «Право» в поєднанні з системною правовиховною роботою зі студентами.

Оскільки державний стандарт вимагає наявності у професійного юриста визначених компетенцій та компетентності, базою яких є належний обсяг професійних знань і вмінь, виникає питання щодо різних аспектів їх формування відповідно до вимог цього стандарту.

Реалії сьогодення професійної юридичної освіти дають автору підстави вважати, що досягнення рівня такого стандарту буде достатньо проблемним. Адже, встановлюючи цей стандарт, МОН України мало б визначити не лише процентне співвідношення між блоками навчальних предметів у навчальних планах юридичних факультетів та юридичних ВНЗ, але й вказати на критерії вимог до змісту як навчальних планів, так і змісту навчальних предметів, насамперед тих, які є базовими у формуванні компетентності та компетенцій. Тобто, хоча б тих навчальних предметів, які виносяться на незалежне заочне оцінювання для вступу в магістратуру: Адміністративне право, Конституційне право, Цивільне право та цивільний процес, Кримінальне право та кримінальний процес. Таким чином, було б корисним створити типовий навчальний план і типові навчальні програми.

Не є таємницею, що надання ВНЗ України достатньої автономії у питаннях освітньої діяльності призвело до того, що у професійній юридичній освіті склалася ситуація, коли кожен факультет чи ВНЗ працює за власним навчальним планом та власними навчальними програмами, котрі достатньо різняться між собою не лише за кількістю навчальних годин, але й за змістом. Автор статті підтримує автономію ВНЗ у сфері професійної юридичної

освітньої діяльності, але він за автономію у питаннях пошуку шляхів її покращення та удосконалення відповідно до викликів реалій сьогодення.

Лише для прикладу: інтернет-доступ до змісту навчальних планів різних юридичних факультетів ВНЗ показує, що кількість навчальних годин на вивчення Цивільного права у них корелюється з різницею в 150 — 200 годин. Подібний стан і щодо інших навчальних дисциплін як на рівні підготовки бакалаврів так і магістрів. Напрошується питання — чи сприяють якості засвоєння професійних знань студентами подібні ситуації. Адже, вчорашні студенти — це сьогоднішні професійні юристи.

Висловлюю надію, що викладені судження будуть мати як підтримку, так і не сприйняття. Разом з тим, в межах цієї статті аж ніяк не було можливим охопити коло всіх проблемних питань, які стосуються змісту професійної юридичної освіти в Україні, тому пропоную поле для дискусій.

На ексклюзивність своїх суджень не претендую.

Використані джерела

1. Федик Є.І. Правова культура студентів-юристів (Науково-теоретичні та прикладні аспекти формування). — Львів, 2001. — 203 с.
2. Концепція вдосконалення правничої (юридичної) освіти для фахової підготовки правника відповідно до європейських стандартів вищої освіти та правничої професії — Проект. // www.mon.ua
3. МОН України. Державна наукова установа «Інститут модернізації змісту освіти». Інструктивний лист від 20.01.2017. № 21/10-75.

Анотація

У статті звернуто увагу на проблемні організаційні аспекти професійної юридичної освіти у вищих навчальних закладах України.

Annotation

The article referred to the problematic aspects of the organization of professional legal education in higher educational institutions of Ukraine.

ПРИНЦИП ЕФЕКТИВНОСТІ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ ЄВРОСУДОМ

Ключові слова: Євросуд, Конвенції, міжнародні договори, принципи тлумачення конвенційних положень, принцип ефективності (забезпечення ефективного захисту прав людини), Рада Європи, результат правозастосування.

Keywords: European Court, Konvetsiyi, international agreements, the principles of interpretation of treaty provisions, the principle of effectiveness (effective protection of human rights), Council of Europe, the result of enforcement.

Постановка проблеми. У теорії права під поняттям ефективності правового регулювання розуміють співвідношення реальних результатів здійснення закону із його метою [5, с. 159]. У міжнародній юридичній практиці це поняття розглядається як один із принципів функціонування усякої правової системи. Аналізуючи принципи тлумачення міжнародних договорів, І.І. Лукашук дійшов висновку, що принцип ефективності, будучи формально не закріпленим, знайшов своє відображення у положеннях Віденської конвенції про право міжнародних договорів у вигляді *вимоги* тлумачення міжнародного договору *у світлі його об'єкта та цілей*, і цього принципу послідовно дотримується міжнародна судова практика. В основу зазначеного принципу покладено тезу: “Статут (договір – авт.) повинен тлумачитись так, щоб забезпечити ефективність його мети”. Отож, головною вимогою є сприяння реалізації цілей (мети) міжнародного договору [4, с. 46-48]. Запропонований підхід може бути базисним і щодо визначення поняття ефективності захисту прав та основних свобод людини. У такому випадку діяльністю, ефективність якої підлягає оцінці, виступатиме система правотворчих та правозастосовних заходів, що спрямовані на максимальне утвердження прав та основних свобод людини, недопущення їх порушення чи необґрунтованого обмеження. Зрозуміло, що конкретний стан щодо прав і свобод людини, який склався на певний момент у конкретній державі, можна розглядати як результат згаданої діяльності. Мета ж правотворчих та правозастосовних заходів полягає у досягненні *максимально високого рівня* юридичної захищеності особи, який, як відомо, є невід’ємною, сутнісною ознакою правової держави.

Виклад основного матеріалу. Теза стосовно існування принципу ефективного захисту прав людини впливає з положень Преамбули Конвенції, де зафіксовано, що одним із засобів досягнення більшої єдності між членами Ради Європи є захист і розвиток прав та свобод людини. Більше того, є підстави стверджувати й те, що глобальною метою укладення Конвенції власне і був захист закріплених у ній прав і свобод та досягнення справедливого балансу між інтересами суспільства та окремого індивіда [1]. Саме тому процес застосування приписів Конвенції повинен бути спрямований на реалізацію цієї

мети. Правовою категорією, спроможною дати відповідь на питання про реальну здатність конвенційних положень належно забезпечити захист прав і свобод людини, є категорія ефективності приписів Конвенції. Остання може бути використана як принцип, який впливає на процес інтерпретації цих норм, а отже, підлягає урахуванню відповідними правотлумачними органами, оскільки ця категорія характеризує *кінцевий результат правозастосування*.

Аналізуючи рішення Євросуду у справі “Голдер проти Об’єднаного Королівства” (*Goldier v. the United Kingdom*) від 21 лютого 1975 року, Л.Г. Гусейнов констатує, що об’єкт і мета Конвенції вимагають її тлумачення і застосування у такий спосіб, аби зробити передбачені Конвенцією гарантії *практичними й ефективними*. Підсумовуючи сказане, автор підкреслює, що досягнення *ефективності* є головним мірилом найбільш адекватної реалізації державою прав людини [6; 3, с. 33-34].

Судді Євросуду, розглядаючи кінцеві результати правозастосування власних рішень, ще у 1980 році констатували, що система, створена Конвенцією, є ефективною взагалі і такий висновок не підлягає серйозному сумніву [2, с. 91]. Так, рішення у справі “Санді Таймс” проти Об’єднаного Королівства” (*Sunday Times v. the United Kingdom*) від 26 квітня 1979 року мало вплив як на розвиток норм англійського права щодо питання “про неповагу до суду”, так і на розвиток європейського права в галузі прав людини стосовно меж, які уряди країн-учасниць можуть самостійно встановлювати при обмеженні свободи вираження поглядів [8; 2, с. 86-90]. Іншим прикладом може слугувати “Грецька справа” (*Greek case*). Європейська комісія з прав людини передала матеріали про виявлені порушення у Комітет Міністрів Ради Європи. Наслідком (хоча і непрямим) дії Резолюції Комітету Міністрів Ради Європи від 15 квітня 1970 року стала дипломатична ізоляція Греції. Посилився міжнародний тиск на цю країну, її уряд підписав угоду з Міжнародним Червоним Хрестом, зменшилась кількість громадян, що піддавались тортурам, перестали переслідуватись особи, котрі давали свідчення представникам Європейської комісії з прав людини. Все це створювало труднощі для ефективного управління режиму військових. Зрештою, через декілька років, у Греції був змінений уряд та відновлено демократію [7; 2, с. 34, 37, 55, 63-66].

У процесі аналізу практики тлумачення Євросудом положень Конвенції та інших міжнародних документів щодо прав і свобод людини, можна зробити висновок, що здійснюване цим органом тлумачення відбувається у спосіб, котрий дозволяє максимально забезпечити високоефективний захист таких прав і свобод. Тобто з декількох можливих варіантів інтерпретації змісту правової норми для правозастосування Євросудом обирається той, практична реалізація якого забезпечить найвищий рівень захисту прав та основних свобод людини, у тому числі й шляхом застосування належних механізмів їх поновлення.

Для досягнення такого рівня захисту прав і свобод людини у процесі правоінтерпретацій комплексно застосовуються й решта принципів і способів тлумачення, а також тлумачення за “обсягом”. Завдяки цьому, правотлумачна діяльність стає способом забезпечення й захисту закріплених Конвенцією прав і свобод людини, у результаті чого простежується тенденція щодо розширення

прав і свобод людини та звуженого розуміння правообмежувальних можливостей держави. Разом з тим, таке звуження прав держави неодмінно веде до розширення її обов'язків перед людиною, що дає підстави говорити про безпосередній “вихід” тлумачення норм за “обсягом” на зазначений принцип.

Жодна норма Конвенції не передбачає обов'язку Євросуду чи будь-якого іншого органу Ради Європи керуватися вказаним принципом у процесі з'ясування змісту конвенційних положень. Тому дотримання принципу забезпечення ефективного захисту прав та основних свобод людини є радше результатом свідомої та “добровільної” політики, що її проводить Євросуд. Враховуючи зазначене, не можна стверджувати про нормативну обов'язковість застосування цього принципу як для самого Євросуду, так і для інших органів, що, безумовно, істотно відрізняє цей принцип від нормативно закріплених. Разом з тим, цей принцип не діє, так би мовити, у “вакуумі”, він взаємодіє з іншими принципами та способами тлумачення, його дія спрямована не тільки на захист закріплених у Конвенції прав і свобод, але й на забезпечення справедливого балансу між інтересами особи та інтересами суспільства.

Отже, принцип ефективності (забезпечення ефективного захисту прав людини) можна визначити як *одну з фундаментальних формально не обов'язкових засад процесу тлумачення змісту приписів Конвенції, яка полягає у необхідності вибору Євросудом із декількох можливих варіантів інтерпретації змісту норм Конвенції того, практична реалізація якого за конкретних обставин зможе найбільшою мірою забезпечити найвищий рівень захисту прав і свобод людини відповідно до тих вимог, які висуваються у відповідній сфері суспільних відносин до правової держави.* Це дає можливість реалізовувати інтерпретовані норми відповідно до конкретно-історичної обстановки в *той самий час*, але в різних країнах, і в *тій самій країні*, але у різний час. До ознак цього принципу можна віднести:

- фундаментальність, оскільки цей принцип, безсумнівно, є одним із найважливіших у процесі з'ясування змісту положень Конвенції;
- відсутність формальної обов'язковості щодо його застосування, однак урахування цього принципу у правотлумачній діяльності найбільшою мірою відповідає “духу” самої Конвенції;
- спрямованість на якомога вищі стандарти реалізації прав та свобод людини з одночасним жорстким лімітуванням дій держав-учасниць щодо обмеження цих прав.

Згаданий принцип викликаний до життя тенденціями розвитку правотлумачної практики Євросуду. Як наслідок, оцінна група способів тлумачення (еволюційне, цільове, систематичне (системне), історичне) стала домінуючою у процесі інтерпретації ним положень Конвенції. Увібравши в себе їхні особливості, принцип ефективності тісно “співпрацює” з тлумаченням за “обсягом”, принципом певної свободи національного розсуду за умови використання прецедентів Євросуду у процесі інтерпретації ним норм із прав людини. При цьому застосування прецедента відбувається саме задля забезпечення принципу ефективності у діяльності Євросуду. Принцип ефективності, використовуваний у процесі обґрунтування рішень Євросуду

стосовно питань оцінки конкретно-історичних умов у різних країнах, дає пояснення варіативності, неоднозначності тлумачення, різного розуміння Євросудом тієї самої статті Конвенції та інших юридичних норм щодо прав і свобод людини у різних країнах та в різний час. Безпосередній “вихід” на принцип ефективності має *ситуативний* елемент еволюційного способу тлумачення, який пояснює принцип ефективності через співвідношення цілей Конвенції та засобів їх досягнення.

Використані джерела

1. Конвенція про захист прав і основних свобод людини 1950 року // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13.
2. **Дженіс М.** Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування: Пер. з англ. / Дженіс Марк, Кей Річард, Бредлі Ентоні. – К.: АртЕк, 1997. – 584 с.
3. **Гусейнов Л. Г.** Международная ответственность государств за нарушение прав человека. – К.: Ин-т государства и права НАН Украины, 2000. – 316 с.
4. Лукашук И. И., Лукашук О. И. Толкование норм международного права. – М.: NOTA BENE, 2002. – 160 с.
5. **Рабінович П. М.** Основи загальної теорії права та держави. – 5-те вид. – К.: Атіка, 2014. – 176 с.
6. Рішення у справі “Голдер проти Об’єднаного Королівства” (Golder v. the United Kingdom) від 21 лютого 1975 року // Європейський суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. / Предс. ред. колл. В.А. Туманов. – М.: НОРМА, 2000. – Т. 1. – С. 39-81.
7. Резолюція Комітету міністрів Ради Європи ДН (70) 1 у “Грецькій справі” (Greek case) від 15 квітня 1970 року // Дженіс Марк, Кей Річард, Бредлі Ентоні. Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування: Пер. з англ.. – К.: АртЕк, 1997. – С. 63-66.
8. Рішення у справі ““Санді Таймс” проти Об’єднаного Королівства” (Sunday Times v. the United Kingdom) від 26 квітня 1979 року // Європейський суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. / Предс. ред. колл. В.А. Туманов. – М.: НОРМА, 2000. – Т. 1. – С. 198-231..

Анотація

Зміст статті розкриває понятійну характеристику принципу ефективності у забезпеченні прав людини Євросудом, ознаки і мету застосування цього принципу, його взаємодію з іншими принципами, зокрема ролі ситуативного елемента еволюційного способу тлумачення.

Annotation

The content of the article reveals the conceptual description of the principle of effectiveness in ensuring the European Court of Human Rights, features and purpose of this principle, it vzemodiuyu of other principles, including the role of situational element evolutionary method of interpretation.

ВСТАНОВЛЕННЯ ОБМЕЖЕНЬ ПРАВ ЛЮДИНИ У ЗАКОНАХ ТА ПІДЗАКОННИХ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТАХ

Ключові слова: обмеження прав людини, закон, законодавство, права і свободи людини, вимоги закону, принципи права.

Keywords: limitation of human rights, law, legislation, the rights and freedoms of the person, the requirements of the law, principles of law.

Постановка проблеми. Правове регулювання суспільних відносин передбачає здійснення впливу на учасників цих відносин з метою спрямування їх поведінки в бажаному для суспільства напрямку. Суспільство зацікавлено, щоб правові приписи досягали необхідного суспільно корисного результату. Досягнення мети правового регулювання здійснюється за допомогою певних юридичних засобів, що є шляхами юридичного впливу на поведінку суб'єктів права.

Правове регулювання здійснюється за допомогою системи правових засобів (юридичних норм, правовідносин, індивідуальних приписів та ін.) результативний, нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини з метою їх підпорядкування, охорони, розвитку відповідно до суспільних потреб.

Обмеження прав і свобод людини останнім часом дедалі частіше стають предметом обговорення українськими політиками і експертами, що розглядають цю проблему в практичній площині. Заслугує на увагу питання про можливість встановлення обмеження прав і свобод людини підзаконними актами. Це питання в науці є доволі дискусійним. Позиція щодо суто законодавчого закріплення обмежень прав і свобод людини чітко закріплена у ст. 64 Конституції України, тому це питання потребує дослідження.

Аналіз досліджень даної проблеми. Питання обмеження прав людини у своїх наукових працях досліджували: М. В. Баглай, Н. В. Безсмертна, М. В. Буроменський, О. В. Дзера, А. О. Селіванов, О. О. Лукашова, Кельман М. С., Осинська О. В., Скакун О. Ф. та інші.

Метою статті є на основі аналізу чинних норм законодавства та наукових праць теоретиків права дослідити встановлення обмежень прав людини у законах та підзаконних нормативно-правових актах

Виклад основного матеріалу. Якщо метою правового регулювання є вплив на людську особистість з метою викликати в неї відповідні суспільно необхідні або бажані дії, то необхідно визначити, у якій формі повинно виражатися обмеження прав і свобод людини.

Переважаюча більшість держав передбачають обмеження прав і свобод людини: конституцією (Вірменія, Білорусь, Бельгія, Боснія і Герцеговина, Грузія, Кіпр, Латвія, Литва, Мальта, Норвегія, Португалія, Росія, Туреччина,

Україна, Хорватія, Естонія), законом (Австрія, Азербайджан, Албанія, Андорра, Болгарія, Люксембург, Молдова, Польща, Португалія, Румунія, Словаччина, ФРН, Чехія, Швейцарія, Естонія), міжнародними нормативно-правовими актами (у Люксембурзі гарантовані права людини не можуть бути об'єктом інших обмежень, крім передбачених Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року).

У конституціях ряду держав обумовлюється, що, крім закону, обмежувати права людини можуть й інші нормативні акти, які мають силу закону за формою. До таких актів належать указ Президента Республіки Хорватія, постанова Ради міністрів Турецької Республіки, декрети — закони Уряду Португальської Республіки.

У Хорватії у разі безпосередньої загрози незалежності, єдності і виживання держави або якщо органи державної влади не можуть виконувати своїх конституційних повноважень, Президентів Республіки надано право за поданням Прем'єр-міністра видавати укази, які мають силу закону. Такі укази можуть скасовувати закони Республіки Хорватія на час надзвичайного стану, у тому числі закони, які гарантують права людини.

У ст. 15 Конституції Турецької Республіки зазначається, що постановами Ради міністрів Туреччини припиняється частково або повністю дія основних прав і свобод та передбачається можливість застосування заходів, протилежних до гарантій, що передбачені Конституцією.

В Україні Конституція, маючи універсальний характер, закріплює переважно правові основи щодо обмеження прав і свобод людини, які конкретизуються в законах. Конституційні принципи вищої соціальної цінності людини, її життя і здоров'я, честь і гідність (ст. 3), принципи соціальної, демократичної, правової державності (ст. 1) не тільки встановлюють основи конституційного ладу, а й формулюють засади і навіть межі допустимого обмеження прав людини. Зокрема, конституційний принцип ідеологічного і політичного різноманіття безпосередньо закріплює обмеження конституційного права на об'єднання (ст. 36), забороняючи утворення і діяльність політичних партій та громадських організацій, програмні цілі яких спрямовані на ліквідацію конституційно визнаних цінностей (ст. 37) [1].

Конституційне визначення багатьох основних прав побудоване за принципом «загальне правило — виняток» [2, с. 359]. З одного боку, проголошується основне право, з іншого — закріплюється форма, умови і допустимі правові обмеження. Прикладом слугує ст. 42 Конституції України, яка проголошує право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом, закріплюючи умови обмеження права людини. Конституційні норми встановлюють, що права людини повинні обмежуватися законом. Вимога про обмеження прав актом законодавчого (представницького) органу отримала назву — правило «застереження про закон», яке визнано невід'ємним елементом принципу правової державності.

Аргументуючи позицію щодо встановлення обмежень прав і свобод людини законом, слід додати, що сучасне національне законодавство повною мірою сприймає принципи, чинники та передумови, що мають враховуватися

при встановленні обмеження прав і свобод людини. Оскільки правові обмеження не можуть встановлюватись довільно і у правовій державі повинні мати обґрунтований характер, виходячи з розроблених у праві передумов та чинників, встановлювати обмеження прав і свобод людини має саме закон. Це стане запорукою правомірності обмежень прав і свобод людини, забезпечить належне правове регулювання. Більше того, це відповідає європейським підходам та ратифікованим Україною міжнародним конвенціям, зокрема Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Встановлення обмеження прав і свобод людини законом сприятиме тому, що обмеження прав і свобод людини матимуть однакову регламентацію на всій території України. Тому сьогодні надзвичайно гостро постала проблема якості закону.

Гарантією правового встановлення обмежень прав і свобод людини є вимоги щодо легітимності закону, а саме його: загальнообов'язковість, визначеність, доступність, стабільність і процедурність.

Закон як нормативний правовий документ повинен відповідати вимогам загальнообов'язковості. Природа закону є такою, що він поширюється на невизначене коло осіб, діє невизначений час і його юридична сила не вичерпується після застосування. Тому закон, діючи щодо всіх суб'єктів права, не може бути індивідуальним актом. Інше означало б дискримінацію окремих осіб, тобто порушення конституційного принципу рівності всіх перед законом (ст. 24 Конституції України). Згідно з частиною третьою ст. 18 Конституції Португальської Республіки від 2 квітня 1976 року закони, що обмежують права і свободи та їх гарантії, повинні набувати абстрактного і загального характеру, а ст. 19 абз. 1 Основного Закону ФРН від 23 травня 1949 року вказує, що основне право може бути обмежене законом або на підставі закону, такий закон повинен мати загальний характер, а не стосуватися окремого випадку [3, с. 187].

Конституція України визначає, що органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України, що впливає з принципу поділу влади (ст. 6 Конституції). У разі ухвалення рішення, спрямованого на обмеження прав людини, парламент зв'язаний формою закону (ст. 92 Конституції України) [1].

Закон повинен відповідати вимогам визначеності. Елементарні правила формальної логіки припускають точність і ясність його розпоряджень. Саме визначеність норм закону як писаного документа сприяє наочності і відкритості в процесі правового регулювання прав і свобод людини, тобто запобігає свавілля публічної влади у відносинах з індивідами та їх об'єднаннями. При цьому не можна не зазначити, що принцип визначеності, точності, однозначності правової норми поки що мало розроблений і недостатньо оцінений.

Вимога визначеності закону була відомою вже римському праву: «закон завжди визначений» (*Lex semper certa*) [4, с. 19]. Визначеність правових приписів як критерію допустимості обмеження прав використовується у практиці міжнародних судових органів. Зокрема, Європейський суд з прав людини, надаючи тлумачення поняття «обмеження, що передбачені законом»,

яке міститься у Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (п. 2 ст. 9, п. 2. ст. 10, п. 2 ст. 11), констатував, що норма не може вважатися законною, якщо вона не сформульована з достатньою мірою точності, що дає змогу громадянину узгоджувати свою поведінку: він повинен мати нагоду, користуючись за необхідності порадами, передбачати, розумною щодо обставин мірою, наслідки, які може спричинити дане діяння» [5, с. 618-646].

Відповідно законодавець не повинен формувати таких нормативних положень, які через свою невизначеність і за відсутності законних меж розсуду правозастосовника можуть застосовуватися довільно.

Крім того, встановлений обов'язок офіційної публікації законів під загрозою визнання їх нечинними (ст. 57 Конституції України). Обов'язок опублікування законів, який повторює припис римського права (*non oblieaf lex nisi promulgata*), є загальним принципом для багатьох сучасних держав. Він слугує меті утвердження режиму законності і стійкості правопорядку. Проте важливим тут є і інформаційно-правовий аспект, оскільки стан гласності в цій сфері безпосередньо стосується прав і свобод людини та інших суб'єктів права. Права свідомість людини щодо національного законодавства слугує у певній мірі засобом забезпечення прав і свобод людини.

Визначеність закону пов'язана з питанням про вимогу стабільності його норм. Ідея стабільності знайшла вираження у жорсткості процедури перегляду норм Конституції України, особливо якщо це стосується норм, які звужують зміст і обсяг прав людини. Ці положення гарантують стабільність Конституції України і спрямовані на невід'ємність і нескасованість основних прав (ст. 22 Конституції України). Стабільність Конституції України забезпечує впорядкованість відносин людини, суспільства і держави, взаємно обмежуючи їх. Ускладнений порядок зміни прав людини, неприпустимість їх скасування, виключення якогось з сукупності прав відображає їх історичну роль як блага щонайвищої цінності. Історично це пояснюється гнучкістю і декларативністю колишніх радянських основних законів, а також у минулому поширеною практикою внесення численних поправок і вихолощення істинного значення гарантованих прав і свобод людини.

Меті неприпустимості довільних обмежень прав і свобод людини слугує процедура ухвалення законів. Законодавчий процес як демократична і публічна процедура обумовлює пріоритет закону в регулюванні прав людини. Можливість ініціювання законів лише конкретними суб'єктами законодавчого процесу, необхідність проходження кількох стадій (обговорення, ухвалення, схвалення і обнародування) ускладнюють законодавчий процес. Проте значенням цієї конституційної процедури не є створення перешкод для законодавчої влади.

Водночас законодавець, користуючись таким винятком із загального правила про заборону неприпустимих обмежень прав і свобод людини, може спотворити їх істинне значення. Законодавець не може приймати закони, порушуючи основні права, оскільки обмежений об'єктивним правом. Згідно з конституційним положенням про безпосередню дію основних прав (ст. 18), ним

визначається діяльність законодавчої влади, значення, зміст і застосування законів.

Заслуговує на увагу питання про можливість встановлення обмеження прав і свобод людини підзаконними актами. Це питання в науці є доволі дискусійним. Позиція щодо суто законодавчого закріплення обмежень прав і свобод людини чітко закріплена у ст. 64 Конституції України [1] і має бути далі розвинута у вітчизняному законодавстві.

Вимога встановлення обмеження прав і свобод людини на рівні закону відповідає побудові системи законодавства України. Згідно з нею підзаконні акти, зокрема, постанови Кабінету Міністрів України, акти органів виконавчої влади, органів влади Автономної Республіки Крим, що регулюють суспільні відносини, мають відповідати Конституції України та законам. Також про це свідчать норми міжнародного права [6, с. 45].

Європейське міжнародне право майже 200 років тому визнало пріоритет закону над іншими нормативно-правовими актами, що встановлюють обмеження прав і свобод людини.

Встановлення обмеження прав і свобод людини підзаконними нормативно-правовими актами суперечить положенням статей 64, 92 Конституції України [1] щодо законодавчого закріплення обмежень прав людини і основоположному принципу законності права. Виконавча влада забезпечує виконання Конституції і законів України. Сутність правової конкретизації виконавчої влади полягає у виданні правового положення, яке не виходить за межі змісту норми права, але містить у собі новий елемент деталізації регулювання суспільних відносин, який не виражений у цій правовій нормі.

Встановлення обмежень прав і свобод людини підзаконними нормативно-правовими актами породжено правовим нігілізмом як усього суспільства, який характеризується усвідомленим ігноруванням вимог закону, цінностями права, зневажливим ставленням до правових принципів і традицій, так і безкарністю за встановлення обмежень прав і свобод людини посадовими особами виконавчої влади.

О. М. Ушаков стверджує, що багатовікова правова незабезпеченість суспільства, ігнорування національної самобутності народу — все це сприяло послабленню або втраті поваги до законності, до необхідності встановлення та дотримання правопорядку [7, с. 71]. Як слушно зазначає Н. М. Оніщенко, явища правового нігілізму (невизнання законів, негативне ставлення до права) — найбільш поширена форма деформації правосвідомості населення в державах з авторитарними і тоталітарними режимами [8, с. 161]. Тому з'являються колізії між нормативно-правовими актами, а підзаконні акти стають надзаконними, які суперечать не тільки законам, а й принципам правової державності.

Тому вимогу про те, що найважливіші умови і передумови обмеження прав і свобод людини повинні бути врегульовані законодавцем самостійно, а не делеговані главі держави або уряду, можна назвати принципом істотності. Принцип істотності коріниться в необхідності встановити межі для

правозастосування. Наприклад, питання про критерії введення надзвичайного правового режиму, безпосередньо зумовлює обмеження прав і свобод людини. Рішення, яке пов'язане з визначенням правового режиму не може бути залишене на розсуд того, хто застосовує право, оскільки при цьому не виключається суперечлива правозастосовна практика, а отже, порушення рівності громадян перед законом і судом.

Висновки. Слід зазначити, що останнім часом складається тенденція стосовно проведення науковцями та практиками досліджень, які зосереджуються на виявленні та усуненні незаконних нормативних актів державних структур, що втручалися у реалізацію прав і свобод людини.

Таким чином, позитивною слід вважати тенденцію і правомірним підхід, згідно з яким у підзаконних актах можуть лише конкретизуватися обмеження прав і свобод людини, що встановлені у законах. Такий підхід сприятиме належній регламентації обмежень прав і свобод людини та охороні прав цих осіб на засадах, закладених у Конституції України.

Список використаних джерел

1. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. **Бержель Ж. Л.** Общая теория права / Л. Ж. Бержель ; [пер. с франц.]. — М. : NOTA BENE, 2000. — 576 с.
3. Конституции государств Европейского союза / [под ред. Л. А. Окунькова]. — М. : Юристь, 2009. — 288 с.
4. Юридические термины и выражения: Краткий латинско-русский, русско-латинский словарь / [сост. Г. В. Петрова]. — М. : Изд-во УРАО, 1997. — 64 с.
5. **Стецовский Ю. И.** Право на свободу и личную неприкосновенность: Нормы и действительность / Стецовский Ю. И. — М. : Дело, 2000. — 720 с.
6. Международные акты о правах человека : сб. документов / [сост. и автор вступ. ст. В. А. Карташкин, Е. А. Лукашева]. — М. : Издательская группа НОРМА-ИНФРА М, 2008. — 784 с.
7. **Ушаков О. М.** Стан правового порядку в сучасному українському суспільстві та етапи його формування / О. М. Ушаков // Держава і право : зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2005. — № 24. — С. 71-82.
8. **Онiщенко Н. М.** Сприйняття права в умовах демократичного розвитку: проблеми, реалії, перспективи : монографія / Н. М. Онiщенко ; [відп. ред. Ю. С. Шемшученко]. — К. : Юридична думка, 2008. — 320 с.

Анотація

У науковій статті досліджено обмеження прав людини у різних нормативно-правових актах. Виявлено, що встановлення обмежень прав і свобод людини підзаконними нормативно-правовими актами свідчить про ігнорування вимог закону, цінностей права та правових принципів. З'ясовано,

що у підзаконних актах можуть лише конкретизуватися обмеження прав і свобод людини, які встановлені у законах. Аргументовано положення про те, що визначення обмежень лише у законах, сприятиме належній регламентації обмежень прав і свобод людини та охороні прав цих осіб.

Annotation

In the scientific article explores the limitations of human rights in different legal acts. It is revealed that the establishment of restrictions on the rights and freedoms of the individual regulatory legal acts ignores the requirements of the law, values law and legal principles. Clarified that in the individual regulatory legal acts can only be specified restrictions on the rights and freedoms of man which are established in laws. The author argues the position that the definition limits only the laws, ensuring the proper regulation of restrictions of the rights and freedoms of the person and the protection of their rights.

РОЗДІЛ 2

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО УКРАЇНИ

Гришук А. Б.

*к.ю.н., Львівський державний університет внутрішніх справ,
доцент кафедри адміністративно-правових дисциплін*

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ В УКРАЇНІ

Ключові слова: державний службовець, нормативна база, право, реформа, закон, інститут, Конституція.

Keywords: civil servant regulatory framework, law, law institute Constitution.

Постановка проблеми. За роки незалежності України склалися конституційні основи державної служби як механізму державного управління, що принципово відрізняється від попередньої адміністративної системи управління. Однак у цей період не вирішено основного завдання — створення комплексної нормативно-правової бази, яка б повною мірою забезпечувала реалізацію Конституції України та загально визнаних принципів і норм міжнародного права.

Мета і завдання дослідження. Аналіз законодавства, щодо правового регулювання діяльності державних службовців в Україні, а також дослідження сучасного стану та виявлення проблем нормативно-правового забезпечення професійної діяльності державних службовців в Україні.

Стан дослідження. Суттєвими для вивчення правового регулювання діяльності державних службовців є свого часу напрацювання В. Авер'янова, Г. Атаманчука, І. Безклубого, В. Венедиктова, В. Грищука, М. Коваліва, В. Копейчикова, В. Оргинського, О. Остапенка, І. Пахомова, М. Рабіновича, О. Скакуна, В. Цветкова, О. Щербака, О. Якуби й інших учених.

Із зарубіжних науковців, чії ідеї істотно вплинули на формування концепції державної служби, слід назвати роботи Г. Бребана, М. Оріу, Г. Еллінека, Р. Йерінга, К. Поппера, Е. Острома, Л. Фрідмена, Р. Давида.

Виклад основних положень. Цілями реформування державної служби є підвищення її ефективності задля розвитку громадянського суспільства та зміцнення держави, створення цілісної системи державної служби з урахуванням історичних, культурних, національних та інших особливостей України у рамках інтеграції в Європейське співтовариство. Проблеми, що накопичились у сфері формування гнучкої системи державного управління, яка б відповідала соціально-політичній та економічній ситуації у країні та слугувала громадянам, призводять до того, що адміністративний апарат органів влади гальмує здійснення реформ у різних сферах політики й економіки.

Для правового регулювання державної служби у країнах європейського континентального, тобто романо-германського права (до яких упродовж декількох століть належала Україна), істотне значення має концепція суб'єктивних публічних прав громадян, що поділяються на політичні (обирати, бути обраними) та адміністративні (вступати на державну службу і її

виконувати, а також контролювати в адміністративно-процесуальному, зокрема судовому, порядку реалізацію державними органами їх повноважень та виконання повноважень державними службовцями у публічних справах і у справах громадян, що розглядаються у державних органах).

Суть цивілізації полягає в інститутах. Загальнопоширене нині визначення правового інституту як сукупності правових норм, що регулюють однорідні суспільні відносини, не задовольняють сучасної ситуації, оскільки це не відповідає юридичній формі і правовому змісту провідних європейських правових інститутів. Така протилежність чітко простежувалась на прикладі державної служби України — інституту, що був державним лише за назвою.

Відповідно до не чинного на сьогодні Закону України «Про державну службу» від 17.11.2011 р. [1] державна служба — партикулярне явище, а не цілісний інститут. Відтак служба поступово зазнавала поділу на служби з усе більшими складовими, причому без встановлення форм загально-юрисдикційної служби країни. Тобто відсутні форми державної служби, для яких виконання адміністративних посад у будь-якому з державних органів було б лише періодом проходження державної служби. За чинним законодавством початок і припинення державної служби визначається контрактом із зазначенням певної посади у конкретному державному органі. Призначення на нову посаду практично означало припинення державної служби в одному статусі і відновлювало її вже новим контрактом або актом продовження цього контракту в іншому статусі. Остаточне припинення проходження державної служби відбувалось у разі переходу до іншого державного органу. Відтак є підстави стверджувати, що відповідно до законодавства державна служба посідала індивідуальний суто матеріальний, процесуально нерегульований, інститут.

Стаття 38 чинного Закону України «Про державну службу» від 10.12.2015 р. приймає на державну службу, просування по службі державних службовців, вирішення інших питань, пов'язаних із службою, здійснюються з урахуванням категорій посад державної служби та рангів державних службовців як виду спеціальних звань, що їм присвоюються [2].

Регулювання лише правового статусу, зміни відносин між державним службовцем і державою є необхідною, але недостатньою умовою регулювання державної служби України. До певної міри може навіть йтися про помилку номінації і чинного закону, і проектних кодексів державної служби. Всі вони є тільки актами про правовий статус державного службовця, але аж ніяк не регуляції державної служби. На відміну від технічного, документального діловодства державна служба є юридичним не змагальним провадженням. Відтак її можна також визначити як адміністративне провадження щодо реалізації Конституції, законів, цілей і функцій держави. Безперечно, такий підхід є дискусійним.

На основі аналізу дисертаційних досліджень у галузі адміністративного права, нормативно-правового регулювання діяльності державних службовців в Україні доцільно виокремити особливу роль Конституції України.

Це зумовлено, по-перше, тим, що вона, будучи актом вищої юридичної сили, становить правову базу поточного законодавства соціальної держави

[3, с. 11-12]. У ній отримують юридичне закріплення різні види правових актів, що видають державні органи.

По-друге, Конституція України є системо-утворюючим правовим актом, оскільки у ній відображено вертикальну та горизонтальну структури національного законодавства.

По-третє, крім регулятивної функції, Основний Закон країни забезпечує внутрішню єдність норм національної правової системи й ефективні правові зв'язки із міжнародним законодавством.

Нормативно-правове регулювання, як зазначає Є. Додін, охоплює цілісну сукупність нормативно-правових актів, що містять основний масив норм національного права, чи єдність, забезпечену передусім встановленими у Конституції принципами, іншими вихідними положеннями, та складається з інститутів, функціонально орієнтованих на досягнення цілей і ідеалів, позначених в її центральній підсистемі — законодавстві [4, с. 71].

Сучасне нормативно-правове регулювання діяльності державних службовців охоплює Закон України «Про державну службу» від 10.12.2015 року. Основними новелами якого є: виведення за межі сфери його дії політичних посад та посад патронатної служби, а також посад працівників, які виконують функції з обслуговування та допоміжні функції; політичну неупередженість державних службовців; визначають повноваження керівника державної служби в державних органах; систему класифікацію посад державної служби залежно від характеру та обсягу повноважень державних службовців, їх кваліфікації та професійної компетентності; єдині умови вступу на державну службу шляхом проведення відкритого конкурсу; створення комісії з питань вищого корпусу державної служби, уведення щорічного оцінювання результатів службової діяльності державного службовця; уведення системи дисциплінарної відповідальності державних службовців з вичерпним переліком підстав щодо притягнення до дисциплінарної відповідальності та порядком накладення стягнень за дисциплінарні проступки; встановлення вичерпного переліку підстав припинення державної служби тощо [2].

З поміж вище зазначених аспектів новизни Закону України «Про державну службу», варто підкреслити вступ (преамбулу) до Закону, оскільки в ній ідеться про принципи, правові та організаційні засади забезпечення публічної, професійної, політично неупередженої, ефективної та орієнтованої на громадян державної служби. Слід звернути увагу, що новий Закон визначає перелік принципів державної служби, а також наводить тлумачення кожного з них, тоді як старий Закон містив собі лише їх загальний перелік.

Як слушно зауважує О. В. Когут під час прийняття Закон України «Про державну службу» від 10.12.2015 р. не було враховано низки важливих зауважень [5, с. 102], які зазначались до положень його законопроекту Головним юридичним [6] а також Головним науково-експертними управліннями Верховної Ради України [7], представниками судової влади [8]. Виходячи із зазначеного слушно зазначає О. В. Константи́й, у процесі реалізації окремих норм цього Закону може виникнути ситуація незабезпечення досягнення ними задекларовано мети — створення умов для функціонування в Україні дійсно

професійної, ефективної, неупередженої, орієнтованої на громадян державної служби [9, с.228]. Тому на сьогодні й досі актуальними залишаються питання вдосконалення нормативно-правового регулювання інституту державної служби.

Відповідно до ст.5 Закону України «Про державну службу» від 10.12.2015р. зазначається: по-перше, що правове регулювання державної служби здійснюється Конституцією України, цим та іншими законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, постановами Верховної Ради України, указами Президента України, актами Кабінету Міністрів України та центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері державної служби; по — друге, відносини, що виникають у зв'язку із вступом, проходженням, та припиненням державної служби, регулюються цим законом, якщо не передбачено законом, по-третє, дія законодавства про працю поширюється на державних службовців у частині відносин, що не врегульовані цим законом [2].

Право державної служби (цей термін відомий конституційному праву розвинутих країн — ФРН, Франції, Великій Британії) — це публічне право, тобто право багатонаціонального народу — конституційного законодавця України — на безумовне виконання, а за необхідності, забезпечення виконання його Конституції і законів, а також право громадян України на виконання державної служби у конституційному порядку (рівноправного доступу до державної служби) і законодавчо-адміністративному порядку, що встановлює процедури вступу, виконання, проходження та припинення державної служби [10].

Відповідно до ст. 50 Закону України «Про державну службу» від 10.12.2015 держава забезпечує достатній рівень оплати праці державних службовців для професійного виконання посадових обов'язків, заохочує їх до результативної, ефективної, добросесної та ініціативної роботи. Заробітна плата державного службовця складається з посадового окладу, надбавки за вислугу років, а також надбавки за ранг.

Новелою нового закону стало те, що окрім зазначених елементів до заробітної плати законодавець відносить виплати за додаткове навантаження у зв'язку з виконанням обов'язків тимчасово відсутнього державного службовця у розмірі 50 відсотків посадового окладу тимчасово відсутнього державного службовця, виплат за додаткове навантаження у зв'язку з виконанням обов'язків за вакантною посадою державної служби за рахунок економії фонду посадового окладу за відповідною посадою та премій (у разі встановлення) не діючим Законом України «Про державну службу» від 16.12.1993 р. [11] зазначених положень не передбачалось).

Також новелою діючого Закону є й те, що за результатами роботи та щорічного оцінювання службової діяльності державним службовцям можуть встановлюватися премії. До премій державного службовця належать:

- 1) премія за результатами щорічного оцінювання службової діяльності;
- 2) місячна або квартальна премія відповідно до особистого внеску державного службовця в загальний результат роботи державного органу. При

цьому загальний розмір премій, які може отримати державний службовець за рік, не може перевищувати 30 відсотків фонду його посадового окладу за рік [2].

Державна служба має, з одного боку, забезпечувати реалізацію державної політики, а з іншого, — бути механізмом виконання і верховенства закону.

Політика здійснює функцію реформування, закон — функцію утворення, а державна служба — виконавчу функцію. Існування демократичної, правової держави передбачає певний поділ влади, політики, державної служби, який зберігає для кожного зі суб'єктів цього процес-відносин і прерогативну (лат. *praerogativa* — переважне право) самостійність, і залежність від інших суб'єктів.

Публічно-правова державна служба захищена законом від політично-обережних реорганізацій, виявляється в юрисдикційному, професійно-правовому статусі державних службовців, позбавлення якого здійснюється винятково в судовому порядку на підставах, встановлених законом. Такий статус можна, певною мірою, називати довічним, припускаючи право звільнення з державної служби за власним бажанням, лише відповідно до процедури, встановленої законом, із передбаченими законом правовими наслідками й обмеженнями для громадянина, що перебував раніше на державній службі.

Адміністративно-правовий режим — це сукупність норм адміністративного права, що містять дозволи, заборони та приписи, які підлягають неухильному дотриманню суб'єктами управління, призначені для встановлення певного порядку взаємодії суб'єктів адміністративного права у конкретній галузі управлінських відносин і створені для оптимізації управлінського процесу.

Державна служба як різновид адміністративно-правового режиму становить урегульовану законом систему відносин між громадянином України і органом державної влади чи іншої державної організації, що містить чітко визначену сукупність взаємних прав, обов'язків і гарантій їх виконання, спрямованих на реалізацію державних функцій, покладених на цей орган.

Режим державної служби характеризує державну службу як вид професійної діяльності громадян України, яка може здійснюватися винятково у формі, встановленої законом, і мати головну мету — забезпечення та захист суб'єктивних прав, свобод і законних інтересів людини та громадянина, яка досягається державними службовцями на основі внутрішнього переконання, про перевагу вимог закону над усіма іншими приписами й інтересами і задля осіб, яких захищають.

За необхідності Президент видає укази, розпорядження, зокрема і в галузі державної служби, які мають обов'язкову силу на території України [12].

Важливими є укази Президента України: щодо схвалення Концепції адаптації інституту державної служби в Україні до стандартів Європейського Союзу; Про затвердження Річної національної програми співробітництва Україна — НАТО на 2015 рік; про Національну стратегію сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016-2020 роки; щодо порядку проведення спеціальної перевірки, про Стратегію державної кадрової політики на 2012-2020 роки й інші [13].

Істотне значення для нормативно-правового регулювання діяльності державних службовців мають постанови Кабінету Міністрів України, що забезпечують виконання Конституції України, законів, указів та розпоряджень Президента України.

З-поміж них доцільно виокремити Постанови Кабінету Міністрів України: від 25 березня 2015 р. № 171 щодо Порядку проведення спеціальної перевірки стосовно осіб, які претендують на зайняття посад з підвищеним корупційним ризиком [14]; від 29 квітня 2015 р. щодо Антикорупційної стратегії на 2015-2017 роки» [15]; від 13 травня 2013 р. № 350 щодо посад відповідних до категорій посад державних службовців й інші [16].

Суттєве значення для розвитку нормативно-правового регулювання діяльності державних службовців має Стратегія реформування державної служби та служби в органах місцевого самоврядування в Україні на період до 2017 року. Цим документом затверджено план заходів щодо її реалізації [17].

Необхідність появи Стратегії зумовлена безперервним збільшенням різноманітності форм і методів громадської діяльності, що призводить до перегляду місця та ролі держави у суспільстві і вимагає реформування та розвитку державної служби як механізму реалізації державного управління, створення дієвого інструменту її цілеспрямованої організації, формування системи її ефективного управління.

По-перше, нині відсутня цілеспрямованість щодо наукового осмислення проблеми створення єдиної ефективної системи нормативно-правового регулювання діяльності державних службовців в Україні. Накопичений у цій галузі досвід стверджує про безсистемність і недостатність наукової обґрунтованості спроб її вирішення. Один із найбільш істотних недоліків процесу реформування державної служби є відсутність науково обґрунтованої моделі, яка є прообразом об'єкта реформування, що відображає найбільш істотні його аспекти й особливості розвитку, забезпечуючи максимальне передбачення ймовірних ризиків і адекватність здійснюваних перетворень.

По-друге, сучасна система нормативно-правового регулювання діяльності державних службовців має низку істотних недоліків:

- відсутність цілісності системи управління на державному та регіональному рівнях; низька результативність діяльності державних органів;
- неузгодженість дій існуючих суб'єктів управління державною службою, недостатня розробленість нормативної бази формування та функціонування системи управління державною службою.

Необхідні ретельні напрацювання та конкретизація теоретичних положень щодо нормативно-правового регулювання діяльності державних службовців, формування на її основі продуманої соціальної моделі державної служби, а також розробка механізмів її реалізації на практиці, використовуючи TAIEX, СІВ, Програму SIGMA (Support for Improvement in Governance and Management).

По-третє, сьогоднішня вирізняється недостатньою затребуваністю методу моделювання у державному управлінні, зокрема щодо нормативно-правового регулювання, тоді як реформування державного апарату, створення оптимальної системи нормативно-правового регулювання державної служби вимагають його

широкого застосування. Відтак необхідна розробка методологічних підходів до моделювання системи нормативно-правового регулювання державної служби та діяльності окремих категорій державних службовців з урахуванням її специфіки, створення у рамках моделі конкретних організаційно-правових форм діяльності державних службовців, визначення їх функцій і статусу, а також місця в системі державної влади.

По-четверте, під час адміністративної реформи 2010–2014 рр. недостатньо враховано зарубіжний досвід моделювання у сфері державного управління та державної служби, тоді як європейський досвід управління державною службою, нормативно-правового регулювання діяльності державних службовців розглядався здебільшого лише з негативного боку, що призводило до нових помилок, небажаних результатів проведених перетворень.

Основні цілі реалізації державної кадрової політики у сфері проходження державної служби визначені в Стратегії державної кадрової політики на 2012–2020 рр., у якій передбачаються подолання негативних тенденцій розвитку людських ресурсів та стимулювання позитивних процесів кадрового розвитку; створення правового, організаційного, ресурсного забезпечення для всебічної реалізації трудового, творчого та інтелектуального потенціалу особистості; консолідацію зусиль усіх суб'єктів державної кадрової політики в процесі її узгодженого формування і реалізації; забезпечення високої динаміки професійного зростання кадрів та ефективного використання їх потенціалу [13].

Висновки. Удосконалення законодавства, що регламентує службові відносини державних службовців, прямо пов'язане з виконанням завдання кардинального підвищення ефективності державної служби. Законодавство про державну службу спрямоване на створення стимулів до сумлінного й ініціативного виконання службових обов'язків, введення необхідних обмежень і заборон, встановлення адекватно витраченим зусиллям винагороди за працю. Ці чинники, своєю чергою, безпосередньо впливають на результати професійної діяльності державних службовців, а отже, на здійснення відповідним органом покладених на нього функцій. Завдання формування обґрунтованої системи нормативно-правового регулювання діяльності державних службовців України покликане сприяти ефективному і сталому розвитку держави.

Список використаних джерел

1. Про державну службу : Закон України від 17.11.2011 р. №4050-VI — [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4050-17>
2. Про державну службу : Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII — [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/889-19>
3. Конституція України : науково-практичний коментар. — 2-ге вид., перероб. і допов. / В. Я. Тацій, О. В. Петришин, Ю. Г. Барабаш та ін. — Х. : Право, 2011. — 1128 с.
4. **Додин Е. В.** Административная ответственность в свете Конституции Украины / Е. В. Додин // Юридичний вісник. — 1997. — № 3. — С. 70-74.

5. **Когут О. В.** Проблемні питання правового регулювання державної служби / О.В. Когут // Університетські наукові записки Хмельницького університету управління та права. — 2016. — № 3 (59). — С. 101-110.
6. Висновок на проект Закону України «Про державну службу» Головного юридичного управління Верховної Ради України від 03.11.2015 р. [Електронний ресурс] / Верховна рада України. URL : <http://w1.c1rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=54571&pf35401=362367>.
7. Висновок на проект Закону України «Про державну службу» Головного науково-експертного управління Верховної Ради України від 15.04.2015 р. [Електронний ресурс] / Верховна рада України. Законодавство України — URL:<http://w1.c1rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=54571&pf35401=33812>.
8. Висновок на проект Закону України «Про державну службу» Верховного Суду України [Електронний ресурс] / Верховний Суд України. — URL : <http://www.scourt.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=54571&pf35401=3623>.
9. **Константий О. В.** Новації Закону України «Про державну службу» від 10.12.2015 №889-VII стосовно проходження державної служби в апаратах судів [Текст] / О.В. Константий // Актуальні питання реалізації нового Закону України «Про державну службу» : Тези доповідей Всеукраїнського форуму вчених-адміністративістів, м. Запоріжжя, 21 квітня 2016 року / за заг. Ред.. Т.О. Коломоець. — Запоріжжя : ЗНУ, 2016. — С. 228-230.
10. **Закоморна К. О.** Державне (конституційне) право зарубіжних країн : посіб. / К. О. Закоморна. — Х. : Право, 2014. — 264 с.
11. Про державну службу : Закон України від 16.12.1993 р. №3723-XII — [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3723-12>
12. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
13. Про стратегію державної кадрової політики на 2012-2020 роки : Указ Президента України від 01.02.2012 р. №45/2012 Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/45/2012>
14. Про затвердження Порядку проведення спеціальної перевірки стосовно осіб, які претендують на зайняття посад, які передбачають зайняття відповідального або особливо відповідального становища, та посад з підвищеним корупційним ризиком, і внесення змін до деяких постанов Кабінету Міністрів України : Постанова Кабінету Міністрів України від 25.03.2015 № 171 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go/171-2015-p
15. Про затвердження Державної програми щодо реалізації засад державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційної стратегії) на 2015–2017 роки : Постанова Кабінету Міністрів України від 29.04.2015 № 265

[Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/171-2015-%D0%BF>

16. Про віднесення деяких посад працівників органів державної влади, інших державних органів, установ до відповідних категорій посад державних службовців та визнання такими, що втратили чинність, деяких актів Кабінету Міністрів України : Постанова Кабінету Міністрів України від 13.05.2013 № 350 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go/350-2013-p
17. Про схвалення Стратегії реформування державної служби та служби в органах місцевого самоврядування в Україні на період до 2017 року та затвердження плану заходів щодо її реалізації : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 18.03.2015 № 227-р [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go/227-2015-p

Анотація

Формування законодавства про державну службу оптимально поєднує світові стандарти нормативної якості з історичними особливостями вітчизняного досвіду, а також є необхідним елементом правового забезпечення перетворень, що тривають на сучасному рівні державного становлення.

З-поміж комплексу заходів (організаційних, фінансових, правових), спрямованих на досягнення цілей реформування державної служби, надважливу роль виконує її правове регулювання. На виконання основних положень Концепції адміністративної реформи в Україні, схваленої Указом Президента України від 22 липня 1998 р. № 810, була затверджена Стратегія реформування системи державної служби в Україні, яка визначила цілі та завдання реформування системи державної служби, характерні для цього етапу розвитку держави. Відтак зі становленням державності в Україні відбувався одночасно і процес формування державної служби.

У статті досліджено чинне нормативно-правове забезпечення діяльності державних службовців в Україні на основі Конституції України, законів, указів Президента та актів Кабінету Міністрів України. Проведено порівняльно-правовий аналіз державної служби в її загально-адміністративному й особливо-адміністративному значенні, з уваги на державну службу як адміністративний процес.

Annotation

Formation of civil service legislation optimally combines global regulatory standards as historical peculiarities of national experience is essential to ensure legal reforms, continuing at the current level of state formation.

Among the measures (organizational, financial, legal) aimed at achieving the objectives of civil service reform extremely important role is its regulation.

In the article the current regulatory and legal framework of civil servants in Ukraine on the basis of the Constitution of Ukraine, laws, presidential decrees and acts of the Cabinet of Ministers of Ukraine. A comparative legal analysis of the civil service in general and especially the administrative-administrative sense of sight to the civil service as an administrative process.

Йосифович Д. І.

*к.ю.н., доцент, Львівський державний університет внутрішніх справ,
в.о. завідувача кафедри адміністративного права
та адміністративного процесу*

АДМІНІСТРАТИВНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ В ГАЛУЗІ СТАНДАРТИЗАЦІЇ, ЯКОСТІ ПРОДУКЦІЇ, МЕТРОЛОГІЇ І СЕРТИФІКАЦІЇ: МАТЕРІАЛЬНІ ТА ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСНОВИ

Ключові слова: адміністративна відповідальність, правопорушення, стандартизація, якість продукції, метрологія, сертифікація.

Keywords: administrative liability offense, standardization, product quality, metrology, certification.

Постановка проблеми. Побудова системи вітчизняного та міжнародного законодавства покликана в повній мірі забезпечувати регулювання відносин у сфері стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації. Проте, недостатній рівень фахової підготовки спеціалістів, а також небажання окремих суб'єктів підприємницької діяльності дотримуватися встановлених правил, норм та стандартів призводить до правопорушень у даній сфері, наслідки яких є небезпечними і шкідливими. Вони негативно впливають на сам процес виробництва, якість продукції, зменшують конкурентоспроможність вітчизняних товарів на внутрішньому і зовнішньому ринках.

У зв'язку з цим, виникає потреба у комплексному дослідженні матеріальних та процесуальних основ адміністративної відповідальності за правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації.

Аналіз досліджень даної проблеми. У сучасних наукових дослідженнях до окремих аспектів інституту адміністративної відповідальності зверталися у своїх працях такі науковці: Б. Авер'янов, В. Анджієвський, Д. Астахов, Л. Коваль, В. Колпаков, А. Комзюк, М. Костенніков, Д. Лук'янець, Л. Менів, О. Остапенко, К. Починок, Б. Россінський, Л. Сопільник, І. Тимченко та інші. Праці вказаних науковців створюють методологічні передумови для всебічного дослідження адміністративної відповідальності за правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації. Зазначена проблематика в умовах сьогодення є надзвичайно актуальною.

Метою даної статті є дослідження матеріальних та процесуальних основ адміністративної відповідальності за правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації.

Виклад основного матеріалу дослідження. За вчинення адміністративних правопорушень у сфері стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації у переважній більшості випадків передбачена адміністративна відповідальність, яка є необхідним стимулятором правомірної

поведінки та сприяє вихованню почуття морального і правового обов'язку перед суспільством і державою.

Оскільки поняття «адміністративної відповідальності» не має законодавчого закріплення, то багато науковців приклали зусилля до з'ясування її суті та визначення поняття. Так, досліджуючи питання, пов'язані з визначенням поняття «адміністративної відповідальності», М. Сірант доходять до висновку, що в українському адміністративному праві сформовано наступні три основні підходи: перший полягає у застосуванні до правопорушника заходів примусу (Л. Коваль, Ю. Битяк, В. Зуй та інші); другий — у визначенні обмежень майнових, а також особистих благ та інтересів за здійснення адміністративних правопорушень (Є. Додін та інші); третій погляд передбачає, що адміністративна відповідальність — це сукупність адміністративних правовідносин, які виникають у зв'язку із застосуванням до суб'єкта проступку адміністративних стягнень (І. Голосніченко та ін.) [1, с. 318].

Ведучи мову про поняття адміністративної відповідальності в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації, слід зазначити, що його законодавче закріплення на сьогодні теж відсутнє.

Однак, мають місце окремі пропозиції науковців стосовно цього питання. Наприклад, О. Остапенко та Л. Сопільник вважають, що адміністративна відповідальність в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації — це передбачене нормами права реагування держави в особі уповноважених на це державних органів і посадових осіб на адміністративне правопорушення і застосування до порушника передбачених в законі адміністративних покарань [2, с. 94].

Варто погодитись із тим, що нормативною підставою адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері стандартизації, сертифікації, метрології та якості продукції є система адміністративно-правових норм, за допомогою яких закріплені:

- склад адміністративного правопорушення у галузі стандартизації, сертифікації, метрології та якості продукції;
- види і розміри адміністративних стягнень та принципи їх накладення;
- коло суб'єктів (органів та посадових осіб), що уповноважені розглядати справи про адміністративні правопорушення у сфері стандартизації, сертифікації, метрології та якості продукції і приймати щодо них відповідні рішення;
- процедура притягнення до адміністративної відповідальності та її процесуальне оформлення [2, с. 100].

Фактичною підставою адміністративної відповідальності в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації, що дозволяє притягнути певну особу до неї є вчинення адміністративного правопорушення у цій галузі [3, с. 141].

Основними нормативними актами, які закріплюють вище зазначені адміністративні норми в галузі стандартизації, сертифікації, метрології та якості продукції є Закони України «Про стандартизацію», «Про метрологію та метрологічну діяльність», «Про захист прав споживачів», «Про технічні

регламенти та оцінку відповідності», Декрет Кабінету Міністрів України «Про стандартизацію і сертифікацію» та відповідні статті Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Так, до адміністративних правопорушень в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації належать: порушення законодавства про захист прав споживачів (ст. 156-1 КУпАП); введення в обіг або реалізація продукції, яка не відповідає вимогам стандартів (ст. 167 КУпАП); виконання робіт, надання послуг громадянам-споживачам, що не відповідають вимогам стандартів, норм і правил (ст. 168-1 КУпАП); випуск у продаж продукції з порушенням вимог щодо медичних попереджень споживачів тютюнових виробів (ст. 168-2 КУпАП); недодержання стандартів при транспортуванні, зберіганні і використанні продукції (ст. 170 КУпАП); порушення вимог щодо випуску з ремонту та видачі на прокат засобів вимірювальної техніки (ст. 171 КУпАП); порушення умов і правил проведення перевірки засобів вимірювальної техніки (ст. 171-1 КУпАП); фальсифікація засобів вимірювання (ст. 171-2 КУпАП); порушення правил застосування засобів вимірювальної техніки (ст. 172 КУпАП); порушення процедур оцінки відповідності (ст. 172-1 КУпАП); невиконання законних вимог посадових осіб центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері стандартизації, метрології та метрологічної діяльності і технічного регулювання (ст. 188-9 КУпАП); невиконання законних вимог посадових осіб центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері метрологічного нагляду (ст. 188-44 КУпАП).

Загальним об'єктом вказаних правопорушень виступає сукупність правових відносин в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації, що охороняються адміністративно-правовими нормами, які закріплені в КУпАП, а родовим об'єктом — виступають суспільні відносини у сфері стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації.

Безпосередній об'єкт даних правопорушень характеризується адміністративно-правовими відносинами, що охороняються конкретними нормами права та яким завдана конкретна шкода. Для прикладу, це стосується посягань, пов'язаних з порушенням правил застосування засобів вимірювальної техніки (ст. 172 КУпАП) [2, с. 105].

Об'єктивну сторону адміністративного правопорушення характеризують ознаки, які визначають акт зовнішньої поведінки правопорушника. До них належать діяння (дія чи бездіяльність), його шкідливі наслідки, причинний зв'язок між діянням і наслідками, місце, час, обстановка, спосіб, знаряддя та засоби вчинення проступку [4, с. 18]. Ці ознаки можуть бути обов'язковими (протиправне діяння (дія чи бездіяльність), шкідливі наслідки (матеріальні і формальні), причинний зв'язок між діянням і наслідками) [2, с. 105] і необов'язковими (факультативними) (місце, спосіб, час, засоби, обставини вчинення правопорушення) [5, с. 235].

Переважає більшість адміністративних правопорушень в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації вчиняються шляхом дії (виконання робіт, надання послуг громадянам-споживачам, що не

відповідають вимогам стандартів, норм і правил), однак можливе вчинення і шляхом бездіяльності (невиконання законних вимог посадових осіб центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері стандартизації, метрології та метрологічної діяльності і технічного регулювання).

Шкідливі наслідки і причинний зв'язок обов'язкові тільки для так званих матеріальних складів проступків, в результаті яких завжди заподіюється матеріальна шкода [6, с. 19] (недодержання стандартів і технічних умов при транспортуванні, зберіганні і використанні (експлуатації) продукції, якщо це спричинило зниження якості, псування або наднормативні втрати продукції), однак переважна більшість адміністративних правопорушень в цій галузі характеризується недодержанням різних загальнообов'язкових правил, це так звані формальні склади, коли діяння становить склад проступку незалежно від настання шкідливих наслідків матеріального характеру (порушення умов і правил проведення повірки засобів вимірювальної техніки).

Для більшості адміністративних правопорушень в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації важливою ознакою об'єктивної сторони є місце їх вчинення. Диспозиції відповідних статей КУпАП передбачають, що місцем вчинення адміністративного правопорушення в цій галузі можуть бути підприємства торгівлі, громадського харчування, побутового обслуговування населення, ринки, вулиці, площі, двори, під'їзди, сквери та інші місця [7, с. 165].

Місце і час вчинення адміністративного правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації у більшості випадків пов'язані з випуском і реалізацією продукції, яка не відповідає вимогам стандартів.

Деякі статті КУпАП чітко визначають те, в який спосіб може бути вчинений адміністративний проступок (ст. 156-1 КУпАП передбачає, що порушення законодавства про захист прав споживачів може здійснюватися способом відмови у наданні громадянам-споживачам необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про товари (роботи, послуги).

Суб'єктами адміністративного правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації можуть виступати як фізичні так і юридичні особи. Аналіз відповідних статей КУпАП дає підстави стверджувати, що ними є: посадові особи підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності; громадяни — власники підприємств; уповноважені особи власників підприємств; громадяни — суб'єкти підприємницької діяльності [9, с. 116].

Слід зауважити, що низка статей КУпАП передбачають наявність спеціального суб'єкта з притаманними лише йому ознаками [8, с. 270]. Такими є ознаки, які характеризують: трудові і службові обов'язки окремих категорій працівників у сфері стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації; спеціальні обов'язки у галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації; протиправну у минулому поведінку особи, що вчиняє правопорушення у сфері стандартизації, якості продукції, метрології і

сертифікації. Спеціальним суб'єктом адміністративних правопорушень в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації виступають посадові особи, оскільки мають можливість реалізувати свої владні повноваження (тимчасові або постійні), завдяки яким настають юридично значимі наслідки для осіб, що не знаходяться у службовій залежності від них. Відповідно, наявність права здійснювати владні повноваження є однією із основних ознак спеціального суб'єкта адміністративного правопорушення, за порушення якого він притягується до відповідальності [2, с. 109].

Суб'єктами адміністративного правопорушення в цій галузі є і юридичні особи — підприємства, установи та організації, які вводять в обіг або реалізують продукцію, яка не відповідає вимогам стандартів, виконують роботи, надають послуги громадянам-споживачам, що не відповідають вимогам стандартів, норм і правил тощо. Однак, чинний КУпАП не передбачає відповідальності юридичних осіб за адміністративні правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації. Вказана позиція законодавця не є цілком виправданою, оскільки фактично доводять, що виробником певної продукції, виконавцем робіт чи послуг у більшості випадків є юридичні особи. Відповідно, зазначені особи повинні нести відповідність за продукцію, роботи, послуги, які не відповідають вимогам стандартів, норм і правил тощо [9, с. 118].

Суб'єктивна сторона адміністративного правопорушення — це внутрішня сторона правопорушення, психічний стан суб'єкта правопорушення, що характеризує його волю, яка виявляється в протиправній дії, його ставленні до дії, яку він вчинив [5, с. 435]. 6Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони будь-якого адміністративного правопорушення виступає вина, яка є необхідною умовою відповідальності. Як правило, її розглядають як психічне ставлення особи до вчиненого нею суспільно шкідливого діяння і його наслідків, яке виявляється у формі умислу або необережності [10, с. 192].

Адміністративні правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації, передбачені КУпАП вчиняються як у формі умислу так і в формі необережності (наприклад, порушення процедур оцінки відповідності (ст. 172-1 КУпАП).

Факультативними ознаками суб'єктивної сторони адміністративного порушення є мета і мотив, які частіше за все до складу правопорушення не входять, хоча в деяких випадках лише вчинення діяння з певним мотивом або метою становить склад адміністративного правопорушення [6, с. 20].

Узагальнюючи, доцільно зауважити, що підставами адміністративної відповідальності за правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації є сукупність об'єктивних і суб'єктивних ознак, які складають зміст поняття адміністративного правопорушення та його юридичного складу.

Процесуальною підставою адміністративної відповідальності за правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації є постанова про накладення адміністративного покарання від імені держави органом (посадовою особою), уповноваженою здійснювати розгляд

справ про адміністративні правопорушення і приймати щодо них рішення [2, с. 111].

Важливим моментом у реалізації адміністративної відповідальності за правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації, встановленої нормами матеріального права є дотримання правової процедури, яка встановлена нормами процесуального права. Відтак, притягнення до адміністративної відповідальності фізичних осіб, які вчинили правопорушення в цій галузі здійснюється у формі провадження у справах про адміністративні правопорушення, яке регламентовано КУпАП.

Аналіз ст. 245 КУпАП, в якій закріплені завдання провадження у справах про адміністративні правопорушення, свідчить про наявність двох взаємопов'язаних комплексних завдань: юрисдикційного та профілактичного змісту. Реалізація зазначених завдань здійснюється шляхом вчинення низки процесуальних дій органами (посадовими особами), що уповноважені розглядати справи про адміністративні правопорушення. Передусім це з'ясування наявності факту вчинення правопорушення, встановлення особи, що вчинила правопорушення, чи винна ця особа і чи підлягає вона адміністративній відповідальності [11, с. 443].

Процесуальною підставою для порушення провадження у справах про адміністративні правопорушення у сфері стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації є факт вчинення адміністративно-караних дій, безпосереднє виявлення посадовою особою факту вчинення протиправних дій, матеріали правопорушення, які надійшли від правоохоронних органів та інших органів виконавчої влади, повідомлення та заяви про порушення у галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації, що надійшли від фізичних та юридичних осіб, а також повідомлення в засобах масової інформації [2, с. 115].

Провадженню у справах про адміністративні правопорушення у сфері стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації притаманні такі індивідуальні ознаки: 1) воно виникає тільки у зв'язку із вчиненням адміністративного правопорушення у галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації; 2) для нього притаманне встановлене законодавством коло суб'єктів; 3) індивідуальність процесуальних актів, які приймаються у ході провадження; 4) застосування під час даного провадження заходів державного примусу зумовлює високий ступінь формалізації процесу; 5) за допомогою цього провадження реалізуються міри адміністративної відповідальності [12, с. 224].

Аналізуючи глави 19, 22, 23, 24, 25–33 КУпАП можна дійти висновку, що провадження у справах про адміністративні правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації, як вид адміністративно-деліктного провадження складається з таких стадій: 1) адміністративне розслідування та розгляд справи про адміністративне правопорушення; 2) винесення постанови у справі про адміністративне правопорушення; 3) перегляд постанови у справі про адміністративне

правопорушення; 4) виконання постанови у справі про адміністративне правопорушення.

Отже, кожна з цих стадій закінчується оформленням відповідного документа, що відображає результат проведення певних дій. Кожна наступна стадія починається лише після закінчення попередньої [6, с. 544].

Висновки. Підсумовуючи можна визначити, що фактичною підставою адміністративної відповідальності в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації, виступає факт вчинення особою (фізичною чи юридичною) адміністративного правопорушення у цій галузі, а процесуальні підстави адміністративної відповідальності за правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації мають і загальні, і специфічні ознаки, наявність яких не суперечить, а лише вказує на індивідуалізацію адміністративного провадження у конкретній справі.

Слід також зазначити, що подальші наукові дослідження проблем адміністративної відповідальності в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації зумовлені розвитком суспільних відносин та необхідністю врегулювання можливих неузгодженостей та колізій у випадку притягнення до адміністративної відповідальності за вчинення вказаних правопорушень.

Список використаних джерел

1. **Сірант М. М.** Значення та роль адміністративної відповідальності в сучасних умовах / М. М. Сірант // Митна справа. — 2011. — № 5 (77), частина 2. — С. 317-321.
2. **Сопільник Л. І.** Стандартизація, якість продукції, метрологія, сертифікація в системі адміністративного права: навчальний посібник / Л. І. Сопільник, О. І. Остапенко. — Львів: Львівський університет бізнесу та права, 2011. — 124 с.
3. **Зільник Н. М.** Підстави адміністративної відповідальності за правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації / Н. М. Зільник // Адміністративне право і процес: науково-практичний журнал. — 2014. — № 2 (8). — С. 137-145.
4. Адміністративна відповідальність в Україні: навчальний посібник / за заг. ред. доц. А. Т. Комзюка. — 2-е вид., перероб. і доп. — Харків: Ун-т внутр. справ, 2000. — 99 с.
5. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник у двох томах / відп. ред. В. Б. Авер'янов. — К.: Юридична думка, 2004. — Том 1. Загальна частина. — 584 с.
6. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Науково-практичний коментар / Р. А. Калюжний, А. Т. Комзюк, О. О. Погрібний та ін.; — 2-ге вид. — К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. — 655 с.
7. **Менів Л. Д.** Теоретичні дослідження об'єкта адміністративних правопорушень у сфері законодавства про захист прав споживачів / Л. Д. Менів // V Прибужські юридичні читання: матеріали міжнар. наук.-

- практ. конференції (27–28 листопада 2009 р.). — Миколаїв: МНЦ ОНЮР, 2009. — С. 164–165.
8. **Починок К. Б.** Адміністративна відповідальність за порушення законодавства в галузі стандартизації та сертифікації / К. Б. Починок // Держава і право. Юридичні і політичні науки. — 2011. — Вип. 54. — С. 268–274.
 9. **Зільник Н. М.** Суб'єкт адміністративного правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації. / Н. М. Зільник // Адміністративне право та процес України: пріоритетні напрями розвитку в умовах демократизації: тези доп. II Міжнар. наук.-практ. конф. пам'яті д.ю.н., проф., Засл. діяча наук. і техн. України Л. В. Ковалю (Запоріжжя, 6–7 березня 2015 р.). — Запоріжжя: ЗНУ, 2015. — С. 115–119.
 10. Адміністративне право: підручник / Ю. П. Битяк (кер. авт. кол.), В. М. Гарашук, В. В. Богущкий та ін.; за заг. ред. Ю. П. Битяка, В. М. Гарашука, В. В. Зуй. — 2-ге вид., переробл. і допов. — Х. : Право, 2013. — 656 с.
 11. **Демський Е. Ф.** Адміністративне процесуальне право України: навч. посіб. / Е. Ф. Демський. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 496 с.
 12. **Кузьменко О. В.** Адміністративно-процесуальне право України: підручник / О. В. Кузьменко, Т. О. Гуржій; за ред. О. В. Кузьменко. — К. : Атіка, 2008. — 416 с.

Анотація

У вказаній статті досліджуються проблеми адміністративної відповідальності за правопорушення вчинені в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації, визначаються її матеріальні та процесуальні підстави, а також відповідні рекомендації щодо вдосконалення законодавчого врегулювання адміністративної відповідальності за правопорушення у вказаній сфері.

Abstract

In the said article the problems of administrative responsibility for offenses committed in the field of standardization, product quality, metrology and certification, determined by its material and procedural grounds, as well as relevant recommendations for improving the legal regulation of administrative responsibility for violations in this sphere.

РОЗДІЛ 3

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО ТА ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕС

МЕЖІ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА КОМУНАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Ключові слова: право власності, межі здійснення права комунальної власності, право комунальної власності.

Keywords: right of ownership, limit of realization of right of communal ownership, right of communal ownership.

Актуальність нашого дослідження стосується визначення меж здійснення права комунальної власності. Проте комплексні дослідження саме здійснення права комунальної власності за законодавством України не проводилися. У порядку здійснення права комунальної власності відбулися певні зміни. Однак загальнотеоретичних наукових досліджень вказаних змін зроблено не було. Дослідження стосуються загалом меж здійснення права приватної та державної власності. Враховуючи вищевикладене, основною метою дослідження є проведення загальнотеоретичного огляду та аналізу меж здійснення права комунальної власності згідно з законодавством України.

Стан дослідження. Питання меж здійснення права власності досліджувались у роботах Батанова О. В., Грибанова В. П., Дзери О. В., Шаповалової О. І., Шевченко та інших.

Метою статті є визначення меж здійснення права комунальної власності.

Виклад основних положень. Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., зокрема ст. 1 Першого протоколу до неї (1952 р.), передбачено право кожної юридичної особи безперешкодно користуватися своїм майном, не допускається позбавлення особи її власності інакше як в інтересах суспільства й на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права, визнано право держави на здійснення контролю за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів [1].

Основною характерною рисою правового статусу власника є нормативне визначення меж здійснення належних йому повноважень. Так, Цивільним кодексом України (далі — ЦКУ) передбачено спеціальну норму стосовно меж здійснення права власності. Відповідно до ч. 1 ст. 319 ЦКУ власник володіє, користується і розпоряджається своїм майном на власний розсуд [2]. Тобто, за загальним правилом, власник наділений абсолютним правом здійснювати щодо цього майна будь-які дії. Однак, такі дії не повинні суперечити закону і не порушувати прав інших осіб, а також зобов'язаний додержуватись моральних засад суспільства. Реалізація повноважень власника здійснюється згідно із загальнодозвільним принципом «дозволено все, що не заборонено законом» [3, с. 286].

Серед науковців виникають дискусії щодо того, як розуміти фразу «на власний розсуд». Так, Н. В. Безсмертна визначає розсуд власника як правомірну, владну, вольову діяльність «щодо вибору найбільш оптимального варіанта реалізації правомочностей володіння, користування й розпорядження стосовно належного власнику майна, які забезпечують найбільш ефективне використання об'єкта власності з урахуванням прав і законних інтересів інших осіб, а також суспільства в цілому» [4, с.135]. З такою думкою погоджується і О. І. Шаповалова, яка вказує, що спірним у цьому визначенні є питання щодо найбільш ефективного використання об'єкта, оскільки, на її думку, це не має значення. Якщо особа буде неефективно використовувати свою власність, навіть якщо особа взагалі її не використовуватиме, це не буде, як правило, підставою для припинення цивільних прав цієї особи. Тому О. І. Шаповалова вважає, що власний розсуд особи при здійсненні цивільних прав — це право особи вільно, безстороннього впливу визначати шляхи здійснення або утримання від здійснення своїх правомочностей (права на власні дії або бездіяльність, права на чужі дії, або утримання від порушення та право на захист) [5, с. 199].

Повністю погодитись з такою думкою не можемо, оскільки ст. 322 ЦКУ закріплено обов'язок власника утримувати належне йому майно.

Усі власники забезпечені рівними умовами у здійсненні своїх прав [2].

Право комунальної власності територіальної громади захищається законом на рівних умовах з правами власності інших суб'єктів. Об'єкти права комунальної власності не можуть бути вилучені у територіальних громад і передані іншим суб'єктам права власності без згоди безпосередньо територіальної громади або відповідного рішення ради чи уповноваженого нею органу, за винятком випадків, передбачених законом [6].

Законодавством закріплені обмеження щодо здійснення права власності, при недотриманні яких наслідком є застосування заходів відповідальності.

Стаття 1 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» дає поняття права комунальної власності як права територіальної громади володіти, доцільно, економічно, ефективно користуватися і розпоряджатися на свій розсуд і в своїх інтересах майном, що належить їй, як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування. Згідно з п. 30 ч. 1 ст. 26 цього Закону питання прийняття рішень щодо відчуження комунального майна вирішуються виключно на пленарних засіданнях сільської, селищної, міської ради. Відповідно до ч. 5 ст. 60 вищезгаданого закону органи місцевого самоврядування від імені та в інтересах територіальних громад здійснюють правомочності щодо володіння, користування та розпорядження об'єктами права комунальної власності, в тому числі виконують усі майнові операції, можуть передавати об'єкти права комунальної власності у постійне або тимчасове користування юридичним та фізичним особам, здавати їх в оренду, продавати і купувати, використовувати як заставу, вирішувати питання їхнього відчуження, визначати в угодах та договорах умови використання та фінансування об'єктів, що приватизуються та передаються у користування і оренду. Однак, законом передбачені обмеження щодо майнових операцій, які

здійснюються органами місцевого самоврядування з об'єктами права комунальної власності, зокрема такі дії не повинні ослаблювати економічних основ місцевого самоврядування, зменшувати обсяг та погіршувати умови надання послуг населенню [6].

Конституцією України (статті 142, 143) територіальним громадам надані широкі права по управлінню комунальним майном. Вони мають право здійснювати стосовно цього майна будь-які дії, які не суперечать закону — передавати об'єкти права комунальної власності в тимчасове або постійне користування, здавати в оренду, продавати згідно із законами про приватизацію, а також перерозподіляти на конкурсній основі між власними юридичними особами [7].

Сільські, селищні, міські, районні в містах (у разі їх створення) ради мають право:

1) вносити пропозиції про передачу або продаж у комунальну власність відповідних територіальних громад підприємств, установ та організацій, їх структурних підрозділів та інших об'єктів, що належать до державної та інших форм власності, якщо вони мають важливе значення для забезпечення комунально-побутових і соціально-культурних потреб територіальних громад;

2) на переважне придбання в комунальну власність приміщень, споруд, інших об'єктів, розташованих на відповідній території, якщо вони можуть бути використані для забезпечення комунально-побутових та соціально-культурних потреб територіальних громад;

3) мати об'єкти комунальної власності за межами відповідних адміністративно-територіальних одиниць [6].

Як зазначив Конституційний суд, «метою наділення територіальних громад правом комунальної власності є в першу чергу використання майнових об'єктів для задоволення нагальних потреб жителів цих громад у невідкладних послугах, і лише в другу чергу право цієї форми власності призначено для доцільного, економного та ефективного використання майна територіальних громад в інших інтересах їх жителів» [8].

Як в теорії права, так і на законодавчому рівні правовому режиму майна державної та приватної форм власності приділяється багато уваги, а щодо правових питань майна комунальної власності існує зовсім протилежна ситуація.

Межі можуть бути більшими чи меншими, але вони існують завжди, «межі є невід'ємною ознакою кожного суб'єктивного права» [9].

Проблема меж здійснення права комунальної власності у цивілістичній літературі сьогодення займає значне місце.

Межі здійснення суб'єктивного права комунальної власності, як правило, визначаються законодавством, але можливі й добровільні обмеження, які власник створює для себе внаслідок своїх вольових дій, наприклад, у разі передачі належного майна іншій особі за договором оренди, застави тощо. Однак, такі обмеження можна назвати лише умовними.

У ст. 8 редакції Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» від 05.02.2015 р. № 157-VIII, що діяла до 25.12.2015 р.

було передбачено, що у період з дня набрання чинності рішенням Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласної ради про утворення об'єднаної територіальної громади до формування органів місцевого самоврядування об'єднаної територіальної громади відчуження, передача в оренду (користування), заставу (іпотеку), лізинг, концесію, оперативне управління об'єктів комунальної власності територіальних громад, що об'єдналися, забороняється. При цьому така заборона стосувалася лише щодо укладення нових угод. Угоди ж, які були укладені і діяли до дня набрання чинності рішеннями про добровільне об'єднання, діяли і в період об'єднання громад. Таким чином, такі доходи залишались у місцевих бюджетах у тих же обсягах, що і до об'єднання. Також, згідно із ч. 9 ст. 8 цього Закону бюджети територіальних громад, що об'єдналися, виконувались окремо до закінчення бюджетного періоду з урахуванням особливостей, встановлених цією частиною [10].

В Законі України «Про публічні закупівлі» для територіальних громад передбачені вартісні обмеження для проведення процедур закупівель товарів та послуг, що дорівнює або перевищує 200 тисяч гривень, а робіт — 1 мільйон 500 тисяч гривень [11].

Через категорії «межі здійснення суб'єктивних цивільних прав» та «обмеження здійснення суб'єктивних цивільних прав» у законі встановлюється така поведінка власника, яка не суперечить актам цивільного законодавства. Власник майна повинен враховувати межі та обмеження цивільних прав.

Межі здійснення цивільних прав фактично виражаються у формулі «дозволено все, що прямо не заборонено законом», а обмеження (заборони), які мають найбільш загальний характер і які особа-власник повинна враховувати у своїй поведінці, конкретизуються у ст. 13 ЦК.

Так, обмеження встановлюються щодо окремих суб'єктивних прав як засіб стримання особи-власника при здійсненні ним цих прав з урахуванням необхідності дотримання прав інших осіб (при праві переважної купівлі) або суспільних інтересів (збереження пам'яток культури, історичних цінностей).

Зокрема, власник земельної ділянки не вправі використовувати її не за цільовим призначенням або з порушенням екологічних вимог (статті 91, 143, 144 Земельного кодексу) [12]. Цільове призначення мають також житлові приміщення, які власник має право використовувати для проживання, а не для промислового виробництва (статті 6, 15-17, 189 Житлового кодексу, ст. 383 ЦК) [13, 2]. Власник земельної ділянки повинен утримуватися від порушення прав особи, в інтересах якої встановлений сервітут (ч. 2 ст. 319, ст. 404 ЦК); власник пам'ятки культурної спадщини — від її пошкодження або знищення (ст. 352 ЦК).

Таким чином, аналіз законодавства дає підстави для висновку: абсолютність прав власника зовсім не означає, що ніхто і ніколи не може їх обмежити. Разом із тим, як вбачається зі ст. 319 ЦК, обмеження права власності не підлягають розширеному тлумаченню.

Закріплений у п. 1 ч. 2 ст. 319 ЦК принцип, відповідно до якого дії власника щодо його майна не повинні суперечити закону, є загальним універсальним обмеженням прав власника. Відсутність прямої заборони в

законі надає власнику широке коло можливостей для здійснення права власності, в той час як заборона на здійснення певних дій є механізмом стримання власника.

Так, держава стримує власника, коли встановлює обмеження в цивільному обороті певного майна, зокрема у комунальній власності не можуть бути об'єкти виключної власності й деякі інші об'єкти, покликани забезпечувати лише загальнодержавні інтереси та державну безпеку (наприклад, вогнепальної та іншої зброї тощо).

Надаючи власнику право вчиняти з власним майном будь-які дії, у т. ч. його знищення, закон обмежує власника у виборі способу знищення майна з тим, щоб обраний спосіб був безпечним для оточення і навколишнього середовища. Наприклад, власник не може знищити свій будинок шляхом підпалу чи вибуху, оскільки виникає загроза пожежі або пошкодження сусідніх будинків чи життя та здоров'ю інших осіб.

Законом встановлено обмеження прав власника також іншого характеру.

Так, відповідно до ст. 55 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» суб'єкти права власності на відходи повинні вживати ефективних заходів для зменшення обсягів утворення відходів, а також для їх утилізації, знешкодження або розміщення [14].

Усі зазначені вище та проаналізовані положення чинного законодавства кореспондуються з нормами статей 13, 41 Конституції і ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, якими закріплені основні принципи здійснення права власності та його обмеження:

- по-перше, встановлено право безперешкодно і в повному обсязі здійснювати правомочності власника відносно свого майна,

- по-друге, визначено межі здійснення правомочностей власника.

Зазначені принципи сформульовано і в рішенні Європейського Суду з прав людини у справі «Спорронг і Лоннрот проти Швеції» (23 вересня 1982 р.), відповідно до якого суд повинен визначити, чи було дотримано справедливий баланс між вимогами інтересів суспільства і вимогами захисту основних прав людини. Забезпечення такої рівноваги є невід'ємним принципом Конвенції в цілому і також відображено у структурі ст. 1 Першого протоколу [1].

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, можна дійти висновку, що межі здійснення цивільних прав визначають правомірну поведінку особи, оскільки дії в межах цивільних прав підлягають правовому захисту, на відміну від дій, вчинених поза межами права. Однак, в Україні на сьогодні немає спеціального нормативного акта, який би детально визначав межі здійснення права комунальної власності. Отже, правомочності власника та межі здійснення ним прав встановлені законом.

Список використаних джерел

1. [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(print\)/1207B66D24762C1DC2257D0E004CC419](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(print)/1207B66D24762C1DC2257D0E004CC419).
2. Цивільний кодекс України: Верховна Рада України; Кодекс України, Закон, Кодекс від 16.01.2003 № 435-IV зі змінами станом на 01.04.2016 р.

- [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В. М. Коссака / К., 2004. — 975 с.
 4. Цивільний кодекс України: Проект від 25 серпня 1996 р. // Українське право.— 1999.— № 1. — С. 10.
 5. **Шаповалова О. І.** Межі здійснення суб'єктивного цивільного права // Наукові праці Чорноморського державного університету ім. Петра Могили. / О.І. Шаповалова. Політологія. — 2007. — Вип. 56. — Т. 69. — С.199-20.
 6. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 № 280/97-ВР зі змінами станом на 08.10.2016 р. [Електронний ресурс] // Режим доступу до Інтернет ресурсу <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/280/97-80>.
 7. Конституція України : Верховна Рада України, Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР, станом на 15.03.2016 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-80>.
 8. Курс конституційного права України: учебник / под. ред. М.А. Баймуратова и А.В. Батанова. — С.: ИТД «Университетская книга», 2012. — 800 с.
 9. Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — М., 1972. — С. 44-45.
 10. Закон України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» : Верховна Рада України; Закон від 05.02.2015 № 157-VIII [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/157-19>.
 11. Закон України «Про публічні закупівлі» [Електронний ресурс] // Режим доступу до Інтернет ресурсу <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/922-19/page>.
 12. Земельний кодекс України від 25.10.2001 № 2768-III зі змінами станом на 03.04.2016 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2768-14>.
 13. Житловий кодекс України від 30.06.1983 № 5464-X зі змінами станом на 01.01.2017 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5464-10>.
 14. Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» Верховна Рада України; Закон від 25.06.1991 № 1264-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1264-12/page3>.

Анотація

У даній статті досліджуються питання меж здійснення права комунальної власності в сучасних ринкових умовах на основі національного законодавства.

Summary

In this article the questions of limits of realization of right of communal ownership are investigated in modern market conditions on the basis of national legislation.

ЩОДО ПРОБЛЕМАТИКИ РОЗРІЗНЕННЯ Й СПІВВІДНОШЕННЯ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОГО ТА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Ключові слова: Господарський кодекс України, господарське право, Цивільний кодекс України, цивільне право, система права України.

Key words: Civil law, Commercial law, Civil Code of Ukraine, Commercial Code of Ukraine, system of Ukrainian law.

Цивільно- і господарсько-правова проблематика дістає прояв, по-перше, у тому, що до проблематики розрізнення й співвідношення господарсько-правового та цивільно-правового регулювання (як матеріального, так, до речі, й процесуального) відноситься саме практика розгляду господарськими судами юридичних конфліктів між господарюючими суб'єктами час від часу й донині зазнає помітних коливань стосовно того, за нормами саме якого з двох, умовно кажучи, «майнових» кодексів — чи то Цивільного, чи то Господарського — ці конфлікти належить розв'язувати. Така ситуація, можливо, й не викликала б особливого занепокоєння, якби між деякими нормами зазначених законодавчих актів не існувало неабияких змістовних розбіжностей. Що ж до необхідності та шляхів усунення останніх, то вітчизняні фахівці й досі висловлюють неоднозначні, а іноді навіть взаємовиключні пропозиції.

По-друге, зазначена проблематика відноситься й до офіційного роз'яснення понять і приписів, що їх вжито, з одного боку, в господарському і господарсько-процесуальному праві, а, з іншого боку, — в цивільному і цивільно-процесуальному праві, змушені були неодноразово звертатися у своїх документах певні вищі судові інстанції — Президія Вищого господарського суду України [1; 2], Вищий господарський суд України [3; 4; 5], Пленум Вищого господарського суду України [6; 7; 8; 9] і навіть Пленум Верховного Суду України [10]. При цьому не завжди їх правові позиції з означеної проблематики змістовно збігались. Та й навіть позиції одного і того ж зі згаданих органів час від часу зазнавали істотних змін.

Зокрема, масмо черговий намір Міністерства юстиції України усунути означену колізійність шляхом скасування Господарського кодексу України. Цей намір вкотре викликав у юридичному середовищі неабияке загострення давньої дискусії щодо співвідношення господарського права й права цивільного [див., наприклад, 12, с. 5].

Однак ця проблема не така вже й проста, аби вдалося її вирішити таким доволі спрощеним способом — «похованням» Господарського кодексу... Куди, наприклад, «подіти» ті того норми, котрі все ж таки виявили свою практичну ефективність у регулюванні господарських (підприємницьких) відносин? Чи

включити їх до Цивільного кодексу України (з одночасним коректуванням деяких норм останнього)? Чи сконцентрувати їх в окремому, спеціальному законі (яким, зрештою, сьогодні й є Господарський кодекс)? Чи «замістити» їх певними нормами чинного Цивільного кодексу?

Остання з наведених відповідей, до речі, видається неприйнятною хоча б з тієї очевидної причини, що господарські відносини — за їх соціально-економічною природою — становлять комплексний, принаймні правоаспектний, предмет правового регулювання.

Причини означеної колізійності. Одна з них полягає у тому, що господарсько-підприємницькі відносини об'єктивно не можуть бути врегульовані виключно цивільно-правовими засобами (котрі, як відомо, базуються переважно на методі формальної рівності сторін). Адже в сучасних суспільствах функціонування ринкових механізмів у сфері підприємницького господарювання неодмінно, закономірно супроводжується, тією чи іншою мірою, державним втручанням

(чи то опосередкованим, чи то «рамковим», чи то прямий), яке здійснюється здебільшого методом «велінь», наказів. А такий метод притаманний вже саме адміністративному праву.

У цьому й вбачається основна причина необхідності поєднання й оптимального злагодження обох «генеральних» праворегулятивних методів — диспозитивного (договірного, «горизонтального») та імперативного (наказового, «вертикального») у правовому регулюванні специфічно господарських відносин.

Отже, слід вести мову про неминуче «співіснування» — безперечно, узгоджене — цивільно-правових та адміністративно-правових засобів нормативно-правового регулювання єдиного (хоча й двоаспектного) об'єкта — господарсько-підприємницьких відносин. І цей об'єкт неможливо, так би мовити, «розрізати» на дві автономні частини, кожна з яких регламентувалась би окремо тільки нормами цивільного права або ж тільки нормами адміністративного права. Якщо предмет правового регулювання справді «веде» за собою (зумовлює, визначає) метод регулювання, — а це в юридичній науці є практично загальновизнаним, — то комплексному предмету регулювання має відповідати також і комплексний метод останнього (комплексний регулятивний метод). У цьому й вбачається об'єктивна необхідність формування та функціонування відповідної комплексної галузі права (у нашому випадку — права господарського). Формально кажучи, можна скасувати Господарський кодекс, але лише від цього двоїстість предмета його регулювання все одно не зникне.

Як відомо, чимало вітчизняних цивілістів вважають господарське право «підгалуззю» цивільного права — принаймні в частині тих норм першого, які побудовано на засадах формальної рівності суб'єктів. Мабуть, це цілком слушна думка. Але тоді й ті господарсько-правові норми, що втілюють імперативний метод регулювання, чи не буде підставним вважати, відповідно, «підгалуззю» адміністративного права?

Задля суто практичної зручності єдиний предмет правового регулювання (однорідна група суспільних відносин) має регулюватись і єдиним, «зведеним» законом. Тому комплексній галузі права повинен відповідати і комплексний закон, який її назовні, так би мовити, уособлює. Чи буде він іменуватись «кодексом», чи інакше, — залежатиме від рівня й форми його систематизованості. Але це вже радше юридико-технічний аспект, ніж змістовно- і системно-регулятивний.

В усякому разі видається підставним вважати Господарський кодекс спеціальним нормативно-правовим актом стосовно Цивільного кодексу як загального законодавчого приватно-правового акта. (До речі, саме так кваліфікують господарсько-правові юридичні норми численні судді господарських судів і відповідно їх застосовують).

Друга причина існування Господарського кодексу (особливо у його первинному вигляді) має, як видається, вже не об'єктивний, а суб'єктивний характер. Вона полягає у певному дефіциті наукового обґрунтування відмінностей деяких норм господарського права від відповідних норм цивільного права. Йдеться про брак досліджень структурно-функціональних характеристик комплексу норм господарського права в усій системі вітчизняного права, а також зв'язків першого із нормами власне «класичного» цивільного права. Так, хоча паспортом наукової спеціальності 12.00.04 передбачено, що одним із її дослідницьких напрямів є «розмежування і взаємодія господарського права з іншими галузями права» [13, с. 9], проте (як свідчить аналіз тематики відповідних дисертаційних досліджень, захищених в Україні з 1991 року) означений науковий напрям поки що не був їхнім самостійним предметом. Між тим, результатом таких монографічних досліджень якраз і мало би стати уточнення уявлень щодо структурно-функціонального статусу господарського права України в усій системі національного права та щодо його розрізнення й взаємодії насамперед із вітчизняним цивільним правом і, зрештою, із деякими іншими галузями українського права, а також розроблення науково-прикладних пропозицій з оптимізації низки норм господарського права України. (Принагідно зауважимо, що у Російській Федерації, де, як відомо, немає самостійного, окремого Господарського кодексу, певні дисертаційні праці, так чи інакше наближені до згаданої проблематики, вже виконувались [14]).

Окрім означеної причини, мабуть, дається взнаки й певна, на наш погляд, недовершеність визначення предмета цивільно-правового регулювання взагалі (ст. 1 ЦК України). Адже сама вказівка лише на те, що специфічні відносини, котрі становлять такий предмет, мають природно-правовий характер, залишає значний простір для смислової неоднозначності розуміння цієї «природності» — хоча б з огляду на неабияку плюралістичність інтерпретацій останнього терміно-поняття [15, с. 12-15].

В усякому разі, висловлена відомими авторитетами нашої цивілістичної науки — професорами Н. Кузнєцовою й А. Довгертом думка про те, що «судді і дослідники ... віддають перевагу нормам ЦК України майже в усіх випадках колізій з нормам ГК» [16, с. 58], має спиратись, гадаємо, на результати

достатньо широких емпіричних (конкретно-соціологічних) досліджень судової практики.

Отож лишається вельми актуальною потреба в інтенсифікації досліджень проблеми, означеної у назві цієї статті. А вони, звісно, мають бути обґрунтованими і концептуально, і методологічно.

Деякі концептуальні грані проблеми. З цього боку вбачається доречним зазначити низку, як видається, назрілих питань, які заслуговують на додатковий аналіз — причому передовсім науковцями-«господарниками». Зазначимо з-поміж них такі:

Чи можна виявити об'єктивний критерій «домінування майнових і організаційних елементів у господарських правовідносинах», без якого відрізнення останніх від інших правовідносин (насамперед від, так би мовити, загальноцивільних), як зазначалося у господарсько-правовій літературі, «допускає значний ступень суб'єктивного розсуду» [17, с. 25]?

Яким є об'єктивний критерій відмежування «вертикальних» (субординаційних) господарсько-правових відносин, одним із учасників котрих виступає орган державної виконавчої влади (хай і наділений «господарською» компетенцією), від відносин традиційно адміністративно-правових (зокрема, у сферах промисловості та сільського господарства)?

Яким є об'єктивний критерій відмежування заснованих на засадах формальної рівності організаційно-координаційних господарсько-правових відносин від правовідносин цивільно-майнових (зважаючи, зокрема, на те, що будь-які правовідносини в будь-якій сфері суспільного життя виконують роль специфічного «організатора» певної поведінки їхніх суб'єктів)?

Що ж торкається вітчизняних теоретиків цивільного права, то — у розгляданому аспекті — привертає /вагу те, що ще три роки тому один із них — професор М. Сібільов бодай не вперше після набрання чинності Цивільним кодексом України, визнав, що текст ст. 1 цього кодексу (в якій визначено предмет цивільно-правового регулювання), можливо, «буде удосконалено» за результатами «додаткових досліджень» [18, с. 155]. Але ж зазначена стаття має визначальне, «керуюче» значення для структурування значної частини системи українського права в цілому!

І справді, у літературі вже обґрунтовувалася пропозиція скоректувати редакцію цієї статті у такий спосіб:

1) цивільними правовідносинами визнаються немайнові та майнові відносини, засновані на формально-юридичній рівності їхніх учасників;

2) до відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, яке базується на нормах чинного законодавства, а також до податкових, бюджетних правовідносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом» [19, с. 95-99].

Що ж до методологічних аспектів дослідження, то важливим із них видається розширення використання евристичних потенцій порівняльного правознавства. Цей напрямок нам вже доводилося охарактеризувати [19, с. 59-61].

Можливі, вочевидь, й інші методи наукового вивчення реального господарсько-правового чи цивільно-правового регулювання. Йдеться, зокрема, про з'ясування — за посередництва достатньо представницького емпіричного (конкретно-соціологічного) дослідження — фактичного співвідношення загальноцивілістичних і господарсько-правових інструментів державно-юридичного регулювання односюжетних, «однофабульних» майнових відносин в процесі правозастосування (насамперед, судового).

Список використаних джерел

1. Рекомендації Президії Вищого господарського суду України від 10.06.2004 № 04/51107 (п. 2, 54).
2. Рекомендації Президії Вищого господарського суду України від 27.06.2007 № 04 / 5 120.
3. Оглядовий лист Вищого господарського суду України від 29.11.2007 № 01- 8/917 9 п. 3.
4. Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 29.05.2012 № 01-06/735/2012 (п. 1, 2).
5. Оглядовий лист Вищого господарського суду України від 17.07.2012 № 01- 06/928/2012 (п. 1-3).
6. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17.05.2011 № 6 (п.1.1-1.4).
7. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 24.10.2011 № 11.
8. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 26.12.2011 № 14 (п. 1).
9. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 26.12.2011 № 18 (п. 1.4).
10. Постанова Пленуму Верховного суду України від 04.06.2010 № 5 (п. 3).
11. Довідник про автореферати виконаних в Україні за 1995-2009 роки дисертацій на здобуття наукового ступеня доктора і кандидата юридичних наук, Львів. — 2010. — 468 с.
12. **Щербина В.** Модернізація господарського законодавства: курс на Європу / В. Щербина // Юридичний вісник України. — 2016. — № 11. — С. 13-18.
13. Бюлетень ВАК України. — 2009. — № 1.
14. **Амвросова О. Н.** Становление и развитие отечественной науки хозяйственного (предпринимательского) права: историко-правовой анализ: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук.: спец. 12.00. 01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних та правових учень» / О. Н. Амвросова. — Краснодар. — 2007. — 21 с.
15. **Рабінович П. М.** Основоположні права людини: терміно-поняттєвий інструментарій дослідження та викладання / П. М. Рабінович // Право України. — 2015. — № 2. — С. 9-23.
16. Вісник Південного регіонального центру НАПрН України. — 2014. — № 1.

17. **Поєдинок В. В.** Актуальні проблеми господарського права / В. В. Поєдинок. — К, 2012. — 324 с.
18. Правова доктрина України. У 5 томах. Том 3. Доктрина приватного права України. — Х., 2013. — 760 с.
19. **Сивий Р. Б.** Приватне (цивільне) право в системі права України. Монографія / Р. Б. Сивий. — Х., — Вид-во «КВІЦ», 2006. — 214 с.
20. **Рабінович А. В.** До питання про виявлення структурного статусу господарського права в системі права України (методологічні аспекти) / А. В. Рабінович / Право України. — 2015. — № 7. — С. 105-109.

Анотація

У статті вкотре констатується, що наявність низки змістовних протиріч між деякими нормами Цивільного кодексу України та її Господарського кодексу істотно перешкоджає забезпеченню єдності правового регулювання однотипних (однопредметних) майнових відносин. З'ясовуються основні причини такого стану — об'єктивна і суб'єктивна. До першої віднесено двоаспектну комплексність єдиного предмета правового регулювання — господарських (підприємницьких) відносин: у них є і елементи формальної рівності їх учасників (тобто цивільно-правові), і елементи імперативності (тобто адміністративно-правові). До другої ж причини належить, зокрема, недостатня наукова дослідженість структурно-функціонального статусу господарського права в системі права України і насамперед — стосовно цивільного права.

Annotation

The article reiterates several controversies between Civil and Economic Codes of Ukraine. The mentioned controversy prevents the establishment of coherent legal regulation of relations of one kind. The basic reasons for this — objective and subjective — are revealed. The first contains two-sided complexity of the single subject of legal regulation of economic relations: inherent equality of persons (as in civil relations) and imperative elements. The second contains the lack of scientific attention to structural status of economic law in the system of Ukrainian law with regard to Civil law.

NADZÓR NAD LOTNICZĄ DZIAŁALNOŚCIĄ GOSPODARCZĄ W POLSCIE — WYBRANE ASPEKTY

Wprowadzenie. Działalność gospodarcza w sektorze lotniczym odgrywa coraz większą rolę w społecznej gospodarce rynkowej [2, 583-625]. W polskim porządku jurydycznym istotne znaczenie mają regulacje dotyczące sprawowania nadzoru nad działalnością gospodarczą w sektorze lotniczym. W celu wykonywania zadań publicznych organy administracji publicznej stosują różnego rodzaju formy działania (w tym o charakterze policyjnym) interweniują w funkcjonowanie państwa, gospodarki, różnych grup społecznych, jak również podmiotów indywidualnych, w tym obywateli i przedsiębiorców [29, 23]. W artykule zostanie scharakteryzowana głównie instytucja nadzoru sprawowanego przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego (Dalej: Prezes ULC) nad działalnością koncesjonowaną oraz objętą obowiązkiem uzyskania zezwolenia. Sprawnie przeprowadzone działania nadzorcze mogą wpływać na ograniczenie nieprawidłowości w wykonywaniu przedmiotowej działalności gospodarczej.

Nadzór — ujęcie ogólne. Doktryna prawa administracyjnego kwalifikuje działania tych organów na działania *ex post* i *ex ante*. Oznacza to, że organy administracji publicznej, na podstawie głównie przepisów administracyjnego prawa materialnego, wydają decyzje administracyjne, w których dokonują interwencji reaktywnej (czyli działań represyjnych; *ex post*), a także interwencji proaktywnej (czyli działań prewencyjnych; *ex ante*) [10, *passim*]. Sądzę, że do prawnych form działania administracji można zaliczyć akty nadzoru i akty kontroli [24, 335]. Przyjmuje się, że nadzór to kontrola [12, *passim*] połączona z możliwością władczej ingerencji [32, *passim*]. Nadzór oznacza badanie działalności danego podmiotu administrującego połączone z możliwością pomocy, wpływu, a także korekty tej działalności, dokonywane przez organ zwierzchni organizacyjnie bądź funkcjonalnie, w celu zapewnienia zgodności tej działalności z prawem [10, *passim*], a w określonych przypadkach zgodności z pewnymi wartościami szczegółowymi, które również są określone w prawie [1, 236].

Działalność nadzorcza, podobnie jak działalność policyjna i reglamentacyjna, nie stanowi wyodrębnionego działu prawa administracyjnego [19, 95], a główny cel instytucji nadzoru to zagwarantowanie wykonania przez adresatów ich obowiązków zgodnie z zasadami ustalonymi w ustawach, a w razie ich naruszenia na ingerowanie organów nadzorczych w celu skorygowania działań dokonanych bądź osiągnięcia innego niż istniejący stan faktyczny [27, 113]. Wskazuje się również, że nadzór powinien zapewniać ochronę osób objętych zakresem oddziaływania podmiotów mu poddanych [27, 113].

A. Chełmoński twierdzi, że ogólne pojęcie nadzoru może być iluzoryczne, dlatego że w różnych jego rodzajach elementy składowe instytucji (element kontroli i element władztwa) przybierają odmienną postać, a przenoszenie ustaleń

teoretycznych dotyczących jednego rodzaju nadzoru na inny może prowadzić do pomieszania pojęć i błędów interpretacyjnych [5, 515].

Warto wskazać, że przez pojęcie nadzoru materialnoprawnego należy rozumieć zespół relacji prawnych, które administracja upoważniona jest nawiązać zasadniczo z podmiotami nie mającymi w zakresie tych relacji statusu podmiotów administracji [8, 120]. Mają one być nawiązane w celu odsuwania zagrożeń dla dóbr należących do społeczeństwa, dla normalnego toku życia oraz mogą podlegać nawiązaniu, modyfikacji i ustaniu, zarówno w ramach procedur administracyjnych, jak i poza tymi procedurami (szczególnie, gdy chodzi o czynności kontrolne) [6, 19]. Organ nadzorujący wyposażony jest w środki oddziaływania na postępowanie podmiotów nadzorowanych oraz powinien wyciągać konsekwencje z ich działalności, poprzez wprowadzenie środków prawnych, którymi są możliwości władczego i jednostronnego oddziaływania na czynności nadzorowanego [34, 139].

Wskazuje się, że nadzór obejmuje także kontrolę albo że nadzór to kontrola oraz władcze oddziaływanie [32, 197]. Wśród wielu klasyfikacji nadzoru w prawie publicznym gospodarczym, szczególne miejsce pełni nadzór zapobiegawczy (prewencyjny) oraz nadzór bieżący (represyjny). Podział ten jest istotny z punktu widzenia dalszych części artykułu. Celem nadzoru prewencyjnego jest zapobieganie powstaniu określonego stanu rzeczy, który zdaniem organu nadzorczego jest niewłaściwy [25, 203]. Instytucja ta za swoje główne zadanie ma wkroczenie organu nadzorczego jeszcze przed rozpoczęciem działalności przez podmiot nadzorowany i zapobiegnięcie nieprawidłowościom [22, 260-261]. I tak, A. Chełmoński podkreślił, że celem nadzoru prewencyjnego jest zbadanie przez organy administracji publicznej, czy istniejący stan faktyczny jest zgodny z ustalonym wzorcem normatywnym. Końcowym rezultatem działań nadzorczych są decyzje, które mają wszystkie podstawowe cechy decyzji administracyjnych. Wydawane są one bowiem w indywidualnej sprawie z zakresu administracji publicznej i dotyczą przyznania prawa o charakterze wolnościowym. Autor zwraca uwagę, że wydanie tych aktów administracyjnych poprzedzone jest postępowaniem wyjaśniającym mającym na celu dostarczenie materiału dotyczącego stanu faktycznego sprawy [26, 24]. Przeciwnieństwem nadzoru prewencyjnego jest nadzór bieżący. Działalność organów administracji publicznej wykonywana w ramach tej instytucji ukierunkowana jest na zachowanie podmiotów nadzorowanych w toku już podjętej działalności.

T. Kocowski scharakteryzował instytucję zapobiegawczego nadzoru reglamentacyjnego. Autor ten zaznacza, że instytucja ta występuje na etapie poprzedzającym podjęcie danej działalności gospodarczej. Podmiot, który jest zainteresowany uzyskaniem uprawnienia do jej podjęcia i wykonania, poddany zostaje procedurze sprawdzającej w zakresie spełnienia warunków niezbędnych do jego uzyskania. Według T. Kocowskiego struktura prewencyjnego nadzoru reglamentacyjnego „tworzona będzie przez szereg skorelowanych ze sobą elementów w specyficzny sposób kształtujących pozycję podmiotu reglamentowanego. Ten swoisty układ obejmować będzie relacje organizacyjne zachodzące pomiędzy podmiotem nadzorującym i nadzorowanym, przesłanki sprawowania nadzoru, jego fazy oraz skutki, jakie powstają po stronie podmiotu reglamentowanego.” [16, 340 — 341]. Cytowany autor słusznie podkreśla, że ów układ regulowany jest głównie

przepisami administracyjnego prawa materialnego oraz prawa procesowego [4, *passim*]. Natomiast rolę pomocniczą i uzupełniającą w jego kształtowaniu ogrywiają przepisy prawa ustrojowego [16, 341].

Przeciwieństwem nadzoru prewencyjnego jest nadzór bieżący. Działalność organów administracji publicznej wykonywana w ramach tej instytucji ukierunkowana jest na zachowanie podmiotów nadzorowanych w toku już podjętej działalności. Polega na wyeliminowaniu oraz sankcjonowaniu naruszeń administracyjnego prawa materialnego w toku wykonywanej działalności. Należy pamiętać, że o ile nadzór zapobiegawczy składa się zawsze z dwóch faz — kontrolnej i decyzyjnej (rozstrzygnięcia), o tyle w bieżącym zawsze musi wystąpić faza kontrolna, natomiast to czy wystąpią kolejne: fazy (decyzyjna) oraz egzekucyjna (egzekucja administracyjna decyzji), zależy od wyników kontroli, a potem od zachowania samego nadzorowanego przedsiębiorcy.

Nadzór nad działalnością gospodarczą koncesjonowaną w sektorze lotniczym. Z regulacją sektora lotniczego związana jest również kwestia nadzoru i kontroli nad działalnością gospodarczą [3, 17-21; 7, 61-74; 20, 163]. Swoboda wykonywania działalności gospodarczej w zakresie lotnictwa cywilnego została ograniczona wymogiem uzyskania koncesji lub zezwolenia. Organem uprawnionym do udzielania tych pozwoleń administracyjnoprawnych zgodnie z ustawą z dnia 3 lipca 2002 r. — Prawo lotnicze (Dz. U. z 2002Nr 130, poz. 1112 z późn. zm. Dalej: u.p.l) jest Prezes ULC.

Pierwszym pozwoleniem, o którym chciałbym wspomnieć jest koncesja w zakresie przewozu lotniczego. Koncesja dotyczy prawnej reglamentacji działalności gospodarczej, polegającej na wyrażeniu przez właściwy organ administracji publicznej zgody na podjęcie i wykonywanie, w określonej dziedzinie [28, 253], działalności gospodarczej w zakresie i na warunkach określonych w koncesji i w odrębnych przepisach prawnych [28, 254].

W doktrynie prawa publicznego gospodarczego obowiązek jej uzyskania postrzega się jako najdalej idące — po ustanowieniu monopolu prawnego — przedmiotowe ograniczenie wolności gospodarczej [17, 208; 23, 22-23]. W sensie prawnym koncesja stanowi rodzaj pozwolenia administracyjnego (w formie decyzji administracyjnej) [14, 7], które dla swego adresata jest źródłem publicznego prawa podmiotowego do podjęcia danej działalności gospodarczej [15, 371]. Prawo to, stanowiąc tytuł legitymujący przedsiębiorcę do rozwijania działalności gospodarczej w określonym kierunku, zostaje objęte domniemaniem trwałości i podlega ochronie wynikającej z prawnych gwarancji wolności gospodarczej [15, 371-372]. Prawna ochrona wolności gospodarczej implikuje istnienie po stronie przedsiębiorców publicznego prawa podmiotowego o charakterze negatywnym (prawa wolnościowego), którego treść stanowi możliwość domagania się od organów władzy publicznej powstrzymania się (zaprzestania) bezprawnej ingerencji w sferę legalnie wykonywanej działalności gospodarczej [13, 254; 33, 46]. Wynikające z koncesji uprawnienie do podjęcia i prowadzenia określonej działalności gospodarczej także zostaje objęte tą formą ochrony prawnej [11, 297].

Podmiotem mogącym ubiegać się o uzyskanie koncesji w zakresie przewozu lotniczego może być przedsiębiorca będący polską osobą fizyczną lub prawną, a

osoba zagraniczna tylko wówczas, gdy przewiduje to umowa międzynarodowa ratyfikowana przez Rzeczpospolitą Polską. Z obowiązku uzyskania koncesji jest zwolniony przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w zakresie: lotów lokalnych oraz przewozu lotniczego wykonywanego wyłącznie przy użyciu statków powietrznych bezsilnikowych lub o maksymalnej masie startowej (MTOM) do 495 kg. (zob. art. 164 u.p.l.)

Przedsiębiorca, który zamierza rozpocząć wykonywanie koncesjonowanej działalności zobligowany jest do złożenia wniosku o udzielenie koncesji. Powinien on m.in. zawierać: oznaczenie przedsiębiorcy, jego siedzibę i adres oraz główny ośrodek działalności przedsiębiorstwa; numer w rejestrze przedsiębiorców; określenie rodzaju i zakresu wykonywania zamierzonej działalności gospodarczej. Normodawca wskazuje, że do takiego wniosku należy dołączyć dodatkowe dokumenty, t.j. oświadczenie wnioskodawcy, że nie zgłoszono wniosku o ogłoszenie upadłości przedsiębiorcy oraz że nie znajduje się on w stanie likwidacji oraz dokumenty potwierdzające spełnienie wymogów finansowych (zob. art. 165 u.p.l.). Co ważne, Prezes ULC może zobowiązać wnioskodawcę do przedstawienia w wyznaczonym terminie dodatkowych danych i dokumentów mogących uprawdopodobnić, że spełni on warunki wykonywania działalności gospodarczej, które będą określone w koncesji lub wynikają z właściwych przepisów. Stanowi to przejaw nadzoru prewencyjnego, który może zapobiec nieprawidłowościom w późniejszym wykonywaniu działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę.

Swójstem instrumentem związanym z nadzorem zachowawczym jest zatwierdzenie koncesji. Występuje on w kilku przypadkach wskazanych w u.p.l. I tak na uwagę zasługuje fakt, że w przypadku zmiany co najmniej jednego elementu wpływającego na sytuację prawną przewoźnika lotniczego, w szczególności w przypadku łączenia lub przejęcia, Prezes ULC może wezwać przewoźnika lotniczego do przedstawienia koncesji do zatwierdzenia. Koncesję uważa się natomiast za zatwierdzoną, jeżeli po przeprowadzonej analizie przedstawionej przez przewoźnika dokumentacji Prezes ULC nie cofnie, nie ograniczy zakresu lub nie zawiesi koncesji przewoźnika lotniczego w terminie 30 dni od dnia potwierdzenia przez Prezesa ULC otrzymania pełnej dokumentacji niezbędnej do zatwierdzenia koncesji. W sprawach szczególnie skomplikowanych Prezes ULC może przedłużyć ten termin (zob. art. 167 a u.p.l.).

Pojawia się jeszcze jeden bardzo istotny element związany z przedmiotowym nadzorem [21, 332; 31, 235] — zmiany, ograniczenia zakresu, cofnięcia koncesji, zawieszenia na określony czas, wydania koncesji tymczasowej. Szczególne znaczenie odgrywa ostatni przypadek. Prezes Urzędu może wydać podmiotowi spełniającemu warunki, o których mowa w art. 9 ust. 1 rozporządzenia nr 1008/2008/WE, koncesję tymczasową, po uprzednim zawieszeniu koncesji na czas ważności koncesji tymczasowej. W celu potwierdzenia spełnienia warunków określonych w art. 9 ust. 1 rozporządzenia nr 1008/2008/WE (Zob. Rozporządzenie Parlamentu i Rady 1008/2008 z dnia 24 września 2008 r. w sprawie wspólnych zasad wykonywania przewozów lotniczych na terenie Wspólnoty (Dz.U.UE.L.2008.293.3), przewoźnik lotniczy przedstawia Prezesowi ULC program naprawczy potwierdzający realną perspektywę poprawy sytuacji finansowej przewoźnika w okresie 12 miesięcy. Po

upływie ważności koncesji tymczasowej Prezes ULC bez zbędnej zwłoki stwierdza wygaśnięcie decyzji o zawieszeniu koncesji. Istotnym jest fakt, że w przypadku niewykazania przez przewoźnika lotniczego, któremu przyznano koncesję tymczasową, że spełnia on objęte nią i przepisami prawa warunki, Prezes ULC cofa koncesję (zob. art. 171 u.p.l.).

Można również zwrócić uwagę na fakt, że przewoźnik lotniczy jest zobowiązany do przekazywania Prezesowi ULC kopii aktualnego dokumentu potwierdzającego objęcie go ważnym ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej oraz kopii dokumentu dotyczącego kolejnego okresu ubezpieczenia o tym samym zakresie co dotychczasowe. W przypadku nieprzedstawienia kopii, Prezes ULC wzywa przewoźnika do uzupełnienia dokumentacji w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, a w przypadku nieprzedstawienia jej w tym terminie zawiesza koncesję przewoźnika lotniczego do czasu dostarczenia kopii dokumentu, nie dłużej niż na okres 3 miesięcy. Jeżeli przewoźnik lotniczy nie przedstawi kopii dokumentu, w okresie, na jaki została zawieszona koncesja, Prezes ULC bez zbędnej zwłoki cofa koncesję (zob. art. 171 a u.p.l.). Można wskazać także na kolejną kompetencję Prezesa ULC w zakresie cofnięcia lub zawieszenia koncesji. Powinien on wydać decyzję administracyjną ze wskazanym rozstrzygnięciem bez zbędnej zwłoki w przypadku odpowiednio cofnięcia albo zawieszenia certyfikatu przewoźnika lotniczego (AOC). Certyfikat przewoźnika lotniczego (AOC) „oznacza certyfikat wydany przedsiębiorstwu, potwierdzający, że przewoźnik ten posiada kwalifikacje zawodowe i organizacyjne, pozwalające zapewnić bezpieczeństwo operacji określonych w certyfikacie, zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa wspólnotowego lub krajowego” (art. 2 pkt 8 rozporządzenia 1008/200; zob. art. 171 a ust. 6 u.p.l.).

Na koniec tej części artykułu można wspomnieć, że w przypadku pojawienia się wyraźnych oznak problemów finansowych przewoźnika lotniczego, lub w razie otwarcia postępowania upadłościowego przeciwko przewoźnikowi lotniczemu posiadającemu koncesję wydaną przez Prezesa ULC, bez zbędnej zwłoki dokonuje on szczegółowej oceny sytuacji finansowej przewoźnika. W tym celu przewoźnik przedstawia, na żądanie Prezesa ULC poddane kontroli biegłego rewidenta sprawozdania finansowe oraz inne wskazane dokumenty. Prezes ULC zawiesza albo cofa koncesję w przypadkach określonych w rozporządzeniu nr 1008/2008/WE:

Nadzór nad działalnością gospodarczą objętą zezwoleniem w sektorze lotniczym. Kolejnym instrumentem jurydycznym, który związany jest z nadzorem Prezesa ULC jest zezwolenie. Jest to pozwolenie administracyjne, które stanowi środek reglamentacji działalności gospodarczej [30, 50]. Jego pierwowzorem jest przewidziany w systemie francuskim obowiązek uzyskania upoważnienia lub upoważnienia uprzedniego władzy publicznej do prowadzenia określonej działalności [9, 11-12] lub spełnienia ustawowych warunków, które są niezbędne do podjęcia i prowadzenia danego rodzaju działalności [28, 261].

Institucja zezwolenia oznacza dopuszczenie przedsiębiorcy do wykonywania określonej działalności po uprzednim stwierdzeniu, że przedsiębiorca spełnia określone prawem warunki wykonywania tej działalności. Zezwolenie podobnie jak koncesja jest źródłem publicznego prawa podmiotowego o charakterze negatywnym do wykonywania działalności gospodarczej objętej obowiązkiem jego uzyskania

[18, 262]. Warto zaznaczyć, że zezwolenie stanowi warunek podjęcia i prowadzenia działalności gospodarczej, gdy zachodzi konieczność ochrony życia lub zdrowia ludzi, stworzenia gwarancji ochrony zaufania publicznego, tajemnicy państwowej, bezpieczeństwa i porządku publicznego. Udzielanie zezwolenia służy administracji publicznej do kontroli działalności gospodarczej [28, *passim*]. Wraz z uzyskaniem zezwolenia zostaje spełniona pozytywna cecha działalności gospodarczej — jej prawna dopuszczalność, co oznacza, że może ona korzystać z ochrony prawnej [28, 204].

Bardzo ważne znaczenie ma fakt, że uzyskanie zezwolenia na działalność gospodarczą może być ustanowione tylko w ustawie. W art. 75 u.s.d.g. normodawca enumeratywnie wymienia akty prawne, w których zostały zawarte przepisy dotyczące omawianej instytucji. Ustawy te respektują zasadę dostępności działalności gospodarczej dla każdego na równych prawach, ale czynią od niej wyjątki. Mogą być one sformułowane w sposób bezpośredni — poprzez wskazanie podmiotów, które mogą ubiegać się o wydanie zezwolenia oraz w sposób pośredni — poprzez takie sformułowanie warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, które czynią ją dostępną tylko dla określonej grupy osób [18, 262].

Zgodnie z art. 173 u.p.l. uzyskania zezwolenia wymaga wykonywanie działalności gospodarczej na lotniskach użytku publicznego w zakresie: zarządzania lotniskiem; obsługi naziemnej statków powietrznych, załóg, pasażerów i ładunku, wykonywanej na rzecz przewoźników lotniczych i innych użytkowników statków powietrznych. Warunkiem wydania zezwolenia na rozpoczęcie i prowadzenie takiej działalności, jest posiadanie przez przedsiębiorcę odpowiedniego certyfikatu. Sam proces certyfikacji przeprowadzany jest na wniosek zainteresowanego podmiotu przez Prezes ULC. Wydaje on certyfikat, w którym określa nazwę podmiotu, zakres prowadzonej działalności, warunki jej prowadzenia oraz termin, na jaki certyfikat jest wydawany (zob. art. 160, 161 u.p.l.).

Wniosek o udzielenie zezwolenia powinien zawierać: oznaczenie przedsiębiorcy, jego siedzibę oraz adres; numer w rejestrze przedsiębiorców; określenie rodzaju działalności; miejsce wykonywania działalności (lotnisko). Do wniosku przedsiębiorca zobowiązany jest dołączyć m.in. plan gospodarczy przedsiębiorstwa obejmujący co najmniej 2 lata działalności: wykazujący w sposób wiarygodny, że przedsiębiorca jest w stanie wypełnić istniejące i prawdopodobne przyszłe zobowiązania finansowe w okresie 24 miesięcy od dnia rozpoczęcia działalności, zawierający informacje dotyczące struktury kapitałowej, płynności finansowej przedsiębiorstwa, źródeł finansowania działalności, powiązań finansowych udziałowców lub akcjonariuszy z inną działalnością, prognoz przepływów finansowych związanych z wykonywaniem działalności; oraz dokument potwierdzający, że osobom zarządzającym działalnością przedsiębiorstwa nie cofnięto koncesji w okresie ostatnich 5 lat przed złożeniem wniosku oraz spełniają one wymóg dobrej reputacji, z tym że wymóg dobrej reputacji nie jest spełniony przez osoby, które zostały skazane prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwa umyślne karne skarbowe, przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, bezpieczeństwu powszechnemu, mieniu, obrotowi gospodarczemu, obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi, prawom osób wykonujących pracę zarobkową, wiarygodności dokumentów, a także dokumenty potwierdzające, że przedsiębiorstwo

jest objęte ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej za szkody związane z przewozem lotniczym i ruchem statków powietrznych.

Trzeba zaznaczyć, że Prezes ULC może odmówić udzielenia zezwolenia w zakresie zarządzania lotniskiem lub ograniczyć w zezwoleniu przedmiot, zakres lub obszar działalności w stosunku do wniosku o udzielenie zezwolenia ze względu na zagrożenie bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego lub zdrowia publicznego. Ponadto cofa on przedmiotowe pozwolenie jeżeli: wydano prawomocne orzeczenie zakazujące przedsiębiorcy wykonywania działalności gospodarczej objętej zezwoleniem; przedsiębiorca nie rozpoczął działalności objętej zezwoleniem w oznaczonym terminie albo zaprzestał prowadzenia działalności objętej zezwoleniem; otwarto likwidację przedsiębiorcy albo nastąpiła jego upadłość; przedsiębiorca nie spełnia warunków określonych w ustawie. Przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w zakresie zarządzania lotniskiem użytku publicznego jest obowiązany m.in: zachowywać warunki prowadzenia działalności określone w decyzjach administracyjnych Prezesa ULC; zgłaszać Prezesowi Urzędu zmiany danych zawartych w wydanych przez Prezesa Urzędu decyzjach administracyjnych dotyczących tego podmiotu; przekazywać do wiadomości Prezesa ULC, w terminie 7 miesięcy od zakończenia roku obrotowego, sprawozdanie z działalności oraz roczne sprawozdanie finansowe za poprzedni rok obrotowy, wraz z opinią biegłego rewidenta, jeżeli obowiązek sporządzania i poddania sprawozdania badaniu wynika z przepisów o rachunkowości, a na żądanie Prezesa ULC — inne informacje i dokumenty istotne dla oceny działalności przedsiębiorstwa w latach następnych; zapewniać użycie właściwego, specjalistycznego sprzętu oraz powierzać czynności w zakresie prowadzonej działalności osobom posiadającym odpowiednie kwalifikacje; zawiadamiać Prezesa ULC o zamierzonym zawieszeniu lub zakończeniu działalności; umożliwić osobom uprawnionym przeprowadzanie kontroli działalności jego przedsiębiorstwa; powiadamiać Prezesa Urzędu, z wyprzedzeniem co najmniej 14 dni, o zamiarze nabycia lub objęcia akcji lub udziałów (zob. art. 175 u.p.l.)

Normodawca przewidział także przypadek fakultatywnego cofnięcia lub zmiany zakresu zezwolenia. Decyzja taka może zostać wydana przez Prezesa ULC ze względu na zagrożenie bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego lub zdrowia publicznego (zob. art. 175 u.p.l.).

Ciekawym jest przykład, że w sferze wykonywania działalności gospodarczej w zakresie obsługi naziemnej statków powietrznych, załóg, pasażerów i ładunku, wykonywanej na rzecz przewoźników lotniczych i innych użytkowników statków powietrznych Prezes ULC może odmówić wydania zezwolenia albo zawiesić wydane zezwolenie w odniesieniu do przedsiębiorcy pochodzącego z państwa trzeciego, jeżeli państwo to w zakresie dostępu do rynku obsługi naziemnej: nie traktuje użytkowników lotniska wykonujących obsługę naziemną pochodzących z Rzeczypospolitej Polskiej w sposób porównywalny do tego, w jaki Rzeczpospolita Polska traktuje podmioty pochodzące z tego państwa; nie traktuje użytkowników lotniska wykonujących obsługę naziemną pochodzących z Rzeczypospolitej Polskiej w sposób porównywalny do tego, w jaki państwo to traktuje podmioty własne; traktuje w sposób uprzywilejowany wykonujących obsługę naziemną użytkowników lotniska

pochodzących z innych państw trzecich niż podmioty pochodzące z Rzeczypospolitej Polskiej (zob. art. 181 a u.p.l.).

Wnioski. Nadzór nad gospodarczą działalnością lotniczą wymaga systemowego traktowania, zaś działania systemowe powinny obejmować środki prawne i ekonomiczne. Działania nadzorcze polegają na wykrywaniu sytuacji, w których dochodzi do naruszeń podstawowych wartości, a następnie podejmowane są starania, aby zapobiec dalszym naruszeniom. Polegają one na oddziaływaniu stworzonym na bazie aksjologicznego obrazu organów tworzących i stosujących prawo. Natomiast właściwy kierunek prewencji tworzony jest wynikiem ocen normodawcy. Wyznacznikiem prawidłowości nadzoru prewencyjnego jest możliwość weryfikacji określonych przepisów pod względem ich realizacji, a zapobieganie prewencyjne jest związane z systemem podejmowania decyzji w interesie publicznym. Warto wspomnieć, że przepisy o charakterze prewencyjnym muszą być wzmocnione przez metody działania mające skutek zapobiegawczy. Trzeba pamiętać, że bez skutecznej prewencji nie będzie możliwe wyeliminowanie patologii w życiu gospodarczym, która doprowadza do stopniowej degradacji społeczeństwa i państwa prawa. Warto również zauważyć, że nadzór prewencyjny jest w odniesieniu do działalności z zakresu przewozów lotniczych i jej towarzyszącej bardzo rozbudowany (wykonywane poprzez takie instytucje jak: koncesje), a w ślad za nim także nadzór bieżący na etapie już wykonywanej działalności, głównie z względu na poczebę ochrony podstawowych wartości o charakterze egzystencjalnym takich jak — życie, czy zdrowie człowieka (realizując funkcję policji administracyjnej).

Bibliography:

1. **J. Boć**, Organizacja prawna administracji [w:] J. Boć (red.), Prawo administracyjne, Wrocław 2003
2. **J. Carpentier**, L'Aéronautique: un siècle de progrès (B. Saint-Girons, Mélanges Pierre Vellas — Recherches et réalisations Paris 1995
3. **N. Chapié-Granier**, Les aéroports commerciaux entre économie administrée et économie de marché, Aix-en-Provence 2006
4. **A. Chelmoński**, Typy norm materialnego prawa administracyjnego i ich rola w kształtowaniu sytuacji prawnej jednostki, Przegląd Prawa i Administracji II, Acta Universitatis Wratislaviensis nr 167, Wrocław 1972
5. **A. Chelmoński**, Nadzór policyjny i reglamentacyjny w administracyjnym prawie gospodarczym[w:] L. Kieres , Administracyjne prawo gospodarcze, Wrocław 2009
6. **P. Chmielnicki**, Akty nadzoru nad działalnością samorządu terytorialnego, Warszawa 2006,
7. **V. Correia**, Le cadre réglementaire européen relatif à la sécurité des activités aéronautiques viviles [w:] P. Achilleas. W. Mikalef, Pratiques juridiques dans l'industrie aeronautique et spatiale, Paris 2014
8. **Y. Gaudemet**, Droit administratif, Paris 2005
9. **J. Gola**, Charakter prawny zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej (w:) L. Kieres (red.), Środki prawne publicznego prawa gospodarczego, Wrocław 2007

10. **J. Gola**, M. Przybylska [w:] A. Błaś, J. Boć (red.), Stan i kierunki rozwoju nauk administracyjnych Wrocław 2014
11. **K. Horubski, G. Klich**, Konflikty na tle udzielania ograniczonej liczby koncesji [w:] M. Tabernacka, R. Raszevska-Skałeczka (red.), Płaszczyzny konfliktów w administracji publicznej, Warszawa 2010
12. **J. Jagielski**, Kontrola administracji publicznej, Warszawa 2007
13. **W. Jakimowicz**, Publiczne prawa podmiotowe, Kraków 2002
14. **B. Jaworska-Dębska**, Charakter prawny koncesji na działalność gospodarczą, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego nr 3/1994
15. **K. Kiczka**, Administracyjnoprawne środki kształtowania sytuacji prawnej przedsiębiorców [w:] L. Kieres, Administracyjne prawo gospodarcze, Wrocław 2009
16. **T. Kocowski**, Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym, Wrocław 2009
17. **C. Kosikowski**, Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej; Warszawa 2006
18. **C. Kosikowski**, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, Warszawa 2007
19. **S. Nicinski**, Droit public des affaires, Issy-les-Moulineaux 2014
20. **S. Piedelièvre. D. Gency-Tandonnet**, Droit des transports, Paris 2013
21. **M. Ch. Rouault**, Droit administratif et Institutions administratives, Paris 2014
22. **J. Służewski**, Nadzór i kontrola [w:] T. Bocheński, S. Gebert, J. Służewski, Rady narodowe i terenowe organy administracji państwowej, Warszawa 1977
23. **R. Sowiński**, Administracyjna reglamentacja działalności gospodarczej, Wrocław 2006
24. **M. Stahl**, Akty nadzoru jako prawna forma działania administracji [w:] A. Błaś, J. Boć, M. Stahl, K. M. Ziemiński, Prawne formy działania administracji, System prawa administracyjnego Tom 5, Warszawa 2013
25. **R. Stankiewicz**, Nadzór administracyjnoprawny jako forma relacji określająca oddziaływanie państwa na procesy koncentracji przedsiębiorców, Studia Iuridicia XLV, 2006,
26. **J. Starościk**, Decentralizacja administracji, Warszawa 1960
27. **R. Stasikowski**, Funkcja regulacyjna administracji publicznej. Studium z zakresu nauki prawa administracyjnego oraz nauki administracji, Bydgoszcz-Katowice 2009
28. **K. Strzyczkowski**, Prawo gospodarcze publiczne, Warszawa 2011
29. **J. Supernat**, Instrumenty działania administracji publicznej. Studium z nauki administracji, Wrocław 2003
30. **M. Szydło**, Koncepcja koncesji w ujęciu klasycznym i jej recepcja w prawie polskim, Państwo i Prawo z 1/2004
31. **S. Velly**, Droit administratif, Paris 2014
32. **D. Wacinkiewicz**, Kontrola i nadzór w prawie komunalnym, Warszawa 2007
33. **M. Waligórski**, Nowe prawo działalności gospodarczej, Poznań 2001
34. **J. Zimmermann**, Prawo administracyjne, Warszawa 2009.

Annotation

This article intends to analyze Polish legal supervisory instruments over airline economic activity. Author focuses, *inter alia*, on matters referring to these types of economic activity for which obtaining a concession or a permit is necessary. The article discusses both Polish and the European Union's supervisory juridical instruments.

**OBOWIĄZKI INWESTORA ZWIĄZANE Z PRZYGOTOWANIEM
INWESTYCJI JAKO ELEMENT TREŚCI UMOWY O ROBOTY
BUDOWLANE**

Aby dokonać czynności prawną podmiot prawa cywilnego musi złożyć co najmniej jedno ważne oświadczenie woli [11, 10; 23, 512; 40, 316]. Dla zawarcia ważnej umowy, konieczne jest natomiast złożenie co najmniej dwóch zgodnych oświadczeń woli [8, 200-201; 42, 16]. Regulacja sytuacji prawnej stron umowy, która zawarta jest przede wszystkim w ich oświadczeniach woli, składa się na treść umowy. Chodzi tu w szczególności o określenie świadczenia, sposobu wykonania zobowiązania, wprowadzenie dodatkowych zastrzeżeń umownych takich jak zادةk, umowne prawo odstąpienia, odstępnę czy kara umowna oraz innych podobnych elementów [16, 142; 38, 13-14]. Z powyższego wynika, że na pojęcie „treści umowy” nie składa się całość skutków prawnych dokonania tej czynności prawnej, lecz zasadniczo tylko te z nich, które stanowią efekt złożenia zgodnych oświadczeń woli przez strony umowy. Zakres treści umowy zobowiązaniowej jest więc węższy od zakresu treści stosunku zobowiązaniowego będącego skutkiem zawarcia tejże umowy, gdyż nie obejmuje, określonych w art 56 KC skutków, przewidzianych w ustawie, zasadach współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajach [20, 456; 24, 220].

Analiza treści konkretnej umowy pozwala na dokonanie przyporządkowania tej umowy do konkretnego normatywnego typu umowy. Wskazuje się, że dla dokonania tego przyporządkowania, poza analizą treści umowy, niekiedy należy również wziąć pod uwagę kwalifikację podmiotową stron umowy oraz charakter przedmiotu świadczenia [37, 191]. Wybór tych elementów treści, które zasługują na miano *essentialia negotii* nie jest jednak rzeczą prostą. Należy wyznaczyć te elementy, które zdolne są wytyczyć granice pomiędzy istniejącymi typami normatywnymi. Niekiedy będzie to pojedyncza cecha, w szczególności główny obowiązek jednej ze stron umowy (świadczenie), a w innych przypadkach odróżnienie jednej umowy od drugiej będzie możliwe dopiero po szczegółowej analizie kompleksu uprawnień i obowiązków stron umowy oraz celu umowy [37, 192-193; 32, 99]. Z. Radwański wskazuje, że z metodologicznego punktu widzenia poprawnym byłoby włączenie do zakresu tak ujmowanego *essentialia negotii* również podmiotów czynności prawnych (w tym również stron umowy) i cechujących je właściwości, które niekiedy również mają doniosłość w procesie kwalifikacji danej czynności [23, 532; 25, 250].

Kwestią odrębną jest możliwość wywoływania przez daną umowę skutków prawnych. Ta kwestia zależna jest od posiadania przez umowę pewnego minimalnego zakresu elementów swojej treści [20, 454]. Wyróżnienie tychże elementów jest jednak operacją innego charakteru niż ich podział na *essentialia*, *naturalia* i *accidentalia*, który, jak już wspomniano, służy przyporządkowaniu danej czynności prawnej do ich określonego typu normatywnego [12, 135; 23, 535; 25, 252].

Wykorzystując powyższe spostrzeżenia w kontekście umowy o roboty budowlane należy zauważyć, że jedną z podstawowych jej cech, które prezentowana jest zarówno w literaturze jak i orzecznictwie, stanowi obowiązek współdziałania stron przy wykonaniu umowy [4, 466-467]. Dawniej, gdy umowa o roboty budowlane była przeznaczona wyłącznie na użytek jednostek gospodarki społecznej, podstawą tego obowiązku był art. 386 KC, który stanowił, że jednostki te powinny ze sobą współdziałać zarówno przy zawieraniu jak i wykonywaniu umów. Wobec usunięcia instytucji jednostek gospodarki społecznej z KC i uchylecia przepisu art. 386 KC, współdziałanie to wynika obecnie z art. 354 KC oraz przepisów zawartych w tytule XVI Kodeksu, a to art. 651 i 655 KC [15, 237]. Sąd Najwyższy, w uchwale z dnia 11 stycznia 2002 r., stwierdził, że jednym z kryteriów pozwalających odróżnić umowę o roboty od umowy o dzieło jest właśnie szczególna postać współdziałania inwestora z wykonawcą w zakresie przygotowania i wykonania przedmiotu świadczenia. Przejawia się ona przede wszystkim w obowiązkach inwestora związanych z przygotowaniem inwestycji, a więc w zakresie dostarczenia projektu i przekazania terenu budowy [49, 1; 29, 1].

Zgodnie z art. 354 § 2 KC wierzyciel powinien współdziałać przy wykonywaniu zobowiązania w taki sam sposób w jaki dłużnik powinien je wykonać. Jest to obowiązek nieskonkretyzowany, którego szczegółowa treść, w wypadku umowy o roboty budowlane, wynika z uregulowania tytułu XVI, postanowień konkretnej umowy, społeczno-gospodarczego celu zobowiązania oraz zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów [21, 87].

Z art. 651 KC wynika obowiązek wykonawcy niezwłocznego zawiadomienia inwestora o niemożliwości prawidłowego wykonania umowy ze względu na dostarczoną przez inwestora dokumentację, teren budowy, maszyny lub urządzenia, które nie nadają się do prawidłowego wykonania robót. Powinien on również zawiadomić go gdy zajądą inne okoliczności, które prowadziłyby do tego samego skutku.

W razie zniszczenia lub uszkodzenia obiektu, wskutek wadliwości dostarczonych przez inwestora materiałów, maszyn lub urządzeń albo wskutek wykonania robót według wskazówek inwestora, wykonawca może żądać od inwestora wynagrodzenia lub jego odpowiedniej części jeżeli uprzedził inwestora o niebezpieczeństwie albo jeśli mimo zachowania należytej staranności nie mógł stwierdzić wadliwości dostarczonych przez inwestora materiałów, maszyn lub urządzeń (art. 655 KC).

Nieobowiązujący już art. 653 KC powoływał szczególny rodzaj współdziałania podmiotów omawianej umowy. Stanowił on, że jeśli wykonanie robót budowlanych napotyka przeszkody, zarówno zamawiający jak i wykonawca powinni podjąć, każdy w swoim zakresie, odpowiednie starania o usunięcie przeszkód pod rygorem utraty roszczenia przeciwko drugiej stronie o naprawienie szkody. Co ciekawe przepis ten wciąż jest niekiedy przywoływany w literaturze i to w kontekście wskazującym na jego dalsze obowiązywanie [27, 1322; 28, 407].

Skutki niedopełnienia przez wierzyciela obowiązku współdziałania, który wynika z art. 354 KC, nie zostały ustawowo zdefiniowane. Jak słusznie zauważa Piotr Machnikowski, zwykle takim skutkiem jest zwłoka wierzyciela, która

umożliwia dłużnikowi dochodzenie naprawienia wyrządzonej mu przez nią szkody oraz uprawniająca go do złożenia przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego. W szczególności, w przypadku umowy o roboty budowlane, dłużnik może domagać się pokrycia przez wierzyciela dodatkowych kosztów, które wynikają ze spiętrzenia czy też konieczności przyspieszenia wykonania robót wobec opóźnienia się przez wierzyciela z wykonaniem swoich obowiązków w zakresie współdziałania z dłużnikiem. Brak współdziałania, uniemożliwiający dłużnikowi wykonanie zobowiązania w terminie, wyłącza bowiem możliwość uznania jego opóźnienia za zwłokę gdyż nastąpiło ono z przyczyn, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (art. 476 K.C.). Wierzyciel musi się więc liczyć z koniecznością przedłużenia terminu wykonania robót i ponieść wynikające z tego koszty [47, 1].

Należy zauważyć, iż dłużnik nie może przymusowo dochodzić spełnienia przez wierzyciela jego obowiązku współdziałania. Czynności współdziałania wierzyciela, np. w postaci dostarczenia projektu czy też przekazania terenu budowy, nie stanowią bowiem przedmiotu świadczenia wierzyciela, którego można by się domagać. Wynika to zasadniczo z faktu, iż negatywne skutki jego braku zwykle obciążają samego wierzyciela [13, 156-157], a w pozostałych przypadkach dłużnikowi służą wspomniane wyżej uprawnienia wynikające ze zwłoki wierzyciela [21, 88-89].

Na gruncie art. 647 K.C., dostarczenie projektu należy do elementów przedmiotowo istotnych umowy o roboty budowlane [50, 1; 14, 108; 26, 1059]. Nieobowiązujące już ogólne warunki umów, nie zawierały w definicji umowy budowlanej wyszczególnienia tego elementu. Ostatnia wersja tych przepisów obowiązywała mocą uchwały nr 11 Rady Ministrów z dnia 11 lutego 1983 r. w sprawie ogólnych warunków umów o prace projektowe w budownictwie oraz o wykonywanie inwestycji, robót i remontów budowlanych (M.P. Nr 8, poz. 47 ze zm.). Paragraf drugi ustęp pierwszy tej regulacji stanowił jedynie, że zamawiający zobowiązuje się do dokonania określonych przez właściwe przepisy lub umowę czynności związanych z przygotowaniem wykonania przedmiotu umowy. W § 3 określono zaś możliwość ustalenia wzajemnych obowiązków, nie wymienionych w § 2 ust. 1, w łączącej strony umowie. Wynika z tego, że umowę, w której wykonawca zobowiązywał się także np. do przygotowania projektu, kwalifikowano jako umowę budowlaną. Jednakże przedstawiciele doktryny zauważali fakt, iż *de lege lata* nie można kwalifikować takiej umowy jako umowy o roboty budowlane w rozumieniu K.C. Postulowano więc dostosowanie przepisów K.C., które ustanowiono jeszcze zanim wykształcił się w obrocie społecznym system generalnego realizatorstwa, do regulacji ogólnych warunków umów. W ten sposób wszystkie umowy budowlane można by było kwalifikować jako umowy o roboty budowlane w rozumieniu K.C. W doktrynie postulowano również traktowanie umowy, w której to wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia projektu jako umowy o roboty budowlane z rozszerzonym zakresem obowiązków wykonawcy [22, 122; 29, 1]. Uzasadniano to wynikami wykładni celowościowej i funkcjonalnej, które w tym zakresie powinno się przedkładać przed wynik wykładni językowej artykułu 647 K.C. [7, 192]. Opinie takie wciąż są podzielane przez część doktryny [33, 436]. Jednakże, jak dotąd, art. 647 K.C. nie doczekał się zmian w tym zakresie, przestały natomiast obowiązywać ogólne warunki umów. Umowa o generalną realizację inwestycji jest obecnie wyłącznie

konstrukcją praktyczną nie znajdującą już oparcia w przepisach prawa pozytywnego. Wnioskować więc należy, że dostarczenie projektu jest według art. 647 KC obowiązkiem inwestora należącym do elementów przedmiotowo istotnych umowy o roboty budowlane. Nie zawsze istnieje jednak konieczność dostarczenia projektu wykonanego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 290). Obowiązek ten nakłada się wyłącznie gdy na wykonanie obiektu konieczne jest uzyskanie pozwolenia na budowę. W pozostałych przypadkach wystarczyć może zwykły szkic lub rysunek. Taka wykładnia wydaje się słuszna gdy weźmie się pod uwagę treść art. 658 KC, który nakazuje stosować przepisy tytułu XVI do remontu budynku lub budowli gdzie przeciw projekt w rozumieniu prawa budowlanego nie jest wymagany (art. 29 ust 2 pkt. 1 Prawa budowlanego). Umowy, w której inwestor zleca wykonawcy wykonanie robót, nie dostarczając mu jednocześnie ich projektu, choćby w podanym wyżej znaczeniu, nie należy, moim zdaniem, kwalifikować jako umowy o roboty budowlane, ale jako umowę o charakterze mieszanym, gdzie do wykonania robót budowlanych stosuje się przepisy tytułu XVI KC. W przypadku zobowiązania się do wykonania innych rezultatów niż obiekt, np. projektu budowlanego, zastosowanie znalazłyby przepisy regulujące umowę o dzieło, a gdy wykonawca zobowiązałby się dodatkowo do dokonania w imieniu inwestora czynności prawnych, np. uzyskania pozwolenia na budowę, należałoby stosować przepisy regulujące umowę zlecenia. Za tą koncepcją opowiada się np. A. Kidyba [10, 869], S. Brzeszczyńska [3, 145], W. Białończyk [1, 179] czy T. Szczurowski [31, 52]. Tak też np. Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 20 kwietnia 1995 r. [43, 1]. Prawne zakwalifikowanie projektu jako elementu umowy (art. 649 KC w zw. z art. 648 KC) warunkuje zwykle jego istnienie i znajomość przez strony już w momencie zawierania umowy o roboty budowlane. Wynika to zwłaszcza z faktu, iż dopiero z dokumentacji projektowej wynika właściwy zakres obowiązków wykonawcy, który warunkuje przeciw wysokości należnego mu wynagrodzenia ryczałtowego. Błędem wydaje się więc kwalifikowanie umowy o generalną realizację inwestycji jako umowy o dzieło [48, 1; 2, 115], gdyż prowadziłyby to do sytuacji, w której wykonanie inwestycji budowlanych, często o dużych rozmiarach, podlegałoby raz przepisom umowy o roboty budowlane, a raz przepisom umowy o dzieło gdzie występują np. krótsze terminy przedawnienia [37, 198]. Pojawiają się jednak w tej kwestii zdania odrębne, prezentowane np. przez J. Strzępkę i E. Zielińską [30, 598-599].

Natomiast za w pełni zgodną z treścią art 647 KC należy uznać sytuację, w której pomiędzy inwestorem a wykonawcą zawarte zostają dwie umowy. W takim przypadku, zamiast jednej umowy o charakterze mieszanym strony zawierałyby dwa osobne kontrakty. W pierwszym z nich inwestor zobowiązywałby przyszłego wykonawcę do dostarczenia mu projektu budowlanego obiektu przekazując mu wcześniej tzw. dane wyjściowe do projektowania [38, 183]. Na dane te składają się: program inwestycji, miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego, a w razie jego braku zwykle decyzja o warunkach zabudowy terenu oraz inne wymagane przepisami prawa decyzje i stanowiska odpowiednich organów lub jednostek organizacyjnych. Zwykle konieczne jest także przekazanie dokumentacji geodezyjno-kartograficznej i geologiczno-inżynierskiej [38, 183].

W takich okolicznościach mogłyby zaistnieć dwa warianty. Po pierwsze wykonawca, posiadający odpowiednie uprawnienia i możliwości techniczne, mógłby – bazując na przekazanej przez inwestora dokumentacji - przygotować ten projekt we własnym zakresie. Po drugie wykonawca mógłby zlecić wykonanie projektu innemu podmiotowi.

Druga umowa byłaby już właściwą umową o roboty budowlane. W umowie tej inwestor zobowiązywałby się, między innymi, do dostarczenia dokumentacji projektowej, zaś wypełnieniem tego obowiązku byłby moment ostatecznej zgody na, przedstawiony mu przez wykonawcę, projekt.

W wypadku gdyby inwestor nie zaakceptował projektu przedstawionego mu przez wykonawcę lub też doszłoby do niewykonania lub nienależytego wykonania pierwszej umowy, umowa o roboty budowlane pozostawałaby ważna, a inwestor, aby wywiązać się ze swoich obowiązków, musiałby jedynie zawrzeć umowę o prace projektowe z inną jednostką projektowania.

Konstrukcję dwóch odrębnych umów należy uznać za w pełni dopuszczalną gdyż sprawą oczywistą jest, że inwestor zwykle i tak nie będzie samodzielnie wykonywał projektu budowlanego ale jego wykonanie zleci innemu podmiotowi. Nie można wykluczać sytuacji, w której takim podmiotem będzie właśnie przyszły wykonawca obiektu. W świetle art. 647 KC niedopuszczalne jest jednak aby obowiązek dostarczenia projektu został nałożony na wykonawcę w samej umowie o roboty budowlane. Odmienne stanowisko wyraża M. Gutowski. Uważa on, iż konstrukcję, w której należy zawrzeć dwa odrębne kontrakty, należy uznać za sztuczną, a w opisywanej sytuacji doszłoby do zawarcia umowy o dzieło, z czym jednak nie należy się zgodzić [9, 82].

Ostatnim z omawianych w tym artykule obowiązków, składających się na treść umowy o roboty budowlane, jest obowiązek inwestora przekazania wykonawcy terenu budowy. Zgodnie z opinią E. Zielińskiej [41, 348] definicja terenu budowy zawarta w Prawie budowlanym może zostać wykorzystana przy interpretacji przepisów KC regulujących umowę o roboty budowlane [38, 240]. Zgodnie z art. 3 pkt. 10 Prawa budowlanego teren budowy to przestrzeń, w której prowadzone są roboty budowlane, wraz z przestrzenią zajmowaną przez urządzenia zaplecza budowy. W związku z istnieniem różnych typów umów budowlanych, należy zaznaczyć, iż przekazanie wykonawcy tak rozumianego terenu budowy wystąpi tylko w przypadku zawarcia niektórych z nich. Wystąpi ono więc w tych sytuacjach generalnego realizatorstwa, w których na realizatora nie zostanie nałożony obowiązek nabycia terenu pod budowę. W takiej sytuacji, która upodabnia omawianą umowę do umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, generalny realizator dokonywać będzie praktycznie wszystkich czynności, które ustawa nakłada na inwestora. Ten ostatni musi jedynie zapłacić cenę i odebrać obiekt [5, 113]. Przekazanie całości terenu budowy będzie też miało miejsce w wypadku umowy o generalne wykonawstwo. Natomiast w wypadku umowy o wykonawstwo częściowe i podwykonawstwo dojdzie jedynie do udostępnienia tzw. frontu robót, co nie pociągnie za sobą zmiany podmiotu władającego terenem. W takiej sytuacji nie nastąpią skutki przejścia terenu budowy określone w art. 652 KC [7, 79-80]. Ponadto, w wypadku umowy zawartej z podwykonawcą, za szkody wynikłe na terenie budowy

odpowiadał będzie przed inwestorem generalny wykonawca i to on będzie wprowadzał podwykonawców na teren budowy i udostępni im oznaczony front robót [15, 238].

Zgodnie z art. 22 pkt. 1 Prawa budowlanego przekazanie terenu budowy powinno się odbyć protokolarnie. Kodeks cywilny nie przewiduje takiego wymogu, uzależniając jednak od protokolarnego przejęcia terenu budowy przejście na wykonawcę ryzyka odpowiedzialności za szkody wynikłe na tym terenie. Odpowiedzialność za ewentualne szkody trwa aż do momentu oddania obiektu przez wykonawcę. Pisemne (protokolarne) przejęcie terenu budowy nie zostało tu więc zastrzeżone pod rygorem nieważności ale dla wywołania określonych skutków - przejścia odpowiedzialności na wykonawcę. Pomiędzy regulacją kodeksową i Prawa budowlanego zachodzą także inne różnice. Po pierwsze zgodnie z KC przekazanie terenu budowy następuje pomiędzy wykonawcą, a inwestorem natomiast Prawo budowlane zamiast wykonawcy wymienia kierownika budowy. Wyznaczenie kierownika budowy wymagane jest gdy konieczne jest uzyskanie pozwolenia na budowę, a obowiązek zapewnienia aby został on wyznaczony ciąży na inwestorze (art. 42 ust. 1 Prawa budowlanego).

W sytuacji gdy wykonanie robót wymaga uzyskania pozwolenia na budowę możliwe są dwa warianty. Inwestor może w umowie o roboty budowlane zawartej z wykonawcą zobowiązać go do wyznaczenia kierownika budowy. W tym wypadku kierownika budowy i wykonawcę łączyć będzie stosunek obligacyjny, a przekazanie terenu budowy tak ustanowionemu kierownikowi będzie można traktować jako równoczesne przekazanie go wykonawcy, gdyż będzie to osoba wyznaczona właśnie przez niego. Inwestor wywiąże się zaś ze swojego obowiązku zapewnienia aby kierownik budowy został wyznaczony.

Druga możliwość to wyznaczenie kierownika budowy bezpośrednio przez inwestora. Taka ewentualność będzie miała miejsce zwłaszcza w sytuacji wykonawstwa częściowego. Wykonawca i kierownik będą więc podmiotami całkowicie od siebie niezależnymi, a przekazanie terenu budowy pierwszemu z tych podmiotów nie doprowadzi do przejścia odpowiedzialności za szkody wynikłe na terenie budowy na wykonawcę. Aby osiągnąć skutek przewidziany w art. 652 KC konieczne stanie się przekazanie terenu budowy równocześnie kierownikowi budowy i osobie upoważnionej przez wykonawcę. Można sobie wyobrazić sytuację, w której taką osobą będzie właśnie kierownik budowy, który na podstawie odrębnej umowy będzie reprezentował w trakcie przekazania terenu budowy także wykonawcę [41, 349-350].

Dyskusyjny jest charakter władania terenem budowy przez wykonawcę. W tej kwestii istnieją różne koncepcje. Niektórzy autorzy twierdzili, że wykonawca, od momentu przekazania mu terenu budowy, staje się jego posiadaczem samoistnym [17, 1431; 34, 134]. Z poglądem tym nie można się jednak zgodzić gdyż nie można przyjąć, iż wykonawca włada terenem budowy jak właściciel co jest szczególnie widoczne w przypadku wykonawstwa częściowego czy też jedynie remontu budynku lub budowli. Przeciwno tej koncepcji wypowiedział się np. A. Śmieja słusznie zauważając, iż inwestor nigdy nie traci całkowicie władztwa nad terenem budowy, gdyż prawo budowlane daje mu możliwość kontroli przebiegu prowadzonych robót w ramach tzw. nadzoru inwestorskiego [35, 92]. Druga koncepcja to określenie

charakteru władztwa nad terenem budowy jako posiadania zależnego. Za taką koncepcją opowiedział się np. Z. Gordon, odrzucając możliwość władania przez wykonawcę terenem budowy jak właściciel. Wskazał on, że „władztwo generalnego realizatora czy generalnego wykonawcy jest ściśle związane z celem, któremu w myśl tej umowy służy przekazanie terenu, a więc z prowadzeniem budowy. W rozumieniu art. 336 KC mamy tu zatem do czynienia z „innym prawem, z którym łączy się określone władztwo nad rzeczą” [7, 80]. Trzecia koncepcja została zaprezentowana przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 grudnia 1990 r. [46, 1] SN rozstrzygając spór, w którym strona powodowa - wykonawca budowlany, wносиła o udzielenie jej ochrony posesoryjnej stwierdził, że „wykonawca budowlany nie jest posiadaczem terenu (placu) budowy przekazanego mu przez inwestora”. W uzasadnieniu stwierdzono, że „wykonawca włada terenem budowy wyłącznie w interesie kontrahenta umowy, dla którego wznosi obiekt budowlany i podejmuje wszelkie działania związane z osiągnięciem tego efektu. Wykonuje zatem władanie czysto zastępcze, za zamawiającego - inwestora, jest więc dzierżycielem, nie posiadaczem.” Tak też A. Śmieja [35, 93], który słusznie zauważa, że wykonawcy nie przysługuje względem gruntu i budowli żadne prawo podmiotowe, nie ma on także prawa do korzystania z gruntu czy budowli wedle swej woli. Autor ten podkreśla wreszcie, podobnie jak SN w przytaczanym wyżej orzeczeniu, że wykonawca włada terenem budowy w interesie inwestora. Moim zdaniem, pogląd ten zasługuje na pełną aprobatę.

Przekazanie terenu budowy stanowi jeden z podstawowych obowiązków inwestora i należy do elementów przedmiotowo istotnych umowy o roboty budowlane. Jak była już o tym mowa, wraz z obowiązkiem dostarczenia projektu, stanowią one formę współdziałania wierzyciela w wykonaniu zobowiązania. Zgodnie więc z art. 486 KC jeżeli inwestor bez uzasadnionego powodu nie dokona przekazania terenu budowy, to będzie on pozostawał w zwole w stosunku do wykonawcy. Nie wydaje się tu uzasadnione stanowisko S. Buczkowskiego, który obowiązki te zalicza do długu wzajemnego inwestora, wskazując na możliwość zastosowania w tym wypadku dyspozycji art. 491 KC [4, 468]. Podobną, w opinii autora również błędną koncepcję, prezentuje G. Tracz [36, 250-252].

Poza dyspozycją art. 486 KC, wykonawca może również skorzystać z regulacji art. 649⁴ §3 KC, zgodnie z którą „inwestor nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania robót budowlanych, jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących inwestora. Jednakże w wypadku takim inwestor może odliczyć to, co wykonawca (generalny wykonawca) oszczędził z powodu niewykonania robót budowlanych.”

Art. 652 KC uzależnia od protokolarnego przejścia terenu budowy przez wykonawcę przejścia na niego ryzyka ponoszenia odpowiedzialności za szkody wynikłe na tym terenie. Przepis ten stanowi, że odpowiedzialność ta ponoszona jest na zasadach ogólnych. Sąd Najwyższy stwierdził, że w wypadku wyrządzenia szkody osobom trzecim chodzi tu o zasady odpowiedzialności za czyny niedozwolone (art. 415 KC i nast.) [44, 1]. Zasada ta została potwierdzona w wyroku z dnia 29 kwietnia 1981 r., w którym SN stwierdził, że nie istnieje współodpowiedzialność inwestora i wykonawcy za szkody wyrządzone przez

wykonawcę osobie trzeciej czynem niedozwolonym przy wykonywaniu robót budowlanych. Inwestor nie odpowiada także za szkody wyrządzone przez pracowników wykonawcy [45, 1]. Poza osobami trzecimi wykonawca przejmuje odpowiedzialność za szkodę powstałą na terenie budowy w mieniu inwestora. Zgodnie z opinią Ł. Lapierre wykonawca ponosi tu odpowiedzialność kontraktową (art. 471 i nast. KC). Nie powstaje więc ona gdy wykonawcy nie można przypisać odpowiedzialności za jej powstanie [19, 211].

Aby móc pociągnąć wykonawcę do odpowiedzialności wobec osób trzecich, nie wystarczy powołanie się wyłącznie na art. 652 KC, konieczne jest także określenie konkretnej zasady odpowiedzialności deliktowej. Możliwe są różne ewentualności. Po pierwsze, wykonawca może odpowiadać na zasadzie winy zgodnie z art. 415 KC. Po drugie będzie on ponosił odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za wyrzucenie, wylanie lub spadnięcie przedmiotu z pomieszczenia, ponieważ jako dzierżyciel faktycznie tymi pomieszczeniami włada. Kontrowersje pojawiają się natomiast w związku z możliwością odpowiadania wykonawcy w wypadkach określonych w art. 434 i 435 KC. Wątpliwości te, w pierwszym przypadku, wynikają z faktu, iż zgodnie z omawianym przepisem odpowiedzialność ponosi posiadacz samoistny, a jak ustalono wykonawca nie jest nawet posiadaczem zależnym. Sąd Najwyższy, w przywoływanym już wyroku z 12 grudnia 1990 r. [46, 1], stwierdził, „że choć dla rozstrzygnięcia problemów jurydycznych decydujące znaczenie ma całokształt obowiązujących norm prawnych, to jednak nie można uznać za prawidłowe wnioski o zastosowanie art. 434 KC do odpowiedzialności wykonawcy na podstawie art. 434 KC. Z. Gordon stwierdził np., że wykonawca odpowiada na podstawie tego artykułu nie ze względu na bycie samoistnym posiadaczem, „ale ze względu na dyspozycję art. 652 KC, który uchyla bierną legitymację inwestora jako posiadacza samoistnego i w to miejsce wprowadza bierną legitymację wykonawcy” [7, 160]. S. Buczkowski stwierdził zaś, że art. 652 KC traktuje wykonawcę „na równi z samoistnym posiadaczem” [4, 468; 35, 95]. Przeciwno możliwości stosowania art. 434 KC do odpowiedzialności wykonawcy na podstawie art. 652 KC opowiedział się między innymi W. Czachórski [6, 604]. W mojej opinii poglądy zwolenników stosowania art. 434 KC w związku z art. 652 KC są słuszne. Pomimo faktu, że wykonawca jest jedynie dzierżycielem terenu budowy podstawy jego odpowiedzialności, za wszelki szkody wyrządzone na terenie budowy, należy szukać w art. 652 KC, który ustanawia w miejsce inwestora wykonawcę jako podmiot biernie legitymowany takiej odpowiedzialności [5, 113].

Jeśli chodzi o art. 435 KC to wątpliwości dotyczyły kwestii czy przedsiębiorstwo budowlane można uznać za wprawiane w ruch za pomocą sił przyrody. Według panującego obecnie poglądu, aby móc skorzystać z tego przepisu, działalność przedsiębiorstwa musi opierać się na działaniu maszyn i urządzeń wprawianych w ruch za pomocą sił przyrody. Nie mogą zaś być one wykorzystywane wyłącznie przy czynnościach drugorzędnych. Jeżeli więc dane przedsiębiorstwo spełnia ten warunek, a szkoda powstała w związku z jego ruchem, wykonawca będzie odpowiadał na zasadzie ryzyka według art. 435 KC.

Opisane w tym artykule obowiązki inwestora stanowią charakterystyczny element umowy o roboty budowlane a niekiedy traktowane są jako *essentialia negotii* tej umowy, pozwalające na odróżnienie jej od innych umów o świadczeniu usług. Ich wyjątkowe znaczenie było podkreślane już w dawniejszej literaturze, w szczególności w powiązaniu z nieobowiązującymi już przepisami wykonawczymi, które uzupełniały ramową regulację umowy o roboty budowlane [18, 58-60]. Obecnie, wobec uchylecia przepisów wykonawczych, interpretacja wskazanej regulacji jest nieco utrudniona. Sytuacja ta pozwala jednakże na bardziej elastyczną wykładnię omawianych przepisów co jest niewątpliwie przydatne w procesie zawierania i wykonywania niezwykle zróżnicowanych umów budowlanych.

Bibliography:

1. **W. Białończyk**, Z problematyki umów o podwykonawstwo robót budowlanych, *Monitor Prawniczy* 2008, nr 4
2. **M. Bielecki**, Kluczowe decyzje i umowy w inwestycjach budowlanych, Warszawa 2007
3. **S. Brzeszczyńska**, Umowy w obrocie nieruchomościami, Warszawa 2003
4. **S. Buczkowski** [w:] S. Grzybowski (red.) System prawa cywilnego t. 3 cz. II, Wrocław 1976
5. **R. Chalimoniuk**, Ryzyko uspołecznionego wykonawcy budowlanego, Wrocław 1979
6. **W. Czachórski** [w:] Z. Radwański (red.) System prawa cywilnego, t. III cz. 1, Wrocław 1981
7. **Z. Gordon**, Umowa budowlana w obrocie uspołecznionym, Toruń 1991
8. **J. Grykiel** [w:] J. Grykiel, M. Lemkowski, Czynności prawne. Art. 56-81 KC. Komentarz, Warszawa 2010
9. **M. Gutowski**, Odpowiedzialność inwesora w umowach o roboty budowlane (na tle art. 647¹ §5 KC), *Państwo i Prawo* 2008, nr 2
10. **A. Kidyba**, Prawo handlowe, Warszawa 2007
11. **A. Klein**, Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego, Wrocław 2005
12. **A. Klein**, Pojęcie umowy i stosunku zobowiązaniowego kontraktacji według kodeksu cywilnego, *Studia Cywilistyczne* 1972, t. XIX
13. **A. Klein**, Skutki braku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem, *Acta Universitatis Wratislaviensis*, No 1152, Wrocław 1990
14. **K. Konieczny**, Umowa o roboty budowlane w obrocie międzynarodowym, Warszawa 2012
15. **K. Kołakowski** [w:] G. Bieniek (red.) Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga III Zobowiązania, t. 2, Warszawa 2006
16. **J. Korzonek, I. Rosenblüth**, Kodeks zobowiązań. Komentarz, Kraków 1936
17. **E. Kulesza** [w:] Kodeks Cywilny-Komentarz, Warszawa 1972
18. **E. Kulesza**, Odpowiedzialność za naruszenie zobowiązań wynikających z umowy o roboty budowlane, *Studia Prawnicze* 1966, nr 10
19. **Ł. Lapierre**, Odpowiedzialność za szkody na terenie budowy, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 1971, nr 6

20. **P. Machnikowski** [w:] E. Łętowska (red.) System prawa prywatnego, t. 5, Zobowiązania- część ogólna, Warszawa 2006
21. **P. Machnikowski**, Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna, Warszawa 2005
22. **J. Okolski**, Stosunki umowne w procesie inwestycyjnym (umowa o roboty budowlane), Warszawa 1976
23. **Z. Radwański** [w:] S. Grzybowski (red.) System prawa cywilnego, t. I, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 1985
24. **Z. Radwański** [w:] Z. Radwański (red.) System prawa prywatnego, t. 2, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2008
25. **Z. Radwański**, Teoria umów, Warszawa 1977
26. **B. Ruszkiewicz** [w:] J. Ciszewski (red.) Kodeks Cywilny. Komentarz, Warszawa 2013
27. **J. Strzępka** [w:] S. Włodyka (red.) System Prawa Handlowego, t. 5, Prawo umów handlowych, Warszawa 2006
28. **J. Strzępka** [w:] J. Rajski (red.) System Prawa Prywatnego, t. 7, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2004
29. **J. Strzępka, E. Zielińska** Glosa do uchwały SN z dnia 11 stycznia 2002 r. (III CZP 63/01, OSP 2002, nr 10, poz 125
30. **J. Strzępka, E. Zielińska**, Umowa o roboty budowlane w systematyce kodeksu cywilnego de lege lata i de lege ferenda Cz. 2, Monitor Prawniczy 2007, nr 11
31. **T. Szczurowski**, Charakter prawny umowy o generalne wykonawstwo inwestycji, Pr.Sp, 2006, nr 12
32. **R. Szostak**, Umowa o dzieło na tle umów dotyczących usług [w:] J. Gospodarek (red.) Umowy gospodarcze. Zagadnienia wybrane, Warszawa 2010
33. **R. Szostak**, Umowa o roboty budowlane z perspektywy nowego kodeksu cywilnego [w:] E. Gniewek (red.) Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań, Warszawa 2010
34. **A. Szpunar**, Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta i rzeczy, Warszawa 1985
35. **A. Śmieja**, Odpowiedzialność odszkodowawcza za zawalenie się budowli (art. 434 k.c.), Wrocław 1993
36. **G. Tracz**, Sposoby jednostronnej rezygnacji z zobowiązań umownych, Warszawa 2007
37. **U. Walasek-Walczak**, Kryteria określenia umowy o roboty budowlane jako odrębnego typu umowy nazwanej [w:] J. Gospodarek (red.) Umowy gospodarcze. Zagadnienia wybrane, Warszawa 2010
38. **I. Weiss, R. Jurga**, Inwestycje budowlane, Warszawa 2005
39. **T. Wiśniewski** [w:] G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, C. Żuławska, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. I, Warszawa 1996
40. **A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk**, Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, Warszawa 2001

41. **E. Zielińska** [w:] J. Strzępka (red.) *Prawo umów budowlanych*, Warszawa 2001
42. **F. Zoll**, *Zobowiązania w zarysie*, Warszawa 1945
43. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 20 kwietnia 1995 r. (I Acr 101/95, OSA 1995, nr 9, poz. 61)
44. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 1971 r. (I CR 6/71, OSNCP 1972, z. 1, poz. 6)
45. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 1981 r. (IV CR 121/81, OSNCP 1981, z. 12, poz. 244)
46. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 1990 r. (I CR 750/90, OSNC 1992, nr 5, poz. 81)
47. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 1991 r. (III CRN 500/90, OSNCP 1992, nr 7-8, poz. 137)
48. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 1997 r. (II CKN 446/97, OSNC 1998, nr 4, poz. 67)
49. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2002 r. (III CZP 63/01, OSP 2002, nr 10, poz. 125)
50. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2002 r. (IV CKN 1276/2000, LexPolonica nr 1852324)

Annotation

This article intends to analyze an important aspect of the construction works contract, i.e., the required actions which need to be undertaken by the investor in order to prepare the works. The two basic types of those actions are the obligation to deliver the design and the requirement to hand over the construction site to the contractor. This article analyzes these activities and describes the legal consequences of investor's default in carrying out his duties.

РОЗДІЛ 4

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

Гладун О. З.

*к.ю.н., старший науковий співробітник,
Науково-дослідний інститут Національної академії прокуратури України,
начальник відділу науково-методичного забезпечення
участі прокурорів у кримінальному провадженні*

КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЛЕГАЛІЗАЦІЇ (ВІДМИВАННЯ) ДОХОДІВ, ОДЕРЖАНИХ ЗЛОЧИННИМ ШЛЯХОМ

Ключові слова: рівень злочинів, судимість, легалізація доходів, структура злочинності, покарання, освітній рівень, зайнятість.

Keywords: crimes level, criminal record, money laundering, structure of criminality, punishment, educational level, employment.

Постановка проблеми. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, становить складну проблему в контексті протидії злочинності. Наразі розвиток системи запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, здійснюється на основі відповідної Стратегії, що розрахована на період до 2020 року [1].

Стан дослідження. В Україні за часів незалежності проведено чималу кількість наукових досліджень, присвячених різним аспектам легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. Кримінально-правові та кримінологічні аспекти цього явища висвітлювались у роботах П. П. Андрушка, А. Ф. Волобуєва, О. О. Дудорова, В. А. Журавля, В. С. Зеленецького, О. Г. Кальмана, М. Й. Коржанського, М. І. Мельника, А. А. Музики, В. О. Навроцького, В. М. Поповича, Є. Л. Стрельцова та ін. Питання запобігання і протидії легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, розглянуті у дисертаційних дослідженнях Л. І. Аркуші, А. С. Беніцького, М. В. Бондарєвої, О. В. Пустовіта, В. О. Романюка, Т. М. Тертиченко, О. О. Чаричанського. Однак, попри значний науковий інтерес до вказаної проблематики, кримінологічна характеристика легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, за довготривалий період вченими не проводилась, характерні тенденції і закономірності розвитку цього явища в юридичній літературі не висвітлювались, що зумовлює актуальність обраної теми.

Виклад основного матеріалу. З кримінологічної точки зору суспільна небезпечність легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, полягає в тому, що вона сприяє самовідтворенню, продукуванню злочинності, фінансово підживлює її. Вона створює матеріальне підґрунтя для збільшення масштабів злочинної діяльності, сприяє особам, які нею займаються, приховувати свої протиправні дії та уникати кримінальної відповідальності за вчинене [2, с. 585]. Вливання в економіку «брудних грошей» створює благодатний ґрунт для росту злочинності та корупції, яка, у свою чергу, несприятливо позначається на загальному економічному стані та добробуті населення. «Брудні гроші» можуть

спричинити підрив конкурентного середовища в економіці. Відмивання грошей негативно позначається й на іноземних інвестиціях. Інвестування в країни, де комерційний і фінансовий сектори перебувають під впливом організованої злочинності, супроводжується високими ризиками.

Слід також враховувати, що легалізація доходів притаманна не окремим злочинним проявам, а злочинній діяльності як системі взаємообумовлених злочинних актів, вчинених певною особою чи, найчастіше, групою осіб. Нерозривний взаємозв'язок легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, з організованою злочинністю знайшов своє відображення у міжнародно-правових актах, зокрема у статтях 6, 7 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності [3], документах XII Конгресу ООН щодо запобігання злочинності та кримінальному правосуддю [4]. З огляду на викладене, є достатні підстави виокремлювати саме особистість злочинця, а не особу, яка вчинила легалізацію доходів, одержаних злочинним шляхом. Застосування такого підходу має важливе значення для розробки спеціально кримінологічних заходів протидії цьому негативному явищу.

Під кримінологічною характеристикою злочинності розуміють сукупність статистично виражених ознак злочинності, окремих її видів, а також якостей особистості злочинців, що використовуються для наукового аналізу [5, с. 95]. Кримінологічна характеристика включає дослідження кількісних, якісних показників злочинності, а також її динаміки, що базується на вивченні статистичних звітів про роботу органів досудового розслідування, результатів судового розгляду кримінальних проваджень.

Дослідження статистичної звітності в частині реєстрації злочинів за ст. 209 КК України показало, що з 2002 по 2016 роки відбувалося незначне коливання їх кількості. Так, у 2002 році було зареєстровано 347 злочинів цього виду, у 2003 році — 245 злочинів, у 2004 році — 419 злочинів, у 2005 році — 374 злочини, у 2006 році — 338 злочинів, у 2007 році — 363 злочини, у 2008 році — 382 злочини, у 2009 році — 342 злочини, у 2010 році — 336 злочинів, в 2011 році — 344 злочини. Станом на 19 листопада 2012 року було зареєстровано 266 таких злочинів. За 12 місяців 2013 року в Єдиному реєстрі досудових розслідувань обліковано 291 злочин за ст. 209 КК України, за 2014 рік — 296 злочинів, за 2015 рік — 221 злочин, за 2016 рік — 159 злочинів.

Таким чином, рівень злочинів у виді легалізації коштів, одержаних злочинним шляхом, протягом останніх років залишається відносно стабільним і піддається лише незначним коливанням в сторону збільшення або зменшення. При цьому питома вага легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, у загальній структурі злочинності є надзвичайно малою і становить менше 0,1 відсотка. У структурі злочинів у сфері господарської діяльності цей вид злочинності складає менше 5 відсотків.

Обов'язковим елементом характеристики рівня злочинів у виді легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, є дані про кількість виявлених осіб, які їх вчинили. У цій сфері спостерігається дещо інша тенденція: якщо у 2006 році було встановлено 43 особи, то в наступному, 2007 році, — вже 56 осіб. У 2009 році виявлено 75 осіб, які легалізували доходи, одержані злочинним

шляхом, у 2010 році — 169 осіб, у 2011 році — 265 осіб, а станом на 19 листопада 2012 року — вже 266 таких осіб. За даними Єдиного звіту про осіб, які вчинили кримінальні правопорушення [6], у 2013 році було виявлено 25 осіб, що вчинили злочини за ст. 209 КК України, в 2014 році — 35 таких осіб, у 2015 році — 11 осіб, у 2016 році — 19 осіб.

Тим не менше, суттєві розбіжності між показниками виявлених злочинів та осіб, які їх вчинили, пояснюються в основному тим, що не в кожному кримінальному провадженні встановлюється особа правопорушника. Між тим ст. 25 КПК України, що закріплює принцип публічності у кримінальному провадженні, покладає на прокурора та слідчого обов'язок вжити всіх передбачених законом заходів для встановлення особи, яка вчинила кримінальне правопорушення.

Аналіз відомостей щодо кількості засуджених за ст. 209 КК України також демонструє наявність істотних недоліків у сфері протидії легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом. За статистичними даними Державної судової адміністрації у 2002 році судами за ст. 209 КК України було засуджено 20 осіб, у 2003 році — 44 особи, у 2004 році — 34 особи, у 2005 році — 37 осіб, у 2006 році — 20 осіб, у 2007 році — 49 осіб, у 2008 році — 50 осіб, у 2009 році — 32 особи, у 2010 році — 39 осіб, у 2011 році — 53 особи, у 2012 році — 65 осіб, у 2013 році — 42 особи, у 2014 році — 28 осіб, у 2015 році — 5 осіб. Поясненням такого вкрай низького судового реагування на злочинні прояви є, насамперед, складнощі, з якими стикаються органи досудового розслідування під час доказування у кримінальному провадженні події кримінального правопорушення, винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення. Адже з метою легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, правопорушники використовують складні схеми, ланцюжки комерційних і фінансових установ, банківські рахунки, в тому числі, закордонні, що вимагає значних зусиль при доведенні злочинного походження майна (коштів). Також слід враховувати, що притягнення особи до кримінальної відповідальності за ст. 209 КК України можливе і в разі, коли ця особа ще не була притягнута до кримінальної відповідальності за предикатне діяння. Дане положення закріплено у п. 5 ст. 9 Конвенції Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму, де зазначено, що кожна Сторона забезпечує відсутність визнання попереднього або одночасного засудження за предикатний злочин як передумови для засудження за відмивання грошей [7]. Вказівка на винятково злочинний характер одержання майна — предмета кримінально караної легалізації не означає, що ст. 209 КК України є нормою з кримінально-правовою преюдицією, яка вимагає для свого застосування винесення обвинувального вироку за суспільно небезпечне протиправне діяння — джерело злочинних доходів [8, с. 10].

Аналіз соціально-демографічних ознак особи злочинця включає з'ясування таких характеристик як громадянство, стать, вік, освітній рівень, рід занять на момент вчинення злочину. Дослідження показало, що майже усі засуджені в період 2004–2015 років за ст. 209 КК України були громадянами

України (99 %). За статтю серед засуджених домінують чоловіки (79 %). Лише в кожному п'ятому випадку було засуджено жінку. За віком засуджених можна розподілити наступним чином: 46 осіб вчинили злочини у віці 18-25 років (10 % від усіх засуджених), 64 особи вчинили злочини у віці 25-30 років (14 %), 253 особи вчинили злочини у віці 30-50 років (55 %), 64 особи вчинили злочини у віці 50-65 років (14 %). Встановлено, що серед засуджених за ст. 209 КК України особи із повною та базовою вищою освітою перевищують кількість засуджених із середньою освітою. Показово, що за вчинення вказаних злочинів було засуджено лише 1 особу, яка не мала загальної середньої освіти. Характеристика засуджених за сферою зайнятості показала, що найбільше їх число становлять інші (недержавні) службовці — 132 особи або майже кожен третій. Також поширеним було вчинення цього злочину серед працездатних, які ніде не працюють і не навчаються (90 осіб або кожен п'ятий), приватних підприємців (85 осіб), робітників (45 осіб), працівників господарських товариств (38 осіб).

Серед кримінально-правових ознак особистості злочинця слід звернути увагу на співучасть у вчиненні злочину, відомості про попередню судимість та вид покарання, призначеного засудженим. Загальновідомо, що спільна умисна участь декількох осіб у вчиненні умисного злочину суттєво підвищує його суспільну небезпечність. Зважаючи на це, важливе значення має вивчення особистості злочинця в контексті його співучасті з іншими особами. Протягом 2004-2015 років за ст. 209 КК України було засуджено 109 осіб, які діяли у складі групи за попередньою змовою (24 % від усіх засуджених), 85 осіб — за вчинення злочину організованою групою (18,7 %). Також засуджено 31 учасника злочинної організації.

Ще однією суттєвою кримінально-правовою ознакою особистості є вчинення нею злочину не вперше, що вказує на стійкість антисуспільної спрямованості та неналежну реакцію держави на вчинений раніше злочин. У сфері легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, досить поширеним є рецидив злочинів, зокрема, 47 осіб (10,3 %) на момент засудження вже мали судимість. Крім того, 31 засуджений за ст. 209 КК України мав погашену чи зняту судимість і 7 осіб раніше було звільнено від кримінальної відповідальності.

Аналіз статистичних звітів Державної судової адміністрації свідчить, що більшість засуджених (273 особи або 60 %) було звільнено від відбування покарання з випробуванням. Ще 9 осіб звільнено від відбування покарання на підставі закону про амністію. Реальне покарання у виді позбавлення волі призначено 128 засудженим (28 %), зокрема 5 особам на строк від 1 до 2 років, 17 особам на строк від 2 до 3 років, 35 особам на строк від 3 до 5 років, 66 особам на строк від 5 до 10 років. Обмеження волі було призначено 7 особам, а штраф як основне покарання призначено 13 засудженим.

Додатково до зазначених покарань судами застосовано позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю до 242 засуджених (53 %) і конфіскація майна до 147 осіб (32 %). Фактом, що звертає на себе увагу, є достатньо поширене призначення судами покарання більш м'якого, ніж

передбачено законом. При цьому в законі визначено обов'язкові умови щодо застосування такого заходу: не менше двох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, та відповідна характеристика особи. З урахуванням вказаного судами призначено покарання нижче від найнижчої межі, встановленої в санкції ст. 209 КК України, або інший, більш м'який вид покарання, не зазначений в санкції цієї статті, майже кожному другому засудженому.

Судами за цей період закрито кримінальні провадження (справи) відносно 46 осіб з наступних підстав: закон про амністію — щодо 14 осіб, смерть обвинуваченого — щодо 15 осіб, недоведеність участі обвинуваченого у вчиненні злочину — щодо 2 осіб, зміна обстановки — щодо 1 особи, передача на поруки — щодо 1 особи. Крім того, 16 осіб було виправдано за наслідками судового розгляду (3,4 % від кількості осіб, вироки (постанови) щодо яких набрали законної сили). Слід зауважити, що цей показник у шістнадцять разів перевищує середній рівень виправдувальних вироків по Україні.

Характеристика ціни злочинності заснована на застосуванні економічних методів дослідження в кримінологічній науці. Ціна злочинності дає уявлення про обсяг і характер шкоди, що завдана суспільству та державі. Ціна легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, насамперед, визначається розміром коштів, що були її предметом. Згідно з даними збірника статистичної інформації про протидію легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, розмір цих доходів щорічно зростає. Так, у 2015 році установлена органами прокуратури сума легалізованих коштів і майна склала майже 10 млн грн, у 2016 році — 74,7 млн грн. Водночас слід враховувати, що за вчинення злочину за ст. 209 КК України передбачено обов'язкове додаткове покарання у виді конфіскації майна засудженого, а також застосовується конфіскація коштів або іншого майна, одержаних злочинним шляхом відповідно до ст. 96-1 КК України. Тому з метою забезпечення можливої конфіскації майна органи досудового розслідування зобов'язані вживати заходів щодо накладення арешту на майно. Однак, у 2015 році у ході досудового слідства органами прокуратури було накладено арешт на суму 2,79 млн грн, що становить лише 28 % від вартості предметів легалізації, у 2016 році накладено арешт на майно підозрюваних вартістю 1,7 млн грн. (2,3 %).

До ціни також включається так звана «непряма» шкода, що визначається розміром витратків, передбачених у Державному бюджету на реалізацію заходів із протидії легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом. Так, для прикладу, Законом України «Про державний бюджет України на 2016 рік» [9] передбачено видатки на Державну службу фінансового моніторингу України (код програмної класифікації витратків та кредитування державного бюджету 3509000) в розмірі 28,1 млн грн.

Таким чином, ціна злочинів у виді легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, стрімко збільшується. Вказана тенденція свідчить про згубний вплив на кредитно-фінансову систему, поступове наростання загрози економічній безпеці держави. В зв'язку з цим існує потреба у реалізації більш дієвих заходів запобігання і протидії цьому негативному явищу.

Висновки. Проведене дослідження дає змогу сформулювати наступні висновки. Кількість виявлених (облікованих) злочинів у виді легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, характеризується відносною стабільністю протягом тривалого періоду (понад 10 років) і становить у межах кількох сотень злочинів. Натомість кількість засуджених за ст. 209 КК України починаючи з 2012 року постійно зменшувалась. Більше ніж половину засуджених було звільнено від відбування покарання з різних підстав, в першу чергу, — з випробуванням. Засудженим до реальної міри покарання, найчастіше призначалося позбавлення волі на тривалий строк (від 5 до 10 років). Додатково до кожного другого засуджено застосовувалося позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю та до кожного третього — конфіскацію майна.

Практично всі злочини даної категорії були вчинені громадянами України, переважно чоловіками. Злочинці характеризуються зрілим віком: більше половини з них вчинили злочини у віці від 30 до 50 років. Легалізація доходів, одержаних злочинним шляхом, рівною мірою вчиняється як особами з повною та базовою вищою освітою, так і з професійно-технічною та середньою освітою. Майже кожен другий злочин вчинений у співучасті, досить поширеним є рецидив злочинів.

Незважаючи на відносно незначну кількість фактів легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, розмір завданої шкоди економіці держави та інтересам суспільства вимірюється десятками мільйонів гривень і має тенденцію до істотного зростання.

Список використаних джерел

1. Стратегія розвитку системи запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення на період до 2020 року: схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 30 грудня 2015 р. № 1407-р // Офіційний вісник України. — 2016. — № 3. — Ст. 198.

2. Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. Т. 1. — Луганськ: видавництво «Елтон-2», 2012. — 780 с.

3. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності: прийнята резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 року. Конвенцію ратифіковано із застереженнями і заявами Законом України від 4 лютого 2004 року № 1433-IV // Офіційний вісник України. — 2006. — № 14. — Ст. 1056.

4. A/CONF.213/18 / Доклад о работе двенадцатого Конгресса Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и уголовному правосудию (г. Салвадор, Бразилия, 12–19 апреля 2010 года) // Веб-сайт Організації Об'єднаних Націй [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://www.unodc.org/unodc/en/crime-congress/12th-crime-congress-documents.html>

5. Понятийный аппарат современной криминологии (терминологический словарь) / А.Г. Кальман, И.А. Христин; под общ. ред. В.В. Голины; Ин-т изучения пробл. преступности Акад. правовых наук Украины. — Х.: Издательство ООО ТО Гимназия, 2005. — 272 с.

6. Статистична звітність форми № 2 (місячна) «Єдиний звіт про осіб, які вчинили кримінальні правопорушення» // Офіційний веб-портал Генеральної прокуратури України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html>

7. Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму (Варшава, 16 травня 2005 року): Конвенцію ратифіковано з заявами і застереженнями Законом від 17 листопада 2010 року № 2698-VI // Офіційний вісник України. — 2011. — № 41. — Ст. 1705.

8. Виявлення, розкриття та розслідування легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (ст. 209 КК України): науково-практичний посібник / Ю.М. Дьомін, О.Є. Користін, І.Є. Мезенцева, С.С. Чернявський. — К.: Національна академія прокуратури України, 2009. — 148 с.

9. Про державний бюджет України на 2016 рік: Закон України від 25 грудня 2015 року № 928-VIII // Офіційний вісник України. — 2016. — № 2. — Ст. 59.

Анотація

У статті розглянуто основні тенденції розвитку злочинності, пов'язаної з легалізацією доходів, отриманих злочинним шляхом, зроблено висновок про відносно стабільний рівень злочинності цього виду, зростаючу ціну та організованість скоєних злочинів. Характеристика осіб, які вчинили злочини, показала, що ними в основному є громадяни України, переважно чоловіки у віці від 30 до 50 років з вищою або середньою освітою. Понад половину засуджених було звільнено від відбування покарання. Засудженим до реальної міри покарання найчастіше призначається позбавлення волі на тривалий термін (від 5 до 10 років) з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю та конфіскацією майна.

Annotation

Basic trends of money laundering development are reviewed in the article. Conclusions about a relatively stable level of these crimes, the increasing cost and organization of committed crimes are made. Characteristics of persons, who have committed crimes, shows that these are mainly Ukrainian citizens, mostly men aged between 30 and 50 years, with higher or secondary education. More than half of the convicted had been released from punishment. Sentenced to real punishment were often assigned to prison for a long time period (5 to 10 years), with disqualification to hold certain positions or engage in certain activities and confiscation of property.

Желік М. Б.

*Навчально-науковий інститут права та психології
Національного університету «Львівська політехніка»,
аспірант кафедри кримінального права і процесу*

ОБ'ЄКТИВНА СТОРОНА СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ, ЯКІ ПОЛЯГАЮТЬ У ПРИЙНЯТТІ ПРОПОЗИЦІЙ, ОБІЦЯНКИ АБО ОДЕРЖАННІ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ

Ключові слова: неправомірна вигода, підкуп, службова особа, кримінальне законодавство.

Key words: illegal benefit, bribery, official, criminal legislation.

Постановка проблеми. Об'єктивна сторона складу злочину, на відміну від інших його структурних елементів, містить найбільше інформації, необхідної для кваліфікації суспільно-небезпечного діяння [1, с.43]. Вона завжди пов'язана із зовнішнім виявом суспільно небезпечної і протиправної поведінки особи у формі дії або бездіяльності, яка супроводжується певним психічним станом такої особи [2]. Діяння завжди або безпосередньо вказується в диспозиції статті Особливої частини КК України, або однозначно впливає з її змісту і, таким чином, виступає обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу злочину. Тому встановлення ознак такого діяння є обов'язковим у кожному кримінальному провадженні [3, с. 103].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Особливості об'єктивної сторони складів злочинів, які полягають у прийнятті пропозицій, обіцянки або одержанні неправомірної вигоди, рідко були об'єктом самостійних кримінально-правових досліджень. Разом із тим, окремо досліджувались питання об'єктивної сторони складів злочинів у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг [4], зловживання впливом [5], підкупу працівника підприємства, установи чи організації [6]. Водночас, вважати дослідження цієї проблематики вичерпним неможливо, оскільки у контексті реформування національного законодавства виникають питання, що потребують наукового осмислення та аналізу.

Постановка завдання. Для з'ясування об'єктивної сторони складів злочинів, які полягають у прийнятті пропозицій, обіцянки або одержанні неправомірної вигоди необхідно визначити коло злочинних діянь, з'ясувати їх співвідносяться між собою, а також сформулювати ряд пропозицій, спрямованих на удосконалення кримінального законодавства і практики його застосування в цій частині.

Виклад основного матеріалу. Досліджувані злочини, об'єктивна сторона яких полягає в одержанні неправомірної вигоди, у кримінальному законі описані як такі, що мають формальний склад (не включають суспільно небезпечні наслідки як обов'язкову ознаку об'єктивної сторони та вважаються закінченими з моменту вчинення суспільно-небезпечного діяння). Натомість,

прийняття пропозиції чи обіцянки одержати неправомірну вигоду, а також прохання надати таку вигоду чи пропозиція чи обіцянка здійснити вплив за надання неправомірної вигоди є злочинами з усіченим складом (такі, в яких вже початок виконання діяння визнається закінченим злочином).

Слід зазначити, що об'єктивна сторона складів злочинів, які полягають у прийнятті пропозиції, обіцянки або одержанні неправомірної вигоди, полягає у вчиненні наступних дій:

1) прийняття пропозиції надати неправомірну вигоду для себе чи третьої особи (ч.3 ст.354, ч.1 ст.368, ч.3 ст.368-3, ч.3 ст.368-4, ч.2 ст.369-2 КК України);

2) прийняття обіцянки надати неправомірну вигоду для себе чи третьої особи (ч.3 ст.354, ч.1 ст.368, ч.3 ст.368-3, ч.3 ст.368-4, ч.2 ст.369-2 КК України);

3) одержання неправомірної вигоди для себе чи третьої особи (ч.3 ст.354, ч.1 ст.368, ч.3 ст.368-3, ч.3 ст.368-4, ч.2 ст.369-2 КК України).

У кримінально-правовій літературі вказується, що визначення як корупційного правопорушення діяння у вигляді прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди для себе чи інших осіб, хоч і впливає з положень ст. 27 Конвенції ООН проти корупції, однак не враховує особливостей української правової системи порівняно з правовими системами більшості держав світу [7, с. 322–323].

О. О. Дудоров під пропозицією здійснити вплив за надання неправомірної вигоди розуміє висловлення в усній або письмовій формі недвозначного наміру (бажання, готовності) здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, за умови надання неправомірної вигоди на користь як її одержувача, так і третіх осіб [8, с.145]. З вищенаведеного незрозумілим є те, що автор розуміє під поняттям «недвозначний намір». В свою чергу, поняття «двозначний» трактується як таке, що має два значення [9, с.221]. Отже, звідси випливає, що недвозначний намір — це намір, який має одне значення. Однак, у цьому випадку виникає слушне запитання: «Як зрозуміти особі, яка пропонує неправомірну вигоду, що особа, яка зловживає впливом чи інша особа, має однозначний намір її прийняти, а також у яких конкретних діях чи бездіяльності це повинно проявитися?». Прийняття пропозиції означає, що відповідна особа висловила згоду в будь-який спосіб та не заперечує, чи в будь-який інший спосіб не реагує (мовчазна згода) на пропозицію того, хто пропонує або обіцяє надати неправомірну вигоду в майбутньому [10, с.377-378]. Згода на прийняття пропозиції може бути здійснена в будь-якій формі (усній, письмовій, SMS-повідомленням тощо) зміст якої фактично обмежується лише тим, що особа схвалює (не заперечує) намір того, хто прагне у майбутньому передати їй неправомірну вигоду [11, с. 11]. Зміст вищевикладеного викликає ще більше запитань, оскільки в такому випадку помах голови службової особи чи її мовчання слід розцінювати як прийняття пропозиції неправомірної вигоди. Для прикладу, службова особа, якій запропонували неправомірну вигоду за вчинення чи невчинення відповідних дій, у відповідь може змовчати, оскільки могла не почути чи не зрозуміти відповідної пропозиції. Тому такі дії аж ніяк не можуть підпадати під ознаки складів злочинів, які полягають у прийнятті

пропозиції неправомірної вигоди. Можна навести ще інший приклад. Особа, так би мовити, прийняла пропозицію неправомірної вигоди помахом голови, лише для того, щоб позбутись надойдливих та незаконних прохань, однак не мала на меті незаконно збагатитись. Видається, що, якщо і дійсно мав місце факт прийняття пропозиції, то його буде складно довести у правозастосовній діяльності.

Окрім того, не виключені випадки помилкового трактування особою, яка пропонує неправомірну вигоду, того, що службова чи інша особа прийняла відповідну пропозицію. Для прикладу, родичі хворого, який перебуває у реанімації пропонують лікарю неправомірну вигоду у розмірі двох тисяч гривень, якщо він проведе вдало операцію. В свою чергу, лікар, говорить наступне: «я згідний, зроблю операцію якнайкраще». В цьому випадку позицію лікаря можна трактувати двозначно: 1) прийняття пропозиції неправомірної вигоди; 2) відсутність факту прийняття неправомірної вигоди. У другому випадку лікар міг сказати вищезазначений вислів лише для того, щоб заспокоїти родичів хворої особи, однак у нього не було корисливих мотивів. У кримінально-правовій літературі Д.О. Шумейко зауважує, за наявності в сторони обвинувачення інших, більш вагомих доказів (аудіо-відео записи на яких особа обумовлює розмір неправомірної вигоди, способи її передачі тощо) усі факти у своїй сукупності будуть свідчити про наявність підстав для притягнення особи до кримінальної відповідальності [12, с.43]. Така позиція, безумовно, є справедливою, однак обумовлення розміру неправомірної вигоди, способів її передачі тощо характерне не для прийняття пропозиції, а для прийняття обіцянки неправомірної вигоди. Зрозуміло, що законодавець, передбачивши кримінальну відповідальність за прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди, мав намір «присікти» вчинення відповідних злочинів ще на ранній стадії, однак навряд чи це є виправданим кроком. Зауважимо, що у КК України є безліч злочинів, які за ступенем суспільної небезпеки є більш небезпечними і приносять значно більшу шкоду. Як приклад такого злочину є державна зрада. Однак законодавець не врахував за необхідне передбачити відповідальність громадянина України за досягнення ним лише самої згоди з представником іноземної держави чи організації на вчинення зрадницьких дій. Мабуть, таке рішення законодавця обумовлене складністю доведення цієї категорії справ, а також наданням можливості особи покаятись і звернути із злочинного шляху.

Видається, що законодавцю необхідно відмовитись від криміналізації прийняття пропозиції неправомірної вигоди за наступних підстав: по-перше, факт прийняття пропозиції неправомірної вигоди, без «підкріплення» його відповідними діями, немає чіткого вираження на практиці (усна форма, SMS-повідомлення тощо), що свідчить лише про можливе виявлення умислу за що не передбачена кримінальна відповідальність; по-друге, вказаний факт складно, а то й неможливо довести у правозастосовній діяльності, оскільки для того, щоб притягнути службову чи іншу особу, дії якої підпадають під ознаки досліджуваних складів злочинів, до кримінальної відповідальності потрібні вагомі докази, які б підтверджували факт її підкупу, а не припущення окремих

осіб, оскільки усі сумніви тлумачаться на користь особи, діяння якої кваліфікуються. В свою чергу, аналіз матеріалів судової практики України, які розміщені в Єдиному державному реєстрі судових рішень України, засвідчує, що не знайдено жодного вироку суду, де б особу було притягнуто до кримінальної відповідальності за прийняття пропозиції неправомірної вигоди.

В подальшому, необхідно розглянути об'єктивну сторону складів злочинів, які полягають у прийнятті обіцянки неправомірної вигоди. Відповідно прийняття особою обіцянки щодо надання їй неправомірної вигоди полягає у виявленні нею згоди (бажання) прийняти (одержати) таку вигоду у відповідь на висловлення особою, яка її обіцяє, наміру її надати з повідомленням про час, місце та спосіб надання такої вигоди та передбачає коригування суми, форми чи виду неправомірної вигоди [13, с.26; 11, с.11]. З вищенаведеного випливає, що прийняття пропозиції та прийняття обіцянки неправомірної вигоди є дещо схожими поняттями, однак прийняття обіцянки має більш конкретне вираження, оскільки службова особа чи інша особа, дії якої підпадають під ознаки досліджуваних складів злочинів, не лише дає згоду прийняти пропозицію неправомірної вигоди, але й обумовлює місце, час, адресати її майбутнього одержання тощо. Тому у випадку застосування оперативно-розшукових заходів, спрямованих на документування відповідних злочинних дій, показів свідків тощо вину особи може бути доведено. Разом із тим, видається, що коригування суми, форми чи виду неправомірної вигоди тощо є нічим іншим як готування, яке вчиняється у формі «іншого умисного створення умов для вчинення злочину», що полягає у вчиненні будь-яких дій, що полегшують можливість виконання подальших дій, безпосередньо спрямованих на вчинення злочину.

Слід нагадати, що ст.45 та ч.4 ст.74 КК України передбачено, що особа яка вчинила корупційний злочин, в тому числі і той, що передбачений ст.ст.354, 368, 368-3, 368-4, 369-2 КК України не може бути звільнена від кримінальної відповідальності чи кримінального покарання. Звідси випливає, що немає значення чи особа одержала неправомірну вигоду чи лише прийняла пропозицію чи обіцянку, в будь-якому випадку щодо неї не можуть застосовуватись вищеназвані заходи заохочення. У кримінально-правовій літературі Д.О. Шумейко зауважує, що вчинення дій, які полягають у прийнятті пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди не має того рівня суспільної небезпеки, щоб визнаватися закінченим злочином «на одному рівні» із отриманням неправомірної вигоди, більше того таким, покарання за яке аналогічне покаранню за одержання неправомірної вигоди [12, с.44]. Така позиція заслуговує на увагу, оскільки прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди ще не свідчить про остаточний намір особи у майбутньому одержати неправомірну вигоду, адже не виключено, що вона може передумати. З цього приводу слід погодитись із позицією Л.О. Ужви, який вважає, що між помислами людини та її реальними діями часто існує величезна прірва, а тому невідомо, чи зважиться людина на виконання певних злочинних дій. Навіть обіцянку вчинити будь-що у звичайній ситуації важко розцінювати як закінчену дію доти, доки її не буде виконано і не буде отримано наочний результат її виконання [14].

Слід зазначити, що відповідно до кримінального законодавства України прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди вважається закінченим злочином з моменту виявлення на це згоди спеціальним суб'єктом. Натомість, аналіз судової практики України в цій частині свідчить про те, що спостерігається ситуація, коли правоохоронні та судові органи за одержання особою частини неправомірної вигоди (що, видається, є більш суспільно-небезпечним, ніж прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди), кваліфікують її дії як готування [15] чи замах [16] на вчинення злочину. Таким чином, редакція ч.3,4 ст.354, ст.368, ч.3,4 ст.368-3, ч.3,4 ст.368-4, ч.2,3 ст.369-2 КК України у теперішньому вигляді суперечить законам юридичної логіки.

За таких умов, видається, потрібно відмовитись від використання у диспозиціях аналізованих статей (ч.3,4 ст.354, ст.368, ч.3,4 ст.368-3, ч.3,4 ст.368-4, ч.2,3 ст.369-2 КК України) понять «прийняття пропозиції» та «прийняття обіцянки», оскільки прийняття пропозиції неправомірної вигоди є всього лиш виявленням умислу, що не підлягає кримінально-правовій оцінці, натомість, прийняття обіцянки неправомірної вигоди потрібно розглядати як готування до вчинення злочину та кваліфікувати відповідні дії за ч.1 ст.14 та відповідною статтею Особливої частини КК України, де передбачена відповідальність за одержання неправомірної вигоди конкретним суб'єктом.

В подальшому необхідно дослідити поняття «одержання неправомірної вигоди». Існують різні способи одержання неправомірної вигоди, серед яких, зокрема, передавання предмета неправомірної вигоди «з рук у руки», через посередника, з використанням можливостей мережі Інтернет через банківські платіжні системи, під виглядом укладення законної угоди тощо. Однак у теорії кримінального права та правозастосовній діяльності прийнято виділяти два основні способи одержання неправомірної вигоди, а саме: простий (полягає у безпосередньому врученні неправомірної вигоди); завуальований (факт одержання неправомірної вигоди маскується у зовні законну цивільно-правову угоду чи виконання трудових зобов'язань і набуває вигляду цілком правомірної операції, наприклад, різні виплати, премії, кредитування, консультування тощо) [11, с. 12; 17, с. 816; 18, с. 98].

Однак не виключені більш витончені завуальовані способи одержання неправомірної вигоди із залученням третіх осіб (посередників), що є надзвичайно складним у доказуванні. Так, службова особа з метою одержання неправомірної вигоди за передачу за заниженими цінами державної власності підприємницьким структурам поза аукціонами, перебуваючи у змові зі своїм племінником, у власності якого перебуває приватна медична клініка, скеровує особу, яка зацікавлена у прийнятті нею незаконного рішення нібито для проведення лікувальних та оздоровчих процедур, при цьому вигододавець вносить на банківський рахунок медичної клініки неправомірну вигоду як оплату за, так би мовити, надання її працівниками медичних послуг. Отже, в даному випадку має місце факт одержання неправомірної вигоди через маскуваність у зовні законну цивільно-правову угоду.

Висновки. Таким чином, об'єктивна сторона складів злочинів, які полягають у прийнятті пропозиції, обіцянки або одержанні неправомірної

вигоди, полягає у вчиненні наступних дій: прийняття пропозиції надати неправомірну вигоду для себе чи третьої особи; прийняття обіцянки надати неправомірну вигоду; одержання неправомірної вигоди. Запропоновано відмовитись від використання у КК України понять «прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди» з наступних підстав: 1) факт прийняття пропозиції неправомірної вигоди, без «підкріплення» його відповідними діями, немає чіткого вираження на практиці, що свідчить лише про можливе виявлення умислу за що не передбачена кримінальна відповідальність; 2) факт прийняття пропозиції неправомірної вигоди складно, а то й неможливо довести у правозастосовній діяльності, оскільки для того, щоб притягнути службу чи іншу особу, дії якої підпадають під ознаки досліджуваних складів злочинів, до кримінальної відповідальності потрібні вагомі докази, а не лише її згода на одержання неправомірної вигоди; 3) прийняття обіцянки неправомірної вигоди потрібно розглядати як готування до вчинення злочину та кваліфікувати відповідні дії за ч.1 ст.14 та відповідною статтею Особливої частини КК України, де передбачена відповідальність за одержання неправомірної вигоди конкретним суб'єктом; 4) в кожній із досліджуваних статей, враховуючи типовість, схожість їх законодавчих конструкцій (єдина основа, спільні констатуючі ознаки), слід дотримуватися одного способу мовного вираження злочинного діяння; 5) така розмаїтість та «розмитість» форм злочинної поведінки ускладнює розуміння змісту диспозицій аналізованих статей та, як наслідок, призводить до помилок під час проведення кримінально-правової кваліфікації.

Список використаних джерел

1. **Сарнавський О. М.** Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст.262 КК України / О. М. Сарнавський // Вісник Академії адвокатури України. — 2008. — Випуск 13. — С.42-49.
2. Кримінальне право України. Загальна частина. [навч. посіб.] 2-ге вид. — К.: Центр учбової літератури, 2012. — 320 с. [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://pidruchniki.com/13140120/pravo/obyektivna_storona_skladu_zlochynu#86
3. Кримінальне право України. Загальна частина: [підручник] / За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — Київ-Харків: Юрінком Інтер — Право, 2002. — 416 с.
4. **Рябенко М.В.** Кримінально-правова охорона професійної діяльності, пов'язаної з наданням професійних послуг: дис.. канд. юрид. наук: 12.00.08 — кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право / М.В. Рябенко. — Київ, 2016. — 267 с.
5. **Кочерова Н.О.** Зловживання впливом: соціальна обумовленість криміналізації та характеристика складу злочину: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 — кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право / Н.О. Кочерова. Держ. НДІ М-ва внутр. справ України. — К., 2013. — 200 с.
6. **Кашкаров О. О.** Кримінально-правова характеристика одержання незаконної винагороди працівником державного підприємства, установи

- чи організації: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 — кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право / О. О. Кашкаров; МВС України, Харк нац. ун-т внутр. справ. — Х., 2012. — 17 с.
7. **Хавронюк М. І.** Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» / М.І. Хавронюк. — К.: Атіка, 2011. — 424 с.
 8. **Дудоров О.О.** Зловживання впливом: у пошуках істини між «духом» і «буквою» кримінального закону/ О.О. Дудоров // Право і громадянське суспільство. — № 3. — 2015. — С.136-178.
 9. Словник української мови: в 11 томах. — Том 2. — 1971. — 1021 с.
 10. **Калитаєв В. В.** Кримінально-правова характеристика прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою / В. В. Калитаєв // Держава і право. — Випуск 60. — С.375-380.
 11. Особливості розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою [Текст] : метод. рек. / [Чернявський С. С., Вакуленко О. Ф., Толочко О. М. та ін.]. — К. : Нац. акад. внутр. справ, 2014. — 67 с.
 12. **Шумейко Д.О.** Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою: проблеми правової кваліфікації / Д.О. Шумейко // Юридичний часопис національної академії внутрішніх справ. — №1. — 2015. — С.39-51
 13. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: навч.-практ. посіб. / В. І. Тютюгін, Ю. В. Гродецький, С. В. Гізимчук ; за ред. В. Я. Тація, В. І. Тютюгіна. — Х. : Право, 2014. — 232 с.
 14. **Ужва Л. О.** Доцільність криміналізації пропозиції неправомірної вигоди чи хабара // Електронне наукове фахове видання «Державне управління: удосконалення та розвиток» // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.dy.nauka.com.ua/?op=1&z=462>.
 15. Ухвала Миколаївського районного суду Львівської області від 27 серпня 2013 року. Справа № 447/2414/13- [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35259995>
 16. Ухвала Апеляційного суду Чернівецької області від 18 листопада 2014 р. Кримінальне провадження №12012270050000183 — [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41424476>
 17. Уголовный кодекс Украины: научно-практический комментарий / [отв. ред. Стрельцов Е. Л.]. — Х.: Одиссей, 2012. — 1234 с.
 18. **Шиманський Ф. В.** Злочини у сфері службової діяльності (кримінально-правовий аналіз) : [навч. посіб.] / Ф. В. Шиманський. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — 272 с.

Анотація

Аналізуються відповідні зміни до КК України у зв'язку з ухваленням Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність до стандартів

Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» від 18 квітня 2013 р. На підставі аналізу наукової літератури досліджено підходи щодо поняття і значення «прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди». Сформульовано ряд пропозицій, спрямованих на удосконалення кримінального законодавства і практики його застосування.

Summary

The proper changes are analysed in the Criminal code of Ukraine in connection with passing an Act of Ukraine “About making alteration in some legislative acts of Ukraine in relation to bringing a national legislation over in accordance with the standards of Criminal convention about a fight against a corruption” from April, 18 in 2013. Based on the analysis of scientific literature studied approaches to the concept and importance of «accepting proposal, promise or receipt of illegal benefit». A number of proposals aimed at improving the criminal law and practice.

Загиней З. А.

доктор юридичних наук, доцент, Науково-дослідний інститут Національної академії прокуратури України, начальник відділу науково-методичного забезпечення прокурорської діяльності у сфері запобігання та протидії корупції

Кваша О. О.

доктор юридичних наук, професор, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, провідний науковий співробітник відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою,

НЕВИЗНАЧЕНІСТЬ НАЦІОНАЛЬНОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: IN DUBIO PRO REO

Ключові слова: невизначеність національного антикорупційного законодавства, викладацька діяльність, тренінг, корупція, правопорушення, пов'язане з корупцією, навчальний заклад, особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, тлумачення сумнівів на користь обвинуваченого.

Key words: uncertainty of the national anti-corruption legislation, teaching, training, corruption, offenses related to corruption, an educational institution, a person authorized to perform state functions or local government, the interpretation of doubt in favor of the accused.

Постановка проблеми. Проблема боротьби з корупцією є вельми актуальною для України. Адже на сьогодні корупція визнана загрозою національній безпеці України (п. 3.3 Розділу 3 Стратегії національної безпеки України) [1]. На виконання міжнародних зобов'язань в Україні було прийнято пакет антикорупційних законів, рамковим серед яких є Закон України «Про запобігання корупції» [2]. Громадянське суспільство очікує від владних органів рішучих заходів щодо запобігання корупції, викриття і на законних підставах притягнення до юридичної відповідальності корупціонерів.

Для того, щоб боротьба з корупцією в нашій державі була реальною, а не формальною, насамперед необхідно, щоб законодавство у цій сфері було максимально чітким, визначеним і не залишало можливості для довільної інтерпретації його норм залежно від конкретної ситуації. Однак, аналіз Закону України «Про запобігання корупції» дає підстави для критичного висновку: окремі його положення є нечіткими, неоднозначними, і, що найбільш небезпечно для правозастосування, — містять поняття, які не мають законодавчих дефініцій у відповідному регулятивному законодавстві. Одним із таких положень є норма, закріплена у ст. 25 Закону України «Про запобігання корупції», яка передбачає обмеження (а фактично заборону) особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, суміщати свою діяльність з іншими видами діяльності. Так, у п. 1 ч. 1 цієї статті передбачено, що таким особам забороняється займатися іншою оплачуваною

(крім викладацької, наукової і творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики із спорту) або підприємницькою діяльністю, якщо інше не передбачено Конституцією або законами України. За такі діяння передбачена адміністративна відповідальність у ст. 172-4 Кодексу України про адміністративні правопорушення (КУпАП) «Порушення обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності». На перший погляд, відповідна правова норма викладена чітко. Однак її детальний аналіз дозволяє дійти протилежного висновку. Практично кожен вид діяльності, яким дозволено займатися особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не визначений у законодавстві України, що породжує цілу низку проблемних ситуацій щодо констатації факту порушення заборони, передбаченої у п. 1 ч. 1 ст. 25 Закону України «Про запобігання корупції» та притягнення винуватих осіб до кримінальної відповідальності за ст. 172-4 КУпАП.

Виклад основного матеріалу. Однією з таких проблемних практичних ситуацій, яка виникла під час застосування невизначених положень національного антикорупційного законодавства, стала резонансна справа про адміністративне правопорушення, пов'язане з корупцією, передбачене ст. 172-4 КУпАП, у вчиненні якого обвинувачувалася працівниця Національного антикорупційного бюро України (НАБУ) К.О. Везелева-Борисова (особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування). Нагадаємо, що згідно з постановою Солом'янського районного суду м. Києва від 20 жовтня 2016 р. ця працівниця була визнана винуватою у вчиненні адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 172-4 КУпАП. Як вказано у постанові, Особа-1 порушила обмеження щодо зайняття викладацькою діяльністю за таких обставин: у період з 26 лютого 2016 р. по 29 лютого 2016 р., з 22 квітня 2016 р. по 23 квітня 2016 р. та з 10 червня 2016 р. по 12 червня 2016 р. сумістила службу в НАБУ з заняттям іншою оплачуваною діяльністю, зокрема, наданням послуг тренера на заходах Представництва Фонду імені Фрідріха Еберта в Україні, уклавши із зазначеним Представництвом цивільно-правові договори на проведення відповідних робіт, за виконання яких одержала від юридичної особи оплату за послуги на загальну суму 18 032 грн [3]. Зазначена постанова суду наразі оскаржується в апеляційному порядку. На цю постанову захисником К.О. Везелевої-Борисової було подано апеляційну скаргу до Київського апеляційного суду, який 10 лютого 2017 р. прийняв доленосне та доводоочікуване рішення. Апеляційну скаргу адвоката було задоволено, постанову Солом'янського районного суду м. Києва від 20 жовтня 2016 р. було скасовано, а провадження про адміністративне правопорушення закрито у зв'язку з відсутністю К.О. Везелевої-Борисової складу адміністративного правопорушення. Нагадаємо, що ця постанова є остаточною, вступає в силу з моменту проголошення і оскарженню не підлягає. Суддя, постановляючи відповідну постанову, мотивувала прийняте рішення з-поміж іншого й невизначеністю національного антикорупційного законодавства, що дає підстави для застосування загального принципу права: *in dubio pro geo* (у випадку сумніву — на користь обвинуваченого).

Незважаючи на те, що заборона суміщати основну діяльність з іншими видами діяльності для осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбачена у законодавстві України вже не один рік, інтерес науковців до з'ясування нормативного змісту цієї заборони є недостатнім. Відзначимо наукові праці у цьому напрямку таких вчених, як Р. Л. Максимович, О. В. Мельник, І. Й. Снігур, М. І. Хавронюка. Однак у них не приділено достатньої уваги з'ясуванню нормативного змісту такого виду діяльності, як викладацька та чи охоплює її здійснення роботу в підприємствах, в установах та організаціях, що надають послуги у сфері освіти або провадять іншу діяльність, пов'язану з наданням таких послуг. Останнім часом інтерес до проблеми тлумачення поняття «викладацька діяльність» є зрозумілим. Це питання було розглянуто і в наших попередніх публікаціях [4; 5], а також висвітлено у наукових позиціях щодо вирішення відповідного питання, які були підготовлені у Національній академії прокуратури України та в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України на адресу правоохоронних органів (Служби безпеки України та Генеральної прокуратури України), а також Національного агентства з питань запобігання корупції.

Окрім згаданих вище рішень щодо К. О. Везелевої-Борисової, у судовій практиці у схожому випадку було прийнято аналогічне рішення. Так, за постановою Приморського районного суду міста Одеси від 10 квітня 2014 р. справу про адміністративне правопорушення відносно Особи-1, директора Департаменту розвитку інфраструктури та житлово-комунального господарства Одеської обласної державної адміністрації, було закрито у зв'язку з відсутністю події та складу адміністративного правопорушення. За обставинами справи Особа-1 за результатами конкурсу модераторів уклала трудову угоду із Всеукраїнською асоціацією органів місцевого самоврядування «Асоціація міст України», відповідно до якої вона здійснювала обов'язки щодо підготовки, проведення та звітування за проведення п'яти засідань робочої групи з підвищення ефективності поведінки з ТПВ в містах Миколаївської та Одеської областей, за що отримала дохід у розмірі 4800 грн. Відносячи цей вид діяльності до викладацької, суд навів такі аргументи: зміст зазначених вище обов'язків модератора; віднесення модераторії до сучасної форми викладання на кшталт тренінгу, круглих столів, семінарів, обміну думками тощо, яка широко використовується не тільки вітчизняними, а й закордонними педагогами та викладачами; передбачення у Державному класифікаторі видів економічної діяльності (КВЕД) групи 85.5 «Інші види освіти» продовження освіти протягом усього життя для одержання додаткових знань і навичок, а також задля перепідготовки, підвищення кваліфікації, здобуття нової професії та самовдосконалення; до класу 85.59 «Інші види освіти, н.в.і.у.» відноситься серед іншого «освіта, не обумовлена будь-якими рівнями» [6]. З таким рішенням погодився й Апеляційний суд Одеської області (постанова Апеляційного суду Одеської області від 30 травня 2014 року) [7].

Здійснюючи тлумачення невизначених положень національного антикорупційного законодавства, слід керуватися правилами, які розроблені у теорії права та стосуються врахування:

- 1) «термінологічного поля» і нормативного змісту тих нормативно-правових актів, положення яких є невизначеними та потребують тлумачення;
- 2) офіційного тлумачення Конституційним Судом України (за наявності);
- 3) загальних підходів до динамічного тлумачення у діяльності Європейського суду з прав людини, рішення якого визнаються в Україні джерелом права відповідно до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [8];
- 4) загальних правових принципів.

Насамперед зауважимо, що у законодавстві, що регламентує сферу надання освітніх послуг в Україні (Закони України «Про освіту» [9], «Про вищу освіту» [10], «Про наукову і науково-технічну діяльність» [11] тощо) відсутнє законодавче визначення поняття «викладацька діяльність». Це означає, що викладацька діяльність не є прерогативою діяльності виключно навчальних закладів України. Більше того, системний аналіз Закону України «Про вищу освіту» свідчить, що термін «викладач» використовується у ньому на позначення посад науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів. Натомість одним із учасників освітнього процесу визначено наукових, науково-педагогічних та педагогічних працівників (п. 1 ч. 1 ст. 52 Закону України «Про вищу освіту» [10]).

Законодавство України передбачає можливість здійснювати підвищення кваліфікації поза межами навчальних закладів. Так, у Класифікаторі видів економічної діяльності (КВЕД ДК 009; 2010) виокремлюється група економічної діяльності «Інші види освіти», яка *включає* продовження освіти протягом усього життя для одержання додаткових знань і навичок, а також задля перепідготовки, підвищення кваліфікації, здобуття нової професії та самовдосконалення. Клас 85.59 включає освіту, не обумовлену будь-якими рівнями навчання [12]. Таким чином, на нормативному рівні освіта розуміється як така, що охоплює освіту на різних освітніх рівнях (дошкільна, початкова загальна, базова загальна середня, повна загальна середня, професійно-технічна, вища), а також іншу освіту, яка здійснюється поза цими рівнями. І в першому, і в другому випадках формою реалізації освіти, очевидно, є викладацька діяльність.

У законодавстві України передбачена можливість діяльності окремих установ зі спеціальним статусом, на які не поширюється законодавство про освіту, однак які фактично здійснюють викладацьку діяльність. Наприклад, відповідно до частини 1 статті 104 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [13] Національна школа суддів України (*Школа*) є державною установою із спеціальним статусом у системі правосуддя, яка забезпечує підготовку висококваліфікованих кадрів для системи правосуддя та здійснює науково-дослідну діяльність. На неї не поширюється законодавство про вищу освіту. У ч. 3 ст. 89 цього Закону передбачено, що Школа проводить підготовку суддів для підтримання кваліфікації відповідно до необхідності вдосконалення їхніх знань, вмінь і навичок залежно від досвіду роботи суддів, рівня і спеціалізації суду, де вони працюють, а також з урахуванням їхніх індивідуальних потреб. З цією метою Школа організовує *тренінги*, що є

обов'язковими в межах підготовки, а також тренінги, які суддя має право обрати залежно від своїх потреб.

Таким чином, суб'єктами здійснення викладацької діяльності можуть визнаватися навчальні заклади та, відповідно, педагогічні і науково-педагогічні працівники (якщо освіта реалізується на освітніх рівнях, визначених Законом України «Про освіту») або державні установи, підприємства, установи, організації, а також різноманітні громадські та міжнародні організації і, відповідно, особи, які залучаються до проведення навчальних занять та які надають послуги у сфері освіти.

Ураховуючи аналіз «термінологічного поля» та нормативного змісту законодавства, яке регламентує надання освітніх послуг в Україні, доходимо таких висновків:

1) викладацька діяльність може здійснюватися на різних освітніх рівнях, визначених Законом України «Про освіту» (дошкільна, початкова загальна, базова загальна середня, повна загальна середня, професійно-технічна, вища), а також може здійснюватися поза цими освітніми рівнями;

2) за своїм змістом викладацька діяльність спрямована на передачу від одного суб'єкта до іншого нових знань, набуття останнім практичних умінь та навичок;

3) формами викладацької діяльності є проведення як традиційних, так і інтерактивних навчальних занять;

4) суб'єктами викладацької діяльності є навчальні заклади та, відповідно, педагогічні і науково-педагогічні працівники (якщо освіта реалізується на освітніх рівнях, визначених Законом України «Про освіту») або державні установи, організації, а також різноманітні громадські та міжнародні організації і, відповідно, особи, які залучаються до проведення навчальних занять (якщо освіта реалізується поза освітніми рівнями).

Переходячи до другого правила тлумачення, названого вище, зауважимо, що Конституційний Суд України у рішенні у справі про корупційні правопорушення та введення в дію антикорупційних законів [14] запропонував офіційне тлумачення поняття «викладацька діяльність». В абз. 5 п. 3.2.2 цього рішення зазначається, що наукова і викладацька діяльність є видами інтелектуальної і творчої діяльності, що спрямована на одержання, розповсюдження, використання нових знань, фахових навичок, їх практичного застосування. Таким чином, при визначенні належності того чи іншого виду діяльності до викладацької вирішального значення набуває встановлення її змістовної ознаки. Так, якщо особа виконує виключно організаційну функцію, не здійснюючи безпосередню передачу знань, практичних умінь та навичок, вона не може визнаватися такою, що здійснює викладацьку діяльність. Окрім того, в абз. 8 п. 3.2.2 цього рішення передбачено, що порушенням обмежень щодо сумісництва не можна визнавати здійснення суто наукової чи викладацької діяльності, якщо вона є джерелом законного та раціонально обґрунтованого за розміром доходу, ніяк не пов'язана з корисливими діями (бездіяльністю) особи при безпосередньому виконанні покладених на неї службових обов'язків.

Третім правилом тлумачення невизначених правових понять (зокрема й поняття «викладацька діяльність»), як зазначалося вище, є необхідність здійснення інтерпретації у межах загальних підходів до динамічного тлумачення у діяльності Європейського суду з прав людини. У практиці цього Суду одним з елементів верховенства права традиційно визнається принцип правової визначеності та передбачуваності законодавства, в якому стверджується, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями. Тобто обмеження будь-якого права повинно базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки (справа «Гешмен і Герруп проти Сполученого Королівства», рішення від 25 листопада 1999 р., справа «Пухк проти Естонії», рішення від 10 лютого 2004 р., справа «Слов проти України», рішення від 6 листопада 2008 р. та інші).

Окремі суди в адміністративних справах покладають цей принцип в основу прийнятого рішення. Так, в ухвалі Колегії Вищого адміністративного суду України від 31 серпня 2016 р. вказано таке: «Принцип правової визначеності вимагає чіткості, зрозумілості та однозначності правових норм, зокрема передбачуваності (прогнозованості) законодавчої політики в соціальній сфері та стабільності правових норм як відсутності частого внесення змін до нормативно-правових актів. Тож правова визначеність вимагає, щоб правові норми були чіткими й точними, спрямованими на те, щоб забезпечити постійну прогнозованість ситуацій та правовідносин, що виникають.

Відповідно до вимог принципу правової визначеності правозастосовний орган у випадку неточності, недостатньої чіткості, суперечливості норм позитивного права має тлумачити норму на користь невлаштованого суб'єкта (якщо однією зі сторін спору є представник держави або органу місцевого самоврядування), адже якщо держава нездатна забезпечити видання зрозумілих правил, то саме вона і повинна розплачуватися за свої прорахунки. Це так зване правило пріоритету норми за найбільш сприятливим для особи тлумаченням» [15].

Висновки. Насамкінець зауважимо, що вирішуючи питання про те, чи належить тренінг до викладацької діяльності та чи порушує особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, заборону суміщати основну роботу з викладацькою діяльністю, слід пам'ятати про правило, що випливає з презумпції невинуватості, відповідно до якого всі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь (*in dubio pro reo*). Це положення відображене у ст. 62 Конституції України. «Суть його полягає у тому, що коли у суду виникають сумніви щодо тих чи інших доказів і якщо той чи інший факт можна витлумачити як на користь, так і на шкоду підсудного, то ухвалюють рішення, більш сприятливе для останнього» [16, с. 437]. До цього слід лише додати, що, не зважаючи на пріоритетність протидії корупції в нашій державі, будь-яка особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є насамперед громадянином України і відповідно має всі права, передбачені Конституцією України.

Проблема, яку ми намагались розв'язати у цій статті, має своїм корінням давно існуючий законодавчий підхід до прийняття нормативно-правових актів, що характеризується безсистемністю та хаотичністю. Будь-які наукові тлумачення чи узагальнення судової практики не здатні вирішити аналізовану проблему. Єдиний шлях для цього – це заміна у ст. 25 Закону України «Про запобігання корупції» цього поняття на вже закріплене у відповідних законах поняття «науково-педагогічна діяльність», або ж визначення у регулятивному законодавстві поняття «викладацька діяльність». Таке поняття яке має бути розроблено фахівцями не лише у галузі юриспруденції, а насамперед – в галузі освіти та педагогіки, із врахуванням як традиційних, так і сучасних інтерактивних методики навчання. Що стосується вирішення конкретних питань щодо притягнення (непритягнення) осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування за порушення обмежень в умовах невизначеності антикорупційного законодавства у цій частині, слід виходити як з зазначених вище положень, а також к аналізу конкретних обставин справи.

Список використаних джерел

1. Стратегія національної безпеки України, затв. Указом Президента України від 26 травня 2015 року № 287/2015 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/287/2015>
2. Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1700-VII [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>
3. Постанова Солом'янського районного суду м. Києва від 20 жовтня 2016 року. Справа № 760/13989/16-п. Провадження № 3-6214/16 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62138608>
4. **Загиней З. А.** До проблеми встановлення змісту поняття «викладацька діяльність» у контексті антикорупційного законодавства України / З. А. Загиней, О. О. Кваша // II Львівський форум кримінальної юстиції «Правова реформа у сфері кримінальної юстиції: ключові параметри та прогноз подальшого розвитку». Збірка тез міжнародної науково-практичної конференції — К.: ВАІТЕ, 2016. — С. 82-87.
5. **Кваша О.** Стратиги не можна помилювати» (Тренінг: вид викладацької діяльності чи правопорушення, пов'язане з корупцією? / О. Кваша // Юридичний вісник України. — 2016. — № 46-47 (1114-1115). — 18 листопада — 1 грудня. — С. 14-15.
6. Постанова Приморського районного суду м. Одеси від 10 квітня 2010 року. Справа № 522/2695/14. Провадження № 3/522/1253/14 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38386883>
7. Постанова Апеляційного суду Одеської області від 30 травня 2014 року. Справа № 522/2695/14-п. Провадження № 33/785/290/14 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/39037734>

8. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/848-19>
9. Про освіту : Закон України від 23 травня 1991 року № 1060-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1060-12>
10. Про вищу освіту: Закон України від 1 липня 2015 року № 1556-VII [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1556-18>
11. Про наукову і науково-технічну діяльність Закон України від 26 листопада 2015 року № 848-VIII [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/848-19>
12. Класифікація видів економічної діяльності ДК 009:2010: національний класифікатор України, затв. наказом Держспоживстандарту України від 11 жовтня 2010 року № 457 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.dkrp.gov.ua/info/842>
13. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>
14. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень законів України «Про засади запобігання та протидії корупції», «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (справа про корупційні правопорушення та введення в дію антикорупційних законів) від 6 жовтня 2010 року № 21-рп/2010 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/ru/v021p710-10>
15. Постанова Колегії суддів Вишого адміністративного суду України від 31 серпня 2016 року. Справа К/800/11692/16 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/60759224>
16. **Нор В.** Тлумачення сумніви на користь підсудного під час постановлення вироку / В. Нор, Б. Яворський // Вісн. Львів. ун-ту. Серія юрид. — 2010. — Вип. 51. — С. 436-442.

Анотація

У статті розглянуто проблему невизначеності національного антикорупційного законодавства, що зумовлює різні підходи під час його застосування. Здійснено інтерпретацію поняття «викладацька діяльність» як складової обмеження щодо антикорупційного несуміщення. Зроблено висновок, що викладацька діяльність може здійснюватися як у навчальних закладах, так і за їх межами, а також, що проведення тренінгів слід відносити до викладацької діяльності.

Annotation

The article considers the problem of the uncertainty of the national anti-corruption legislation, which leads to different approaches in its application. Implemented interpretation of the concept of "teaching activity" as a component of anti-corruption restrictions misalignment. It was concluded that teaching activities can be carried out in schools and beyond, and that trainings should be related to teaching.

Мина В. В.

*к.ю.н., Львівський державний університет внутрішніх справ,
доцент кафедри теорії та історії держави і права,
конституційного та міжнародного права*

САНКЦІЯ ЯК ЗАСІБ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ОБОВ'ЯЗКІВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

Ключові слова: законодавство, законодавча діяльність, норма права, аналогія закону, аналогія права, принципи права.

Keywords: legislation, legislative activity, rule of law, the analogy of the legislation, the analogy of law, the principles of law.

Постановка проблеми. Процес вдосконалення законодавства здійснюється безперервно, як на законодавчому рівні шляхом внесення змін, так і в правозастосовній практиці. Не викликає сумнів те, що цей процес вдосконалення буде здійснюватися постійно, адже змінюються умови життя; соціально-економічні відносини; під час здійснення судочинства виявляються законотворчі помилки; недоліки юридичної техніки, до яких належать помилки і упущення законодавчого органу; суперечливість, неузгодженість норм; до того ж, неможливо нормативно охопити всі життєві ситуації, що об'єктивно вимагають правового врегулювання.

Найчастішою причиною змін у законодавстві є його недостатня повнота та визначеність деяких положень, які є важливим фактором функціонування будь-якої галузі права. Недотримання цих вимог спричиняє появу прогалин у праві. У зв'язку з цим значний науковий інтерес представляє питання співвідношення аналогії права та аналогії закону — як засобів усунення прогалин у праві

Аналіз досліджень даної проблеми. Вагомий внесок у розробку питань, пов'язаних з особливостями процесу подолання прогалин у праві зробили такі відомі вчені, як: С. С. Алексєєв, С. І. Вільнянський, С. В. Завальнюк, О. С. Йоффе, В. М. Карташов, П. О. Недбайло, В. В. Лазарєв, А. С. Піголкін, О. С. Погребняк, та ін.

Метою статті є дослідження теоретичних аспектів розмежування аналогії права та аналогії закону, як засобів усунення прогалин у праві

Виклад основного матеріалу. Якщо суспільні відносини, що потребують правового регулювання, виявляються нерегульованими, питання про права та обов'язки відповідних суб'єктів вирішується шляхом застосування закону за аналогією. В іншому випадку питання вирішується шляхом застосування за аналогією принципів права.

С. І. Вільнянський, Е. Ш. Кемуларія, П. О. Недбайло стверджували, що інститут аналогії права не має прямого відношення до аналогії, якщо під такою в прямому сенсі цього слова розуміти порівняння двох близьких і рівноцінних за значенням і положенням об'єктів [1, с. 9]. У випадку з аналогією права таких

рівноцінних об'єктів, що підлягають порівнянню, не існує. Таким чином, на відміну від аналогії закону, при аналогії права юридична оцінка спірного правовідношення здійснюється не у формі умовиводу за аналогією, а в формі силогізму, великою посилкою якого виступає конкретне положення загальних засад законодавства.

Дійсно, на перший погляд, аналогія права не може бути повністю віднесена до логічного розуміння аналогії. Під логічне обґрунтування цього терміну більше підходить аналогія закону. Адже, аналогія закону — це вирішення конкретної юридичної справи на підставі норм права, які регулюють схожі з розглядуваними суспільні відносини. Але не можна погодитись з запропонованим підходом правознавців що намагаються ототожнити аналогію у праві з аналогією в логіці, оскільки аналогія права є правовим інститутом і лише засновується на логічному прийомі умовиводу за аналогією, але не однорідна з ним. Аналогія у праві ґрунтується на порівнянні суспільних відносин з нормами та принципами права, які не регулюють дані відносини, але мають схожі з ними ознаки і відповідно можуть бути застосовані до їх врегулювання. Процедура застосування аналогії закону, як логічний прийом, є творчою діяльністю, яка полягає в перенесенні деяких якостей, притаманних одним явищам, на інші, схожі з першими в сукупності істотних ознак.

Так, Є. В. Васьковський, зазначав, що за своєю логічною природою аналогія права тотожна аналогії закону і відрізняється від останньої лише більшою широтою матеріалу, яким вона оперує [2, с. 268]. Розглядаючи сутність аналогії права, Є. В. Васьковський зводив її до того, що при відсутності в законодавстві готової норми, яка б могла бути застосована до даного випадку, з наявних норм попередньо добувається нова норма відносно однорідного випадку, а потім ця нова норма за аналогією застосовується до не передбаченого законом випадку.

Водночас, при використанні аналогії права, суб'єкту правозастосування необхідно встановити схожість між врегульованими і неврегульованими відносинами, тобто провести аналогію з найбільш значними та важливими суспільними відносинами, що потребують правового регулювання, виявити інформацію, яку можливо перенести з одного відношення на інше, знайти принцип права, який підлягає застосуванню за аналогією з цими відносинами. Наприклад, до кількості таких схожих ознак можна віднести схожість галузей права, схожість в суб'єктах або предметі врегульованих і неврегульованих цивільних відносин тощо. З цього приводу В. М. Карташов, зазначає, що використання даного способу подолання прогалін не може обійтись без визначених логічних прийомів. До таких, зокрема, відносяться: висновок на підставі тотожності; висновок від окремого до загального (індукція); висновок *a fortiori*; висновок за аналогією; висновок від загального до окремого (дедукція); висновок про протилежність [3, с. 35-37].

Таким чином, логічна складова, характерна для методу аналогії присутня і при застосуванні аналогії права. Даний висновок, в свою чергу, свідчить про необхідність визнати, що аналогія права, як спосіб подолання прогалін в праві,

є частиною інституту аналогії у праві, і міцно укорінився в теорії і юридичній практиці.

С. І. Вільнянський вважав, що перш ніж використовувати аналогію права, необхідно вирішити питання на підставі аналогії закону [4, с. 105]. І. Б. Новицький, навпаки, вважав, що аналогія закону небезпечніше аналогії права. На його думку, повноваження суду достатні для того, щоб суд міг вирішити питання, не передбачені законодавством. Наскільки б важко не було виведення загальних засад законодавства, все ж ця процедура виявляється більш легкою, ніж вирішення питання — чи достатня схожість обставин спірної справи з тими, які має на увазі та окрема норма, яку бажано застосувати за аналогією закону. В зв'язку з цим, І. Б. Новицький пропонував замість пошуку фактів, які підпадали б під аналогію закону, використовувати положення вказаної статті. Це, на його думку, позбавить від помилкового застосування аналогії закону [5, с. 18].

З цього приводу слушною є думка Д. І. Дєдова, який зазначає, що перебільшення значення правових конструкцій (правових засобів) є культурно-правовою парадигмою нашого часу. Особливо це проявляється у випадках з прогалинами і протиріччями в законі. Основним завданням в таких випадках вважається тлумачення закону таким чином, щоб показати, що закон все ж регулює конкретну ситуацію. Таке виправдання закону засноване на двох постулатах: 1) розсуд судді не може бути відірваний від закону; 2) прецеденти не визнані в нашій системі права. Очевидно, продовжує автор, що за цими постулатами ховаються догми позитивізму, згідно з якими закон існує всюди, в кожному конкретному випадку. І все б добре, але лише верховенство закону розуміється з позицій позитивізму як його виключна і вихідна справедливість, не підлягаюча оцінці з точки зору публічно значимих цілей або принципів права (вони ж не є частиною писаного права). Це приводить до свавільного тлумачення закону, до «виявлення» в ньому правових засобів, які насправді не існують [6, с. 50].

Аналогія права і аналогія закону є взаємозалежними інститутами, що передбачає застосування цих двох методів у поєднанні один з одним з метою реалізації принципів права, захисту прав та свобод людини при регулюванні суспільних відносин на підставі норм законодавства. Так, наприклад, європейські судді при обґрунтуванні своїх рішень виходять не тільки з конституційних норм, але й з принципів справедливості, розумності, природного права, відповідності моральним критеріям, суспільної необхідності та цілей конституційно-правового регулювання у суспільстві.

Аналогія закону не застосовується механічно, а повинна спиратися на загальні принципи, які виступають методами формування права. В. М. Сирих доходить висновку, що принцип панування права, означає, що громадянське суспільство та держава в ранг загальнообов'язкових правових норм, позитивних законів зводить лише право. Д. І. Дєдов зазначає, що у демократичній правовій державі закон має відповідати праву. Аналогія закону можлива тоді, коли вже існує правовий механізм, закріплений в законі та належний до застосування щодо іншої ситуації. Аналогія права

використовується, коли такого механізму ще немає. Але в обох випадках ми маємо справу з загальними принципами права. Аналогія вже наявних правових засобів можлива лише з врахуванням загальних принципів права, оскільки на них заснована будь-яка застосовна за аналогією норма закону. Застосовуючи аналогію закону, ми, насамперед, застосовуємо принципи права. Іншими словами, ми визначаємо застосований в «донорській» нормі закону загальний принцип права, звіряємо, чи можна його застосувати в іншій ситуації, і лише після цього реалізується аналогія закону [6, с. 53-54]. Зокрема, відповідно до Конституції України, яка містить загальні принципи права, її норми мають найвищу юридичну силу поряд з іншими нормативно-правовими актами, отже їх застосування повинно відповідати в першу чергу нормам Конституції тобто принципам права.

Розглянувши основні аспекти сутності аналогії права та аналогії закону, слід зазначити, що співвідношення «аналогії закону» та «аналогії права» полягає у обмеженні один одного, з одного боку, нормою закону, з іншого — принципами права, з метою врегулювання неврегульованих суспільних відносин відповідно до принципів права. Вирішуючи справу за аналогією права, суб'єкт правозастосування не створює принципи права, а лише виявляє вже існуючі принципи права та формулює їх у рішенні в процесі врегулювання конкретного випадку. При цьому, застосування принципів права до врегулювання суспільних відносин за аналогією передбачає відсутність необхідної в цих випадках норми або принципу права, що можуть прямо їх врегулювати. Тому принцип права застосовується за аналогією до схожих суспільних відносин, що підпадають під дію такого принципу, що обумовлює логічну основу методу аналогії права.

Щодо визначення поняття аналогії права погляди науковців можна розділити на три групи: одні вважають, що аналогія права — це вирішення не врегульованих нормою права відносин на основі принципів права закріплених в законодавстві; другі — на основі принципів права, загальних засад і змісту законодавства; треті — на основі принципів та сутності права.

С.О. Комаров аналогію права визначає, як рішення конкретної справи виходячи з принципів права в цілому, галузі або інституту даної галузі права [7, с. 227].

У коментарі до цивільного кодексу України під аналогією права, також, розуміють застосування до певних відносин загальних засад і змісту цивільного законодавства з урахуванням вимог справедливості, добросовісності і розумності, якими мають керуватися суб'єкти цих відносин. Крім того, при застосуванні аналогії права правоохоронні органи можуть користуватися й іншими загальними положеннями, що містяться в Цивільному кодексі України [8, с. 16]. Зокрема, загальні основи цивільного законодавства закріплені в статті 3 Цивільного кодексу України, яка перераховує основні галузеві принципи.

На думку С.С. Алексеева, загальні засади і зміст законодавства є не що інше, як принципи права (загальноправові і галузеві) [9, с. 97]. При аналогії права принципи виконують безпосередньо регулюючу функцію і виступають єдиною нормативно-правовою основою правозастосовного рішення.

За визначенням А. В. Полякова, аналогія права — це застосування до неврегульованого конкретною нормою колізійного відношення (при відсутності можливості застосувати аналогію закону) норми первинних правових текстів, які виражають загальні засади і сенс законодавства, а також аналогічних норм всіх інших правових текстів, легітимованих в даному суспільстві [10, с. 798].

Таким чином, в наведених визначеннях правознавці визначають аналогію права фактично як застосування принципів права закріплених в законодавстві. Такими принципами можуть бути, як такі, що закріплені у національному законодавстві так і загальні принципи права регламентовані у міжнародних нормативно-правових актах або договорах, ратифікованих державою.

Деякі з правознавців наголошують на необхідності створення або формулювання принципу права в процесі подолання прогалин за допомогою аналогії права. Більшість авторів під аналогією права розуміють застосування до неврегульованого випадку принципів права. Водночас, одні правники передбачають застосування лише законодавчо закріплених принципів права, інші вважають за можливе сформулювати принципи, що не містяться в законі, але виходять із його змісту та сутності права загалом.

Принципи права є загальною категорією, яка відображає сутність права. При цьому, в процесі застосування права за аналогією дуже важливо чітко відрізнити принципи права від норм права, адже від цього залежить правильне визначення методу подолання прогалин у праві, а саме за допомогою аналогії закону або аналогії права.

В науковій літературі зазначається, що на сьогоднішній день рівень наукового осмислення проблеми та судова практика не дають змоги провести межу не тільки між принципами, з одного боку, та законодавчими положеннями, що потребують конкретизації, — з іншого, а й між принципами, з одного боку, та конкретними правовими нормами, — з іншого. Підтвердженням даної обставини може служити як наявність в актах законодавства положень найвищого рівня узагальнення, що не позначаються як принципи чи основні засади, так і кваліфікація науковцями та у судовій практиці суто конкретних правових приписів як основних засад чи принципів.

За викладених умов треба було б враховувати наступне: 1) законодавчі положення, що не потребують конкретизації, незалежно від їх принципового значення для системи права та спрямованості на реалізацію лише в майбутньому, не можуть визнаватись принципами та застосовуватись у порядку аналогії права; 2) законодавчі положення, які встановлюють права людини і громадянина, їх обов'язки, права та обов'язки державних органів, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб та які потребують конкретизації, не можуть визнаватись принципами та застосовуватись у порядку аналогії права; 3) основними засадами чи принципами є такі найбільш загальні законодавчі положення, які застосовуються в порядку аналогії права, а також для встановлення законності (незаконності) положень актів законодавства меншої юридичної сили.

Зокрема, принципи відрізняються від норм ступенем узагальнення, вони слугують основою для функціонування норм та пов'язують положення

нормативно-правових актів з вимогами правової системи. Принципи не породжують безпосередньо правові наслідки. Принцип визначає мотив (причину), що надає аргументи щодо певного напрямку прийняття рішення, але не обов'язково призводить до певного результату.

Важливим питанням застосування аналогії права є можливість застосування принципів права сформульованих суддями в судових рішеннях.

У більшості країн романо-германської правової сім'ї судова практика формально не є джерелом права (за винятком Швейцарії), а якщо визнається таким, то тільки щодо відносин, які не врегульовані або недостатньо врегульовані законом. Нині в багатьох країнах так зване «судове право» вважається допоміжним джерелом права. Аналогічного значення судова практика набуває і в українській правовій системі.

В цьому контексті прецедент функціонує не як окреме джерело права, а як принципове рішення, тобто рішення, норма якого може бути узагальнена на рівні принципу: тлумачення законодавчого положення. Яке визнано правильним для вирішення однієї справи, є таким само чином правильним і для вирішення інших справ. Отже, прецедентне значення має не формалізована частина мотивації судового рішення, а формулювання принципу права, яким узагальнюється ця мотивація, та основні ідеї, які цей принцип відображає. Тому, як правило, суди у країнах континентальної Європи посилаються на «принцип» чи «загальні принципи права», а не на конкретні судові рішення [11, с. 485].

Вирішуючи питання за аналогією права необхідно спиратись на принципи права закріплені у судовій практиці, під якою слід розуміти багаторазове, однакове вирішення судами однієї і тієї ж категорії справ, принципи, що формуються в рішеннях конституційного суду України, постановках Пленуму Верховного Суду, Роз'ясненнях, Листах Вищого Господарського Суду та інших джерелах узагальненої судової практики. Послідовна судова практика, в тому числі у випадках застосування права за аналогією є підґрунтям створення правової держави, в якій права людини переважатимуть над владою держави, визнаватимуться найвищою цінністю держави та суспільства загалом.

Висновки. Розглянувши основні положення про аналогію права та її співвідношення з аналогією закону можна навести наступне визначення аналогії права, яка передбачає вирішення суспільних відносин, щодо яких існують прогалини у праві на підставі принципів права, що закріплені у законодавстві, виводяться із його змісту та суті, сформульовані в правовій доктрині та судовій практиці, походять з правової системи та міжнародного права.

Список використаних джерел

1. **Цвік М. В.** Про сучасне праворозуміння / М. В. Цвік // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 4 (27). — С. 3-13.

2. **Васьковський Е. В.** Учение о толковании и применении гражданских законов. Цивилистическая методология / Е. В. Васьковский. — Одесса : Экон. Тип, 2001. — Ч. 1. — 400 с.
3. **Кемулария Э. Ш.** Проблемы применения уголовно-процессуального закона по аналогии / Э. Ш. Кемулария // Суд и применение закона. — М.: Изд-во ИГи ПАН СССР, 1992. — С. 98–101.
4. **Вильнянский С. И.** Значение логики в применении правовых норм / С. И. Вильнянский // Ученые записки Харьковского юридического института. — 2008. — Вып. 3. — 46 с.
5. **Тарнопольська О. М.** Дискусійні питання щодо визначення прогалини в праві / О. М. Тарнопольська // Вісник Академії адвокатури України. — 2006. — Вип. 7. — С. 16-20.
6. **Дедов Д. И.** Юридический метод : Научное эссе / Д. И. Дедов. — М.: Волтерс Клувер, 2008. — 160 с.
7. **Комаров С. А.** Общая теория государства и права: Курс лекций / С. А. Комаров ; [2-е изд. исправ. и доп.]. — М.: Манускрипт, 1999. — 312 с.
8. **Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко.** — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2009. — Ч.1. — 692 с.
9. **Алексеев С. С.** Теория государства и права: Учебник для юридических вузов и факультетов / С. С. Алексеев. — М., — 453 с.
10. **Поляков А. В.** Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций / А. В. Поляков. — СПб.: Издательский дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. — 863 с.
11. **Шевчук С.** Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. — К.: Реферат, 2007. — 640 с.

Анотація

У статті досліджено особливості аналогії права та аналогії закону. З'ясовано, що співвідношення аналогії закону та аналогії права полягає у обмеженні один одного, з одного боку, нормою закону, з іншого — принципами права. Доведено, що аналогія права і аналогія закону є взаємозалежними інститутами, що передбачає застосування цих двох методів у поєднанні один з одним. Виявлено, що вирішуючі питання за аналогією права необхідно спиратись на принципи права закріплені у судовій практиці.

Annotation

The article examines the specifics of the analogy of law and analogy of the legislation. The analogy of the legislation and analogy of law is to limit each other, on the one hand, the rule of law other principles of law. It is proved that the analogy of law and analogy of the legislation are interdependent institutions that provides for the application of these two methods in combination with each other. It was revealed that when deciding on the analogy of law should be based on the principles of law enshrined in the jurisprudence.

ОХОРОНА НЕДОТОРКАНОСТІ ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНИ

Ключові слова: приватність, порушення недоторканості приватного життя, таємниця особистого та сімейного життя, конфіденційна інформація.

Key words: privacy, a violation of the privacy and family life, confidentiality of personal and family life, confidential information.

Постановка проблеми. Інститут кримінально-правової охорони приватного життя за законодавством України формується під впливом міжнародного законодавства та кримінального законодавства європейських країн, які мають багатолітню традицію охорони цього права. Сьогодні право особи на недоторканість її приватних інтересів визнається і гарантується міжнародно-правовими та регіональними (зокрема, європейськими) нормативними актами.

Особливу роль в захисті права людини на приватне життя відіграє прецедентне право Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ). Як зазначають дослідники, ЄСПЛ вважає, що дати однозначну і універсальну дефініцію приватного життя, практично, неможливо і тому надає перевагу судовим прецедентам, в яких дає тлумачення окремих компонентів цього складного і багатопланового феномена [1, с. 527-607; 2, с. 347-427; 3; 4, с. 227].

У ході вивчення прецедентів та правових позицій ЄСПЛ щодо ст. 8 Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод виявлена тенденція до все більш широкого розуміння поняття та змісту приватного життя [5; 6, с. 379-382] Термін «повага», який використовується у ст. 8 цієї Конвенції також тлумачиться відповідно до європейських стандартів ширше, ніж поняття «недоторканість», яке використовується у вітчизняному законодавстві, і означає не тільки заборону на втручання держави, але і покладення на державу позитивного обов'язку забезпечити з допомогою законодавства та інших засобів повагу особистої сфери людини та її захист від незаконного втручання з боку інших осіб. В кримінальному законодавстві України окремі компоненти права людини на приватне життя, якщо брати за основу прецеденти ЄСПЛ, захищаються цілою низкою норм, які містяться в різних розділах Особливої частини КК України.

Загальносвітова тенденція розширення прав і свобод людини, зокрема, права на недоторканість приватного життя, міжнародно-правова регламентація його охорони лягла в основу національного законодавства всіх країн Європейського Союзу (далі — ЄС). В умовах сучасного процесу європейської глобалізації особливої гостроти набуває необхідність гармонізації

українського законодавства і, зокрема, кримінального, і законодавства країн — учасниць ЄС, яке втілило основні стандарти кримінально-правової охорони прав і свобод людини.

Дослідження та порівняння кримінального законодавства в сфері захисту приватного життя є надзвичайно актуальним, оскільки дає можливість, по-перше, проаналізувати особливості законодавства окремих держав-учасниць ЄС; по-друге, встановити відповідність національного законодавства європейським нормам і стандартам; по-третє, дійти висновків щодо можливості і необхідності реформування вітчизняного законодавства з метою його адаптації до законодавства ЄС в умовах глобалізації та євроінтеграції.

Для успішного проведення компаративістського дослідження кримінального законодавства ЄС про недоторканність приватного життя ми вирішили відійти від традиційної типології правових сімей та застосувати класифікацію, яку вперше запропонувала С. Я. Лихова [7, с. 255-256] і, яка, на нашу думку, найбільш повно відповідає вимогам сучасного стану компаративного дослідження. Відповідно до цієї класифікації всі держави-учасниці ЄС поділяються на три групи: 1) країни, які входили до складу СРСР і законодавство яких в силу історичних обставин має спільну правову традицію з кримінальним законодавством України (Литва, Латвія та Естонія); 2) постсоціалістичні країни, які в силу історичних і політичних обставин зазнали впливу соціалістичної правової системи (Польща, Румунія, Чехія, Угорщина, Болгарія, Словаччина, Словенія та Хорватія); 3) країни, право яких розвивалося поза впливом соціалістичної системи права і які мають власну історичну правову традицію, яка, по суті, лягла в основу права ЄС (ФРН, Італія, Франція, Іспанія, Греція, Португалія, Австрія, Швеція, Данія, Ірландія, Фінляндія, Кіпр, Люксембург, Мальта, Нідерланди, Бельгія. Саме така методика дає змогу дослідити законодавство держав-учасниць ЄС, правові традиції яких прагне гармонізувати Україна.

Характерно, що хоча Україна є державою, право якої слід віднести до романо-германської правової сім'ї, великого значення набуває не стільки романо-германська традиція, скільки правові акти тих міжнародних організацій, учасницею яких є або прагне бути Україна (Рада Європи, Світова Організація Торгівлі, НАТО, ЄС та інші) [8, с. 40].

Відтак, звернення до досвіду зарубіжної законотворчості дозволяє представити національну правову систему у співвідношенні з правовими системами інших держав, дає змогу, як писав Марк Ансель, краще пізнати право своєї країни, бо специфічні риси цього права особливо чітко виявляються в порівнянні з іншими системами [9, с. 36-87].

Аналіз останніх досліджень. Міжнародно-правові засади права на приватність та його порівняльні аспекти досліджувалися у працях Л. Брандейса, Е. Бредлі, А. Вестина, Д. Гомьєн, М. Дженіса, Ю. О. Замошкіна, Л. Зваака, В.О. Карташкіна, Р. Кея, І.Д. Козочкіна, Н. Є. Крилової, О. О. Малиновського, Л. Г. Мачковського, Р. А. Мюллерсона, Т. М. Нуркаєвої, А. В. Пазюка, П. М. Рабіновича, Ф. М. Решетнікова, А. Х. Саїдова, А. В. Серебреннікової, С. Уоррен, К. Цвайгерта. Однак, питання зарубіжного досвіду кримінально-

правової охорони недоторканності приватного життя, зокрема, кримінального законодавства Федеративної Республіки Німеччини (далі — ФРН) потребують детального розгляду.

Тому **метою** цієї статті є здійснити порівняльно-правовий аналіз вітчизняного кримінального законодавства щодо відповідальності за порушення недоторканності приватного життя та законодавства ФРН— країни-учасниці ЄС, яка належить до країн, право яких розвивалося поза впливом соціалістичної системи права і яка мають власну історичну правову традицію у сфері захисту права на недоторканність приватного життя, зробити певні висновки та виявити позитивні моменти, які заслуговують на увагу через призму їх можливого використання та розроблення пропозицій і рекомендацій, спрямованих на удосконаленні вітчизняного кримінального законодавства.

Виклад основного матеріалу. Специфіка кримінального законодавства ФРН в тому, що воно не повністю кодифіковане. Його джерелами є Конституція, Кримінальний кодекс ФРН (далі — КК ФРН) [10] від 15 травня 1871 р. в редакції від 13 листопада 1998 р., а також інші численні не кодифіковані кримінально-правові норми, що містяться в різних законах (спеціальних федеральних кримінальних законах, кримінальному законодавстві земель, іноземному кримінальному законодавстві), що складають так зване додаткове кримінальне право (Nebenstrafrecht) [11, с. 25-93].

Регламентация питань охорони приватного життя за КК ФРН представляє певний інтерес і заслуговує аналізу. Слід зазначити, що у КК ФРН, на відміну від розділу п'ятого Особливої частини КК України, не має самостійного розділу, в якому би містилися норми, які встановлюють кримінальну відповідальність за посягання на конституційні права та свободи людини і громадянина, а злочини, що посягають на недоторканність приватного життя, так само, як і в вітчизняному законодавстві розміщені у різних розділах Особливої частини КК Німеччини, зокрема, у розділах 7 і 15, а також в інших (федеральних) законах (наприклад, Федеральний закон про захист від зловживань з особистими даними при обробці інформаційних даних від 20.12.1990 р.) [12].

Зазначимо, що у Кримінальний кодекс України 2001 р. (далі — КК України) [13] включені норми про захист права на недоторканність приватного життя (загальна норма і ряд спеціальних норм). Йдеться про ст.182 КК «Порушення недоторканності приватного життя», а також про наступні статті: ст. 163 КК «Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер», ст. 162 КК «Порушення недоторканності житла», ст. 168 КК «Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння)».

З точки зору німецьких правників, об'єднання всіх злочинів проти конституційних прав і свобод людини і громадянина у самостійний розділ Особливої частини КК ФРН, не видається можливим, тому що призвело би до порушення системи Особливої частини, оскільки не враховувало би специфіку право охоронюваного блага, що виступає критерієм систематизації Особливої частини КК Німеччини [14, с. 17].

А. В. Серебреннікова наголошує, що розділ 15 КК ФРН, з системної точки зору сконструйований німецьким законодавцем найбільш чітко. Як елемент системи Особливої частини КК ФРН, цей розділ виділяє приватне життя як специфічну ознаку охоронюваного блага. Однак, під кримінально-правовий захист підпадає не все приватне життя людини, а лише ті його сторони, на які можуть посягати кримінально-карані діяння. Нормами, передбаченими в даному розділі захищаються такі права і свободи людини і громадянина як конфіденційність розмов, таємниця листування, таємниця приватного життя, таємниця поштового та телекомунікаційного зв'язку (§§ 201-210) [14, с. 19].

§ 201 КК ФРН «Порушення конфіденційності розмови» передбачає такі форми прояву об'єктивної сторони злочину, предметом якого виступає конфіденційна розмова, яку законодавець характеризує як інформацію, не призначену для суб'єкта злочину та інших осіб, а саме: незаконний запис на магнітофон конфіденційної інформації іншої особи (1); використання зробленого таким чином запису (1); інші дії, які зробили цей запис доступним третій особі (1); незаконне підслуховування конфіденційної інформації за допомогою апарату для підслуховування (2); дії, завдяки яким записана або підслухана конфіденційна інформація особи, стала доступною іншим людям, якщо її було передано дослівно або — загальний зміст (2). Останні дві форми діяння караються тільки, якщо доведена до відома громадськості конфіденційна інформація, може завдати шкоди законним інтересам іншої особи. Законодавець зазначає, що діяння не є протиправним, якщо повідомлення такої інформації громадськості, здійснено з урахуванням переважання в даному випадку інтересів суспільства. Кримінальній відповідальності за абз. 3 § 201 підлягає посадова особа або особа, спеціально уповноважена на виконання публічної служби, якщо вона порушує конфіденційність інформації вищевказаними діяннями. Отже, А. Ф. Серебреннікова на основі аналізу німецької судової практики як криміноутворюючу ознаку об'єктивної сторони § 201 виділяє характер самого діяння, що виражається у порушенні загальних заборон [14, с. 22].

Саме порушенню таємниці приватного життя присвячений § 203 КК ФРН, який встановлює відповідальність за її незаконне розкриття. Законодавець визначає таємницю приватного життя як чужу таємницю, що стосується особистого життя. За змістом цього положення до таємниці прирівнюються докладні дані про особисті або ділові відносини (зв'язки) іншої особи, які охоплюються завданнями публічного управління, однак, якщо такі дані стають відомими іншим органам чи іншим установам для виконання завдань публічного управління і закон цього не забороняє, то зазначене положення не застосовується. Крім таємниці приватного життя, предметом даного злочину є виробнича або комерційна таємниця, яка була довірена особі або стала відома якимсь іншим способом у зв'язку з виконанням професійних обов'язків.

Фахівці-криміналісти наголошують, що особливою рисою німецького законодавства є приділення великої уваги спеціальному суб'єктові посягання на

недоторканність приватного життя [15, с.158-161; 16, с. 7]. Так, у диспозиції § 203 КК ФРН законодавець, називаючи суб'єкт злочину, подає вичерпний перелік спеціалістів та інших осіб, які при виконанні професійних чи інших обов'язків можуть стати володарями різного роду таємниць, що належать до особистого життя, виробничої або комерційної діяльності (наприклад, лікар, психолог, адвокат, нотаріус, аудитор тощо). Така точність і вичерпність у підході законодавця до визначення кола суб'єктів досліджуваного складу злочину має очевидні плюси, однак, не слід забувати, що будь-який перелік завжди веде до звуження, обмеженості в трактуванні понять.

§ 204 КК ФРН встановлює відповідальність за «Використання відомостей, що становлять чужу таємницю», яку особа зобов'язана зберігати згідно з положеннями § 203 КК ФРН «Порушення таємниці приватного життя». Обидва злочини мають однаковий предмет.

Невідомим вітчизняному законодавцю є злочин, склад якого передбачений абз. 3 § 203 КК ФРН, який містить норму, спрямовану на охорону таємниці померлої особи, і встановлює відповідальність спеціального суб'єкта — особи, яка уповноважена на збереження таємниці після смерті особи, а також зобов'язана зберігати таємницю, яка їй відома від померлого або з його заповіту. Відповідальність настає також у тому випадку, коли особа незаконно розголошує чужу таємницю після смерті особи, якій ця таємниця належала (абз. 4 § 203). У абз. 5 § 203 КК ФРН законодавець характеризує суб'єктивну сторону злочину, зазначаючи: «якщо особа діє за винагороду або з наміром особистого збагачення або збагачення іншої особи або нанесення шкоди іншій особі», то законом передбачено більш суворе покарання.

Порівняльний аналіз ознак складу злочину «Порушення недоторканності приватного життя», передбаченого диспозицією ст. 182 КК України, та злочину, передбаченого диспозицією § 203 КК ФРН «Порушення таємниці приватного життя» дозволяє дійти висновку, що подібними у цих злочинах є, перед усім, предмет — конфіденційна інформація (ст. 182 КК України) та чужа таємниця, особливо таємниця, яка стосується особистого життя, або виробнича чи комерційна таємниця (§ 203 КК ФРН). Крім цього, подібні деякі форми прояву об'єктивної сторони розглядуваних злочинів, а саме: збирання, зберігання, використання, знищення, поширення або зміна конфіденційної інформації про особу, крім випадків, передбачених іншими статтями КК (ст. 182 КК України) і розкриття чужої таємниці (§ 203 КК ФРН). Спільним для цих злочинів є їх вчинення з умисною формою вини. Відмінність між розглядуваними нормами полягає у суб'єкті: вітчизняний законодавець передбачив відповідальність загального суб'єкта (ст. 182), німецький — спеціального (§ 203 КК ФРН). Крім цього, КК України на відміну від КК ФРН, містить кваліфіковані склади порушення недоторканності приватного життя. Характерно, що вітчизняний законодавець передбачає відповідальність за порушення недоторканності приватного життя в одній статті — ст. 182 КК, в той час, коли німецький законодавець, посягання, пов'язані з відомостями про приватне життя особи, передбачає у декількох окремих статтях: § 201 «Порушення

конфіденційності розмови», § 203 «Порушення таємниці приватного життя» і § 204 «Використання відомостей, що складають чужу таємницю» КК ФРН.

У § 205 КК ФРН встановлено, що діяння, передбачені у абз. 1 і 2 §§ 202-204 КК ФРН, переслідується лише за заявою потерпілого(1), а в разі його смерті право на подачу заяви переходить до родичів або спадкоємців, за винятком випадків, передбачених § 202а КК ФРН. Якщо таємниця не належить до особистого життя потерпілої особи, то право подання заяви відповідно §§ 203 і 204 КК ФРН переходить до спадкоємців (2). Якщо особа розголошує або використовує відомості, що становлять таємницю потерпілого після його смерті у випадках, зазначених у §§ 203 і 204 КК ФРН, то діють положення 1 і 2.

Висновки. Отже, підсумовуючи викладене, доходимо висновку, що вивчення кримінального законодавства зарубіжних держав-учаниць ЄС, зокрема кримінально-правових норм, які встановлюють відповідальність за порушення недоторканності приватного життя, дозволяє виявити позитивний правотворчий досвід, накопичений іншими державами, може бути врахований у процесі подальшого вдосконалення кримінального законодавства України у сфері охорони приватного життя.

Розвиток нормативно-правового регулювання права на недоторканність приватного життя продовжується як на рівні ЄС, інших міжнародних об'єднань і організацій, так і у рамках окремих держав. Норми про охорону цього права отримали закріплення на конституційному рівні, а також у спеціальних законах, які є важливою гарантією і визнанням державою того, що кожна людина має право на приватність. При цьому гарантується недоторканність приватного життя в цілому, або акцентується увага на його окремих елементах: особистій, приватній, сімейній таємниці, житлі, листуванні, поштової таємниці тощо. Для вітчизняного права характерний захист саме інформаційного аспекту приватного життя, тоді як кримінальне право ФРН в рівній мірі захищає право особистості на самовизначення у приватному житті та інформацію про нього.

КК ФРН містить норми, що передбачають відповідальність за посягання на приватне життя, що свідчить про важливість кримінально-правової охорони цього права. Відповідні склади злочинів розташовані в різних главах (розділах) кримінального закону. Разом з тим, ці злочини являють собою самостійну групу злочинних діянь зі специфічним об'єктом посягання. Такий досвід є корисним і для України.

Законодавство ФРН встановлює кримінальну відповідальність як за розголошення таємниці, так і за порушення недоторканності приватного життя. Заслуговує на увагу досвід встановлення кримінальної відповідальності за незаконне одержання і поширення (публічне використання) зображення людини без її згоди. За умови заподіяння істотної шкоди правам і законним інтересам потерпілого таке діяння являє суспільну небезпеку.

КК ФРН не виділяє адвокатської, лікарської, нотаріальної таємниці, таємниці персональних даних тощо, передбачаючи відповідальність спеціального суб'єкта за незаконне розголошення або використання відомостей про окремі сфери приватного життя особи.

Справи про злочини, пов'язані з посяганнями на недоторканність приватного життя та його складових, у КК ФРН порушуються за скаргою потерпілої особи, тобто віднесені до справ приватного обвинувачення.

Здійснений аналіз дає змогу дійти висновку, що німецьке кримінальне законодавство достатньою мірою охороняє недоторканність і таємницю приватного життя, а діяння, які їх порушують, багато в чому ідентичні аналогічним складам, які передбачені КК України.

Все вище викладене у своїй сукупності вимагає дослідження, правильного осмислення та оцінки норм, які встановлюють кримінальну відповідальність за порушення недоторканності приватного життя за чинним національним законодавством на концептуальному рівні.

Список використаних джерел

1. **Де Сальвіа М.** Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002г./ Де Сальвіа М. — СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. — 1072 с.
2. Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / ред. О.Л. Жуковська; Спілка адвокатів України; Рада Європи; Міжнар. центр з юрид. захисту прав людини. — К. ВІПОЛ, 2004. — 960 с.
3. **Шевчук С.** Порівняльне прецедентне право з прав людини / С. Шевчук. — К.: Реферат, 2002. — 344 с.
4. **Дудаш Т. І.** Практика Європейського суду з прав людини: навч.-практ. посіб./ Т.І. Дудаш. — К.: Алерта, 2013. — 368 с.
5. Європейський Суд з прав людини [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://eurocourt.in.ua/>
6. **Дженіс М.** Европейское право в области прав человека. Практика и комментарии: Перевод с английского / Брэдли Э., Дженіс М., Кэй Р.; Науч. ред.: Блинков Н.; Пер.: Иванченков А.; Ред.: Архипова Л. — М.: Права человека, 1997. — 640 с.
7. 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.: Кроссрод, 2008. — 344 с.
8. **Лиськов М. О.** Кримінально-правова характеристика складів злочинів проти трудових прав людини: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. / М. О. Лиськов / Львівський державний університет внутрішніх справ. — Львів, 2012. — 208 с.
9. **Ансель М.** Методологические проблемы сравнительного права / М. Ансель // Очерки сравнительного права: [сборник]; сост., перевод и вступ. статья д.ю.н. В. А. Туманова. — М.: «Прогресс», 1981. — 401 с.
10. Уголовный кодекс Федеративной Республики Германия. В 2 т. / Науч. ред. и вступ. статья Д. А. Шестакова. Предисловие Х. И. Йешка / Пер. с нем. Н. С. Рачковой. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. — 560 с.

11. Федеративная Республика Германия. Конституция и законодательные акты. Перевод с немецкого / Сост.: Морщакова Т. Г. (Пер.); Редкол.: Барабашев Г. В., Жидков О. А., Ильинский И. П., Калямин Г. П., Страшун Б. А., Туманов В. А., Чиркин В. Е.; Пер.: Балод Р. К., Попова А. А.; Под ред. и со вступ. ст.: Урьяс Ю. П. (Пер.) — М.: Прогресс, 1991. — 472 с.
12. Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: текст и научно-пракич. комментарий. — М.: Проспект, 2010. — 280 с.
13. Кримінальний кодекс України Верховна Рада України; Кодекс України, Кодекс, Закон від 5 квітня 2001 № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25-26. — Ст.131.
14. **Серебrenникова А. В.** Уголовно-правовое обеспечение конституционных прав и свобод человека и гражданина по законодательству Российской Федерации и Германии: автореф. дисс. на соиск. учен. степени д-ра юрид. наук : спец. 12.00.08 / А. В. Серебrenникова / Московский государственный университет. — Москва, 2008. — 40 с.
15. **Жалинский А. Э.** Современное немецкое уголовное право. / А. Э. Жалинский. — М., ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. — 560 с.
16. Уголовное право Федеративной Республики Германии / Пер. с нем. канд. юрид. наук А. В. Серебrenниковой. Отв. ред. авт. вступ. ст. И. Д. Козочкин. М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. — 202 с.

Анотація

Стаття присвячена порівняльно-правовому аспекту дослідження норм кримінального законодавства щодо відповідальності за порушення недоторканності приватного життя. Розглянуто кримінальне законодавство ФРН, в якому відображені європейські норми і стандарти відносно охорони приватної таємниці(конфіденційної інформації).

Аналіз норм Кримінального кодексу ФРН дає змогу зробити висновки і виявити позитивні моменти, які заслуговують на увагу у світлі їх можливого використання при удосконаленні норм КК України у сфері недоторканності приватного життя.

Annotation

The article is devoted to comparative legal research aspect of criminal law on liability for breach of privacy. Germany considers criminal law, which reflects European norms and standards regarding the protection of private secrets (confidential information).

Analysis of the Criminal Code allows Germany to draw conclusions and identify positive aspects that deserve attention in light of their possible use in improving standards in the Criminal Code of Ukraine privacy.

ФОРМУВАННЯ ДЕРЖАВНОЇ ПОЛІТИКИ ПРОТИДІЇ ОРГАНІЗОВАНИЙ ЗЛОЧИННОСТІ В УКРАЇНІ

Ключові слова: злочинність, організована злочинність, політика протидії злочинності, запобігання злочинності.

Keywords: crime, organized crime, the policy of combating crime, preventing crime.

Постановка проблеми. Організована злочинність є суттєвим чинником посилення соціальної напруженості та дестабілізації суспільних відносин, виникнення деформації у сфері господарювання, уповільнення темпів економічного розвитку держави.

Нинішній стан криміногенної ситуації в державі свідчить про необхідність удосконалення заходів, спрямованих на нейтралізацію дії чинників, які зумовлюють організовану злочинність.

Проблема боротьби з організованою злочинністю залишається актуальною для кожного регіону, головним чином для великих міст.

Організовані групи і злочинні організації (організовані злочинні угруповання) продовжують контролювати лівову частку тіньового капіталу, протиправну діяльність, пов'язану із розкраданням бюджетних коштів, легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, організацією наркобізнесу, нелегальною міграцією тощо.

У сфері економіки вплив організованої злочинності проявляється в обмеженні конкуренції і монополії ринку, скороченні надходжень до бюджету і зниження ефективності всього ринкового механізму.

Вплив організованої злочинності на політику призводить до корумпованості, що тягне розкладання державного апарату, підриву довіри населення до влади, в яку на різних рівнях делегуються представники організованої злочинності для лобювання кримінальних інтересів (у тому числі шляхом законодавчого створення криміногенних умов).

Ефективність кримінально-правової політики протидії організованій злочинності визначається як на стадії її формування, так і в процесі її практичної реалізації. Формування кримінально-правової політики полягає у розробленні та прийнятті компетентними державними органами законодавчих та інших нормативно-правових актів, що визначають мету, завдання правоохоронної діяльності, регламентують заходи щодо протидії злочинності. Боротьба зі злочинністю, її організованими формами, має бути належним чином нормативно врегульована.

Аналіз останніх досліджень. Організована злочинність та проблеми протидії цьому явищу є предметом дослідження багатьох провідних науковців

як в Україні так і за кордоном. Цей вид злочинності досліджували такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як П. Д. Біленчук, І. М. Баранник, А. М. Глінкін, В. О. Глушков, С. Є. Еркенов, Г. А. Зорін, Б. І. Калачов, Л. Л. Каневський, М. В. Корнієнко, А. В. Кофанов, С. В. Максимов, В. В. Меркушин, Ч. О. Мустафаєв, І. В. Пшеничний, А. Л. Репецька, О. В. Танкевич, В. В. Устинов, В. А. Яценко та інші.

Метою даної статті є дослідження процесу формування державної політики протидії організованій злочинності в Україні, виявлення проблемних питань, що ускладнюють реалізацію цієї політики на практиці і вироблення обґрунтованих пропозицій щодо їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Щодо історії появи організованої злочинності. На нашу думку, це явище притаманне будь-якій суспільній формації. Змінювалися тільки її організаційні форми. Мотив створення та діяльності злочинних організацій, завжди, як правило, корисливий, метою є безпідставне збагачення. Не виключаються наявність релігійних чи політичних мотивів, але в більшості випадків ці мотиви є прикриттям, зовнішньою оболонкою глибинних корисливих мотивів.

Радянська ідеологія, стверджуючи прогресивний характер соціалістичного та комуністичного ладу, не визнавала можливості виникнення та існування організованої злочинності в Радянському Союзі. Злочинами визнавалися певні делікти, що посягали, насамперед, на державний лад, на державну чи колективну власність, і, насамкінець, на особу та на її майно. Причинами злочинності вважалися пережитки «старого» капіталістичного ладу, так як у «прогресивному» соціалістичному суспільстві немає і не може бути причин та умов злочинності.

У середині ХХ століття в наукових юридичних колах колишнього СРСР починається дискусія щодо наявності чи відсутності об'єктивних причин і умов злочинності в СРСР, щодо її форм, у тому числі й організованої злочинності. У більшості випадків учені вставляли «на партійну позицію», заперечуючи як детермінацію злочинності недоліками соціалістичного ладу, так і наявність у Радянському Союзі організованої злочинності.

У середині 80-х років ХХ століття адміністративно-командна планова економіка СРСР потрапила в глибоку кризу, спричинену застійними явищами в науці, техніці та політиці. Масовий дефіцит продуктів та товарів першої необхідності, низький рівень заробітної плати працюючих, підміна реального управління економікою з боку держави політичними гаслами, масове зубожіння населення спричинили загострення протиріч у соціальній, духовній та іншій сферах життя суспільства, падіння авторитету держави та її інституцій, зростання неповаги до права, до законів держави. У цих умовах спостерігається значне зростання злочинності в державі й особливо її організованих форм. Правоохоронні органи держави виявилися неспроможними ефективно протидіяти злочинності, особливо новим її формам, у тому числі й організованій злочинності. Організована злочинність поділяє сфери впливу, зростає з господарюючими суб'єктами, налагоджує злочинні зв'язки з державними та правоохоронними органами через корумпованих представників

цих органів. Зростання організованої злочинності та її впливу на важливі сфери життя суспільства становить усе більшу загрозу для населення, держави та її інституцій.

У 1989 р. на II З'їзді народних депутатів СРСР була прийнята постанова «Об усиленій боротьбі с організованою преступністю», якою офіційно було визнано існування цієї проблеми в країні на той час.

12 червня 1990 року новообрана Верховна Рада Української РСР XXII скликання прийняла рішення про утворення Постійної комісії Верховної Ради УРСР з питань правопорядку та боротьби із злочинністю [1]. Тим самим констатувала, що масштаби злочинності набули загрозового характеру і потребують рішучих заходів протидії з боку держави та її органів.

29 листопада 1990 року Верховна Рада Української РСР прийняла Постанову «Про невідкладні заходи по зміцненню законності і правопорядку в республіці» [2]. У цій Постанові Верховна Рада Української РСР відзначила, що криміногенна ситуація в республіці набула загрозового характеру і дедалі погіршується. Зросла і продовжує наростати протидія силам правопорядку з боку злочинців. Майже повсюдно, особливо у великих містах, збільшується кількість небезпечних злочинів, поєднаних з насильством, жорстокістю і зухвальством, злочинність стає все більш організованою. Серед факторів, що негативно впливають на забезпечення правопорядку та внутрішньої безпеки в державі, на першому місці є кризовий стан економіки. В цій ситуації правоохоронні, інші державні органи республіки виявляють терпимість до грубих порушень громадського порядку та інших фактів беззаконня. Все це загострює соціальну напруженість у містах та інших населених пунктах, завдає моральної і матеріальної шкоди суспільству, призводить до невір'я значної частини населення у дієвість закону та гарантії захисту своїх прав державою. Враховуючи ситуацію, що склалася в республіці, та прагнучи якнайшвидше забезпечити належний правопорядок і законність у суспільстві, без чого неможливі стабілізація соціально-політичного та економічного життя, а також здійснення передбачуваних економічних реформ, Верховна Рада УРСР звернула увагу Ради Міністрів УРСР, місцевих органів влади, правоохоронних органів республіки на незадовільну організацію боротьби із злочинністю, насамперед з її організованими формами і попередила їх, що таке становище надалі терпимим бути не може. Зобов'язала органи державної влади повсюдно здійснити конкретні заходи, що впливають із Республіканської програми по боротьбі із злочинністю на 1990-1995 роки, зосередивши всі наявні сили і засоби, використовуючи надані законом права для попередження правопорушень, посилення боротьби із злочинністю, щоб уже найближчим часом добитися реального зміцнення законності і правопорядку в кожному населеному пункті республіки [2].

20 грудня 1990 року був прийнятий Закон «Про міліцію». Вперше на законодавчому рівні був визначений правовий статус міліції, визначені її призначення, завдання та повноваження, права й обов'язки працівників міліції. Прийняття цього закону переслідувало мету щодо посилення боротьби із злочинністю [3].

25 квітня 1991 року Верховна Рада Української РСР ратифікувала Конвенцію ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин (1988 р.) [4]

На початку 1991 року Кабінет Міністрів України приступив до розробки проекту закону «Про посилення боротьби з організованою злочинністю». Проект був розроблений і в жовтні цього ж року був переданий до Верховної Ради України.

11 листопада 1991 року Верховна Рада України передала поданий Кабінетом Міністрів України проект Закону України про посилення боротьби з організованою злочинністю на попередній розгляд Комісії Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби із злочинністю [15].

20 грудня 1991 р. поданий на розгляд Верховної Ради України проект Закону України про посилення боротьби з організованою злочинністю був повернутий Кабінету Міністрів України для його належного доопрацювання [16].

19 грудня 1992 року Верховна Рада України, враховуючи, що останнім часом в державі значно зросли хабарництво, корупція, інші тяжкі злочини, посилилася організована злочинність, утворила Тимчасову депутатську комісію Верховної Ради України з питань боротьби з організованою злочинністю, корупцією і хабарництвом [17].

26 січня 1993 року Верховна Рада України прийняла постанову «Про стан виконання законів і постанов Верховної Ради України з питань правопорядку і заходи щодо посилення боротьби із злочинністю». У цій Постанові вказувалося на надзвичайне загострення криміногенної обстановки та нагальну необхідність рішучої активізації боротьби із злочинністю. Серед першочергових заходів протидії злочинності було визначено прийняття відповідних законодавчих актів, спрямованих на поліпшення правового регулювання заходів для боротьби з організованою злочинністю та посилення відповідальності за службові злочини і невиконання вимог закону. Цією Постановою Верховна Рада України зобов'язала Кабінет Міністрів України розробити й подати на розгляд Верховній раді України проект Державної програми боротьби з організованою злочинністю [5].

7 травня 1993 року Верховна Рада України заслухала й обговорила доповідь Голови Тимчасової комісії з питань боротьби з організованою злочинністю, корупцією і хабарництвом Слесаренка В. М. «Про невідкладні заходи щодо боротьби з організованою злочинністю і корупцією», відзначила загострення криміногенної ситуації в державі і прийняла відповідну постанову [6].

Верховна Рада України зобов'язала комісії Верховної Ради України у питаннях законодавства і законності, з питань правопорядку та боротьби із злочинністю та Тимчасову комісію з питань боротьби з організованою злочинністю, корупцією і хабарництвом разом з Кабінетом Міністрів України підготувати і внести на розгляд Верховної Ради України проекти ряду законів, зокрема, про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю; про боротьбу з корупцією; про посилення боротьби з організованою злочинністю; про судоустрій; про боротьбу з наркобізнесом;

про боротьбу з легалізацією грошей і цінностей, одержаних протиправним шляхом [6].

25 червня 1993 року Верховна Рада України своєю постановою затвердила Державну програму боротьби із злочинністю [7]. Ця Державна програма була розрахована на 1993-1995 роки.

У Державній програмі боротьби із злочинністю зазначалося, що криміногенна ситуація, яка склалася в Україні, перетворилася у найбільш небезпечне соціальне лихо, що створило серйозну загрозу розбудові незалежної держави, а небувале зростання злочинності зумовлене кризовими явищами в політичному і економічному розвитку, в усіх сферах суспільного життя, правовим нігілізмом. Здійснювані державою та правоохоронними органами заходи виявилися недостатніми для ефективного впливу на стан справ, закони, що приймаються, виконуються незадовільно і не забезпечують своєчасного задоволення назрілих потреб регулювання ринкових відносин.

Розбалансованість економіки, спад виробництва та прогресуюче зростання цін призвели до падіння життєвого рівня. Спад виробництва та пов'язане з ним зростання безробіття зумовили стрімке зростання крадіжок, грабежів, розбійних нападів, вимагательства, убивств; вчинення корисливих злочинів все частіше поєднується з використанням вогнепальної та холодної зброї. Поширилися корупція, відмивання незаконно отриманих грошей, інші злочини у сфері господарювання. Виявилася тенденція злиття загальнокримінальної та організованої злочинності, дедалі більше у злочинну діяльність втягується молодь.

Занепад моралі значної частини населення призвів до розпаду системи державних і громадських інститутів профілактики правопорушень, що створило сприятливі умови для поглиблення антисоціальних явищ.

Гострота криміногенної обстановки вимагає вжиття великомасштабних комплексних заходів з боку держави, що мали б забезпечити її стабілізацію. Пріоритетну увагу за цих умов повинно бути віддано питанням правового забезпечення правоохоронної діяльності, удосконаленню системи профілактики правопорушень, посиленню боротьби з організованою та економічною злочинністю, забезпеченню охорони громадського порядку та громадської безпеки [7].

Державна програма боротьби із злочинністю включала ряд заходів нормативно-правового та організаційного забезпечення щодо боротьби зі злочинністю. IV розділ Державної програми називається «Боротьба з організованою злочинністю та злочинністю у сфері економіки» і містить ряд організаційних заходів, спрямованих на посилення боротьби саме з організованою злочинністю [7].

30 червня 1993 року Верховна Рада України своєю постановою прийняла рішення про створення постійної Комісії Верховної Ради України з питань боротьби з корупцією і організованою злочинністю. Після її сформування відповідна Тимчасова депутатська комісія припинила свою діяльність [18].

Важливою віхою на шляху формування кримінально-правової політики Української держави щодо протидії організованій злочинності стало прийняття

30 червня 1993 року Верховною Радою України Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» [19].

Разом з тим, наявність достатнього нормативно-правового забезпечення боротьби з організованою злочинністю ще не свідчить про реальний поступ у цьому напрямі. 18 листопада 1997 року Верховна Рада України заслухала й обговорила доповідь Кабінету Міністрів України, а також інформації Міністра внутрішніх справ України, виконуючого обов'язки Генерального прокурора України, Голови Служби безпеки України, Голови Державної митної служби України, голів комітетів Верховної Ради України з питань законності і правопорядку та з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією про стан боротьби із злочинністю та забезпечення законності в державі і визнала, що корупція і організована злочинність реально загрожують національній безпеці та конституційному ладу України. Роботу правоохоронних органів (Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Генеральної прокуратури України) та Державної митної служби України у сфері боротьби з організованою злочинністю та корупцією і посадовими зловживаннями у центральних органах державної влади було визнано незадовільною [8].

У своїй постанові від 18 листопада 1997 року Верховна Рада України вказала на серйозні недоліки в організації роботи та нагляду з питань попередження і розкриття злочинів, пов'язаних з організованими злочинними угрупованнями, бандитизмом, тероризмом, вбивствами на замовлення, корупцією, злочинністю у сфері економічних відносин.

Відповідні звіти про стан боротьби зі злочинністю та їх обговорення увійшли в практику діяльності Верховної Ради України. За цими звітами приймаються відповідні постанови, накреслюються певні організаційно-правові заходи, але з року в рік ситуація тільки погіршується. Так, наприклад, 26 грудня 2002 року у Верховній Раді України відбувся черговий розгляд звіту Голови Комітету Верховної Ради України з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією, доповідей Голови Координаційного комітету по боротьбі з організованою злочинністю, Голови Служби безпеки України, Міністра внутрішніх справ України про стан боротьби з організованою злочинністю, а також доповіді Генерального прокурора України про стан прокурорського нагляду у сфері боротьби з організованою злочинністю. У прийнятій за результатами розгляду звітів щодо стану боротьби з організованою злочинністю постанові вказується, що організована злочинна діяльність корумповано зрощених із суто кримінальними елементами вищих посадових осіб за останні роки набула рівня реальної загрози конституційним основам державного ладу в Україні, стала негативно впливати на внутрішню і на зовнішню політику держави та її сприйняття у цивілізованому світі. Реалізація злочинних корисливих інтересів певних великих організованих злочинних груп і злочинних організацій, які намагаються контролювати, зокрема, і правоохоронні органи та судову систему, постійно призводить до величезних соціально-економічних втрат, реально гальмує розвиток держави, має вкрай негативні політичні наслідки довготривалої дії. Кабінету Міністрів України за участю

Генеральної прокуратури України та Верховного Суду України доручено здійснити аналіз антикорупційного законодавства розвинутих країн світу з метою визначення кримінально-правового поля корупційних діянь та імплементації його норм до чинного законодавства України [10].

4 лютого 2004 року Верховна Рада України ратифікувала Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності та протоколів, що її доповнюють [9].

3 листопада 2005 року Верховна Рада України заслухала питання про стан боротьби з організованою злочинністю у 2004-2005 роках. У прийнятій постанові вкотре відзначається, що діяльність державних органів, які відповідно до статей 5 та 18 Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» здійснюють боротьбу з організованою злочинністю, та інших державних органів, що мають право контролю за дотриманням організаціями і громадянами законодавства України з метою боротьби з організованою злочинністю, не адекватна рівню пов'язаних з організованою злочинністю правопорушень.

Передусім це викликано тим, що Генеральна прокуратура України не виконує вимог статті 10 Закону України «Про прокуратуру» і не забезпечує координацію діяльності відповідних органів державної влади у сфері боротьби із злочинністю. Попереджувально-профілактична робота у цій сфері не має постійного характеру і здійснюється у вигляді кампаній. Діяльність спеціально створених для боротьби з організованою злочинністю державних органів не відповідає визначеним законом вимогам. Нагального оновлення потребує законодавча основа діяльності правоохоронних органів щодо протидії організованій злочинності, запобігання легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і корупції [11].

З того часу Верховна Рада України більше не розглядала таких звітів, хоч стан справ щодо протидії організованій злочинності не покращився. Вносилися лише деякі зміни та доповнення до нині діючого Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю», а також до Кримінального кодексу України.

Періодично заслуховує питання посилення боротьби зі злочинністю Рада національної безпеки і оборони. Так, 6 травня 2015 року РНБО розробила Заходи щодо посилення боротьби зі злочинністю в Україні, які були введені в дію указом Президента України від 16 червня 2015 року [12].

Важливим документом, що регламентує діяльність держави та її органів щодо протидії організованій злочинності є Концепція державної політики у сфері боротьби з організованою злочинністю, схвалена Указом Президента України від 21 жовтня 2011 року. Реалізація даної Концепції передбачається протягом 2011-2017 років [13].

Про стан боротьби з організованою злочинністю свідчать статистичні дані Звіту про результати боротьби з організованими групами та злочинними організаціями, який є на сайті Генеральної прокуратури України [14]. Щоправда, така статистика ведеться тільки з 2016 року. Проаналізуємо наведені статистичні дані. Усього за 2016 рік було виявлено 133 організовані злочинні групи і 3

злочинні організації. Із них 16 організованих груп налагодили корупційні зв'язки з державними чи правоохоронними органами. У складі організованих злочинних груп та злочинних організацій виявлено 625 осіб. Щодо спеціалізації організованої злочинності. Майже 50 % організованих злочинних груп вчиняли крадіжки, розбої, грабежі, до 20 % — злочини у сфері незаконного обігу наркотичних речовин, прекурсорів, до 10 % організованих злочинних груп спеціалізуються на ухиленні від сплати податків та інших платежів, фіктивному підприємстві тощо. На інших видах злочинів спеціалізуються не більше 20 % виявлених організованих злочинних груп та злочинних організацій. Щоправда, в 2016 році жодна із кримінальних справ щодо організованих злочинних груп чи злочинних організацій не була розглянута судом [14].

Які ж детермінанти організованої злочинності в Україні? Організованій злочинності, властиві як загальносоціальні, так і певні специфічні чинники існування та розвитку. У сукупності всі вони об'єднують систему соціальних проблем, на ґрунті яких формується організована злочинність.

Криміногенні фактори, що детермінують організовану злочинність в Україні можна класифікувати на економічні, соціальні, організаційні, суспільно-психологічні, юридичні, культурно-ідеологічні та міжнародно-правові чинники.

Найважливішими економічними факторами організованої злочинності є «тіньова» економіка, переважаючі відносини торгівлі-обміну над виробництвом, високий рівень товарної контрабанди, лібералізація цін на товари, послуги, енергоносії, невиважена державна податкова політика, відсутність власного досвіду і традицій ринкової економіки та ринкових перетворень, хаотичний непродуманий характер економічних реформ, фактична незахищеність державою прав і законних інтересів громадян тощо.

Основними соціальними факторами організованої злочинності є високий рівень безробіття, який стрімко зріс із необґрунтованим підвищенням удвічі мінімальної заробітної плати; маргіналізація значної частини населення, розшарування суспільства на два антагоністичні полюси — дуже бідних і дуже багатих при відсутності реального середнього класу тощо. Статистика свідчить, що збільшенню контингенту непрацевлаштованих випускників вищих навчальних закладів на 1 % відповідає зростання кількості злочинців на 5 %.

Серед організаційно-управлінських криміногенних факторів слід вказати: недостатню ефективну роботу державних органів із забезпечення соціальних та економічних прав людини і громадянина; непродумані політичні та економічні реформи; відсутність належного матеріального забезпечення працівників правоохоронних органів, соціального захисту членів їх сімей тощо.

Визначальними суспільно-психологічними детермінантами є інтереси і прагнення, що домінують у суспільстві. Криза моралі, егоїзм, намагання отримати найбільшу вигоду при мінімальних витратах зусиль, безвідповідальність та безкарність за протиправну поведінку — це пріоритетні фактори, що обумовлюють злочинність, у том числі й організовану.

До юридичних криміногенних чинників відносяться недоліки нормативного регулювання боротьби з організованою злочинністю, зокрема

недостатню динамічність правової бази, нечіткість існуючих законодавчих актів, відомчих інструкцій з питань організації оперативно-розшукової діяльності у сфері організованої злочинності, недостатню увагу до питань контррозвідувальної діяльності стосовно організованих злочинних структур і співпраці спецпідрозділів різних правоохоронних відомств України.

До тенденцій розвитку організованої злочинності в сучасних умовах слід віднести розширення її масштабів, укорінення її в усіх соціальних сферах, насамперед економічній та політичній, зростання озброєності, мобільності та технічної оснащеності, поступове встановлення контактів і налагодження тісної взаємодії між її суб'єктами, у тому числі з метою усунення суперечностей, що виникають під час поділу сфер впливу, координації цієї діяльності, вироблення політики протидії правоохоронним органам тощо.

Висновки. Таким чином, створюючи програмні законодавчі та інші нормативно-правові акти з питань боротьби з організованою злочинністю, серед головних напрямів діяльності держави та її органів щодо протидії організованій злочинності слід ґрунтовно розробляти й конкретно викладати:

економіко-правові заходи запобігання і протидії «тіньовій» економіці, криміналізації процесів формування ринкових відносин;

заходи з удосконалення порядку та умов діяльності державного владно-управлінського апарату в напрямку посилення запобігання та протидії впливу на нього організованої злочинності та корупції;

організаційно-установчі та управлінські заходи, у тому числі щодо приєднання України до відповідних міжнародних угод та конвенцій; запровадження незалежних центрів економіко-правової та кримінологічної експертизи проєктів законодавчих, урядових та інших актів;

заходи щодо вдосконалення кримінального, кримінально-процесуального, адміністративного, цивільного законодавства;

заходи щодо вдосконалення державного нагляду і контролю за дотриманням законності в діяльності державних та недержавних організацій різних форм власності, окремих громадян, у тому числі: прокурорського нагляду, фінансового (бухгалтерського) та аудиторського, банківського, податкового, прикордонного, митного контролю, державно-правової реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності;

заходи щодо вдосконалення оперативно-розшукової та слідчої діяльності органів внутрішніх справ і служби безпеки, у тому числі уточнення та вирішення відповідних організаційно-тактичних завдань;

заходи щодо інформаційного забезпечення діяльності правоохоронних та інших органів, що беруть участь у боротьбі з організованою злочинністю;

заходи протидії різним формам негативного соціально-психологічного впливу на суспільство організованої злочинності.

Предметом подальшого наукового дослідження автора буде практика діяльності правозастосовних органів держави, що спеціалізуються на виявленні, розкритті та розслідуванні злочинів, учинених організованими злочинними угрупованнями й злочинними організаціями та проблеми щодо підвищення ефективності їх діяльності та результативності.

Список використаних джерел

1. Про утворення постійних комісій Верховної Ради Української РСР : Верховна Рада Української РСР; Постанова від 12 червня 1990 року // Відомості Верховної Ради Української РСР. — 1990. — № 26. — Ст. 401.
2. Про невідкладні заходи по зміцненню законності і правопорядку в республіці : Верховна Рада Української РСР; Постанова від 29 листопада 1990 року // Відомості Верховної Ради Української РСР. — 1990. — № 51. — Ст. 647.
3. Про міліцію : Верховна Рада Української РСР; Закон від 20 грудня 1990 року // Відомості Верховної Ради Української РСР. — 1991. — № 4. — Ст. 20.
4. Про ратифікацію Конвенції ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин : Верховна Рада Української РСР; Постанова від 25 квітня 1991 року // Відомості Верховної Ради Української РСР. — 1991. — № 24. — Ст. 277.
5. Про стан виконання законів і постанов Верховної Ради України з питань правопорядку і заходи щодо посилення боротьби із злочинністю : Верховна Рада України; Постанова від 26 січня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 11. — Ст. 87.
6. Про невідкладні заходи щодо боротьби з організованою злочинністю і корупцією : Верховна Рада України; Постанова від 7 травня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 27. — Ст. 285.
7. Про Державну програму боротьби із злочинністю : Верховна Рада України; Постанова від 25 червня 1993 року // Голос України. — 1993. — 30 липня.
8. Про стан боротьби із злочинністю та забезпечення законності в державі : Верховна Рада України; Постанова від 18 листопада 1997 року // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 6-7. — Ст. 25.
9. Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності та протоколів, що її доповнюють (Протоколу про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї і Протоколу проти незаконного ввозу мігрантів по суші, морю і повітряю) : Верховна Рада України; Закон від 4 лютого 2004 року // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 19. — Ст. 263.
10. Про підсумки розгляду звіту Голови Комітету Верховної Ради України з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією, доповідей Голови Координаційного комітету по боротьбі з організованою злочинністю, Голови Служби безпеки України, Міністра внутрішніх справ України про стан боротьби з організованою злочинністю, а також доповіді Генерального прокурора України про стан прокурорського нагляду у сфері боротьби з організованою злочинністю : Верховна Рада України; Постанова від 26 грудня 2002 року // Голос України. — 2003. — № 11. — 21 січня.
11. Про стан боротьби з організованою злочинністю у 2004-2005 роках : Верховна Рада України; Постанова від 3 листопада 2005 року // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 5-6. — Ст. 76.

12. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 року «Про заходи щодо посилення боротьби зі злочинністю в Україні» : Президент України; Указ від 16 червня 2015 року // Офіційний вісник України. — 2015. — № 49. — Ст. 1568.
13. Про Концепцію державної політики у сфері боротьби з організованою злочинністю : Президент України; Указ від 21 жовтня 2011 року // Офіційний вісник України. — 2011. — № 83. — Ст. 3019.
14. <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html>
15. Про проект Закону України про посилення боротьби з організованою злочинністю : Президія Верховної Ради України; Постанова від 11 листопада 1991 року // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 4. — Ст. 21.
16. Про проект Закону України про посилення боротьби з організованою злочинністю : Президія Верховної Ради України; Постанова від 20 грудня 1991 року // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 15. — Ст. 201.
17. Про утворення Тимчасової депутатської комісії Верховної Ради України з питань боротьби з організованою злочинністю, корупцією і хабарництвом : Верховна Рада України; Постанова від 19 грудня 1992 року // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 9. — Ст. 71.
18. Про порядок введення в дію Закону України "Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю" : Верховна Рада України; Постанова від 30 червня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 35. — Ст. 359.
19. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю : Верховна Рада України; Закон від 30 червня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 35. — Ст. 358.

Анотація

Стаття присвячена проблемним питанням формування кримінально-правової політики протидії організованій злочинності в Україні. Досліджуються основні історичні етапи формування законодавства що регулює діяльність правоохоронних органів щодо боротьби з організованою злочинністю. Виявляються окремі проблемні питання формування політики щодо протидії організованій злочинності і формулюються обґрунтовані пропозиції щодо їх вирішення.

Annotation

The article is devoted to problematic formation of criminal law policies against organized crime in Ukraine. We study the basic historical stages of legislation governing law enforcement agencies to combat organized crime. So too specific issues of policy to combat organized crime and formulate reasoned proposals for their solution.

ПРОБЛЕМИ ВИЯВЛЕННЯ ОЗНАК ЛЖЕПРИСЯГИ

Ключові слова: злочини проти правосуддя, кримінальне провадження, присяга, лжеприсяга, неправдиве показання

Keywords: crimes against justice, criminal proceedings, oath, perjury, false statement on oath, false testimony

Постановка проблеми: Кримінальний кодекс України прямо не встановлює кримінальну відповідальність за лжеприсягу. Разом з цим аналіз окремих банкетних норм, що передбачені в розділі XVIII КК України «Злочини проти правосуддя» дозволяють зробити висновок про фактично наявну відповідальність за лжеприсягу (неправдиве показання під присягою) у ст. 384 КК України. Законодавство певних країн передбачає не тільки окремі статті, а й цілі розділи, що встановлюють кримінальну відповідальність за лжеприсягу, здійснену в суді (розділ 9 Кримінального уложення ФРН, частина 9 КК Королівства Нідерландів, розділ 9 КК Австрії, розділ 15 КК Швеції, ст. 434-15, 434-17 КК Франції, тощо).

Крім того, окремі норми КК України передбачають кримінальну відповідальність службових осіб, які порушили присягу (державна зрада, зловживання владою або службовим становищем, перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу, постановлення суддею (судьями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови та ін.).

У ст. 384 КК України передбачено кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве показання свідка чи потерпілого або завідомо неправдивий висновок експерта під час провадження досудового розслідування, здійснення виконавчого провадження або проведення розслідування тимчасовою слідчою чи спеціальною тимчасовою слідчою комісією Верховної Ради України або в суді, завідомо неправдивий звіт оцінювача про оцінку майна під час здійснення виконавчого провадження, а також завідомо неправильний переклад, зроблений перекладачем у таких самих випадках. Лжеприсяга може бути здійснена лише під час надання неправдивих показань в суді свідком, потерпілим або судовим експертом. Такий висновок ґрунтується на нормах процесуального законодавства, оскільки саме в ньому вказується на те, що зазначені учасники судочинства (провадження) в суді дають присягу.

Під час встановлення кримінальної відповідальності за неправдиве показання важливим є вирішення питання щодо того, яким чином свідок або

потерпілий має дізнатися, що він зобов'язаний давати саме правдиві показання ще й під острахом кримінальної відповідальності? З одного боку, мова йде про те, що діє загально-правовий принцип, який сформулював Б. Спіноза – *ignorantia non est argumentum* (незнання не є аргументом) [4, с. 52]. У ст. 68 Конституції України цей принцип – латинське прислів'я повторюється – «незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності». Таким чином, попередження про кримінальну відповідальність скоріше є певним нонсенсом кримінального та кримінального процесуального законодавства. З іншого боку, свідок та потерпілий щодо яких може бути поставлене питання про притягнення до кримінальної відповідальності за неправдиве показання є, певним чином, випадковими учасниками кримінального судочинства (провадження) – вони не є професіоналами (на відміну від судового експерта). Саме через певний випадок свідку «відомі або можуть бути відомі обставини» (ч. 1 ст. 65 КПК України), а потерпілому «завдано моральної, фізичної або майнової шкоди» (ч. 1 ст. 55 КПК України). Свідку та потерпілому може бути невідома законодавча вимога надавати саме правдиві показання під час допиту в обстановці досудового розслідування або в суді. Саме тому, специфічним та необхідним механізмом у кримінальному процесі є попередження осіб про кримінальну відповідальність та приведення до присяги.

Попередження про кримінальну відповідальність та приведення до присяги є не тільки механізмом встановлення обов'язку надавати лише правдиві відомості в показаннях під час досудового розслідування та в суді, а й засобом психологічного впливу на учасника кримінального судочинства [5, с. 276-285]. Свідок та потерпілий може по-різному ставитись до слідчих або судових дій, викликів до суду, судового розгляду, особи підозрюваного або обвинуваченого, можлива поява мотивів помсти, відплати до вчиненого або байдужого ставлення. Однак свідок та потерпілий через попередження про кримінальну відповідальність за неправдиве показання на стадії досудового розслідування, а також приведення до присяги та попередження про кримінальну відповідальність за неправдиве показання, *a priori* знаходяться в ситуації вимушеного (через острах відповідальності) надання правдивих показань. Саме тому факт присяги та/або попередження про кримінальну відповідальність є важливим психологічним фактором надання правдивих показань. Фактично такий спосіб психологічного впливу прийшов на зміну інквізиційному процесу. Так, у статті LV відомої Кароліні від 27 липня 1532 р. – *Constitutio Criminalis Carolina* – зазначалося, що коли освідомлення покаже, що обставини злочину, зазначені злочинцем, не відповідають істині, то необхідно вказати на цю неправду заарештованому, погрожуючи суворо покарати за це. Можна також вдруге піддати його допиту під тортурами, щоб він істинно і правдиво дав свідчення про вищевказані обставини, бо інакше винні дають неправдиві свідчення щодо обставин злочину, сподіваючись, що вони будуть визнані невинуватими, якщо освідомленням буде виявлено невідповідність їх показань істині [7].

У Словнику української мови присяга визначена як «урочиста офіційна обіцянка додержуватися певних зобов'язань, клятва вірності якій-небудь

справі» [3, с. 54]. В Юридичній енциклопедії використовується схоже визначення присяги – це акт урочистої клятви особи виконувати певні обов'язки, що виходять з публічно-правового статусу, якого вона відповідно набула, або обов'язки за змістом цієї клятви... Історично її можна розглядати як сакральний обряд, який надавав відповідним правам та обов'язкам значення, об'єднуючи в собі юридичну та моральну (релігійну) відповідальність...[6, С. 137-138]. Навіть ці визначення присяги надають можливість вказати на певні об'єднуючі ознаки: 1) «присяга» знаходиться в одному синонімічному ряду з поняттями «клятва» та «обіцянка»; 2) приведення до присяги є «урочистою» дією; 3) присяга є публічною та гласною; 4) присяга є обрядом, що певним чином має релігійний (моральний) зміст; 5) присягнути означає взяти на себе певний публічний обов'язок; 6) має правовий характер тому, що передбачає юридичну (в т.ч. кримінальну) відповідальність у випадку порушення присяги.

Приведення до присяги не є абсолютною новелою для національного кримінального процесуального законодавства. У Статуті кримінального судочинства від 20 листопада 1864 р. вже були передбачені присяги та звільнення від них. За ст.ст. 711-714 Статуту кримінального судочинства зазначається, що свідки приводяться до присяги у судовому засіданні. Кожен присягає за обрядом свого віросповідання. Від присяги звільняються: 1) священнослужителі та ченці усіх християнських віросповідань та 2) особи, що належать до сповідань та віровчень, що не приймають присяги; замість присяги вони дають обіцянку показати усю правду за чистою совістю. Свідки православного сповідання приводяться до присяги не інакше як священником, який за натхненням ним святості присяги читає наступну клятвену обіцянку: *Обіцяю й клянусь Всемогучим Богом перед святим його Євангелієм та животоворящим хрестом, що не захоплюючись ані дружбою, ані спорідненістю, нижче очікуваням вигод або іншими якими-небудь видами, я за совістю покажу в цій справі суцю про все правду та не скрию нічого мені відомого пам'ятаючи, що я про все це повинен буду дати відповідь перед законом та перед Богом на страшному суді його. У посвідчення ж цієї моєї клятви цілую слова й хрест Спасителя мого. Амінь.* Кожен, хто присягає прикладається до хреста й Євангелія, промовляє вголос «клянусь». Свідки неправославного віросповідання приводяться до присяги згідно з догматами й обрядами їх віри духовною особою їх віросповідання¹.

За ст. 716 Статуту кримінального судочинства – перед допитом свідків головуючий у суді нагадує їм про відповідальність за неправдиві показання. Перекладачі, толмачі (ст. 730 Статуту), «окольные люди» (ст. 466), обізнані особи (ст. 694) використовують аналогічний механізм приведення до присяги як свідки. Окремий текст присяги передбачено для присяжних засідателів (ст. 666 Статуту).

¹ Існує перелік осіб, які не допускаються до свідчення під присягою (ст.ст. 94-96, 99, 705-708 Статуту).

У кримінальному судочинстві (провадженні) відповідно до ч. 2 ст. 352 КПК України «якщо перешкод для допиту свідка не встановлено, головуючий у судовому засіданні приводить його до присяги такого змісту: *«Я, (прізвище, ім'я, по батькові), присягаю говорити суду правду і лише правду»*. Німий свідок складає присягу в письмовій формі, підписуючи текст того самого змісту». Порядок допиту потерпілого відбувається через приведення потерпілого до присяги. Перед цим свідок та потерпілий попереджаються про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиві показання (ч. 1 ст. 352, ч. 1 ст. 353 КПК України). Відповідно до особливостей допиту малолітнього або неповнолітнього свідка чи потерпілого, вони відповідно до ч. 2 ст. 354 КПК України не приводяться до присяги.

Важливим є приведення до присяги судового експерта. Згідно з ч. ст. 356 КПК України «перед допитом експерта головуючий встановлює його особу та приводить до присяги такого змісту: *«Я, (прізвище, ім'я, по батькові), присягаю сумлінно виконувати обов'язки експерта, використовуючи всі свої професійні можливості»*. Після цього головуючий попереджає експерта про кримінальну відповідальність за надання завідомо неправдивого висновку».

Деякі інші процедури щодо приведення до присяги передбачені в цивільному судочинстві. Відповідно до ЦПК України до присяги приводиться перекладач, експерт та свідок. Текст даних присяги перекладача та експерта є тотожним.

Згідно із ч.ч. 2, 3 ст. 164, ч.ч. 2, 3 ст. 171 ЦПК України текст присяги є наступним: *«Я, (прізвище, ім'я, по батькові), присягаю сумлінно виконувати обов'язки перекладача (експерта), використовуючи всі свої професійні можливості»*. Після цього особа, що приводиться до присяги, підписує текст присяги. Підписаний текст присяги та розписка приєднуються до справи.

Приведення до присяги свідка у цивільному судочинстві регламентовано ч.ч. 5, 6 ст. 180 ЦПК України: «якщо перешкод для допиту свідка не встановлено, головуючий під розписку попереджає свідка про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве показання і відмову від давання показань та приводить його до присяги: *«Я, (ім'я, по батькові, прізвище), присягаю говорити правду, нічого не приховуючи і не спотворюючи»*. Текст присяги підписується свідком. Підписаний свідком текст присяги та розписка приєднуються до справи»².

У Кодексі адміністративного судочинства України передбачено не тільки аналогічні з ЦПК України процедури та суб'єкти приведення до присяги, але однаковими є й текст присяги перекладача, експерта та свідка (ч.ч. 2, 3 ст. 125, ч.ч. 2, 3 ст. 131, ч.ч. 4, 5 ст. 141 КАС України).

У господарському судочинстві перекладач попереджається про кримінальну відповідальність за завідомо неправильний переклад, а судовий експерт – за завідомо неправдивий висновок (ч. 1 ст. 81-1 ГПК України), однак

² За ч. 2 ст. 182 ЦПК України свідкам, які не досягли шістнадцятирічного віку, головуючий роз'яснює обов'язок про необхідність дати правдиві показання, не попереджуючи про відповідальність за відмову від давання показань і за завідомо неправдиві показання, і не приводить до присяги.

без приведення до присяга. Інформація щодо попередження про кримінальну відповідальність та усні роз'яснення судовими експертами своїх висновків і відповіді на поставлені їм додаткові запитання фіксуються в протоколі секретарем судового засідання, який ним та суддею підписуються.

Процедура попередження про кримінальну відповідальність передбачена також в конституційному судочинстві – головуючий попереджає свідка – за надання завідомо неправдивої інформації, документів, матеріалів та інших відомостей, експерта – за надання завідомо неправдивого висновку (абз. 3 пар. 44, абз. 3 пар. 45 Регламенту Конституційного суду України). Разом з цим поки що присяга свідка або експерта під час здійснення конституційного судочинства не передбачається.

Приведення текстів присяг учасників різних форм судочинства вказує на те, що присяга є типовою форм покладення обов'язків щодо надання правдивої інформації в суді. Надання неправдивих показань свідком або потерпілим в суді у кримінальному, цивільному та адміністративному судочинстві, які присягали *«говорити суду правду і лише правду»* або *«говорити правду, нічого не приховуючи і не спотворюючи»* є лжеприсягою свідка або потерпілого. Причому лжеприсяга свідка буде лише формою або видом лжесвідчення.

Близькою до лжеприсяги свідка або потерпілого є лжеприсяга судового експерта. Не дивлячись на те, що експерт попереджається про кримінальну відповідальність за завідомо неправдивий переклад (а не показання, на відміну від свідка та потерпілого), таку неправдиву присягу через неправдиві роз'яснення висновку, які повідомляються експертом під час допиту в суді у кримінальному, цивільному та адміністративному судочинстві необхідно йменувати лжеприсягою судового експерта.

Цікавим і дискусійним є наявність норми, яка забезпечує приведення до присяги перекладача у цивільному та адміністративному судочинстві. Наявність цього положення дозволяє назвати надання завідомо неправильного перекладу в суді – лжеприсягою перекладача.

Таким чином, ст. 384 України передбачає відповідальність не тільки за неправдиве показання та лжесвідчення, але й за лжеприсягу свідка, потерпілого, перекладача та судового експерта. Це впливає через аналіз комплексу процесуальних механізмів КПК, ЦПК, КАС України.

Аналіз чинного законодавства дає можливість надати висновок про те, що присяга має як основний, так і допоміжний (коли разом із присягою здійснюється попередження про відповідальність) характер покладення обов'язків на учасників судочинства.

Суддя, прокурор, слідчий, адвокат як професійні учасники кримінального судочинства приводяться до присяги при вступі на посаду (службу) або під час покладення на них особливих, специфічних обов'язків. При цьому конструкції присяг відрізняються та регулюються різними нормативно-правовими актами (Закони України «Про судоустрій та статус суддів», «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження нового тексту Присяги працівника органів внутрішніх справ України». Причому навіть одноразове порушення присяги та невиконання

(неналежне виконання) покладених обов'язків може привести до звільнення з посади чи кримінальної відповідальності. Разом з цим, в повній мірі досить складно назвати таке недодержання присяги лжеприсягою, тому що її додержання розтягується на достатньо великий проміжок часу. Небезпечним наслідком визнання присяги судді, прокурора, слідчого, адвоката лжеприсягою в цілому може визнання недійсними усіх юридично значущих результатів діяльності даних суб'єктів.

Особливим видом присяги в кримінальному провадженні можна вважати приведення присяжних до присяги (ч. 2 ст. 388 КПК України) – «за пропозицією головуючого присяжні складають присягу такого змісту: *«Я, (прізвище, ім'я, по батькові), присягаю виконувати свої обов'язки чесно і неупереджено, брати до уваги лише досліджені в суді докази, при вирішенні питань керуватися законом, своїм внутрішнім переконанням і совістю, як личить вільному громадянину і справедливій людині»*. Текст присяги зачитує кожен присяжний, після чого підтверджує, що його права, обов'язки та компетенція йому зрозумілі». Суттєвою відмінністю присяги присяжного від свідка, потерпілого або експерта є та роль, яку виконує присяжний – якщо в суді під час кримінального провадження свідок, потерпілий або експерт допитуються і попереджаються про кримінальну відповідальність за неправдиве показання (експерт – за неправдивий висновок), то присяжні сприймають судовий процес з однією метою – обговорення питань, передбачених ч. 1 ст. 368 КК України³. Якщо присяга присяжного буде мати ознаки неправдивості, то її можна назвати лжеприсягою через те, що присяжний приводиться до неї головуючим в суді та вона є дійсною на час розгляду однієї конкретної справи в суді. Лжеприсяга присяжного може потягнути за собою відповідальність за завідомо неправдивий вирок (ст. 375 КК України).

Проблема виявлення ознак лжеприсяги залежить від встановлення кола суб'єктів, які приводяться до присяги. До них можна віднести: у кримінальному

3 Ухвалюючи вирок, суд повинен вирішити такі питання: 1) чи мало місце діяння, у вчиненні якого обвинувачується особа; 2) чи містить це діяння склад кримінального правопорушення і якою статтею закону України про кримінальну відповідальність він передбачений; 3) чи винен обвинувачений у вчиненні цього кримінального правопорушення; 4) чи підлягає обвинувачений покаранню за вчинене ним кримінальне правопорушення; 5) чи є обставини, що обтяжують або пом'якшують покарання обвинуваченого, і які саме; 6) яка міра покарання має бути призначена обвинуваченому і чи повинен він її відбувати, які обов'язки слід покласти на особу в разі її звільнення від відбування покарання з випробуванням; 7) чи підлягає задоволенню пред'явлений цивільний позов і, якщо так, на чію користь, в якому розмірі та в якому порядку; 7-1) чи є підстави для застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру; 8) чи вчинив обвинувачений кримінальне правопорушення у стані обмеженої осудності; 9) чи є підстави для застосування до обвинуваченого, який вчинив кримінальне правопорушення у стані обмеженої осудності, примусового заходу медичного характеру, передбаченого частиною другою статті 94 КК України; 10) чи слід у випадках, передбачених статтею 96 КК України, застосувати до обвинуваченого примусове лікування; 11) чи необхідно призначити неповнолітньому громадського вихователя; 12) що належить вчинити з майном, на яке накладено арешт, речовими доказами і документами; 13) на кого мають бути покладені процесуальні витрати і в якому розмірі; 14) як вчинити із заходами забезпечення кримінального провадження.

провадженні – свідок, потерпілий, судовий експерт, присяжний; у цивільному та адміністративному судочинстві – свідок, судовий експерт, перекладач. Обстановка приведення до присяги свідка, потерпілого та судового експерта визначена у ст. 384 КК України – «в суді», а у процесуальних нормах – «перед допитом», приводить до присяги – головуючий (суддя).

Найбільш важливим для виявлення ознак лжеприсяги є розуміння механізму появи неправдивих показань свідка, потерпілого, неправильного перекладу перекладача, неправдивого висновку експерта, який надається в формі роз'яснень на допиті в суді. Способом вчинення даних суспільно небезпечних діянь є обман. За такого підходу надання неправдивих відомостей залежить від форми їх перекручування (активна, пасивна або змішана форма) та фіксації даної інформації у протоколі судового засідання, засобах аудіо-, відеоносіях. Важливим для встановлення неправди в показаннях є порівняння наданих цими або іншими учасниками судочинства з іншими доказами (або з іншими об'єктивними даними). Такий самий підхід може бути обрано під час аналізу висновків судового експерта та перекладу, що здійснювався перекладачем. Відмінність може бути пов'язано із поведінкою присяжних, але це пов'язано із статусом присяжного, який не є професійним учасником судочинства та мотивацією його поведінки, що може бути пов'язана із корисним, корупційним або іншим проявом.

Висновки. Наявність присяги у кримінальному судочинстві ставить питання про повернення кримінальної відповідальності за лжеприсягу до національного законодавства. Історично лжеприсяга (лжесвідчення під присягою [1, с. 84]) є більш суспільно небезпечною ніж лжесвідчення. Оскільки відбувається посягання не тільки на процес формування доказів і правосуддя в цілому, а й на моральні або релігійні засади. Крім того, лжеприсяга, яка вчиняється публічно в суді, здійснює безпосередній психологічний вплив на учасників судового розгляду та інших осіб, які мають можливість спостерігати за перебігом судового процесу, ніж лжесвідчення, яке відбувається на досудовому розслідуванні і не характеризується такою гласністю. Саме тому можна дійти висновку, що з появою у КПК України присяги підіймається питання про встановлення кримінальної відповідальності за лжеприсягу. На нашу думку, лжеприсяга фактично відродилася одночасно із появою присяг в КПК України, вона вже наявна, але скрита у бланкетності ст. 384 КК України та цілком може бути відноситись до показань свідка та потерпілого в суді. Важливим також є те, що особливості кримінальної відповідальності за лжеприсягу може передбачати наявність окремого складу злочину та покарання з огляду на специфіку суспільних відносин, які вона чіпляє. Покарання за лжеприсягу має бути більш суворим у порівнянні з лжесвідченням.

За наявності кримінальної відповідальності за лжеприсягу окремою проблемою стає проблема виявлення ознак лжеприсяги. Її вирішення залежить від встановлення кола суб'єктів, які приводяться до присяги та змісту їх показань в засобах фіксації інформації судового процесу (протоколах, аудіо-, відеозаписах).

Список використаних джерел

1. **Есипов В. В.** Уголовное право. Часть особенная: Преступления против государства и общества: изд-е 3-е. / В. В. Есипов – М.: Изд. юр. кн. маг. «Правоведение» И. К. Голубева, 1910. – С. 84.
2. **Неклюдов Н. А.** Руководство особенной части русского уголовного права. – Т. 4: «Сокрытие истины, сокрытие своей личности, лжеприсяга и лжесвидетельство, ложный донос и ябеда, подлог и подделка» / Н. А. Неклюдов – СПб, 1880. – С. 3.
3. Словник української мови: академічний тлумачний словник: в 11 т. – Т. 8. – 1977. – С. 54.
4. **Шепитько М. В.** Уголовная юстиция в латинских изречениях и терминах: словарь-справочник / М. В. Шепитько – Харьков: Апостиль. – С. 52.
5. **Шепитько М. В.** Присяга как средство психологического воздействия на участника уголовного судопроизводства // Воронежские криминалистические чтения: сб. науч. тр. / под ред. проф. О. Я. Баева / М. В. Шепитько. – Вып. 16. – С. 276-285.
6. Юридична енциклопедія: в 6 т.: Т. 5 / Редкол.: Ю. С. Шемшученко та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 1998. – С. 137-138.
7. <http://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/Germany/XVI/1520-1540/Karolina/text21.phtml?id=12392>

Анотація

Стаття присвячена проблемі правової регламентації лжесвідчення та лжеприсяги в КК та КПК України. Особливу увагу приділено проблемі виявлення неправди в показаннях. Вказано на можливий вплив допущення неправди в показаннях для встановлення істини та відновлення справедливості. Проаналізовано наслідки появи в кримінальному процесуальному законодавстві інституту присяги. Найявна спроба співвідношення лжесвідчення та лжеприсяги. Виявлено, що кримінальна відповідальність встановлена не тільки за лжесвідчення, а й за лжеприсягу. Надано пропозиції щодо змінення механізмів попередження про кримінальну відповідальність, приведення до присяги, фіксації судового процесу.

Annotation

The article is devoted to the problem of legal regulation false testimony and false oath in Criminal Code and Criminal Procedure Code of Ukraine. Particular attention is paid to the problem of detecting lies in the testimony. It was indicated possible impact lies in the testimony for truth and justice. Author analyzed some consequences of establishment the oath as criminal procedural law institution. It was observed correlation of false testimony and false oath. Author ascertained that criminal liability is established not only for false, but also for false oath. It was given some proposals to change the mechanisms for the notice of criminal liability, administration of oath, and trial fixation.

РОЗДІЛ 5

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС І КРИМІНАЛІСТИКА

Басиста І.В.

*д.ю.н., професор, Львівський торговельно-економічний університет,
професор кафедри кримінального права та процесу;*

Максимів Л.В.

*к.ю.н., Національна академія внутрішніх справ, науковий співробітник наукової
лабораторії з проблем досудового розслідування*

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ НАБУТТЯ ОСОБОЮ СТАТУСУ ПІДОЗРЮВАНОГО У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ВИМОГИ ЧИННОГО КПК ТА ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Ключові слова: підозрюваний, досудове розслідування, затримання за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, повідомлення про підозру, слідчий, прокурор, слідчий суддя, кримінальне правопорушення.

Keywords: suspect, pretrial investigation, arrest on suspicion of a criminal offense subject to suspicion, investigator, prosecutor, investigating judge, a criminal.

Постановка проблеми. У будь-якому суспільстві права і свободи людини становлять абсолютну цінність, є невід’ємні і належать кожному від народження. Вони є важливим інститутом, за допомогою якого і регулюється правовий статус особи, межі вторгнення в її особисту сферу, встановлюються гарантії захисту і реалізації її прав і свобод. Тому їх забезпечення — одна з найголовніших функцій держави.

Так, прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 року Конституція України, проголосила, що людина, її життя, здоров’я, честь і гідність, недоторканність і безпека є найвищою соціальною цінністю. Вона ставить права людини в центр державної політики. Конституція встановлює, що держава відповідає за свою діяльність перед людиною. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов’язком держави. У процесі набуття особою статусу підозрюваного у кримінальному провадженні виникає ряд проблем, пов’язаних саме з дотриманням прав та свобод людини, тому й виникла нагальна необхідність у їх дослідженні та окресленні оптимальних шляхів їх вирішення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням зазначеної проблеми у різні періоди займалися відомі вчені, серед яких провідні процесуалісти В. Г. Гончаренко, Ю. М. Грошевий, Л. М. Лобойко, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, В. О. Попелюшко, М. Є. Шумило та ін. Однак широке її обговорення в наукових колах вимагає аналізу та синтезу базових прогалів та колізій з метою їх подальшого вирішення і усунення.

Постановка завдання. Метою та завданнями статті є визначення кола проблем набуття особою статусу підозрюваного у кримінальному процесі, які впливають із вимог чинного КПК та практики Європейського суду з прав людини.

Виклад основного матеріалу досліджень. Набуття особою статусу підозрюваного у чинному КПК визначається трьома ситуаціями, зокрема *підозрюваним* є особа, якій у порядку, передбаченому статтями 276-279 КПК, повідомлено про підозру, особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, або особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок невстановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений КПК для вручення повідомлень.

Однак у практичній діяльності із цього приводу виникає ціла низка проблем, зокрема в першу чергу нівелюються закріплені ЄКПЛ (Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року) права людини і основоположні свободи.

По-перше, саме з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення розпочинається стадія *притягнення її до кримінальної відповідальності*. Тому повідомлення про підозру має містити як фактичні, так і юридичні відомості. Пункт 3 (а) ст.6 ЄКПЛ визнає за особою право бути повідомленою не лише про фактичні підстави обвинувачення, а й про юридичну кваліфікацію фактів. Варто погодитися із тими дослідниками, які стверджують, що виходячи із визначених ЄСПЛ критеріїв, в Україні «кримінальне обвинувачення» вважатиметься висунутим у таких випадках:

- фактичне затримання особи, підозрюваної у вчиненні кримінального правопорушення;
- повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення;
- застосування заходу забезпечення кримінального провадження до підозрюваного до моменту повідомлення про підозру;
- фактичне адміністративне затримання особи за вчинення адміністративного правопорушення, за яке передбачене стягнення у вигляді арешту, оплатного вилучення майна, конфіскації майна та позбавлення спеціального права;
- складення протоколу про вчинення адміністративного правопорушення, за яке передбачена сувора санкція у вигляді арешту, оплатного вилучення майна, конфіскації майна та позбавлення спеціального права;
- складення протоколу про вчинення корупційного діяння, санкцією за яке може бути відмова у призначенні на посаду або позбавлення права балотуватися у депутати або на виборні посади в державні органи [1, с. 60].

Тобто ЄСПЛ застерігає держави не маскувати кримінальні провадження під адміністративні, кримінальні процесуальні затримання — під адміністративні («Adolf v. Austria», «Engel and others v. the Netherlands»).

На жаль, на практиці непоодинокими є випадки застосування адміністративного затримання, а пізніше кримінального процесуального, що вчиняють з метою так званої «економії строку», що неприпустимо «Dopin v. Ukraine». У цьому ж випадку досить часто порушується основоположне право затриманого — скористатися допомогою захисника (що через 3-годинні

адміністративні затримання реалізувати через РЦБПД практично неможливо, адже адвокати часто прибувають, коли така допомога стає непотрібною).

Захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого, до першого допиту підозрюваного мати з ним конфіденційне побачення без дозволу слідчого, прокурора, суду, а після першого допиту — такі ж побачення без обмеження кількості та тривалості. Такі зустрічі можуть відбуватися під візуальним контролем уповноваженої службової особи, але в умовах, що виключають можливість прослуховування чи підслуховування.

Щодо конфіденційних консультацій із захисником, то ЄСПЛ теж робить винятки (*Campbell and Fell v. the United Kingdom*) і зазначає, що держава їх може обмежити, якщо існують достатні підстави підозрювати адвоката у зловживанні професійним становищем [1, с. 94].

Захисник залучається слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом для здійснення захисту за призначенням у випадках та в порядку, визначених статтями 49 та 53 КПК.

Слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд зобов'язані забезпечити участь захисника у кримінальному провадженні у випадках, якщо:

1) відповідно до вимог статті 52 КПК участь захисника є обов'язковою, а підозрюваний, обвинувачений не залучив захисника;

2) підозрюваний, обвинувачений заявив клопотання про залучення захисника, але за відсутністю коштів чи з інших об'єктивних причин не може його залучити самостійно;

3) слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд вирішить, що обставини кримінального провадження вимагають участі захисника, а підозрюваний, обвинувачений не залучив його.

Захисник може бути залучений слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом в інших випадках, передбачених законом, що регулює надання безоплатної правової допомоги (до речі це стосується і захисту свідка).

Повноваження захисника на участь у кримінальному провадженні підтверджуються:

1) свідоцтвом про право на зайняття адвокатською діяльністю;

2) ордером, договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги.

Встановлення будь-яких додаткових вимог, крім пред'явлення захисником документа, що посвідчує його особу, або умов для підтвердження повноважень захисника чи для його залучення до участі в кримінальному провадженні не допускається.

Увага! Участь захисника є обов'язковою у кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів. У цьому випадку участь захисника забезпечується з моменту набуття особою статусу підозрюваного.

В інших випадках обов'язкова участь захисника забезпечується у кримінальному провадженні:

1) щодо осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні кримінального правопорушення у віці до 18 років, — з моменту встановлення

факту неповноліття або виникнення будь-яких сумнівів у тому, що особа є повнолітньою;

2) щодо осіб, стосовно яких передбачається застосування примусових заходів виховного характеру, — з моменту встановлення факту неповноліття або виникнення будь-яких сумнівів у тому, що особа є повнолітньою;

3) щодо осіб, які внаслідок психічних чи фізичних вад (німі, глухі, сліпі тощо) не здатні повною мірою реалізувати свої права, — з моменту встановлення цих вад;

4) щодо осіб, які не володіють мовою, якою ведеться кримінальне провадження, — з моменту встановлення цього факту;

5) щодо осіб, стосовно яких передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішується питання про їх застосування, - з моменту встановлення факту наявності в особи психічного захворювання або інших відомостей, які викликають сумнів щодо її осудності;

6) щодо реабілітації померлої особи — з моменту виникнення права на реабілітацію померлої особи;

8) щодо осіб, стосовно яких здійснюється спеціальне досудове розслідування або спеціальне судове провадження, — з моменту прийняття відповідного процесуального рішення;

9) у разі укладення угоди між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості — з моменту ініціювання укладення такої угоди.

По-друге, затримання особи без ухвали слідчого судді, суду є другою і основною формою (видом) тимчасового запобіжного заходу в українському кримінальному процесі, мета якого полягає у тому, щоб припинити кримінально протиправне діяння особи, попередити її уникнення від слідства і суду, запобігти фальсифікації нею доказів та інших спробах завадити кримінальному провадженню [2, с. 452].

Особа є затриманою з моменту, коли вона силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд із уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою (стаття 209 КПК). Саме із моментом затримання на практиці виникає низка маніпуляцій, так як часто у протоколах затримання вказується не час фактичного затримання, а будь-який інший.

Проведеним аналізом статей 207-208 КПК встановлено, що законодавець чітко розділяє підстави для затримання «кожним», хто не є уповноваженою службовою особою, затримання уповноваженою службовою особою та доставляння затриманої особи до найближчого підрозділу органу досудового розслідування, в якому негайно реєструються дата, точний час (година і хвилина) доставлення затриманого та інші відомості.

Також у статті 212 КПК мова йде про четверту категорію осіб, які відповідальні за перебування затриманих і відповідно до частини другої цитованої статті відповідальними за перебування затриманих не можуть бути слідчі.

Хто ж є всіма переліченими вище особами, які можуть здійснювати затримання в порядку статей 207 та 208 КПК? Здавалося б їх кількість повинна бути досить значною...

В першу чергу слід з'ясувати ситуацію із законними затриманням відповідно до статті 207 КПК. Автори науково-практичного коментаря до КПК стверджують, що право затримати будь-яку особу, крім судді і народного депутата України, тепер має «кожен»: 1) при вчиненні або замаху на вчинення кримінального правопорушення; 2) безпосередньо після вчинення кримінального правопорушення чи під час безперервного переслідування особи, яка підозрюється у його вчиненні. Термін «кожен» означає абсолютно кожного, без винятку, будь-яку людину, аби вона не була особою, якій законом надано право здійснювати затримання [2, с. 453].

Уповноважена службова особа має право без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі, лише у випадках:

1) якщо цю особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення;

2) якщо безпосередньо після вчинення злочину очевидець, в тому числі потерпілий, або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин;

3) якщо є обґрунтовані підстави вважати, що можлива втеча з метою ухилення від кримінальної відповідальності особи, підозрюваної у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого корупційного злочину, віднесеного законом до підслідності Національного антикорупційного бюро України.

Уповноважена службова особа має право без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, виключно у випадку, якщо підозрюваний не виконав обов'язки, покладені на нього при обранні запобіжного заходу, або не виконав у встановленому порядку вимог щодо внесення коштів як застави та надання документа, що це підтверджує.

Уповноважена службова особа, слідчий, прокурор може здійснити обшук затриманої особи (стаття 208 КПК) [3].

В свою чергу, уповноваженою службовою особою, яка затримує відповідно до вимог статті 208 КПК, з огляду професора В. О. Попелюшка, який серед іншого є автором глави 18 вище вказаного науково-практичного коментаря, є особа, якій право здійснювати затримання надано «колишнім», вже зараз не чинним Законом України «Про міліцію», Законом України «Про Службу безпеки України» тощо [2, с. 455].

З огляду логіки законодавця, заперечити фаховій точці зору професора Василя Олександровича Попелюшка, здавалося б немає жодних підстав. Однак, яку ситуацію ми маємо у практичній діяльності. Хто складає протоколи затримання відповідно до цієї норми КПК?

Щодо діяльності Національної поліції, то це — слідчі. Чому ж так звужено коло цих суб'єктів у порівнянні із унормованістю повноважень у чинному КПК?

Проблема криється у тому, що на сьогодні відомчими нормативними документами таких повноважень процесуального затримання не надано ні патрульній поліції, що було б логічно, ні, для прикладу, оперативним підрозділам. Вони на практиці реалізують «адміністративне» або ж «фізичне» чи як його ще називають «фактичне» затримання та доставляють особу до органу досудового розслідування чи викликають СОГ на місце події. Це значно обмежує можливість здійснення обшуку затриманої особи та тимчасового вилучення у неї майна відповідно до статті 168 КПК. Проведеним вивченням емпірики встановлено, що вимога частини третьої цієї ж статті щодо складення протоколу про тимчасове вилучення майна та частини першої статті 168 КПК — про його передавання, залишається практично «мертвою». Очевидно законодавцю варто узгодити положення низки відомчих нормативних документів та привести їх у відповідність до чинного КПК, тоді протидія злочинності буде більш ефективною, а діяльність правоохоронних органів — злагодженою.

По-третє, право затриманого на мовчання унормоване у Конституції України та чинному КПК, однак воно досить часто порушується (коли осіб допитують у якості свідків, попереджаючи про кримінальну відповідальність за ст.ст. 384 та 385 КК України, а пізніше, на основі отриманих показань та здобутих похідних доказів від них (для прикладу слідчих експериментів) їм повідомляють про підозру.

ЄСПЛ постановив, що «хоча право на мовчання не згадується спеціально у ст. 6 (Європейської) конвенції, немає сумнівів, що право зберігати мовчання на допиті і право не давати свідчення проти себе є повсюдно визнаними нормами, що становлять суть висловлювання про справедливий розгляд відповідно до ст. 6» («John Murray v. the United Kingdom»).

У рішеннях у справах «Yaremenko v. Ukraine», «Kolesnik v. Ukraine», «Shabelnik v. Ukraine» ЄСПЛ відзначив, що право відмовитися надавати свідчення та право не обмовляти себе є загальновизнаними міжнародними стандартами, основними складовими поняття справедливого розгляду, закріпленого у ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ. Суд також не може робити негативні висновки із мовчання обвинуваченого [1, с. 106].

Висновки. Підсумовуючи вище викладене, слід зазначити, що у процесі набуття особою статусу підозрюваного у кримінальному провадженні виникає ціла низка проблем, пов'язаних із порушенням прав та основоположних свобод людини, зокрема під час затримання особи та повідомлення їй про підозру. З метою вирішення та уникнення їх в майбутньому нами опрацьовано вимоги чинного КПК щодо появи такого учасника кримінального процесу як «підозрюваний», а також наведено приклади вирішення означених проблем із практики Європейського суду з прав людини.

Список використаних джерел

1. **Лобойко Л. М.** Кримінальний процес: навчальний посібник [Текст] / Л. М. Лобойко, О. А. Банчук. — К.: Ваіге, 2014. — 280 с.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар [Текст] / [за заг. ред. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила]. — К.: Юстініан, 2012. — 1224 с.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://rada.gov.ua>.

Анотація

У даній статті розглянуто окремі проблеми набуття особою статусу підозрюваного у кримінальному процесі з точки зору дотримання вимог чинного КПК та практики Європейського суду з прав людини.

Annotation

This article explores some problems acquiring the status of a person suspected of the criminal process in terms of compliance with the applicable CPC and the European Court of Human Rights.

Благута Р. І.

*к.ю.н., доцент, Львівський державний університет внутрішніх справ,
професор кафедри кримінального процесу*

Кунтій А. І.

*к.ю.н., Львівський державний університет внутрішніх справ,
доцент кафедри кримінального процесу*

ТИПОВІ СЛІДЧІ СИТУАЦІЇ ПОЧАТКОВОГО ЕТАПУ РОЗСЛІДУВАННЯ УМИСНОГО ВБИВСТВА, ВЧИНЕНОГО В СТАНІ СИЛЬНОГО ДУШЕВНОГО ХВИЛЮВАННЯ

Ключові слова: слідча ситуація, етап розслідування, кримінальне провадження, умисне вбивство, стан сильного душевного хвилювання.

Keywords: investigative situation, stage of investigation, criminal proceeding, intentional murder, heat of passion.

Постановка проблеми. У будь-якій сфері людської діяльності складається певна сукупність обставин, між якими існує причинно-наслідковий, часовий та просторовий зв'язок, що в сукупності утворюють цілісну систему елементів, охоплених поняттям «ситуація». Т. С. Волчецька слушно наголошує на необхідності вивчати структурну основу ситуацій, а також досліджувати особливості її основних компонентів, оскільки це дає змогу здійснити аналіз практичних шляхів і способів керування ними [1, с. 42]. Погоджуючись із позицією вченої, звернемо увагу на те, що ключовим завданням криміналістичної методики є озброєння слідчого, по-перше, знаннями щодо можливих слідчих ситуацій, які можуть виникати у ході досудового розслідування; по-друге, навиками оцінювати ситуації і правильно приймати відповідні процесуальні рішення; по-третє, уміннями реалізовувати певний алгоритм дій з урахуванням фактичного перебігу розслідування конкретного кримінального провадження. Отже, до того, як запропонувати алгоритми дій слідчого у різних ситуаціях під час розслідування умисних вбивств, вчинених в стані сильного душевного хвилювання, важливо системно їх дослідити та виокремити їх види і підвиди.

Стан дослідження. Криміналістичне вчення «слідчої ситуації» розглядалося у наукових працях О. Я. Баєва, В. П. Бахіна, Р. С. Белкіна, І. Е. Биховського, О. М. Васильєва, Т. С. Волчецької, І. Ф. Герасімова, В. Г. Гончаренка, Л. Я. Драпкіна, А. В. Дулова, В. А. Журавля, А. В. Іщенка, Н. І. Клименко, О. Н. Колесніченка, В. О. Коновалової, В. Г. Лукашевича, Г. А. Матусовського, В. Ю. Шепітька, М. П. Яблокова та інших науковців. Втім, дослідження вчених, як правило, стосуються загальнотеоретичних основ вчення або ж слідчих ситуацій окремих видів злочинів. Проте слідчі ситуації під час розслідування умисних вбивств, вчинених в стані сильного душевного хвилювання, у межах окремого монографічного дослідження не вивчалися.

Метою статті є формулювання поняття та класифікації типових слідчих ситуацій, що виникають на початковому етапі розслідування кримінального провадження про умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання.

Виклад основних положень. Автори тлумачного словника української мови під ситуацією розуміють сукупність умов та обставин, що створюють певне становище, викликають ті чи інші взаємини людей [2, с. 514]. У 1967 році вперше визначення «слідчої ситуації» було введено в науковий обіг О. Н. Колесніченком, як положення, стан розслідування, обумовлений наявністю доказів, інформаційного матеріалу і виникаючими конкретними задачами їх збирання та перевірки [3, с. 16]. У подальшому думки вчених з даного приводу розділилися на дві групи. Дослідники першої (В. К. Гавло, М. О. Селіванов, В. А. Образцов, В. Г. Танасевич, О. Я. Басв, А. Ф. Облаков, І. Ф. Герасимов), розглядають слідчу ситуацію переважно як обстановку та стан розслідування, які склалися на певному етапі розслідування кримінального провадження. Вважаючи, що слідча ситуація визначалася як сукупність реально існуючих умов і обставин, що утворюють конкретну обстановку, в якій відбувається розслідування, діють слідчий і інші учасники процесу, інформація про ситуацію утворює характеристику слідчої ситуації [4, с. 75]. До другої групи відносяться визначення, згідно з якими слідча ситуація формується переважно під впливом зібраної в матеріалах провадження інформації, що характеризує стан розслідування. Прихильниками цієї групи є такі дослідники, як: Л. Я. Драпкін, В. Є. Коновалова, В. І. Шиканов [5, с. 73].

Важливим для розвитку криміналістичної науки у цьому напрямі є розроблені Т. С. Волчецькою основні терміни криміналістичної ситуаології, серед яких варто виділити поняття слідчої ситуації, розглянуте як «ступінь поінформованості слідчого про злочин, а також стан процесу розслідування, що склався на будь-який визначений момент часу, аналіз і оцінка якого дозволяють слідчому прийняти найбільш доцільні в справі рішення» [1, с. 81].

Підтримуючи думку авторів другої групи, на нашу думку, «слідчою ситуацією» в методиці розслідування окремих видів злочинів слід розуміти сукупність факторів та обставин кримінального правопорушення, якими оперує орган досудового розслідування в момент або до початку досудового розслідування кримінального провадження, що сприятимуть швидкому, повному та неупередженому його розслідуванню.

Що стосується класифікацій слідчих ситуацій, то позиції вчених з даного приводу є також неоднозначними. Так, в залежності від суб'єкта, зобов'язаного оцінювати і вирішувати ту чи іншу ситуацію, дослідниками виділено слідчу, оперативно-розшукову, експертну та судову ситуацію [2, с. 48]. З-поміж зазначених, найбільший інтерес для нашого дослідження представляє слідча ситуація та властиві їй особливості.

У літературі існують пропозиції виділення в процесі розслідування не двох, а більшої кількості етапів розслідування (п'яти-шести). Проте більшість вчених погоджуються, що доцільним є використання трьохетапної структури, оскільки вона є найбільш зручною для застосування у криміналістичній

методиці. Про це свідчать більшість підручників з криміналістики, в тому числі видані останніми роками, де традиційно виділяють: початковий, наступний та завершальний етапи розслідування [6, с. 15-16].

Підтримуючи дану позицію, вважаємо доцільним у методиці розслідування умисних вбивств, вчинених в стані сильного душевного хвилювання, розрізнити три етапи (початковий, наступний та завершальний). Однак, при цьому слід враховувати наступні критерії для їх умовного розмежування. Початковий етап починається з моменту отримання відомостей про кримінальне правопорушення органами досудового розслідування чи прокурором, внесення їх до ЄРДР та проведення усіх можливих слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій для встановлення особи злочинця (осіб злочинця) та повідомлення їй (їм) про підозру. Наступний етап охоплює повідомлення особі про підозру, застосування до неї заходів забезпечення кримінального провадження, в тому числі запобіжних заходів, допиту її в якості підозрюваного та виконання всіх можливих слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні, які спрямовані на формування доказової бази. Завершальний етап охоплює вирішення питання про зміну підозри та підготовку для відкриття матеріалів кримінального провадження, їх відкриття, збір характеризуючих даних на підозрювану особу, а також складання обвинувального акта (клопотання про застосування до особи примусових заходів виховного чи медичного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності).

Використовуючи таке розмежування процесу розслідування розгляне докладніше види типових слідчих ситуацій, що виникають на початковому етапі розслідування кримінального провадження про умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання.

Ситуації початкового етапу розслідування виникають з моменту надходження до ОВС заяв чи повідомлень про кримінальне правопорушення від фізичних чи юридичних осіб, а також в результаті виявлення таких службовими особами чи іншими громадянами. Типовими слідчими ситуаціями початкового етапу розслідування будь-якого роду умисного вбивства є: труп не виявлено, є повідомлення про безвісти зникнення особи, що могло бути наслідком вчинення дій насильницького характеру; виявлено труп без видимих ознак насильницької смерті; виявлено труп з явними ознаками насильницької смерті.

Важливо зауважити, що початковому етапі розслідування кримінального провадження про умисне вбивство, слідчим, як правило, не буде висуватися версія про умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання. Дана версія може знайти підтвердження на наступному та завершальному етапах розслідування. Результати опитування працівників слідчих підрозділів, які брали участь у розслідуванні кримінальних проваджень про умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання засвідчують коректність такого висновку. У своїх відповідях на запитання: «Чи у випадку виявлення трупа, Вами висувалася версія про умисне вбивство в стані сильного душевного хвилювання?», респонденти одноставно відповіли негативно.

Розглянемо детальніше типові слідчі ситуації, що виникають під час розслідування умисного вбивства, вчиненого в стані сильного душевного хвилювання, беручи за основу критерій для класифікації — рівень інформаційної насиченості.

Типова слідча ситуація 1. Особа потерпілого та особа злочинця не встановлена. Виходячи з аналізу обвинувальних вироків у кримінальних провадженнях про умисні вбивства, вчинені в стані сильного душевного хвилювання, зазначена типова слідча ситуація виникає у 12 % випадків. Охарактеризувати її можна як вихідну, проблемну і несприятливу. Вона формується при надходженні повідомлень про виявлення трупа службовими особами або випадковими свідками (очевидцями). Основним завданням слідчого при виникненні такої слідчої ситуації є встановлення особи потерпілого, тому що тільки після цього виникає можливість проведення слідчих (розшукових) дій та організаційних заходів, спрямованих на встановлення та затримання особи злочинця.

В даному випадку слід погодитися з А. М. Чорним, який в ході дисертаційного дослідження «Особливості розслідування вбивств з корисливих мотивів» дійшов висновку, що у всіх традиційних методиках розслідування вбивств, відомості про особу потерпілого є вихідним матеріалом для побудови моделі злочину, у якій головним стрижнем є закономірна залежність: потерпілий — злочинець. Однак, якщо особа потерпілого не встановлена, такий зв'язок на початковому етапі розслідування відсутній [7, с. 11-12].

Вказаний вид типової ситуації має три підвиди:

Слідча ситуація 1.1. Особу потерпілого не встановлено, але є наявний його труп; особу злочинця не встановлено, проте його затримано на місці вбивства чи неподалік його вчинення.

Слідча ситуація 1.2. Особу потерпілого не встановлено і відсутній його труп, особу злочинця не встановлено, проте його затримано на місці вбивства чи неподалік його вчинення.

Слідча ситуація 1.3. Особу потерпілого не встановлено, проте наявний його труп, особу злочинця не встановлено і не затримано.

Прикладом зазначеної слідчої ситуації є вирок Красногвардійського РС м. Дніпропетровська від 22.10.2013 р., яким гр. І. було засуджено за умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання, сина своєї співмешканки гр. Н., який на протязі останніх десяти років, вчиняв фізичне та психічне насильство стосовно своєї матері та її співмешканця. Так, 21.02.2013 р., у вечірній час, коли син співмешканки в черговий раз, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, вчиняв насильство стосовно своєї матері, гр. І., взяв у руки молоток та завдав ним удар по голові Н, внаслідок якого настала смерть останнього. На наступний день, гр. І., за допомогою сокири розчленував труп Н. і викинув у сміттєві баки одного з районів м. Дніпропетровськ [8]. Таким чином, на початковому етапі розслідування у розпорядженні слідчого був наявний труп, особа якого не була встановлена, а також відсутні дані щодо особи злочинця та його місця перебування.

Типова слідча ситуація 2. Особу потерпілого встановлено, проте не встановлено особу злочинця. Вказана слідча ситуація виникає при вчиненні умисних вбивств в стані сильного душевного хвилювання у 21 % випадків. Вона також характерна для початкового етапу розслідування і є вихідною, проблемною і несприятливою. Така ситуація складатиметься на основі даних, які містяться в заявах і повідомленнях свідків, близьких родичів та осіб, з кола знайомих жертви, службових осіб, що виявили труп. Основними тактичними завданнями цієї слідчої ситуації є встановлення особи злочинця, а також встановлення і аналіз зв'язку потерпілий — злочинець, який доцільно встановлювати через родичів і найближче оточення потерпілого.

Спосіб вчиненого вбивства, характер слідів, залишених злочинцем на місці події, а також обстановка в цілому можуть містити інформацію про особу, яка скоїла кримінальне правопорушення. Це твердження є закономірним і дотичним до розслідування умисного вбивства, вчиненого в стані сильного душевного хвилювання. Власне, на нашу думку, якщо в результаті огляду на трупі буде наявна велика кількість ран, від ударів одного предмету, то слідчим може бути висунена версія про вчинення умисного вбивства в стані сильного душевного хвилювання. У цьому контексті доречно звернути увагу на висновок А. А. Корчагіна: «о состоянии сильного душевного волнения может свидетельствовать неоправданная логически множественность ударов, обычно случайным орудием, попавшимся под руку» [9, с. 260]. Результати узагальнення судово-слідчої практики щодо розслідування кримінальних правопорушень досліджуваної нами категорії, також підтверджують висловлену позицію. Так, під час характеристики обвинувальних вироків, винесених судами України, було встановлено, що злочинці, під час вчинення вбивства, перебуваючи у стані сильного душевного хвилювання, більш ніж у 87% випадках задавали удари по тілу потерпілого два і більше рази (до 55 максимально).

Зусилля слідчого у вказаній ситуації повинні бути спрямовані на з'ясування обставин вчиненого кримінального правопорушення, встановлення особи злочинця та збирання доказів його причетності до вчиненого. У разі отримання позитивного результату, необхідно вирішити питання про затримання злочинця, його огляд, застосування заходів забезпечення кримінального провадження, повідомлення про підозру та вчинення інших процесуальних дій.

Вказаний вид слідчої ситуації має три підвиди:

Слідча ситуація 2.1. Особу потерпілого встановлено і відсутній його труп, особу злочинця не встановлено, проте його затримано на місці, чи неподалік вчинення кримінального правопорушення.

Слідча ситуація 2.2. Особу потерпілого встановлено і наявний його труп, особу злочинця не встановлено і місце його перебування не відоме.

Прикладом даної слідчої ситуації може стати подія, яка відбулася у м. Полтава. Згідно з вироким Ленінського РС м. Полтави, яким 11.01.2012 р. було засуджено громадянку М. за умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання, внаслідок систематичного знущання з боку останнього.

Так, 30.10.2009 р. її чоловік на подвір'ї власного помешкання, будучи незадоволений діями своєї дружини, яка закрила собаку до вольєру, наніс останній удар рукою по спині, схопив її за волосся та виражаючись нецензурною лайкою, тягнув її до вольєру, погрожуючи при цьому розправою над нею за допомогою собаки, проте жінка, захищаючи своє життя, вирвалася від нього, забігла до літньої кухні, звідки взяла сокиру після чого, усвідомлюючи суспільно-небезпечний характер своїх дій та передбачаючи їх суспільно-небезпечні наслідки, перебуваючи у стані сильного душевного хвилювання, викликаного систематичним знущанням та спричиненням моральних страждань з боку потерпілого, погрозою застосування насильства, які вона сприймала як реальну загрозу своєму життю, перебуваючи в збудженому стані, що виник у неї раптово, з метою умисного позбавлення життя її чоловіка, нанесла останньому із значною силою не менше 20 ударів лезом кухонної сокири та 2 ударів обухом по голові, які спричинили смерть потерпілого. Після зазначених дій жінка, з метою приховування вчиненого злочину, розчленувала труп вбитого та помістивши частини тіла в поліетиленові пакети, вивезла з будинку та викинула до баків для сміття, розташованих в м.Полтава [10]. Бачимо, що на початковому етапі розслідування у слідчого був наявний труп потерпілого та його особа була встановлена, а особа злочинця була не відома.

Слідча ситуація 2.3. Особу потерпілого встановлено, а також наявний його труп, особу злочинця не встановлено, проте його затримано на місці, чи неподалік від місця вчинення кримінального правопорушення.

Типова слідча ситуація 3. Особу потерпілого не встановлено, але встановлено особу злочинця.

Вказана слідча ситуація має місце у 7 % випадків під час розслідування умисного вбивства, вчиненого в стані сильного душевного хвилювання та характеризує себе як вихідна і несприятлива. Виникає вона у випадках затримання особи безпосередньо на місці або неподалік вчинення вбивства, а також у зв'язку зі з'явленням з каяттям про вчинення умисного вбивства. Слід також відзначити, що вказана ситуація виникає тоді, коли злочинцем було вжито заходи щодо приховання трупа (розчленування, підпал, і т. ін.). Основним завданням під час вказаної ситуації це встановлення жертви кримінального правопорушення, а також з'ясування наявності зв'язку потерпілий — злочинець. Даний вид слідчої ситуації має два підвиди:

Слідча ситуація 3.1. Особу потерпілого не встановлено, а також немає його трупа, проте встановлено особу злочинця і його затримано.

До прикладу, вироком Дубенського РС Рівненської області від 18.05.2011 року, яким гр. І. було засуджено за ст.ст. 116, ч. 3 ст.185 КК України, під час встановлення обставин справи було встановлено особу злочинця, якого було затримано і який визнав вину у вчиненому вбивстві, проте особа жертви встановлена не була та відсутній труп. Досудовим розслідуванням встановлено, що громадянин І., за попередньою змовою, групою осіб, протягом певного періоду, разом зі своїми однолітками вчиняли ряд крадіжок майна. Проте через деякий період часу їх було встановлено та затримано. В ході проведення слідчих

(розшукових) дій громадянин І., визнав свою вину у вчиненому та повідомив, що інкриміновані йому злочини, затримані разом із ним особи вчиняли під тиском громадянина А., який вимагав від них вчиняти злочини та погрожував розправою. Так, одного дня він та двоє його друзів зустрілися із громадянином А., який, вимагаючи гроші від останніх, погрожував застосуванням пневматичного пістолета. Побоюючись за своє життя громадянин І. за допомогою розкладного ножа, який зберігав для самозахисту, завдав останньому 52 удари по тілу, внаслідок чого наступила смерть. З метою приховання злочину, він, разом з одним з хлопців, які були очевидцями злочину, закопали тіло неподалік місця його вчинення, а пістолет, та знаряддя вчинення злочину викинули у водойму неподалік вказаного місця. В ході проведення слідчого експерименту із підозрюваним І. було виявлено тіло потерпілого та знаряддя вчинення злочину. У ході провадження досудового розслідування встановлено, що громадянин І. в момент вчинення вбивства А. перебував у стані значного емоційного напруження, а також в судовому засіданні було встановлено стан сильного душевного хвилювання у останнього [11].

Слідча ситуація 3.2. Особу потерпілого не встановлено, але наявний його труп, особу злочинця встановлено і не затримано.

Слідча ситуація 3.3. Особу потерпілого не встановлено, проте наявний його труп, особу злочинця встановлено і його затримано.

Типова слідча ситуація 4. Особу потерпілого встановлено, також є дані про особу злочинця.

Дана слідча ситуація має місце у 60% випадків. Вона характерна як для початкового, наступного та завершального етапів розслідування. Визначити її слід як вихідну, сприятливу, проміжну або кінцеву. У методичному відношенні вона є найбільш простою для розслідування, тому що є достатньо інформативною для забезпечення виконання завдань кримінального судочинства. Основним завданням такої ситуації виступає встановлення місцезнаходження підозрюваної особи і перевірка її на причетність до вчиненого вбивства. Наведена слідча ситуація складається при одержанні вихідних даних про злочин з таких джерел, як заяви і повідомлення: власне самого вбивці, осіб з кола знайомих чи близьких родичів жертви, чи злочинця, працівників медичних установ та правоохоронних органів.

Розглянемо приклад такої типової слідчої ситуації. 30.03.2009 р. Білозерським РС Херсонської області було засуджено І., який 06.12.2008 р. близько 16 години, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, знаходячись за місцем свого проживання, на межі з подвір'ям своєї сусідки, яка перебувала в стані алкогольного сп'яніння та образила його честь та гідність як чоловіка, перебуваючи в стані сильного душевного хвилювання, наніс численні удари ножом сусідці в область грудної клітини та живота, в результаті чого настала смерть потерпілої. Через декілька хвилин, коли прийшов до тями, пішов до дому і зателефонував у міліцію повідомивши про вбивство [12].

Зазначена типова слідча ситуація має три підвиди:

Слідча ситуація 4.1. Особу потерпілого встановлено і наявний його труп, особу злочинця встановлено, проте його не затримано.

Слідча ситуація 4.2. Особу потерпілого встановлено, проте відсутній його труп, особу злочинця встановлено і його затримано.

Слідча ситуація 4.3. Особу потерпілого встановлено і наявний його труп, особу злочинця встановлено і його затримано.

Висновки. На підставі вищевикладеного, можна підсумувати, що на початковому етапі розслідування умисного вбивства, вчиненого в стані сильного душевного хвилювання, можуть виникати чотири типові слідчі ситуації, кожна із яких матиме три підвиди. Таким чином, їхня кількість складатиме щонайменше дванадцять і кожна із них має важливе криміналістичне значення для формування слідчих версій, планування розслідування та формування алгоритму розслідування вказаного виду кримінального правопорушення.

Список використаних джерел

1. **Волчецкая Т. С.** Криминалистическая ситуалогия: монография / под ред. проф. Н. П. Яблокова / Т. С. Волчецкая. — Москва; Калининград, 1997. — 250 с.
2. Новий тлумачний словник української мови: у 3 т. — К.: Аконіт, 2001. — Т. 1. — 928 с.
3. **Колесниченко А. Н.** Научные и правовые основы расследования отдельных видов преступлений: автореф. ... дисс. д-ра юрид. наук / А. Н. Колесниченко. — Харьков, 1967. — 27 с.
4. **Клочков В. В.** Проблемы теории следственной ситуации / В. В. Клочков // Следственная ситуация. — М., 1985. — С. 74-79.
5. **Коновалова В. Е.** Убийство: искусство расследования / В. Е. Коновалова. — Харьков: Факт, 2001. — 311 с.
6. Методика розслідування окремих видів злочинів, підслідних органам внутрішніх справ: навчальний посібник / О. В. Батюк, Р. І. Благута, О. М. Гумін та ін.; за заг. ред. Є. В. Пряхіна. — Львів: ЛьвДУВС, 2011. — 324 с.
7. **Чорний А. М.** Особливості розслідування вбивств з корисливих мотивів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Чорний Андрій Михайлович; Акад. адвокатури України. — К., 2010. — 20 с.
8. Вирок Красногвардійського районного суду м. Дніпропетровськ від 22.10.2013 р. № 34343749 // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua>
9. **Корчагин А. А.** Криминалистическая методика предварительного расследования и судебного разбирательства по делам об убийствах (проблемы теории и практики): монография / под науч. ред. докт. юрид. наук, проф. В. К. Гавло. — М.: Юрлитинформ, 2013. — 512 с.
10. Вирок Ленінського районного суду м. Полтава у кримінальному провадженні №1/1616/6/2012 від 11.02.2012 р. // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21141997>

11. Вирок Дубенського РС Рівненської області від 18.05.2011 р. у кримінальній справі № 1-4/11 // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/16277867>.
12. Вирок Білозерського районного суду Херсонської області від 30.03.2009 р. № 4149175// [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua>

Анотація

Наукову статтю присвячено дослідженню теоретичних та практичних питань слідчих ситуацій під час розслідування кримінального провадження про умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання. Проведено аналіз позицій науковців до визначення поняття «типова слідча ситуація» та їх класифікацію у криміналістичній методиці. На підставі аналізу слідчо-судової практики та даних наукових криміналістичних досліджень у статті представлені типові слідчі ситуації початкового етапу розслідування вищезазначеного виду кримінального правопорушення.

Annotation

The scientific article is devoted to research of theoretical and practical issues of investigative situations in the investigation of the criminal proceedings on murder committed in the heat of passion. The analysis of the positions of scientists to the definition of "a typical investigative situation" and their classification in forensic procedure. On the basis of the investigative and judicial practice and data forensic scientific research in the article the typical investigative situations initial stage of the investigation the above type of criminal offense.

Журавель В. А.

*доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
головний учений секретар НАПрН України*

ФОРМИ ВИКЛАДЕННЯ ЗМІСТУ ОКРЕМИХ КРИМІНАЛІСТИЧНИХ МЕТОДИК РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ

Ключові слова: окрема криміналістична методика; види (рівні) криміналістичних методик; технології побудови окремих криміналістичних методик; форми викладення криміналістичних методичних рекомендацій.

Keywords: private forensic technique; types (levels) forensic techniques; technology to build private forensic techniques; from of presentation forensic guidelines.

Постановка проблеми. Зміст окремих криміналістичних методик може бути надано в трьох формах: описовій, формалізованій і змішаній. Найбільш поширеною є описова форма викладення методичного матеріалу. Вона зустрічається у переважній більшості сучасних підручників, посібників, керівництв тощо. Формалізована форма передбачає викладення рекомендацій (порад) у вигляді відповідних програм розслідування або алгоритмічних схем дій слідчого у тій чи іншій типовій ситуації, що виникає. Це так звані рекомендації прямої дії, що спрямовані слідчому, прокурору, детективу. Змішана форма викладення змісту окремих криміналістичних методик передбачає поєднання як описової, так і формалізованої форми, де остання надається, як правило, у вигляді певних програм розслідування.

Слід зазначити, що останнім часом спостерігається бажання вчених змінити напрям наукового пошуку — від «книжкових методик» до побудови алгоритмів і програм дій слідчого відповідно до типових ситуацій. Так, Р.С. Белкін піддавав критиці «книжкові методики» і наголошував, що рядовий слідчий, який не має достатнього професійного досвіду, в умовах дефіциту часу та екстремальної ситуації не може відтворити у пам'яті десятки сторінок цієї методики як оперативного посібника до дій. Для цього йому потрібні більш лаконічні, чіткі і зрозумілі алгоритми. «Якби кожний автор нової теорії, монографії, — підсумовував він, — завершував свою роботу набором алгоритмів дій з використанням запропонованих новацій, то їх впровадження набувало б реального підґрунтя» [1, с. 127]. На переконання І. О. Возгриня перехід у криміналістичній методиці від описового способу викладення програм розслідування до формалізованих моделей у вигляді алгоритмів послідовності слідчих дій виявляється важливим напрямом удосконалення окремих методик розслідування злочинів [2, с. 63].

Виклад основного матеріалу. Отже, сьогодні можна говорити про існування традиційної описової форми викладення криміналістичних методичних рекомендацій, так званої «книжкової» методики і новаторської у

вигляді відповідних алгоритмів та програм. Водночас сама побудова криміналістичних алгоритмів і програм розслідування як більш високого рівня наукових розробок у цій галузі знань і більш оптимальної форми викладення порад слідчому, детективу, у свою чергу, передбачає необхідність розв'язання цілої низки проблем, серед яких насамперед слід назвати такі. По-перше, визначення понять «криміналістичний алгоритм» і «програма розслідування»; по-друге, з'ясування співвідношення між поняттями «криміналістичний алгоритм», «програма розслідування» і «окрема криміналістична методика»; по-третє, визначення об'єктів, сфери і меж застосування криміналістичної алгоритмізації та програмування.

Щодо визначення та співвідношення понять «алгоритм» і «програма», то вони мають декілька різних за своєю сутністю значень. Так, під алгоритмом найчастіше розуміють систему дій, правил для вирішення конкретного завдання [3, с. 13]. В іншій інтерпретації це — кінцева послідовність загальнозрозумілих приписів, котрі не потребують людської винахідливості і виконання яких дозволяє за визначений час отримати рішення певного завдання з деякого класу завдань [4, с. 19]. Алгоритм також визначають як програму, що зумовлює спосіб поведінки і являє собою систему правил (приписів) для ефективного вирішення завдань [5, с. 18].

Як убачається, саме в цьому приховується причина того, що в криміналістичній літературі нерідко можна зустріти використання понять «алгоритм» і «програма» як синонімів [6, с. 205; 7, с. 2], що не є виправданим. Не заперечуючи того, що поняття «алгоритм» і «програма» мають підґрунтя для певного ототожнення, їх необхідно чітко розрізняти хоча б тому, що термін «програма» має дещо іншу, хоча й схожу зі словом «алгоритм» етимологію. Програма здебільшого визначається як наперед продуманий план (шлях) виконання будь-якої діяльності [3, с. 967]. Вочевидь, що головним значенням поняття «алгоритм» є слово «правило», а поняття «програма» — слово «план». Беручи до уваги, що будь-який план складається з використанням деяких правил, що включають у себе цілком визначену сукупність наукових рекомендацій криміналістики, логічно передбачити, що програма розслідування повинна розглядатися, не інакше як підібраний слідчим або рекомендований наукою «набір» криміналістичних алгоритмів і необхідної типової криміналістично значущої інформації, призначеної для розкриття та розслідування конкретної події злочину.

Таким чином, терміни «алгоритм» і «програма» необхідно розглядати як тісно взаємозв'язані і в той же час відносно самостійні поняття. Ось чому слід погодитись з тими вченими-криміналістами, які вважають, що розглядувані поняття не збігаються, але є близькими і по суті об'єднуються на одному етапі підготовки вирішення тих завдань, котрі існують в слідчій тактиці і методиці розслідування злочинів [8, с. 61]. При цьому слід враховувати, що тлумачення понять «алгоритм» і «програма» залежить не лише від загальноприйнятих уявлень, але й від предмета, а також методів конкретної науки, в якій вони використовуються, у даному разі йдеться про криміналістику.

Враховуючи вищевикладене, у літературі були запропоновані різні визначення поняття «криміналістичний алгоритм». Так, на думку О. С. Шаталова, розглядану категорію доцільно визначати як науково обґрунтований припис щодо виконання в завданому порядку системи послідовних операцій, рекомендованих слідчому, для розв'язання завдань певного типу [9, с. 34]. Г. О. Зорін криміналістичний алгоритм розглядає як систему приписів, заснованих на системі правил, послідовність виконання яких дає позитивний результат, знижує ризикованість, створює максимальну ефективність просторово-часового виконання дії [10, с. 149]. За визначенням інших вчених, криміналістичний алгоритм — це всеохоплююча система залежних від слідчої ситуації слідчих та інших дій, а також їх комплексів, побудованих в оптимальній послідовності на підставі пріоритетів [11, с. 99].

Розглядаючи криміналістичні алгоритми, необхідно враховувати, що їх побудова відбувається на основі повторюваності явищ, наявності в них внутрішніх закономірностей, а саме змінюваності і відносної сталості. При цьому вони мають доволі вузьку, індивідуалізовану сферу застосування, а їх реалізація можлива тільки тоді, коли будь-яке загальне завдання розслідування піддається розчленуванню на складові, більш прості завдання, а якщо це можливо, то й на елементарні одноріантні операції [9, с. 35]. Іншими словами, без формалізації неможливі алгоритмізація та здійснення наступного етапу вирішення завдань розслідування — програмування [8, с. 61].

Що стосується «програми розслідування», то її характерними рисами і одночасно основними відмінностями від криміналістичного алгоритму є змінюваність і багатоваріантність. На підставі цього програма розслідування може і повинна містити в собі як формалізовані, тобто жорстко детерміновані системи дій, так і неформалізовані криміналістичні знання, наприклад у вигляді певних рекомендацій щодо з'ясування ситуацій, вибору засобів розв'язання типових завдань тощо [12, с. 31; 13, с. 33]. Так, Г. А. Густов розглядає програму розслідування як систему рекомендацій, що включають опис засобів, прийомів, методів їх вирішення, метою якої є надання допомоги працівникам правоохоронних органів в отриманні нових знань по кримінальній справі та організації її розслідування [14, с. 18]. На думку О. С. Шаталова, програма — це рекомендована наукою певна сукупність криміналістичних алгоритмів та іншої необхідної інформації, призначених для ефективного управління слідчою ситуацією під час розслідування злочинів окремих груп, видів і підвидів [9, с. 37]. У такому тлумаченні «програми розслідування» алгоритми виступають одним з найважливіших елементів, що зумовлюють її зміст, а за наявності можливостей створюють передумови для автоматизації окремих процесів.

Виходячи з наведеного, на наше переконання, різниця між планом, програмою та алгоритмом головним чином полягає в ступені формалізованості, об'єктах і сфері реалізації. Так, криміналістичний алгоритм слід розглядати як науково обґрунтований припис щодо виконання лише в завданому порядку системи послідовних операцій, рекомендованих слідчому для розв'язання завдань певного типу, що виникають під час розслідування. При цьому слід

зауважити, що структура алгоритму, тобто наявність кількості відображених у ньому кроків здійснення дій, значною мірою залежить від сфери його застосування. Якщо йдеться про організацію провадження окремої слідчої (розшукової) дії, а в деяких випадках і проведення тактичної операції як комплексу дій (гласних та негласних), то у цій сфері дійсно можуть бути розроблені більш деталізовані алгоритми, що включають максимально можливу кількість варіантів (кроків) здійснення дій, наприклад, з підготовки, встановлення психологічного контакту, викриття необ'єктивних показань, перевірки посилань на алібі тощо. Саме ця обставина зумовлює їх цінність, тобто чим більше варіантів дій, чим детальніше вони прописані, тим вище якість самого алгоритму.

У свою чергу програма розслідування — це певна сукупність як приписів (криміналістичних алгоритмів), так і правил рекомендаційного характеру. У зв'язку із цим вона представлена у відповідному схематичному вигляді, має більш узагальнену структуру порівняно з алгоритмом і за своїм змістом менш формалізована, ніж останній. Різниця між програмою і алгоритмом полягає також й в характері тих завдань, на розв'язання яких вони спрямовані. «Якщо криміналістичний алгоритм розрахований на вирішення певного завдання і має тактичний характер, — звертає увагу В. В. Тіщенко, — то програма розслідування охоплює певний етап розслідування, розрахована на вирішення комплексу тактичних завдань, тобто має стратегічний характер. Якщо алгоритм пропонує вирішення завдання в однозначному напрямі, суворо визначеній послідовності дій, програма повинна містити кілька варіантів, моделей дій залежно від слідчої ситуації, етапу розслідування, позиції учасників розслідування» [15, с. 113]. Крім того, розробка програми розслідування конкретного різновиду злочину як ускладненої наукової абстракції потребує і застосування більш узагальненої інформації, де особливе місце посідають криміналістична характеристика з кореляційними та ймовірно-статистичними зв'язками між її елементами, а також слідча ситуація. «Типові програми розслідування, — зазначали М. О. Селіванов та О. О. Ейсман, — розробляються з урахуванням елементів криміналістичних характеристик злочинів відповідного виду» [16, с. 140]. У цьому плані більшу перспективу викладення методичного матеріалу у вигляді певних програм розслідування об'єктивно мають підвидові методики, оскільки вони найбільше наближені до потреб практики, розроблені на підставі аналізу значного емпіричного матеріалу і саме щодо них можна виокремити найбільшу кількість можливих типових слідчих ситуацій. В той же час методики з високим ступенем абстракції, а це в першу чергу стосується групових (родових, міжвидових, комплексних) методик, можуть зберігати усталену описову форму.

На цю обставину звертає увагу й С. Ю. Косарев, говорячи, що програми розслідування найбільш ефективні при викладенні матеріалу в методиках, присвячених розслідуванню окремих «вузьких» різновидів злочинів. «Викладення матеріалу в криміналістичних методиках з описом відповідних програм, — пише С. Ю. Косарев, — передбачає детальний розклад по пунктах

того, які питання можуть виникати в тих чи інших слідчих ситуаціях і які слідчі та інші дії в цих випадках можливо і доцільно проводити. Програма дій слідчого повинна містити велику кількість пунктів і підпунктів по кожній типовій слідчій ситуації. Але чим крупнішою буде розглядувана група злочинів, тим складніше розробнику методики конкретизувати слідчі ситуації і включити до програми дуже велику кількість питань (пунктів), які є типовими і суттєвими для розслідування досліджуваної групи злочинів. І для укрупнених груп злочинів це лише призведе до формалізації наукових знань та спрощення реального стану справ. Чим більше втрачатиметься «другорядних» деталей, тим більш неконкретною і менш придатною для практичного використання ставатиме така методика. Вона більше підходитиме для використання в навчальних цілях. Ось чому на практиці краще всього програми «працюють» при використанні тих методик розслідування «вузьких» різновидів злочинів, де є можливість виокремити найбільш конкретні слідчі ситуації і запропонувати до них оптимальний перелік дій слідчого» [17, с. 353]. Підсумовуючи С. Ю. Косарев зазначає, що немає сенсу розробляти програми, стосовно розслідування укрупнених груп злочинів. Методики цих різновидів злочинів мають базуватися на високому рівні узагальнення криміналістичних знань і містити в собі лише те головне, що характеризує їх розслідування [17, с. 354].

Щодо планування як специфічної розумової діяльності слідчого і плану розслідування як наслідку цієї діяльності, то його слід розглядати як відповідний документ, у котрому відображено те, що потрібно зробити в певній майбутній перспективі, з тим щоб досягти поставленої мети. На думку Ю. П. Гармаєва та О. Ф. Лубіна «план служить деякою зв'язуючою ланкою між версійним аналізом і процесом збирання доказів. Крім того, план дозволяє особі, яка його складає, порівняти дві криміналістичні моделі: модель злочинної діяльності, наданої у вигляді версій по справі, і модель діяльності з перевірки цих версій. При цьому якість планування прямо залежить від рівня знань слідчого стосовно відповідного виду злочинної діяльності і діяльності з розслідування» [18, с.107]. Тому програми та алгоритми розроблені в криміналістиці в плані здійснення конкретного кримінального провадження відіграють роль найбільш раціональних засобів реалізації того, що в ньому передбачено. Вони виступають для слідчого своєрідними орієнтирами, на які він має спиратися при складанні оптимального плану розслідування.

Ще одне питання, яке підлягає з'ясуванню, полягає в тому, що побудова алгоритмічних схем, реалізація програмування розслідування можлива за умов визначення типових слідчих ситуацій. Як справедливо зазначає М. П. Яблоков, у розслідуванні можна виявити певну кількість однотипних ситуацій і відповідних дій слідчого, які можуть бути використані для створення алгоритму розслідування в типових слідчих ситуаціях [19, с.70]. Разом з тим слід пам'ятати, що неоднорідність і неповторність конкретних ситуацій істотно ускладнює їх типізацію. Більше того, неможливо виділити всі ситуації і до них запропонувати відповідні програми розслідування чи алгоритмічні схеми дій слідчого, тобто на сто відсотків формалізувати розв'язання завдань розслідування. Ось чому має рацію В. В. Бірюков, коли наголошує на тому, що

основна проблема алгоритмізації розслідування лежить саме в різноманітності слідчих ситуацій [20, с. 195]. Тому алгоритм не може бути вичерпним, залишаючи місце як для творчості при його оцінці слідчим, так і для практичного застосування [21, с. 171].

Крім зазначених проблем дискусійним залишається й питання щодо співвідношення понять «програма розслідування» і «криміналістична методика». Так, на думку Р. С. Белкіна, наближення змісту методики розслідування окремих видів злочинів до типової програми дій є небажаною тенденцією, оскільки призведе до змішування двох видів методичних порад: програм і окремої методики. Він вважає, що програми дій слідчого не повинні підміняти собою окремі криміналістичні методики, але й не повинні включатися до їх змісту (курсив наш. — В. Ж.). Це методичні поради прямої дії, котрі розраховані на оперативне використання і максимально прилаштовані до такого ж оперативного використання. Їх адаптація до умов конкретного випадку повинна бути максимально простою — шляхом перебору зафіксованих у програмі варіантів дій залежно від наявної інформації [22, с. 295-296].

Якщо Р. С. Белкін мав на увазі програми, що містять перелік невідкладних дій організаційної спрямованості з короткими коментарями відповідно до певного різновиду злочинів, котрі зберігаються в черговій частині органу внутрішніх справ і які слідчий отримує у вигляді картки при виїзді на місце події, то їх дійсно не можна віднести до змісту окремої криміналістичної методики. Але зведення програмування розслідування до такого роду організаційних заходів було б помилковим і неадекватним тій ідеї, яку первісно проголошено. Більш продуктивною, як видається, є точка зору, за якою програму слід розглядати як самостійний елемент структури окремої криміналістичної методики, котрий перебуває у взаємодії з іншими структурними елементами, зокрема зі слідчою ситуацією, яка, у свою чергу, є вихідним моментом у формуванні програми розслідування. Аналогічної точки зору дотримується й І. О. Возгрін, хоча і не проводить різниці між криміналістичним алгоритмом і програмою розслідування [6, с. 205].

Висновки. Таким чином, на нашу думку, і описову і алгоритмічну форми викладення змісту окремих криміналістичних методик розслідування потрібно розглядати як необхідні наукові засоби криміналістики, що функціонують паралельно. Ці форми не лише не суперечать, а навпаки доповнюють одна одну, забезпечуючи викладення методичних порад стосовно оптимального, найбільш ефективного підходу до організації розкриття та розслідування певних злочинних проявів.

Більше того, форма викладення необхідних методичних рекомендацій свідчить про ступінь сформованості самих окремих криміналістичних методик, рівень їх практичної реалізації. Як вже зазначалося, сьогодні криміналістичні методики мають головним чином описовий вигляд. Ця форма знаходить своє відображення головним чином у підручниках з криміналістики і розрахована на студентську аудиторію, а саме на осіб, які тільки розпочинають формування уявлень щодо даної галузі знань. Ось чому в такого роду методиках поряд із суто практичними рекомендаціями можна зустріти і деякі пояснення тих чи інших

теоретичних концепцій, які дійсно збільшують обсяг викладеного матеріалу. Але в даному разі вони є виправданими і мають своє гносеологічне навантаження. Інша річ, коли йдеться про рекомендації для слідчих, детективів, які повинні бути більш лаконічними і доступними для сприйняття і застосування, а тому подані у вигляді певних алгоритмічних схем дій чи програм розслідування в типових ситуаціях. Результати побудови алгоритмів та програм доцільно відображати в науково-практичних виданнях для слідчих, детективів, оскільки саме вони є головними споживачами такого роду наукового продукту. При цьому самі алгоритми і програми до певної міри базуються на інформації, яку викладено в описовій криміналістичній методиці, а саму «книжкову» методику можна вважати першим і необхідним кроком щодо їх формування.

Разом з тим слід пам'ятати і враховувати, що криміналістична методика в будь-якій формі її викладення завжди буде зберігати певний рівень абстракції, оскільки неможливо «без залишку» типізувати всі можливі версії та слідчі ситуації і до них запропонувати відповідні програми розслідування та алгоритмічні схеми дій слідчого. Саме в силу відповідного рівня абстракції криміналістична методика не може претендувати на повну «технологічність», тобто стовідсотково формалізувати розв'язання завдань розслідування, а тому обов'язково вагомим залишається творчий (евристичний) підхід.

Список використаних джерел

1. **Белкин Р. С.** Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики / Р. С. Белкин. — М. : Изд-во НОРМА (Издат. группа НОРМА-ИНФРА-М), 2001. — 240 с.
2. **Возгрин И. А.** О соотношении следственной ситуации и алгоритмов расследования преступлений / И. А. Возгрин // Вопросы профилактики преступлений: сб. науч. тр. — Л.: ВПУ МВД СССР, 1977. — С. 60-67.
3. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. — 1728 с.
4. **Заморин А. П.** Толковый словарь по вычислительной технике и программированию. Основные термины / А. П. Заморин, А. С. Марков. — М. : Наука, 1987. — 221 с.
5. Философский энциклопедический словарь. — М. : Сов. энцикл., 1989. — 840 с.
6. **Возгрин И. А.** Криминалистическая методика расследования преступлений / И. А. Возгрин. — Минск: Высшейш. шк., 1983. — 215 с.
7. **Зорин Г. А.** Программирование при расследовании преступлений / Г. А. Зорин. — Гродно : Изд-во Грод. ун-та, 1985. — 198 с.
8. **Клименко Н. И.** Логико-математические и кибернетические методы в криминалистике: учеб. пособие / Н. И. Клименко, П. Д. Биленчук. — К.: УМК ВО, 1988. — 104 с.
9. **Шаталов А. С.** Понятие криминалистической алгоритмизации и программирования расследования преступлений / А. С. Шаталов // Государство и право. — 2000. — № 8. — С. 28-39.

10. **Зорин Г. А.** Криминалистическая методология (Фундаментальная криминалистика XXI века) / Г. А. Зорин. — Минск : Амалфея, 2000. — 608 с.
11. **Ищенко Е. П.** Алгоритмизация расследования преступлений — актуальная проблема криминалистики/ Е. П. Ищенко, К. О. Сливинский // Актуальные проблемы криминалистики на современном этапе: материалы междунар. науч. конф. — Уфа : Изд-во Башк. ун-та, 2003. — Ч. 1. — С. 99-103.
12. **Драпкин Л. Я.** Ситуационный подход в криминалистике и программирование расследования / Л. Я. Драпкин // Проблемы программирования, организации и информационного обеспечения предварительного следствия: межвуз. науч. сб. — Уфа : Изд-во Башк. ун-та, 1989. — С. 27-32.
13. **Соя-Серко Л. А.** Программирование и творчество в деятельности следователя / Л. А. Соя-Серко // Проблемы предварительного следствия в уголовном судопроизводстве: сб. науч. тр. — М. : ВИИПРМП, 1980. — С. 32-37.
14. **Густов Г. А.** Проблемы программирования расследования преступлений / Г. А. Густов // Проблемы программирования, организации и информационного обеспечения предварительного следствия: межвуз. науч. сб. — Уфа : Изд-во Башк. ун-та, 1989. — С. 16-27.
15. **Тищенко В. В.** Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів: монографія / В. В. Тищенко. — Одеса : Фенікс, 2007. — 260 с.
16. **Селиванов Н. А.** Проблемы программирования расследования и совершенствования криминалистических методик [Текст] / Н. А. Селиванов, А. А. Эйсман // Вопросы борьбы с преступностью. — М. : Юрид. лит., 1988. — Вып. 46. — С. 138-146.
17. **Косарев С. Ю.** История и теория криминалистических методик расследования преступлений / С. Ю. Косарев / под. ред. В. И. Рохлина. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. — 495 с.
18. **Гармаев Ю. П.** Проблемы создания криминалистических методик расследования преступлений: теория и практика / Ю. П. Гармаев, А. Ф. Лубин. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. — 303 с.
19. **Яблоков Н. П.** Совершенствование методических основ расследования преступлений / Н. П. Яблоков // Советское государство и право. — 1976. — № 2. — С. 70.
20. **Бирюков В. В.** Алгоритмизация расследования. Задачи и проблемы / В. В. Бирюков // Вісн. Луган. ін-ту внутр. справ МВС України. — Луганськ, 2004. — Вип. 1. — С. 195-204.
21. **Коновалова В.** Алгоритмізація в теорії криміналістики [Текст] / В. Коновалова // Вісн. Акад. прав. наук України. — Х. : Право, 2007. — № 1 (48). — С. 169-174.

22. **Белкин Р. С.** Курс криминалистики: в 3т. Т.3 : Криминалистические средства, приемы и рекомендации / Р. С. Белкин. — М. : Юристъ, 1997. — 480 с.

Анотація

У статті розглянуті сучасні наукові підходи до викладення змісту окремих криміналістичних методик розслідування злочинів. Наголошено, що на теперішній час можна говорити про існування традиційної описової форми викладення криміналістичних методичних рекомендацій, так званої «книжкової» методики і новаторської у вигляді відповідних алгоритмів та програм розслідування як більш високого рівня наукових розробок і більш оптимальної форми викладення порад слідчому, детективу. Звернуто увагу на те, що для реалізації новаторського підходу до викладення змісту окремих криміналістичних методик розслідування злочинів необхідно з'ясувати як співвідносяться між собою поняття «криміналістичний алгоритм», «програма розслідування» і «окрема криміналістична методика», визначити об'єкти, сферу і межі застосування криміналістичної алгоритмізації та програмування. Зазначено, що криміналістична методика в будь-якій формі її викладення завжди буде зберігати певний рівень абстракції, оскільки неможливо «без залишку» типізувати всі можливі версії та слідчі ситуації і до них запропонувати відповідні програми розслідування та алгоритмічні схеми дій слідчого.

Annotation

In the article the modern scientific approach to presenting content specific forensic techniques of crime investigation. Emphasized that at present we can speak of the existence of traditional forms of narrative exposition forensic guidelines, so-called "book" and innovative methods in the form of appropriate algorithms and programs investigate how higher-level scientific research and more optimal form of presentation tips investigator, detective. To point out that the implementation of an innovative approach to presenting content specific forensic techniques of crime investigation is to find out how the relationship between a concept of "forensic algorithm", "investigation program" and "separate forensic technique" to identify objects and scope the scope of application of forensic algorithms and programming. Indicated that forensic technique in any form of presentation will always maintain a certain level of abstraction, it is impossible "without reserve" categorize all possible versions and investigating the situation and they offer appropriate programs and algorithmic schemes investigation actions the investigator.

**ОБСТАВИНИ, ЩО ПІДЛЯГАЮТЬ ПРЕДМЕТУ ДОКАЗУВАННЯ У
СПРАВАХ ПРО ЗЛОЧИНИ НЕПОВНОЛІТНІХ**

Ключові слова: кримінальне провадження, ювенальна юстиція, доказування, неповнолітні, межі доказування, предмет доказування, стан здоров'я, психологічний фактор.

Key words: criminal investigation, juvenile justice, proving, minors, the limits of proof, the subject of evidence, health, psychological factor.

Постановка проблеми. Відповідно до ст. 3 Конституції України серед усіх категорій осіб, чії права і свободи зобов'язалася забезпечувати наша держава, слід виділити окрему групу — неповнолітніх, яким органи законодавчої, виконавчої та судової влади повинні приділяти особливу увагу. Зокрема правосуддя щодо неповнолітніх має бути складовою процесу національного розвитку нашої країни. Тому чинним національним законодавством передбачені додаткові гарантії, що забезпечують при провадженні в справах неповнолітніх встановлення істини в справі, захист прав і законних інтересів неповнолітніх, а також сприяння підвищенню виховного попереджувального впливу кримінального судочинства. Злочинність неповнолітніх — це сукупність злочинів у суспільстві, вчинених особами у віці від 14 до 18 років.

Ефективне запобігання злочинам неповнолітніх у взаємодії з кримінально-правовими заходами впливу на осіб, які їх вчиняють, є умовою безпеки здоров'я підростаючого покоління, боротьби з негативними впливами на формування цілісних орієнтацій і поведінки членів суспільства.

Значну увагу проблемам кримінального провадження щодо неповнолітніх приділили такі вчені-науковці як Ю. П. Аленін, І. В. Гловюк, Ю. М. Грошевой, А. Я. Дубинський, В. С. Зеленецький, О. В. Капліна, Н. С. Карпов, І. М. Козьяков, Є. Д. Лук'янчиков, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, М. А. Погорецький, Л. Д. Удалова, В. П. Шибіко, О. Г. Шило, О. Г. Яновська та інші. Разом з тим, питання актуальності доказування у справах щодо неповнолітніх у кримінальному провадженні не викликає жодних сумнівів. Оскільки при встановленні істини у справах такої категорії варто звертати увагу на додаткові аспекти та підстави вчинення кримінального правопорушення, зокрема неповнолітніми.

Мега статті полягає у дослідженні на основі чинного кримінального процесуального законодавства поняття доказування та визначити особливості процесу доказування у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх.

Виклад основного матеріалу. Поняття доказування по різному трактується сучасними науковцями у сфері кримінального провадження. Так,

Так, В.Т. Нор пише, що це діяльність органів розслідування, прокурора і суду, а також інших учасників процесу, яка здійснюється у встановлених законом процесуальних формах і спрямована на збирання, закріплення, перевірку і оцінку фактичних даних (доказів), необхідних для встановлення істини у кримінальній справі [10, с. 74-75.]. С. В. Курильов відзначає, що це діяльність учасників справи і суду по збиранню і дослідженню доказів або самих предметів безпосереднього пізнання як шуканих фактів, яка своїм призначенням має встановлення істини і відбувається у відповідності з передбаченими законом правилами [7, с. 29.].

На думку А. М. Ларіна, доказування — це здійснювана в особливих встановлених законом формах складна діяльність слідчого, прокурора, суду, а також залучених чи допущених ними інших учасників (суб'єктів) кримінального процесу, яка полягає в дослідженні фактів для пізнання істини про вчинений (чи підготовлюваний) злочин і пов'язаних з ним обставин з метою досягнення визначених законом завдань кримінального судочинства [8, с. 9.].

Однак, на нашу думку, найбільш раціональне визначення доказування дане законодавцем у ч. 2 ст. 91 КПК України, де зазначено що доказування — це врегульована законом процесуальна діяльність, що полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин що мають значення для кримінального провадження. З даного визначення, зокрема, впливає що елементами процесу доказування є збирання, перевірка та оцінка доказів. Так, збирання доказів покладається на сторони кримінального провадження, зокрема на сторону обвинувачення, яка зобов'язана надати достатні докази, які доводять вину обвинуваченого. Саме слідчий та прокурор у межах своєї компетенції при виявленні ознак кримінального правопорушення зобов'язані відкрити кримінальне провадження для встановлення події кримінального правопорушення та особи яка його вчинила. Разом з тим, сторона захисту (підозрюваний, обвинувачений, їх захисник та законний представник) не зобов'язані доводити свою невинуватість, апіорі (принцип презумпції невинуватості), однак маю право зібрати та подати докази які це доводять.

Перевірка (дослідження) доказів проводиться шляхом їх аналізу, зіставлення з іншими доказами. Що може призвести до висновку про необхідність збирання нових доказів, які підтверджують або спростовують докази, що перевіряються. Як зазначає О. Г. Шило, особливість перевірки доказів полягає в тому. Що вона здійснюється як логічним, тобто розумовим шляхом, так і за допомогою практичних дій, які можуть бути пов'язані із збиранням нових доказів [6, с. 203]. Перевірка здійснюється як суб'єктами, які їх збирали так і іншими учасниками кримінального провадження.

Оцінка доказів — це здійснювана в логічних формах розмова діяльність, пов'язана із встановленням всіх елементів доказу, зібраних під час досудового та судового провадження а також визначення їх значення для вирішення справи по суті. Як правило, оцінку доказів на стадії досудового провадження здійснює слідчий, прокурор, слідчий суддя. В судовому провадженні оцінку доказів здійснює суд. Однак, як вказано в ч. 2 ст. 94 КПК України, жоден доказ не має

на перед встановленої сили. Тому всі зібрані докази оцінюються учасниками кримінального провадження на внутрішнє переконання слідчого, прокурора, слідчого судді, суду. Внутрішнє переконання — це почуття судді, прокурора і слідчого що формується в процесі дослідження доказів і тому має бути обґрунтованим, воно є наслідком ретельного, критичного розгляду наявних джерел доказів і тих фактичних даних, які в них містяться [6, с. 205].

Особливої уваги на відповідного досвіду потребує збирання, перевірка та оцінка доказів у кримінальних правопорушеннях вчинених неповнолітніми або за участі неповнолітніх. Зважаючи на вікові та психологічні особливості неповнолітнього, визначальну роль впливу оточуючого середовища на формування характеру дитини. Законодавець передбачив певні відмінності здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх, яке визначається як особливим підходом до захисту їх прав так і колом обставин що необхідно встановити під час кримінального провадження. Останні декілька років в Україні все більшої популярності набирає поняття ювенальної юстиції та застосування її на практиці. Так, у ч.10 ст. 31 КПК України, зокрема, зазначено що кримінальне провадження щодо розгляду стосовно неповнолітньої особи обвинувального акта, клопотань про звільнення від кримінальної відповідальності, застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, їх продовження зміну чи припинення, а також кримінальне провадження в апеляційному чи касаційному порядку щодо перегляду прийнятих із зазначених питань судових рішень здійснюються суддею, уповноваженого згідно із Законом України «Про судоустрій і статус суддів» на здійснення кримінального провадження щодо неповнолітні [1]. Відповідно до ч.6 ст. 18 Законом України «Про судоустрій і статус суддів» Суддею, уповноваженим здійснювати кримінальне провадження щодо неповнолітніх, може бути обрано суддю зі стажем роботи суддею не менше десяти років, досвідом здійснення кримінального провадження в суді і високими морально-діловими та професійними якостями. У разі відсутності в суді суддів з необхідним стажем роботи суддя, уповноважений здійснювати кримінальне провадження щодо неповнолітніх, обирається з числа суддів, які мають найбільший стаж роботи на посаді судді [2].

Тому як на стадії судового провадження так і на стадії досудового провадження при зібранні, оцінці та перевірці доказів винуватості чи не винуватості неповнолітньої особи, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення законодавцем робиться акцент на додатковому а також більш глибокому вивченні характеристики особистості неповнолітнього а також на виявленні причин і умов що сприяли вчиненню ним кримінального правопорушення.

Обставини, що підлягають доказуванню в кримінальному провадженні, визначаються ст. 91 КПК України і є загальними для всіх кримінальних проваджень, у тому числі й у справах про злочини неповнолітніх. Однією з особливостей провадження у зазначених справах є розширення меж предмету доказування.

Закон передбачає, що при провадженні досудового слідства і розгляді таких справ у суді, крім обставин, що підлягають доказуванню в кожній

кримінальній справі (ст. 91 КПК України), необхідно також з'ясувати обставини, зазначені в ч. 1 ст. 485 КПК України, а саме:

1. *Точний вік неповнолітнього (число, місяць, рік народження).* Це необхідно для правильного вирішення питання про те, чи може він нести кримінальну відповідальність, як краще організувати роботу з його вихованням. Встановлюючи вік неповнолітнього, слід врахувати, що особа вважається такою, що досягла віку кримінальної відповідальності, не в день народження, а по закінченню доби, на яку припав цей день, тобто з нуля годин наступної доби. Точний вік неповнолітнього повинен бути підтверджено: свідоцтвом про народження чи паспортом.

До матеріалів справи додають копію документа, що підтверджує вік неповнолітнього.

Якщо документів, які підтверджують вік, немає або є підозра, що вони підроблені, відповідно до ч. 2. п. 4 ст. 242 КПК України для встановлення віку неповнолітнього підозрюваного або обвинуваченого обов'язково призначають судово-медичну експертизу.

Питання про визначення початкового віку, з якого є можливою кримінальна відповідальність, та критерії, якими при цьому повинен керуватись законодавець, ніколи не мали свого однозначного вирішення.

Одні вчені вважають, що першим віком, з якого може наставати кримінальна відповідальність, має бути вік статевої зрілості. Оскільки саме цей вік, на їх думку, припадає кульмінаційний момент розвитку людини — становлення її як особи [12, с.80]. Інші зазначають, що законодавець при цьому повинен використовувати не тільки дані фізіології та психології, а брати до уваги й соціальні та етнографічні умови життя [12, с. 119-120].

2. *Стан здоров'я і загального розвитку неповнолітнього.* За наявності даних про розумову відсталість неповнолітнього, не пов'язану з душевним захворюванням, слід також з'ясувати, чи міг він повністю усвідомлювати значення своїх дій і в якій мірі міг керувати ними, при необхідності провести експертизу з участю фахівців у галузі дитячої та юнацької психології (педагога, психолога), або ці питання поставити на вирішення експерта-психіатра (ст.486 КПК України).

Для з'ясування стану здоров'я та загального неповнолітнього слід допитати його батьків або осіб, які їх замінюють (опікуна, піклувальника), про те чи не хворів неповнолітній важкими хворобами, чи немає у нього фізичних або психічних вад, які його здібності щодо логічного мислення, чи не відстає від однолітків у розвитку тощо [9, с. 534].

3. *Характеристика особи неповнолітнього,* зокрема, те, де навчився або працював; як ставився до навчання, праці; якою була поведінка в навчальному закладі, за місцем роботи; чи притягався раніше до кримінальної відповідальності; чи мала місце явка з повинною обвинуваченого неповнолітнього; чи застосовувались раніше заходи примусового характеру.

Встановлення і дослідження відомостей, які характеризують особу неповнолітнього обвинуваченого, не може обмежуватись лише обсягом даних, необхідних для висновку про обставини що обтяжують чи пом'якшують

відповідальність. До матеріалі справи мають приєднуватись характеристика з місця навчання і праці неповнолітнього, матеріали районної (міської) служби у справах дітей.

4. *Умови життя й виховання неповнолітнього.* По-перше: в яких умовах проживає і виховується неповнолітній; як ставляться до виконання своїх обов'язків, його батьки; чи не ведуть батьки антисоціальний спосіб життя; психологічна обстановка в сім'ї; чи не застосовується в сім'ї насильство щодо неповнолітнього;

По-друге: в якому закладі освіти навчається неповнолітній; яким чином характеризує класний керівник неповнолітнього; чи створено в закладі освіти умови для навчання, виховання та творчого розвитку особистості учнів тощо.

Без встановлення умов життя і виховання неповнолітнього обвинуваченого, як правило не можливо зробити правильний висновок про безпосередні причини, які призвели до вчинення кримінального правопорушення.

5. *Обставини, які негативно впливають на виховання неповнолітнього.* Для того, щоб певною мірою контролювати а також впливати на процес формування особи, необхідно чітко уявляти собі основні інститути соціалізації, їх можливості та тенденції розвитку за сучасних умов. До таких інститутів, зокрема відносять: сім'ю, навчальний заклад а також, останнім часом, засоби масової інформації.

Сім'я завжди була і буде первинним інститутом соціалізації, де закладається основа майбутньої особи. Справедливо зазначається, що недоліки сімейного виховання в певних випадках відіграють визначальну роль у формуванні протиправної поведінки. Саме в неповноцінних, аморальних сім'ях є всі умови для свідомого та несвідомого засвоєння дитиною антисуспільних цінностей [11, с. 252]. Складана економічна ситуація, безробіття, зрозуміло, впливають і на внутрішні сімейні відносини. Багато сімей перебувають на межі існування.

Ще один надзвичайно важливий інститут соціалізації — засоби масової інформації. За відсутності цензури і вільного доступу до будь-якої інформації неповнолітні легко застосовують аморальні стереотипи поведінки, що врешті рещт призводить до вчинення правопорушень [4, с. 28]. На нашу думку слід запровадити обмеження на відвідування певних фільмів та доступ до певної інформації особам, яким ще не виповнилось 18 років. Адже через засоби масової інформації та всесвітню мережу Інтернет дитина дуже легко, в доступній, іноді примітивній форі засвоює певні негативні правила поведінки, які копіює, дізнається про різноманітні способи і засоби вчинення протиправних дій. Однією з причин цього є сучасна позиція держави щодо правового виховання молоді.

Слід погодитись з В.К. Гришком у тому, що доведення кримінально-правової інформації, її роз'яснення суб'єктам має поки що примітивний характер. Воно полягає в опублікуванні кримінальних законів, як правило, в офіційних виданнях законодавця, не завжди доступних для пересічного громадянина. Не задіяні достатньою мірою для широкої роз'яснювальної

роботи і засоби масової інформації. Принцип «незнання закону не звільняє від кримінальної відповідальності» вперто проводиться державою, що не допустимо в сучасних умовах гуманізації суспільства [5, с. 30].

Проблема правової інформованості набуває особливого значення щодо неповнолітніх. Саме тому особливу увагу держава повинна приділяти правовому вихованню неповнолітніх у школі — як загальнодоступному і обов'язковому інституту соціалізації.

б. Наявність дорослих підмовників та інших осіб, які втягнули неповнолітнього в злочинну діяльність. Оскільки дії дорослих осіб, що втягують неповнолітніх у пияцтво, злочинну та іншу антигромадську діяльність, становить підвищену суспільну небезпеку, Верховний Суд України вказав судам на їх обов'язок: усебічно з'ясувати обставини, що негативно впливали на виховання неповнолітнього, який вчинив злочин; виявляти дорослих осіб, які втягнули його в злочинну діяльність (Постанова Пленуму ВСУ від 27.02.2004 №2 «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність»).

Невстановлення зазначених обставин свідчить про істотну неповноту провадження у справі. У Постанові Пленуму Верховного Суду від 16.04.2004 р. № 5 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх», п. 5, ч. 1, зазначено що в разі, коли не встановлені обставини, передбачені ст.485 КПК України, і неможливо усунути таку неповноту досудового слідства в судовому засіданні, суд повинен повернути справу на додаткове розслідування. Разом з тим, після прийняття у 2012 році нового Кримінального процесуального кодексу, який не передбачає порядок повернення справ на додаткове розслідування, дане положення фактично втратило свою актуальність.

Встановлення цих додаткових обставин спрямоване на більш глибоке вивчення особистості неповнолітнього обвинуваченого з метою виявлення причин вчинення нею кримінального правопорушення і визначення виду покарання або заходи впливу, що сприятимуть з урахуванням особистісних особливостей виправлення неповнолітнього.

Список використаних джерел

1. Кримінальний процесуальний кодекс України, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям кримінального процесуального кодексу України» від 13.04.2012 р. Чинне законодавство з 19 листопада 2012 р. : (офіц. текст). — К.: ПАЛИВОДА А.В., 2016. — 54 с. — (Закони України).
2. Про судоустрій та статус суддів: Закон України. Електронний ресурс: [Режим доступу]: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>
3. **Будзинский С.** Начала уголовного права. / С. Будзинский / — Варшава, 1970. — 376 с.
4. **Бурдін В. М.** Особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх в Україні: Монографія./ В. М. Бурдін / — К.: Атіка, 2004. — 240 с.

5. **Гришук В. К.** Проблеми кодифікації кримінального законодавства України. / В. К. Гришук. — Львів: ЛДУ ім. І. Франка, 1993.- 138 с.4
6. Кримінальний процес: підручник / Ю. М. Грошевой, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц, та ін.; за заг.ред. В. Я. Тація, О. В. Капліної, О. Г. Шило. — Х. : Право, 2014. — 824 с.
7. **Курылев С. В.** Основы теории доказывания в советском правосудии / С. В. Курылев. — Минск, 1969. — 142 с.
8. **Ларин А. М.** Доказывание на предварительном расследовании в советском уголовном процессе. Дис. ...канд. юрид. наук / А. М. Ларин. — М., 1961. — 190 с.
9. **Назаров В. В.** Кримінальний процес України: Навчальний посібник. / В. В. Назаров, Г. М. Омеляненко /– Вид. 3-є, доп. і переробл. — К.: Атіка 2013. — 748 с.
10. **Нор В. Т.** Проблеми теорії і практики судових доказів / В. Т. Нор. — Львів, 1978. — С.74-75
11. **Пирожков В. Ф.** Криминальная психология. Психология подростковой преступности./ В. Ф. Пирожков. — Кн. 1. — М., 1998. — С. 252.
12. **Спасович В.** Учебник уголовного права. / В. Спасович. — СПб., 1870. — 704 с.

Анотація

Дана стаття присвячена визначенню кримінального процесуального доказування та його елементів а також особливостям здійснення доказування у кримінальному провадженні щодо кримінальних правопорушень вчинених неповнолітніми. Досліджено основні додаткові умови, які з'ясовуються під час досудового розслідування при розкритті кримінальних правопорушень, що вчиняються неповнолітніми чи за їх участі.

Annotation

This article focuses on the definition of Criminal Procedure and Evidence of its elements and peculiarities of proof in criminal proceedings concerning criminal offenses committed by juveniles. The basic additional conditions investigated during the preliminary investigation of the disclosure of criminal offenses committed by minors or with their participation.

Скибіцький Б. А.

*Львівський торговельно-економічний університет,
старший викладач кафедри кримінального права та процесу*

ОСОБЛИВОСТІ ПРОТИДІЇ РОЗСЛІДУВАННЮ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З НЕЗАКОННИМ ВИКОРИСТАННЯМ БЮДЖЕТНИХ КОШТІВ

Ключові слова: розслідування злочинів, незаконне використання бюджетних коштів, кримінальне провадження, кримінальне процесуальне законодавство.

Keywords: crime investigation, illegal use of budget funds, criminal proceedings, criminal procedure law.

Актуальність теми. Реалії сьогодення все частіше привертають увагу вчених до проблеми цільового та раціонального використання бюджетних коштів. В умовах економічної та політичної кризи, дефіциту Державного бюджету України, продовжують мати місце негативні прояви криміналізації бюджетної сфери.⁴

У зв'язку з недостатньою розробкою на сьогодні питання вдосконалення законодавчого регулювання бюджетно-правових відносин та безпосередньо кримінально-правової норми, яка передбачає відповідальність за порушення законодавства про бюджетну систему України, розробка пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства є актуальним науковим завданням.

Законодавець створив спеціальну норму, яка передбачає кримінальну відповідальність за нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням (ст. 210 КПК), практично розширивши перелік порушень порядку використання бюджетних коштів за видатками.

У теорії кримінального права домінує переконання, що виділення спеціальної норми відбувається у зв'язку з суттєвою відмінністю характеру та ступеня суспільної небезпеки окремих діянь, передбачених однією і тією ж кримінально-правовою нормою, що зумовлює необхідність диференційованого регулювання відповідальності за їх вчинення. У санкції спеціальної норми усувається альтернативність покарання, його види та межі.⁵

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Деяким аспектам розслідування вказаної категорії злочинів була приділена певна увага у працях

⁴ Шкут В. М., «Вдосконалення ст. 210 КК України як умова запобігання злочинності у бюджетній сфері», Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ, Право і суспільство, № 5, 2009 р., ст. 118.

⁵ Горюх О.П. Про правила конструювання санкцій спеціальних кримінально-правових норм, Актуальні проблеми кримінального права та криминології: Всеукр. наук.-практ. конф., 24 квітн. 2009 р.: Тези доп. - Донецьк, 2009. - С.86.

Г.М. Гончара, Я.В. Дячишин, В.В. Ковша, Ю.І. Кудряшова, Г.К. Літвінчука, Ю.Г. Маслак, Г.А. Матусовського, А.В. Холостенка, Ю.П. Аленіна, В.З. Багінського, В.П. Бахіна, Р.С. Белкіна, П.Д. Біленчука, О.М. Васильєва, А.Ф. Волобуєва, В.І. Гаєнка, В.Г. Гончаренка, А.В. Дулова, В.А. Журавля, Г.Г. Зуйкова, А.В. Іщенко, О.Н. Колесниченко, В.О. Коновалової, Н.І. Клименко, В.С. Кузьмічова, В.Д. Ларичева, О.М. Ларіна, В.В. Лисенка, В.К. Лисиченка, І.М. Лузгіна, В.Г. Лукашевича, Г.А. Матусовського, М.В. Салтевського, М.Я. Сегає, М.О. Селіванова, В.В. Тіщенко, І.Я. Фрідмана, В.Ю. Шепітька, О.Р. Шляхова, М.Г. Щербаковського, М.П. Яблокова та інших.

Виклад основного матеріалу При розслідуванні викрадень бюджетних коштів протидія розслідуванню з боку службових осіб може виражатися у різноманітних діях із застосуванням ресурсів публічної влади та суспільної думки щодо досягнення своєї мети: ухилення від явки в правоохоронні органи, дача неправдивих свідчень, приховування та знищення документів — слідів злочину, підкуп службових осіб контролюючих та слідчих органів, здійснення тиску на осіб, від поведінки та свідчень яких залежить встановлення об'єктивної істини у справі (свідка, слідчого, експерта, суд тощо). Протидія з боку таких осіб через їх високий освітній рівень, інтелектуальний та економічний потенціал, доступ до секретної інформації, особисті зв'язки з іншими високопосадовими службовими особами, надає їм можливість впливати на слідчого та його керівництво, та становить особливу небезпеку для розслідування викрадень бюджетних коштів. На думку С. А. Соколова, посадова злочинність набуває характеру організованої корупції, являє симбіоз монополії влади одного керівника, дискреційних повноважень службових осіб у прийнятті рішень. Корупція виходить за межі службових злочинів, вона вміщує фаворитизм, протегування, службове заступництво, численні та різноманітні форми протиправного привласнення публічних прав та засобів для їх використання.⁶

Для дослідження проблем протидії розслідуванню викрадень бюджетних коштів придатна, на наш погляд, класифікація її прийомів та способів, запропонована А. Ф. Волобуєвим, який класифікує їх за спрямованістю застосування на такі групи: 1) прийоми протидії, спрямовані на знищення, утаювання, маскування або фальсифікацію інформації (її носіїв) як джерел доказів; 2) прийоми протидії, спрямовані на утворення несприятливих зовнішніх умов розслідування; 3) прийоми протидії, спрямовані на утворення несприятливих внутрішніх умов розслідування; 4) прийоми протидії, спрямовані безпосередньо на членів СОГ.⁷ Окремі прийоми з названих груп

⁶ Соколов С. А. Организованная коррупция и должностная преступность в войсках, меры по её сдерживанию, С. А. Соколов, Государственная граница, организованная преступность, закон и безопасность России, [под ред. А. И. Долговой]. - М. : Рос. крим. ассоциация, 2006. - С.225-228.

⁷ Протидія економічній злочинності : монографія, [П. І. Орлов, А. Ф. Волобуєв, І. М. Осика, Р. Л. Степанюк, І. М. За-рецька, Е. Картер, Р. Ворнер]. - Х. : Нац. ун-т внутр. справ, 2004. с.72.

протидії розслідуванню розглянуті також Р. Л. Степанюком при дослідженні злочинних порушень бюджетного законодавства.⁸

Матеріали вивчених кримінальних проваджень, відкритих за ознаками ч. 2 ст. 191 КК України, не повною мірою відображають, яким чином здійснювалась протидія, тому окремі висновки стосовно форм і способів протидії розслідуванню викрадень бюджетних коштів зроблені за результатами анкетування та інтерв'ювання слідчих та оперативних працівників, за результатами яких можна виділити такі форми протидії розслідуванню.

Прийоми протидії, спрямовані, на знищення, утаювання, маскування або фальсифікацію документів як джерел, доказів. Для викрадень бюджетних коштів основними джерелами доказів є бухгалтерські, банківські (казначейські) документи, що відображають операції з бюджетними коштами, тому поширеним способом протидії є спроби злочинців знищити, приховати або фальсифікувати документи в умовах уже розпочатого розслідування з метою не допустити, щоб відповідна доказова інформація була використана в процесі розслідування. Подолання цієї форми протидії розслідуванню має полягати у невідкладному проведенні обшуків та проведенні комплексу оперативно-розшукових заходів, спрямованих на виявлення місць знаходження документів та встановлення осіб, у яких вони можуть знаходитись, а також певних заходів організаційного характеру (одержання консультацій обізнаних осіб, вивчення відповідної нормативної та навчальної літератури, ознайомлення з особливостями діяльності даного органу, установи тощо), з метою забезпечення збереження необхідних документів.⁹

Оскільки більшість незаконних операцій з бюджетними коштами виконується за допомогою комп'ютерної техніки, окремо слід відзначити знищення електронних носіїв інформації. Запобігання цієї форми протидії сприяє проведення комплексу слідчих та оперативно-розшукових заходів, спрямованих на виявлення та вилучення комп'ютерної інформації що знаходиться в комп'ютерах, їх комплектуючих. Зокрема, шляхом невідкладного та грамотного проведення виїмки та огляду електронних носіїв інформації; вилучення протоколів та резервних копій на вінчестері. За наявності протоколів можна відновити стерту інформацію на вінчестері (магнітному носії); допиту спеціалістів, що обслуговують файловий сервер, у якому відбулося знищення інформації. Дискети, диски, чорнові записи програм, журнали реєстрації роботи на комп'ютері та деякі інші документи підлягають вилученню.

Використання корумпованих працівників правоохоронних органів для протидії розслідуванню. Однією з істотних особливостей службових осіб, які обіймають керівні посади в бюджетних установах є наявність корупційних

⁸ Степанюк Р. Л. Попередження та подолання розслідуванню злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів службовими особами, Р. Л. Степанюк, Вісник Луганск. держ. ун-ту внутр. справ. - 2006. - № 3. - С.172-175.

⁹ Мудрецька Г. В., «Особливості допиту підозрюваних (обвинувачених) при розслідуванні викрадень бюджетних коштів», Вісник Запорізького юридичного інституту Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, № 4 2009 р., ст. 205.

зв'язків не тільки із працівниками органів влади і управління, але й із представниками правоохоронних органів Дії цих осіб особливо небезпечні, оскільки корумпованими в більшості випадків є службові особи правоохоронних органів, які обіймають керівні посади: керівники слідчих підрозділів та слідчі, керівники прокуратури різних рівнів, підлеглі працівники прокуратури, судді. Перешкоди розслідуванню з їх боку можуть полягати в таких діях (бездіяльності): штучне затягування відкриття кримінального провадження прокурором під виглядом недостатності зібраних доказів; надання вказівок на проведення окремих слідчих дій, виконання яких вимагає багато часу; неодноразова передача кримінального провадження від одного слідчого до іншого; відмова в санкціонуванні проведення обшуків, відсторонення підозрюваного від посади та інших дій слідчого; відмова в продовженні терміну досудового слідства; необгрунтоване припинення кримінального провадження; необгрунтоване обвинувачення слідчого в порушенні закону, усунення його від проведення досудового слідства. Нейтралізувати такі прийоми протидії дуже складно, і нерідко, як свідчить опитування слідчих, цього зробити не вдається. При виявленні такої протидії з боку службових осіб правоохоронних органів особи, яка проводить розслідування, необхідно задіяти можливості служби внутрішньої безпеки; звернутися до керівництва, якому безпосередньо підпорядковані корумповані особи. При наданні слідчому прямих вказівок чи пропозицій щодо тих чи інших рішень у кримінальній справі рекомендується такий прийом блокування протидії, як вимога формального документального підтвердження вказівок і пропозицій посадової особи. Але це, безперечно, потребує високого професіоналізму і громадської мужності, оскільки такий крок може потягти за собою службові ускладнення.¹⁰

Здійснення «тиску» на свідків злочинних дій. Указана форма протидії використовується з метою примушування свідків дати неправдиві показання або відмовитись від раніше даних правдивих показань. Такий вплив на свідків з метою протидії слідству здійснюється шляхом пропонування матеріальної винагороди за неправдиві свідчення (підкуп) та шляхом перешкоди з'явленню свідка, спонукання його до дачі неправдивих показань шляхом погроз вбивством, насильства, знищення майна його або близьких родичів, розголошення відомостей, що їх ганьблять. Для подолання цього способу протидії розслідуванню пропонується: демонстрація під час допиту свідка реальної можливості притягнення його до кримінальної відповідальності за дачу завідомо неправдивих показань (ст. 384 КК), застосування інших тактичних прийомів допиту, спрямованих на виявлення неправди й одержання правдивих показань; встановлення осіб, котрі здійснювали підкуп свідка (шляхом слідчих дій і ОРЗ). Ефективним способом попередження злочинного впливу на свідків може бути і запропоноване С. О. Сафроновим роз'яснення підозрюваному або обвинуваченому, що перешкоджання явці свідків,

¹⁰ Мудрецька Г. В., «Типові слідчі ситуації початкового етапу розслідувань викрадень бюджетних коштів», Держава та право, № 48, ст. 527.

спонукання їх до відмови від дачі показань, підкуп цих осіб або погроза помстою за раніше дані показання, а так само готування або замах на вчинення цих дій є злочином, передбаченим ст. 386 КК (або ст. 14, 15, 386 КК).¹¹

При виявленні погроз свідку слідчому необхідно: 1) застосувати передбачені законодавством заходи забезпечення безпеки учасників кримінального процесу способами та в порядку, передбаченому ст. 521 — 525 КПК, 2) ізолювання підозрюваного за допомогою обрання щодо нього запобіжного заходу — взяття під варту; 3) встановлення осіб, котрі здійснювали злочинний вплив на свідка (шляхом слідчих дій і ОРЗ).¹²

Використання корумпованих працівників органів державної влади й управління. Особливістю викрадень бюджетних коштів є те, що самі злочинці часто обіймають високі посади в органах державної влади чи місцевого самоврядування і можуть використовувати своє становище для здійснення впливу не тільки на слідчого, а й на керівництво правоохоронних органів. Чим вища посада, тим ширші можливості через державні органи відкрито чинити опір органам досудового слідства шляхом створення ряду несприятливих обставин, що уповільнює, часом припиняє, а іноді й паралізує процес розкриття і розслідування злочинів.

Підставою для подолання протидії слідству корумпованих представників влади є правові норми, які регулюють процесуальну та оперативно-розшукову діяльність щодо виявлення та розслідування вказаних злочинів, тактичне та обмірковане застосування яких може перешкодити спробам втручання у процес розслідування корумпованих службових осіб. Крім того, в таких випадках необхідно, щоб розслідування проводили слідчі прокуратури та органів внутрішніх справ більш високого рівня підпорядкування. З урахуванням вищенаведених труднощів правоохоронці повинні володіти тактико-психологічною методикою розслідування таких злочинів, яка має включати організацію і планування, тактико-психологічні рекомендації з проведення оперативно-слідчих операцій і комбінацій.

Протиправні дії стосовно слідчого або інших осіб, які тією чи іншою мірою беруть участь у розслідуванні (оперативних працівників, експертів тощо). Такі дії можуть виражатись у здійсненні тиску в різноманітних формах на службових осіб органів дізнання та досудового слідства з метою прийняття ними неправомірних рішень (несправедливих, необґрунтованих) стосовно осіб, притягнутих до відповідальності. Зокрема, це може проявлятися у спробах дати хабара цим особам. Досить часто використовується такий метод протидії, як дискредитація службових осіб, які ведуть розслідування шляхом подання скарг на їх дії та рішення (фактично — наклеп), а також у погрозах життю та здоров'ю слідчого, оперативних робітників або членів їх сімей. Протистояти

¹¹ Сафронов С. О. Методика розслідування умисного заподіяння тяжких і середньої тяжкості тілесних ушкоджень : [наук.-прагм. посіб.] С. О. Сафронов. – Х. : С.А.М., 2003. с.90.

¹² Степанюк Р. Л. Попередження та подолання розслідуванню злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів службовими особами, Р. Л. Степанюк, Вісник Луганс. держ. ун-ту внутр. справ. - 2006. - № 3. - С. 173.

спробам підкупу слідчих та працівників органів дізнання можна лише за таких умов: належного матеріального забезпечення працівників правоохоронних органів; створення слідчо-оперативних груп із найбільш кваліфікованих і принципових працівників; здійснення систематичного контролю за ходом розслідування у кримінальних справах цієї категорії з боку керівників слідчих підрозділів, прокуратури, служби внутрішньої безпеки; відмови від боротьби за формальні показники, яка змушує практиків працювати на показники у звітах, а не боротися зі справжньою злочинністю; безумовного притягнення до відповідальності працівників, винних у хабарництві, корупції.¹³

Утворення негативної суспільної дужки щодо процесу розслідування.. Така протидія полягає у використанні ЗМІ з метою створення позитивного образу злочинця та негативного висвітлення дій правоохоронних органів. У науковій літературі з метою нейтралізації тиску на слідство з боку засобів масової інформації, на наш погляд, досить аргументовано пропонується застосування правоохоронними органами тактики випередження в поданні офіційної інформації, що не дасть можливості сформуванню негативну суспільну думку¹⁴, чому сприятиме організація належної взаємодії слідчого із ЗМІ. До тактичних прийомів подолання, а також запобігання можливій протидії розслідуванню із використанням ЗМІ слід віднести акцентуацію події злочину. Організуючи прес-конференції, брифінги, зустрічі з журналістами з подальшим оприлюдненням їх у ЗМІ, слідчий підвищує авторитет правоохоронних органів, зміцнює віру громадян у справедливість закону, утримує свідків або потерпілих від бажання відмовитись від дачі показань тощо. Якщо такі інформаційні заходи з висвітлення розслідування злочинів будуть не одноразовими, а систематичними, то статус події злочину зміниться, вона набуде більшої соціальної ваги, чим може значно зменшити, а також попередити можливість протидії розслідуванню злочину.¹⁵

Висновок. Підсумовуючи викладене, потрібно відзначити, що проаналізовані способи протидії розслідуванню викрадень бюджетних коштів і методи їх подолання, звичайно, не вичерпують усіх ситуацій, що виникають на практиці, але можуть стати орієнтиром для прийняття слідчим відповідних рішень у ході розслідування викрадень бюджетних коштів. Подолання протидії значною мірою обумовлюється високим професіоналізмом та особистими моральними якостями як слідчого, так і службових осіб правоохоронних органів, які здійснюють керівництво та контроль за розслідуванням.

¹³ Мудрецька Г. В., «Типові слідчі ситуації початкового етапу розслідувань викрадень бюджетних коштів», Держава та право, № 48, ст. 528.

¹⁴ Протидія економічній злочинності : монографія, [П. І. Орлов, А. Ф. Волобуєв, І. М. Осика, Р. Л. Степанюк, І. М. За-рецька, Е. Картер, Р. Ворнер]. - Х. : Нац. ун-т внутр. справ, 2004. с.76.

¹⁵ Стеценко Ю. В. Можливості використання засобів масової інформації для протидії розслідування злочинів та шляхи її подолання, Ю. В. Стеценко, Держава і право. - Вип. 15. - 2002. - С. 492-493.

Список використаних джерел

1. **Горох О. П.** Про правила конструювання санкцій спеціальних кримінально-правових норм, Актуальні проблеми кримінального права та кримінології: Всеукр. наук.-практ. конф., 24 квітня 2009 р.: Тези доп. — Донецьк, 2009. — С. 85-87.
2. **Гуторова Н. О.** Проблеми кримінально-правової охорони державних фінансів України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Н. О. Гуторова. — Х., 2002. — 38 с.
3. **Мудрецька Г. В.** Особливості допиту підозрюваних (обвинувачених) при розслідуванні викрадень бюджетних коштів // Вісник Запорізького юридичного інституту Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ — 2009. № 4. — С. 203-210.
4. **Мудрецька Г. В.** Типові слідчі ситуації початкового етапу розслідувань викрадень бюджетних коштів // Держава та право. — 2007. — № 48. — С. 524-530.
5. Протидія економічній злочинності : монографія / [П. І. Орлов, А. Ф. Волобуєв, І. М. Осика, Р. Л. Степанюк, І. М. Зарецька, Е. Картер, Р. Ворнер]. — Х. : Нац. ун-т внутр. справ, 2004. — 568 с.
6. **Сафронов С. О.** Методика розслідування умисного заподіяння тяжких і середньої тяжкості тілесних ушкоджень : [наук.-практ. посіб.] / С. О. Сафронов. — Х. : С.А.М., 2003. — 175 с.
7. **Сікорська І. А.** Бюджетне правопорушення: поняття та види, Держава і право. Збірник наукових праць. Юридичні і практичні науки. — Вип. 23. — К.: Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України; Спілка юристів України, 2004. — С. 380-385.
8. **Соколов С. А.** Организованная коррупция и должностная преступность в войсках, меры по её сдерживанию / С. А. Соколов // Государственная граница, организованная преступность, закон и безопасность России, [под. ред. А. И. Долговой]. — М. : Рос. крим. ассоциация, 2006. — С. 226-234.
9. **Степанюк Р. Л.** Попередження та подолання розслідуванню злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів службовими особами / Р. Л. Степанюк, Вісник Луганс. держ. ун-ту внутр. справ. — 2006. — № 3. — С. 171-175.
10. **Степанюк Р. Л.** Подолання протидії розслідуванню злочинів, пов'язаних з порушеннями бюджетного законодавства, Вісник Запорізького юридичного інституту. — Запоріжжя, 2002. — № 2. — С. 213-221.
11. **Стеценко Ю. В.** Можливості використання засобів масової інформації для протидії розслідування злочинів та шляхи її подолання / Ю. В. Стеценко // Держава і право. — Вип. 15. — 2002. — С. 489-493.
12. **Шкут В. М.** Удосконалення ст. 210 КК України як умова запобігання злочинності у бюджетній сфері // Право і суспільство. — 2009. — № 5. — С. 118-123.

Анотація

У статті розглянуто поняття та форми протидії розслідуванню злочинів, пов'язаних з незаконним використання бюджетних коштів.

Summary

The article discusses the concept and forms of counteraction to investigation of crimes related to the illegal use of public funds

РОЛЬ УПОВНОВАЖЕНОГО ВЕРХОВНОЇ РАДИ З ПРАВ ЛЮДИНИ У ЗАХИСТІ ПРАВ ОСОБИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Ключові слова: захист прав особи, кримінальне провадження, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини.

Keywords: protection of individual rights, criminal proceedings, Ombudsman of Ukraine on human rights.

Постановка проблеми. Формування правової держави неможливе без забезпечення прав людини, а також ефективності захисту цих прав. Однією з провідних функцій держави є забезпечення охорони прав та законних інтересів громадян, фізичних та юридичних осіб від протиправних посягань, забезпечення принципу законності, а також охорони встановленого в державі правопорядку. Власне, кожне з цих завдань виконується за допомогою правоохоронної діяльності, що реалізується відповідними органами держави.

В Україні існує багато інституцій, покликаних забезпечувати захист прав особи. Одне з визначальних місць у системі цих органів займає Уповноважений Верховної Ради України з прав людини.

Аналіз останніх досліджень. Варто зазначити, що проблематиці участі Уповноваженого з прав людини в Україні у кримінальному провадженні не приділяється належна увага науковців. В основному, дослідження ведуться у сфері правової регламентації діяльності інституту омбудсмена та загальних питань його ролі у механізмі захисту прав та свобод людини і громадянина. Зокрема, проблемні питання діяльності Уповноваженого досліджували І. Л. Зелінський, О. В. Марценяк, Ю. М. Тодика, В. Довбиш, О. О. Майданник та інші.

Метою статті є дослідження правового статусу Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у кримінальному провадженні та можливих шляхів його удосконалення.

Виклад основного матеріалу. Уповноважений Верховної Ради України з прав людини здійснює парламентський контроль за додержанням конституційних прав і свобод людини і громадянина (ст. 101 Конституції України) [1].

У державно-правовому значенні омбудсмен сприймається як гідна довіри незалежна особа, що уповноважена парламентом на охорону прав окремих громадян і опосередкований парламентський контроль у формі нагляду за всіма державними органами і посадами, але без права зміни прийнятих ними рішень [8, 589-592].

Правовий статус Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини визначається Законом України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» [3].

Уповноважений здійснює свою діяльність незалежно від інших державних органів і посадових осіб, його незалежність гарантовано законодавством. Ніхто не має права втручатись у діяльність омбудсмана.

Сферою діяльності Уповноваженого є відносини, що виникають при реалізації прав і свобод людини і громадянина лише між громадянином України, незалежно від місця його перебування, іноземцем чи особою без громадянства, які перебувають на території України, та органами державної влади, органами місцевого самоврядування та їх посадовими і службовими особами.

Діяльність Уповноваженого доповнює існуючі засоби захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина, не віднімає їх і не тягне перегляду компетенції державних органів, які забезпечують захист і поновлення порушених прав і свобод.

Метою парламентського контролю, який здійснює Уповноважений, є: 1) захист прав і свобод людини і громадянина, проголошених Конституцією України, законами України та міжнародними договорами України; 2) додержання та повага до прав і свобод людини і громадянина органами державної влади, органами місцевого самоврядування та їх посадовими і службовими особами; 3) запобігання порушенням прав і свобод людини і громадянина або сприяння їх поновленню; 4) сприяння приведенню законодавства України про права і свободи людини і громадянина у відповідність з Конституцією України, міжнародними стандартами у цій галузі; 5) поліпшення і подальший розвиток міжнародного співробітництва в галузі захисту прав і свобод людини і громадянина; 6) запобігання будь-яким формам дискримінації щодо реалізації людиною своїх прав і свобод; 7) сприяння правовій інформованості населення та захист конфіденційної інформації про особу [3].

Відповідно до ст. 13 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини», Уповноважений користується широким колом повноважень, які можна спрямувати на забезпечення охорони, захисту і відновлення прав та законних інтересів учасників кримінального провадження. Це право: невідкладного прийому Головою Верховного Суду України, Генеральним прокурором України, керівниками державних органів, у тому числі керівниками правоохоронних органів, їх посадовими та службовими особами; бути присутнім на засіданнях судів усіх інстанцій, у тому числі на закритих судових засіданнях, за умови згоди суб'єкта права, в інтересах якого судовий розгляд оголошено закритим; відвідувати у будь-який час місця тримання затриманих, попереднього ув'язнення, установи відбування засудженими покарань та установи примусового лікування і перевиховання, психіатричні лікарні, опитувати осіб, які там перебувають, та отримувати інформацію щодо умов їх тримання; звертатися до суду із заявою про захист прав і свобод людини і громадянина, які за станом здоров'я чи з інших

поважних причин не можуть цього зробити самостійно, а також особисто або через свого представника брати участь у судовому процесі у випадках та порядку, встановлених законом; направляти у відповідні органи акти реагування Уповноваженого у разі виявлення порушень прав і свобод людини і громадянина для вжиття цими органами заходів; перевіряти стан додержання встановлених прав і свобод людини і громадянина відповідними державними органами, в тому числі тими, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність [3].

Кожен може без обмежень і перешкод звернутися до Уповноваженого у порядку, передбаченому чинним законодавством.

Особа, позбавлена волі, може звернутись із письмовим зверненням до Уповноваженого або його представників. У цьому разі до неї не застосовуються обмеження щодо листування. Звернення такої особи протягом двадцяти чотирьох годин направляються Уповноваженому.

Кореспонденція Уповноваженому та його представникам від осіб, які затримані, перебувають під арештом, під вартою, в місцях позбавлення волі та місцях примусового тримання чи лікування, а також інших громадян України, іноземців та осіб без громадянства незалежно від місця їх перебування не підлягає ніяким видам цензури та перевірок [3].

З одного боку, якщо розглядати охорону прав учасників кримінального провадження, зокрема на свободу та особисту недоторканність, як складову контрольної діяльності Уповноваженого, то варто відзначити широке коло відповідних можливостей. А з іншого — реальних важелів впливу — активних дій щодо захисту їх прав не так вже й багато.

Діючи Кримінальним процесуальним кодексом України [2] не передбачено можливості участі Уповноваженого з прав людини у кримінальному судочинстві. За таких обставин Уповноважений не вправі здійснювати правовий захист учасників кримінального провадження, втручатися у досудове розслідування чи судовий розгляд кримінального провадження. Відповідно до вищенаведених норм діючого законодавства Уповноважений з прав людини вправі лише бути присутнім у судових засіданнях під час розгляду кримінальних проваджень з метою здійснення моніторингу дотримання судом процесуальних прав заявників. Тому у відповідь на звернення заявникам надаються роз'яснення щодо їх процесуальних прав у кримінальному провадженні, порядку оскарження рішень, дій, бездіяльності правоохоронних органів під час досудового розслідування та порядку оскарження судових рішень, прийнятих як під час досудового розслідування, так і під час судового провадження. На звернення, де повідомлялось про відверте ігнорування правоохоронними органами чи органами прокуратури скарг заявників на очевидні порушення їх прав і свобод, до Генеральної прокуратури України направляються листи з проханням провести перевірку й вжити відповідних заходів реагування [10].

У Щорічній доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні зазначається, що у 2015 році з питань порушення прав і свобод у

кримінальному провадженні до Уповноваженого надійшло 3450 звернень (в 2014 році — 4276 звернень, в 2013 році — 3690 звернень), тоді як всього з питань судового захисту надійшло 4720. Цей показник свідчить, що найбільше порушень прав громадян допускається саме під час здійснення кримінального провадження. До Уповноваженого надходять скарги громадян з питань невнесення відомостей про вчинення кримінальних правопорушень до Єдиного реєстру досудових розслідувань, безпідставне порушення або безпідставне закриття кримінальних проваджень, незаконне затримання, порушення права на захист, неправомірна бездіяльність слідчого чи прокурора або перевищення ними своїх службових повноважень, порушення порядку проведення обшуку, невиконання ухвал слідчих суддів тощо. Надходили також скарги на тривале кримінальне переслідування та на тривалий судовий розгляд кримінального провадження [7, 170].

За фактами порушень Уповноважений з прав людини направляє звернення до відповідних органів прокуратури та поліції з вимогою вжити заходи щодо усунення порушень норм кримінального процесуального законодавства.

Крім того, як зазначається у Доповіді, звернення громадян до Уповноваженого за допомогою, засвідчують, що порушення прав і свобод людини у кримінальному провадженні мають системний характер і головним порушником цих прав і свобод є сама система правоохоронних органів [7, 208].

Як бачимо, більшість прав Уповноваженого у кримінальному провадженні слід віднести до пасивних — вони практично зводяться лише до нагляду, опікування, обстеження, спостереження. Тому, на нашу думку, варто було б розширити повноваження Уповноваженого з прав людини у кримінальному провадженні.

У деяких країнах омбудсмен користується значно широкими повноваженнями у сфері кримінального судочинства.

Так, наприклад, у главі 14 КПК Естонської Республіки встановлено, що відносно Президента Республіки, члена Уряду Республіки, члена парламенту, державного контролера, голови Державного суду або державного судді обвинувальний акт може бути складений тільки за пропозицією Канцлера юстиції та згодою більшості складу парламенту [12].

У Фінляндії лише омбудсман може ініціювати кримінальне переслідування Голів Верховного та Вищого адміністративного судів, а також за рішенням парламенту виступати державним обвинувачем інших вищих посадових осіб держави, зокрема членів Державної ради та Канцлера юстиції. Шведський омбудсман має право розпочати судове переслідування посадових осіб за неналежне виконання своїх обов'язків [13]. Як зазначають Ю. Тодика та О. Марцеляк, йому належить право «...ставити питання про відповідальність суддів у випадку їх зловживання своїми правами і порушувати перед Верховним Судом справи щодо обвинувачення у вчиненні злочинів суддями Верховного і Верховного адміністративного судів» [11, 13].

Значні повноваження має омбудсман Польщі, на що звертається увага в юридичній літературі. Так, В. Довбиш зауважує, що польський омбудсман має

повний спектр повноважень, у тому числі на порушення справ усіх видів судового процесу, участь у їх розгляді на правах прокурора, оскарження рішень суду, що підвищує ефективність захисту прав громадян [6].

Під час перебування на посаді Уповноваженого, Н. І. Карпачова вважала, що наданих Законом прав явно недостатньо, щоб ефективно здійснювати парламентський контроль за дотриманням прав учасників кримінального провадження. Саме цим можна пояснити внесення нею у 2006 році в порядку законодавчої ініціативи на розгляд парламенту проекту Закону «Про внесення змін та доповнень до Кримінально-процесуального кодексу України», який було зареєстровано у Верховній Раді України 5 жовтня 2006 року під № 2283.

Проектом пропонувалося доповнити КПК України новою статтею та внести зміни до інших статей КПК з метою, як зазначено в пояснювальній записці, на законодавчому рівні забезпечити можливість Уповноваженому або його представнику брати участь у судовому розгляді кримінальних справ з метою здійснення парламентського контролю за дотриманням конституційних прав і свобод у сфері кримінального судочинства, а також право самостійного оскарження незаконних та необґрунтованих судових рішень. Таким чином, Уповноважений отримує право долучитися до судового провадження кримінальної справи на будь-якій його стадії та надавати висновок про стан дотримання конституційних прав і свобод у конкретному кримінальному провадженні.

Вказаний законопроект був розглянутий фахівцями Головного науково-експертного управління Верховної Ради України. У висновку цього управління від 24 жовтня 2006 року пропонувалося даний проект закону повернути на доопрацювання.

11 лютого 2015 року у Верховній Раді було зареєстрований новий законопроект (реєстр. № 2107) «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо розширення підстав для перегляду судових рішень у кримінальному провадженні Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ та/або Верховним Судом України» [5]. Законопроектом пропонувалося внести зміни до Кримінального процесуального кодексу України та Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини». Цими змінами передбачається надати право Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини як посадовій особі, яка має всі необхідні гарантії незалежності, передбачені міжнародними стандартами у вказаній сфері, у разі встановлення порушення прав і основоположних свобод людини під час судового провадження, що могло вплинути на правильність застосування закону України про кримінальну відповідальність, вносити до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ та/або Верховного Суду України подання про перегляд вироків у кримінальних провадженнях та ухвал про застосування примусових заходів медичного характеру після їх перегляду в касаційному порядку.

Законопроектом також пропонувалося встановити порядок внесення і розгляду подання Уповноваженого з прав людини про перегляд судового рішення Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ та/або Верховним Судом України та визначити вимоги до

звернень до Уповноваженого з прав людини із заявами про перегляд судових рішень та особливості розгляду таких звернень Уповноваженим з прав людини [5]. Як зазначає в інтерв'ю журналістам заступник Уповноваженого з прав людини М. Чаплига, «причиною появи цього законопроекту є надзвичайно велика кількість звернень громадян до Європейського суду з прав людини щодо порушень під час досудового розслідування та судового розгляду кримінальних проваджень. Про порушення своїх прав інформують підозрювані та обвинувачені в кримінальних справах і омбудсмена. Тому є нагальна потреба вжити невідкладних заходів, які дозволили б підвищити захист прав і свобод людини в кримінальному судочинстві» [9].

Однак, Верховний суд України своїм висновком по даному законопроекту, відхилив його, посилаючись на те, що «зазначена законодавча ініціатива потребує додаткового фінансування, а отже, і збільшення бюджетних видатків. Так, у пояснювальній записці до законопроекту зазначено, що кількість працівників Секретаріату Уповноваженого з прав людини буде збільшено на 30 осіб, що потягне за собою додаткові видатки на діяльність цього органу. Зазначене викликає подив, оскільки в умовах глибокої фінансової кризи та ведення військових дій на території України, коли держава оптимізує видатки, у тому числі шляхом скорочення кваліфікованих працівників, законопроектом пропонується збільшити кількість працівників Секретаріату Уповноваженого з прав людини для виконання додаткових функціональних обов'язків» [4].

Формулювання резолютивної частини Висновку Верховного суду викликає щонайменше здивування. Ми погоджуємося з думкою Верховного суду про недоцільність розширення штату Секретаріату Уповноваженого з прав людини, але вважаємо таку підставу для відхилення даного законопроекту необґрунтованою. Така позиція наштовкує на думку про те, що інституції у нашій державі, які покликані охороняти права людини і громадянина, самі ж створюють перешкоди у реалізації такого завдання.

Висновки. Таким чином, на сьогодні інститут Уповноваженого Верховної Ради з прав людини у механізмі захисту прав особи у кримінальному провадженні відіграє роль пасивного та практично зводяться лише до нагляду, опікування, обстеження, спостереження. Тому, на нашу думку, варто було б розширити повноваження Уповноваженого з прав людини у кримінальному провадженні. А на це, як нами уже зазначалося, потрібна політична воля державовладців.

Список використаних джерел

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2013. — № 9-10. — Ст. 88.
3. Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини: закон України від 23 грудня 1997 року // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 20. — Ст. 99.

4. Висновок Верховного суду України на проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо розширення підстав для перегляду судових рішень у кримінальному провадженні Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ та/або Верховним Судом України // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(print\)/C43468E63ACEBVB2C2257E1F0049C099](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(print)/C43468E63ACEBVB2C2257E1F0049C099)
5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо розширення підстав для перегляду судових рішень у кримінальному провадженні Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ та/або Верховним Судом України: Проект закону від 11 лютого 2015 року (реєстр. № 2107) // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53993
6. **Довбиш В.** Шляхи вдосконалення політико-правового статусу вітчизняного омбудсмена: застосування Західноєвропейського досвіду / В. Довбиш. [Електронний ресурс]. — Режим доступу до статті: www.uravlast.ru/arts/2007/?article_id=8048
7. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної ради з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2015 рік. — 538 с. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/docs/presentations/&page=3>
8. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: В 2-х т. Часть Общая: учебник / [отв. ред. Б.А.Страшун]. — [3-е изд.]. — М.: БЕК, 1999. — 784 с.
9. **Писарев А.** «Верховная» перспектива. Зачем омбудсмену право обжаловать судебные решения в интересах граждан? / А. Писарев // Закон і бізнес. — №31 (1173) 02.08-08.08.2014 // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zib.com.ua/ru/print/95303zachel_ombudsmenu_pravo_obzhalovat_sudebnie_resheniya_v_inte.html
10. Повноваження Уповноваженого у судовому процесі / Офіційний сайт Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/pravo-na-sudovij-zaxist/povnovazheniya-upovnovazhenogo-u-sudovomu-procезi/>
11. **Тодика Ю.** Про створення системи Уповноваженого з прав людини в Україні / Ю. Тодика, О. Марцеляк // Український часопис з прав людини. — 1995. — № 2 — С. 8-15.
12. Уголовно-процессуальный кодекс Эстонии [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://law.vl.ru/comments/show_article.php.
13. Утверждения института омбудсмена у світі / Офіційний сайт Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www1.ombudsman.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=19

Анотація

У статті охарактеризовано правовий статус Уповноваженого Верховної Ради з прав людини та його участь у захисті прав особи в кримінальному провадженні. Запропоновано, на прикладі позитивного досвіду зарубіжних країн, розширити повноваження Уповноваженого з прав людини у кримінальному провадженні.

Annotation.

The article described the legal status of Ombudsman of Ukraine on human rights and its part in protecting the rights of individuals in criminal proceedings. Proposed the example of the positive experience of other countries, to expand the powers of the Ombudsman in criminal proceedings.

Стецик Б. В.

*к.ю.н., Львівський торговельно-економічний університет,
старший викладач кафедри кримінального права та процесу*

ТАКТИКА ПРОВЕДЕННЯ ОКРЕМИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ НЕЗАКОННОЇ ЛІКУВАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Ключові слова: незаконна лікувальна діяльність, слідчі (розшукові) дії, розслідування, планування, підготовка, слідчий, огляд, слідчий огляд, спеціаліст, залучення, обшук.

Key words: illegal medical activity, investigative (detective) action, investigation, planning, preparation, investigator, review, review of the investigator, specialist, engagement, search.

Постановка проблеми. Розслідування кримінальних проваджень супроводжується значним обсягом процесуальних дій, від проведення яких залежить успіх встановлення всебічного, повного та неупередженого дослідження обставин кримінального правопорушення та виконання завдань кримінального провадження загалом. Не є винятком і кримінальне провадження про незаконну лікувальну діяльність. Такими діями є застосування заходів забезпечення кримінального провадження та проведення слідчих (розшукових) дій. Таким чином, істотну увагу під час розслідування незаконної лікувальної діяльності акцентовано власне на слідчих (розшукових) діях як на основному виді процесуальних дій, проведення яких забезпечує здійснення досудового розслідування.

Аналіз останніх досліджень. Початок досудового розслідування кримінального провадження про незаконну лікувальну діяльність має свої особливості і, як свідчать результати опитування практиків за останні роки, у 63% випадків респонденти рішення про початок досудового розслідування приймали за ст. 138 КК України, а частина (37 %) не приймала такого. Отже, думки практиків розділились, і це доводить про те, що первинна кваліфікація може бути іншою, ніж як незаконна лікувальна діяльність, тобто відомості про кримінальне правопорушення до ЄРДР можуть вноситися за іншою статтею КК України і в ході розслідування можлива перекваліфікація.

Метою даного дослідження є встановлення, характеристика та розгляд тактики проведення окремих слідчих (розшукових) дій під час розслідування незаконної лікувальної діяльності.

Виклад основного матеріалу дослідження. Перелік і процесуальний порядок провадження слідчих (розшукових) дій визначається Главою 20 (ст.ст. 223-245) КПК України, яка має назву «Слідчі (розшукові) дії», а також Главою 21 (ст.ст. 246-275) під назвою «Негласні слідчі (розшукові) дії», що є різновидом слідчих (розшукових) дій.

У ч. 1 ст. 223 КПК України зазначено, що «слідчими (розшуковими) діями є дії, спрямовані на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні» [10].

Ініціатором проведення слідчих (розшукових) дій майже завжди є слідчий. Однак він має право шляхом надання доручення співробітникові оперативного підрозділу зобов'язати його брати активну участь у процесі досудового розслідування. КПК України, а саме ст. 41, передбачає можливість співробітнику оперативного підрозділу користуватися повноваженнями слідчого та проводити слідчі (розшукові) дії. У зв'язку з цим у назві, поряд зі слідчими, з'являється доповнення у вигляді «розшукових дій» [18, с. 4].

У кримінально-процесуальній науці є декілька визначень поняття слідчих (розшукових) дій (далі — слідчих дій). Приміром, С. М. Стахівський розглядає слідчі дії як частину процесуальних дій, котрі спрямовані на збирання і перевірку доказів у матеріалах досудового розслідування та відрізняються від решти дій слідчого силою процесуального примусу [17, с. 7]. На думку В. П. Шибіко, слідчі дії — це частина процесуальних дій, які пов'язані із виявленням, фіксацією та перевіркою доказів у матеріалах досудового розслідування [22, с. 234]. М. А. Погорецький трактує слідчі дії як вид процесуальних дій, передбачених кримінально-процесуальним законом, що здійснюються у визначеному ним порядку уповноваженими на це особами, які наділені владними повноваженнями примусового характеру для отримання доказів (виявлення фактичних даних та їхніх джерел, їх перевірки й оцінки та надання їм статусу доказів), перевірки й оцінки самих доказів та їх використання у кримінальному провадженні [12, с. 392-393]. О. В. Капліна вважає, що серед процесуальних дій особливе значення мають дії, спрямовані на отримання (розшукування, збирання) або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні. Такі дії іменуються слідчими (розшуковими) діями, які мають пізнавальну спрямованість, тобто вони завжди спрямовані на отримання, фіксацію або перевірку доказів [11, с. 365].

Суворе дотримання передбаченого законом порядку проведення слідчих дій, визначаючи межі дозволеного й забороненого, не лише гарантує права та законні інтереси учасників дії, а одночасно забезпечує доброякісність отриманих при цьому фактичних даних, тобто відповідність їх ознакам належності та допустимості доказів [2, с. 31].

Під час планування досудового розслідування щодо підготовки та проведення слідчих дій треба вирішити такі питання: а) черговість слідчих дій; б) визначення часу для їх проведення; в) з'ясування можливості одночасного проведення слідчих дій. Тільки після вирішення цих питань можна розпочинати планування конкретної слідчої дії. У кожній слідчій дії можна виокремити її обов'язкові стадії: підготовки (постановка конкретного завдання, мети; формування плану розв'язання певного завдання); проведення дій (реалізація сформованого плану рішення); фіксації ходу проведення дій і отриманого результату; аналізу й оцінки ходу і результатів слідчої дії.

Аналіз кримінальних справ (проваджень) про незаконну лікувальну діяльність дає змогу зробити висновок, що найчастіше проваджуваними слідчими

діями у цій категорії проваджень є: допит та слідчий огляд і призначення та проведення експертизи — 100 % випадків; обшук — 35,3 %; слідчий експеримент — 17,6 %; пред'явлення для впізнання — 11,8 %; освідування — 5,9 %. Заходами забезпечення, що найчастіше проводяться під час розслідування досліджуваного виду кримінального правопорушення є виклик — 100 %; тимчасовий доступ до речей та документів — 52,9 %; тимчасове вилучення майна та арешт майна — 41,2 %; тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом — 11,8 %; відсторонення від посади — 17,6 %.

З огляду на запропоновані типові слідчі ситуації та версії під час провадження досудового розслідування незаконної лікувальної діяльності вважаємо за доцільне охарактеризувати тактику проведення *слідчого огляду, допиту, обшуку*.

Слідчий огляд. Ст. 237 КПК України визначає мету огляду — виявлення та фіксація відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, крім того, дає перелік об'єктів огляду: місцевість, приміщення, речі та документи. Огляд житла чи іншого володіння особи здійснюється згідно з правилами за КПК України, що встановлені для обшуку житла чи іншого володіння особи.

Для участі в огляді може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, законний представник та інші учасники кримінального провадження. З метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань, слідчий, прокурор для участі в огляді може запросити спеціалістів. Особи, у присутності яких здійснюється огляд, під час проведення цієї слідчої (розшукової) дії мають право робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу огляду.

Законом визначено, що під час проведення огляду дозволяється вилучення лише речей і документів, які мають значення для кримінального провадження, та речей, вилучених з обігу. Усі вилучені речі і документи підлягають негайному огляду і опечатуванню із завірненням підписами осіб, які брали участь у проведенні огляду. У разі якщо огляд речей і документів на місці здійснити неможливо або їх огляд пов'язаний з ускладненнями, вони опечатуються і тимчасово зберігаються у такому вигляді доти, доки не буде здійснено їхній остаточний огляд та вирішено подальшу долю.

Також при огляді слідчий, прокурор або за їх дорученням залучений спеціаліст мають право проводити вимірювання, фотографування, звуко- чи відеозапис, складати плани і схеми, виконувати графічні зображення оглянутого місця чи окремих речей, виготовляти відбитки та зліпки, оглядати і вилучати речі і документи, які мають значення для кримінального провадження. Предмети, які вилучені законом з обігу, підлягають вилученню незалежно від їх стосунку до належності до кримінального провадження. Вилучені речі та документи, що не належать до предметів, які вилучені законом з обігу, вважаються тимчасово вилученим майном [10].

В. Ю. Шепітько трактує слідчий огляд як слідчу (розшукову) дію, що здійснюється з метою виявлення слідів злочину та інших речових доказів, з'ясування обстановки події та обставин, які мають значення для кримінального провадження [7, с. 149150].

Проведення огляду місця події у кримінальних провадженнях аналізованої категорії, як доводить вивчення емпіричних джерел, характерне тільки для ситуацій: 1) коли особа була затримана на місці злочину і місцем огляду є місце, де здійснювалась незаконна лікувальна діяльність; 2) коли мав місце факт смерті пацієнта за місцем проживання чи у іншому місці поза місцем здійснення лікувальної діяльності і факт незаконної лікувальної діяльності на момент огляду не відомий. У першому випадку огляд необхідний для забезпечення виявлення, фіксації та збереження інформації, аби унеможливити їхнє знищення чи спотворення, у другому — для збору даних із метою встановлення обставин події загалом, встановлення причин смерті та побудов версій щодо події злочину. Передбачається, що в результаті здійснення огляду можливе виявлення матеріальних слідів злочинної діяльності, речових доказів, документів, характерних для цього виду кримінальних правопорушень. В інших ситуаціях слідчі вважають недоцільним здійснювати огляд місця події, обмежуючись оглядом предметів і документів, допитами, призначеннями судових експертиз.

У разі проведення огляду на місці події за безпосереднім фактом виявлення незаконної лікувальної діяльності та затримання особи (осіб), яка вчиняє протиправні дії, його метою є дослідження обстановки вчинення незаконної лікувальної діяльності, фіксація часу та місця вчинення, виявлення та фіксація слідів злочину, виявлення та вилучення документів та предметів, які використовуватимуться як речові докази.

При розслідуванні незаконної лікувальної діяльності у випадках, коли її тяжкими наслідками є заподіяння тілесних ушкоджень, огляд місця події проводиться не завжди, тому що іноді цей злочин розтягнутий у часі і не завжди зрозуміло, в якому місці його вчинено. У тих випадках, коли огляд проводиться, його необхідно здійснювати після опитування або допиту свідків чи потерпілих. Лише таким чином, із їхніх показань, можна встановити фактичне місце події.

У таких випадках у процесі огляду місця події необхідно: 1) виявити та вилучити сліди, які підтверджують присутність злочинця (злочинців) на місці події; 2) зафіксувати обстановку, яка засвідчуватиме факт незаконної лікувальної діяльності; 3) оглянути та за потреби вилучити документи, які засвідчують факт лікувальної діяльності; 4) оглянути медичну техніку; 5) оглянути та вилучити предмети й речі, що виявлені на місці події.

Окремо доречно приділити увагу огляду документів. Зауважимо, що за такої значної кількості документів, котрі підлягають вилученню, їх варто вилучати без детального огляду та дослідження під час вилучення. У такому разі необхідно проводити окрему слідчу (розшукову) дію — огляд документів.

Так, огляд документів трактують як слідчу (розшукову) дію, що передбачає їх вивчення й дослідження з метою виявлення і фіксації ознак, які надають документам статусу речових доказів [21, с. 128], а також встановлення засвідчених ними або викладених у них обставин і фактів, котрі мають значення для розслідування [9, с. 568].

Ознаками, що вказують на підробку документа, можуть бути такі: 1) невідповідність форми документа й кольору барвника; 2) суперечливість

змісту, орфографічні помилки, невідповідність шрифтів, використання бланків і печаток, які вийшли з ужитку; 3) сліди механічного впливу; 4) сліди дописки чи внесення записів на місці видаленого тексту; 5) сліди підробки компонуванням; 6) незбігання ліній захисної сітки, елементів печаток, якості фотопаперу; 7) сліди підробки відбитків печаток і штампів; 8) сліди підробки підписів; 9) сліди монтажу аудіо- та відеомагнітних стрічок [4, с. 28, 30].

Виявлені обставини (як ознаки матеріальної та інтелектуальної підробки) повинні бути детально зафіксовані у протоколі. Доречною також буде фіксація ходу огляду документів, зокрема фотозйомка, що є відповідним додатком до протоколу.

Первинними документами, що мусять бути досліджені слідчим, є документи, котрі надають дозвіл на здійснення лікувальної діяльності (ліцензію), а також документи, яким підтверджується рівень відповідної освіти в особі, котра займається лікувальною діяльністю (диплом, свідоцтво тощо). Ці документи можуть бути вилучені під час проведення огляду місця події, обшуку, також їх виїмка можлива за допомогою застосування тимчасового доступу до речей і документів.

Згідно зі ст. 159 КПК України, тимчасовий доступ до речей і документів полягає у наданні стороні кримінального провадження особою, у володінні якої перебувають такі речі і документи, можливості ознайомитися з ними, зробити їх копії та, у разі прийняття відповідного рішення слідчим суддею, судом, вилучити їх (здійснити їх виїмку). Тимчасовий доступ до речей і документів здійснюється на підставі ухвали слідчого судді, суду. Тимчасово вилученим може бути майно у вигляді речей, документів, грошей тощо.

Найчастіше основними джерелами доказів у провадженнях про професійні злочини медичних працівників називають медичні карти амбулаторного та стаціонарного хворого, вважаючи інші первинні облікові медичні документи менш криміналістично значимими або похідними [1, с. 288; 3, с. 77].

У випадках незаконної лікувальної діяльності, що вчиняється цілителем, огляду підлягають: атестаційні картки результатів проходження атестації; атестаційно-експертний висновок; медична картка пацієнта, який звернувся до цілителя, оформлена добровільна згода пацієнта на проведення оздоровлення, профілактики, діагностики і лікування цілителем [14], ліцензія на господарську діяльність у формі приватної медичної практики.

У криміналістичному аспекті слідчий огляд документів є комплексним методом, який поєднує положення загальнонаукових методів (спостереження, порівняння, аналіз, синтез), що утворюють спеціальні методики розв'язання конкретних завдань. Документ як найпоширеніше джерело інформації про подію злочину несе інформаційне навантаження різними своїми об'єктивними властивостями. Це потребує від слідчого застосування спеціальних криміналістичних та інших знань (природничих, технічних, математичних, економічних тощо), без чого практично неможливо оцінити дані, які містять різні документи [6].

Робота слідчого з документами здійснюється за двома напрямками. Перший із них — встановлення та аналіз зовнішніх ознак і реквізитів документа. Другий

етап передбачає аналіз його змісту. Обидва етапи поєднуються у перевірці по суті операцій, відображених у документі. Під час огляду доцільно проводити криміналістичний аналіз документа за певним порядком.

До огляду та подальшого вилучення медичних документів слідчому доцільно залучати незацікавленого спеціаліста-медика, який перед початком слідчої дії проконсультує з приводу переліку медичних документів, що стосуються розслідуваної події. Надалі спеціаліст допоможе оцінити зміст досліджуваних об'єктів на предмет правильності їх складання та віднайдення інших взаємопов'язаних документів. Таким чином, слідчий оцінює медичну документацію як джерело доказування.

Дані отримання органом досудового розслідування під час огляду документів та їх вилучення доцільно використовувати: для організації та проведення інших оглядів, обшуків; під час допиту потерпілого, свідків, підозрюваного; за вирішення питання залучення спеціаліста, зокрема клініко-експертної комісії МОЗ України; призначення та проведення експертизи.

Щодо специфіки провадження обшуку у категорії досліджуваних нами кримінальних проваджень слід сказати, що вона зумовлена його об'єктами та відповідними тактичними завданнями, а саме: пошуком і вилученням документів про освіту лікаря та тих, що дозволяють здійснювати лікарську діяльність, різноманітних записів, офіційних бланків, печаток, штампів, у тому числі засобів їх виготовлення, а також інших предметів, за допомогою яких може бути встановлено: 1) факт виготовлення «псевдолікарем» підроблених документів, які використовувалися у ході незаконного лікування; 2) взаємини між ним і потерпілим; 3) факт застосування засобів маскуванню; 4) наявність злочинних зв'язків із представниками влади та особами, які оформлюють документи про освіту чи надання дозволу на здійснення лікування; 5) факт здійснення лікування; 6) місце перебування особи, котра вчинила незаконну лікувальну діяльність; 7) інші обставини, що мають значення у кримінальному провадженні. До того ж, під час обшуку необхідно вилучати й вільні зразки почерку, підписів чи машинописних текстів, якщо існує необхідність у їхньому подальшому експертному дослідженні.

М. В. Салтевський слушно зауважує, що іноді обшук проводиться спонтанно, наприклад, при затриманні або за обставин, що не може мати зволікання, підготовка як попередній етап обшуку відсутня [15, с. 350].

Поміж іншим, виходячи зі специфіки незаконної лікувальної діяльності, слід зауважити, що запорукою результативності обшуку є підготовка до його проведення, тому слідчий повинен ретельно планувати проведення такої слідчої (розшукової) дії. Слідчому потрібно, насамперед, визначити завдання обшуку та об'єкти, які підлягають вилученню, зважаючи їхні особливості. Зокрема, варто чітко уявляти характерні ознаки об'єктів пошуку та місця, де вони можуть бути.

Важливим аспектом під час підготовки до проведення обшуку є збирання необхідної інформації про особу, в якій планується провести обшук.

Зважаючи на специфіку обшуку під час розслідування незаконної лікувальної діяльності, наголосимо, що до його провадження доцільно залучати працівників, які мають досвід у розслідуванні злочинів такої

категорії, а також спеціаліста у галузі медицини, який може надати допомогу у відборі документів, що мають важливе значення у кримінальному провадженні.

Слід зауважити, що обшук треба проводити і за місцем здійснення незаконної лікувальної діяльності, і за місцем проживання підозрюваного. Вибір часу обшуку також має важливе значення для його результатів, тож доцільно цю слідчу (розшукову) дію проводити саме вранці, враховуючи спосіб життя обшукуваного, розпорядок дня у приміщенні або на роботі [15, с. 351]. Специфіка досліджуваного злочину припускає проведення зазначеної слідчої (розшукової) дії протягом дня.

Важливим завданням слідчого є з'ясування, яким чином можуть бути знищені чи приховані об'єкти, що мають значення для розслідування, аби вжити заходів для запобігання таким діям. Також необхідно зосередитися на виявленні і вилученні комп'ютерів та електронних носіїв інформації з метою їх подальшого огляду й пошуку даних, які цікавлять слідство.

Проводячи обшук, необхідно приділяти увагу й особам, у помешканні яких він проводиться, оскільки відповідне реагування особи може підказати місце знаходження предмета пошуку. Не слід забувати, що запорукою успішного проведення обшуку є дотримання слідчим моральних принципів. Він зобов'язаний завжди поводитися ввічливо, коректно, не допускати образ, не розголошувати виявлених даних [5, с. 28]. Водночас важливим тактичним завданням суб'єкта розслідування є переконання осіб, у яких проводиться обшук, про необхідність добровільної видачі предметів, документів, що цікавлять слідство. А коли обшукані відмовляються видавати певні об'єкти, завдання слідчого полягає в тому, щоби своєю коректною поведінкою подолати в останніх бажання протидіяти проведенню обшуку [8, с. 117].

Вилучені під час обшуку чи вилучені об'єкти пред'являються понятим та іншим присутнім особам, упаковуються та опечатуються: засвідчується цей факт підписами понять. Хід і результати таких слідчих дій фіксуються у відповідному протоколі обшуку. У протоколі зазначається: де, в якому місці і за яких обставин було виявлено певні об'єкти, видані вони добровільно чи вилучені примусово, та інше.

Не менш важливою слідчою (розшуковою) дією, спрямованою на отримання доказів з особистісних джерел під час досудового розслідування незаконної лікувальної діяльності, є *допит*, адже він є тією слідчою (розшуковою) дією, що дозволяє і отримати нові докази, і перевірити інформацію, одержану із медичної документації та інших джерел.

В. Ю. Шепітько трактує допит як процесуальну дію, що становить регламентований кримінально-процесуальними нормами інформаційно-психологічний процес спілкування між особами, які беруть у ньому участь, спрямований на отримання свідчень про відомі допитуваному факти, які мають значення для встановлення істини у розслідуванні [20, с. 73].

На перший погляд, проведення цієї слідчої (розшукової) дії видається простим, однак це не так. Допит потребує ретельного планування та підготовки до нього. Треба зазначити, що у цій категорії кримінальних проваджень

допитуються такі особи: свідки, потерпілі, підозрювані та експерти. Найскладнішим, звісно, є допит підозрюваного.

Н. І. Порубов визначає допит як процесуальний засіб отримання та перевірки інформації, який містить процесуальний, криміналістичний, організаційний, психологічний та етичний аспекти [13, с. 129].

Варто зважити на позицію В. Ю. Шепітька, який виокремлює систему тактичних прийомів допиту, що спрямовані на: 1) встановлення психологічного контакту; 2) спонукання до дачі показань; 3) уточнення свідчень і усунення в них суперечностей; 4) актуалізацію забутого в пам'яті допитуваного; 5) викриття неправди; 6) усунення перекохань за добросовісної помилки допитуваного [19, с. 213]. Учений, відповідно до мети та процесуального становища допитуваного, в системі тактичних прийомів допиту пропонує також підсистему прийомів [20, с. 72-81].

Однак, який би допит не проводився, тобто незалежно від процесуального статусу допитуваного, до нього слід неодмінно готуватися, а тим більше у зазначеній категорії кримінальних проваджень. Але з іншого боку, зволікати з проведенням допитів не потрібно, оскільки це сприятиме особі у виробленні лінії поведінки, обдумувати деталей своїх неправдивих показань тощо.

За умови так званого гласного виявлення вчиненого злочину зазвичай першим проводиться допит потерпілого або заявника, якщо це різні особи (КПК України розмежовує цих учасників кримінального провадження), оскільки вони на момент такого виявлення ознак злочину мають найбільше інформації про нього.

Наголосимо, що, відповідно до ч. 1 ст. 55 КПК України, потерпілим може бути і фізична, і юридична особа. Представником юридичної особи, яка є потерпілим, може бути її керівник, інша особа, уповноважена законом або установчими документами, працівник юридичної особи за довіреністю, а також особа, яка має право бути захисником у кримінальному провадженні (ч. 2 ст. 58 КПК України) [10].

Отже, допит потерпілого від незаконної лікувальної діяльності має бути проведено невідкладно, що зумовлено, по-перше, ймовірним погіршенням його стану здоров'я, по-друге, можливістю отримання відомостей від особи, котра була безпосередньо об'єктом лікувальної діяльності і могла спостерігати її перебіг повністю або частково. Оцінюючи показання потерпілого, слідчий повинен враховувати специфіку формування відображень і відтворення відповідних подій у пам'яті потерпілого, що зумовлюється його психофізіологічним станом (відчуттям болю, образи за заподіяну шкоду тощо). Тому у деяких випадках під час допиту з метою актуалізації забутого у пам'яті слід застосовувати такі тактичні прийоми, як моделювання, макетування чи реконструкції. Під час допиту потерпілого слідчий з'ясовує особливості його професійної діяльності, умови проживання, наявність у минулому травм, перенесених чи хронічних захворювань. Надалі встановлює обставини виникнення та перебігу хвороби чи пошкодження до моменту звернення по медичну допомогу. Також варто з'ясувати, чи застосовувались допитуваним

самостійно або іншими особами методи лікування до звернення по лікування у минулому.

Істотний обсяг інформації, що має значення для швидкого й ефективного розслідування незаконної лікувальної діяльності, органи розслідування одержують від свідків. Значущість повідомлених свідками відомостей залежить від низки чинників, серед яких переважає бажання, продиктоване обов'язками громадянина припинити злочинну діяльність певних осіб. Саме ця обставина обумовлює важливість визначення груп свідків, їхньої спрямованості, потенційних можливостей для одержання даних, що сприяють розслідуванню злочинів. Повідомлювана свідками інформація назагал залежить від ступеня поінформованості останніх, проте у більш детальній градації й від інших характеристик.

Свідків незаконної лікувальної діяльності можна поділити на такі групи: 1) родичі потерпілого, які володіють інформацією про початок, перебіг та результати лікування; 2) медичні працівники, які в силу професійних обов'язків здійснювали заходи госпіталізації, діагностики та консультування потерпілого; 3) особи, у чиєму віданні перебували медичні вироби, апаратура, приміщення, яке використовувалось у лікувальній діяльності; 4) молодший медичний, обслуговуючий персонал медичного закладу, установи, у якій здійснювалась лікувальна діяльність; 5) особи, що не мають стосунку ні до об'єкта злочину, ні до виробничої (чи торгової) діяльності; 6) службові особи, уповноважені видавати чи приймати рішення не видавати документи, що підтверджують кваліфікацію лікаря; 7) службові особи установ, які уповноважені видавати ліцензію чи спеціальний дозвіл на лікувальну діяльність цілителя.

Свідків незаконної лікувальної діяльності класифіковано на: а) свідків-медиків; б) свідків не медичних працівників; в) свідки, що залучалися після початку кримінального провадження: спеціалісти, що залучалися до процесуальних дій, поняті.

При підготовці до допиту свідків, а в окремих випадках під час його допиту, якщо ті володіють спеціальними медичними знаннями, доцільно залучати незацікавленого спеціаліста-медика, який допоможе зрозуміти зміст отримуваних відомостей та сформулювати питання, які слід поставити допитуваному.

У разі наявності випадків, передбачених ст. 276 КПК України, серед яких: 1) затримання особи на місці вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після його вчинення; 2) обрання до особи одного з передбачених КПК України запобіжних заходів; 3) наявність достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення (слідчий, прокурор зобов'язані повідомити особі про підозру). Повідомлення про підозру як процесуальна дія у кримінальному провадженні про незаконну лікувальну діяльність не має якихось особливостей, тому не акцентуватимемо на цьому. У разі виникнення підстав для повідомлення про нову підозру або зміну раніше повідомленої підозри слідчий, прокурор зобов'язані вручити особі нове повідомлення про підозру. Якщо повідомлення про підозру здійснив прокурор, повідомити про нову підозру або змінити раніше повідомлену підозру має право винятково прокурор.

Після повідомлення особі про підозру слідчий, прокурор зобов'язані запропонувати підозрюваному дати показання. Допит підозрюваного є складною та конфліктною слідчою (розшуковою) дією. Аналіз судової практики засвідчує, що зазвичай підозрювані або визнають свою вину частково, або не визнають її цілком, а також часто дають завідомо неправдиві відомості про обставини наданої медичної допомоги або відмовляються давати показання. Така ситуація обумовлена складністю доказування у цій категорії кримінальних проваджень, що підозрюваний добре розуміє.

Допит підозрюваної особи доцільно проводити після того, як будуть зібрані достатні дані, що її характеризують (риси характеру, поведінка, стан здоров'я, дані про судимість, сімейний стан, зв'язки з колегами по роботі, посадовими особами). З тактичних міркувань буде правильним допитувати підозрюваного в руслі висунутих слідчим версій з урахуванням слідчої ситуації та особи допитуваного [16, с. 354].

Першою підготовчою дією до проведення допиту підозрюваного є вивчення особи допитуваного. Далі потрібно ознайомитися з наявною медичною документацією, медичною термінологією, яка стосується лікувальної діяльності, що здійснювалася, причому особливу увагу слід звернути на ту термінологію, яка трапляється в матеріалах розслідування. Третій етап передбачає формування орієнтовного плану допиту та переліку питань, які необхідно з'ясувати під час проведення допиту. На четвертому етапі потрібно детально вивчити матеріали кримінального провадження та зібрані докази. П'ятий етап охоплює визначення кола учасників, які, відповідно до закону, мають право брати участь у допиті підозрюваного при розслідуванні незаконної лікувальної діяльності, та вирішення питання про необхідність їх залучення (стосується, за правило, залучення до допиту осіб, які володіють спеціальними знаннями у галузях медицини та лікувальної діяльності).

Участь спеціаліста може полягати в допомозі слідчому: у виявленні та фіксації доказів, точнішому та повнішому розумінні допитуваного, який вживає в показаннях спеціальну термінологію; розібратися в чинних спеціальних правилах, інструкціях та інших документах; встановити спосіб злочину; запобігти неправдивим показанням, які стосуються спеціальних знань із питань тощо.

Під час допиту підозрюваного потрібно з'ясувати: а) дані щодо його професійної; б) відомості про діагноз; в) відомості про процес лікування; г) характеристику змін у процесі лікування потерпілого; г) наслідки.

Тимчасом слід мати на увазі, що особи, котрі займалися незаконною лікувальною діяльністю, досить часто не визнають своєї вини, знаючи про складність встановлення причинно-наслідкових зв'язків між діями, здійснюваними під час лікування, та заподіяною для пацієнта шкодою. Тому не доводиться розраховувати на отримання об'єктивних і правдивих відповідей при допиті цієї категорії осіб.

До речі, допит підозрюваного при розслідуванні злочинів, пов'язаних зі здійсненням незаконної лікувальної діяльності, можна подати у такій схемі: 1) допит особи у формі вільної розповіді, коли допитуваний повідомляє все, що

йому відомо про обставини злочину; 2) допит підозрюваного у формі «питання-відповідь», коли ставляться і уточнювальні чи доповнювальні питання щодо повідомлених особою відомостей, і питання, які стосуються нових обставин (за відсутності навідних запитань); 3) пред'явлення документів про освіту чи документів, що дають право займатися лікувальною діяльністю, а також іншої наявної в матеріалах провадження медичної документації з метою викрити неправдиві показання допитуваного або отримати його пояснення стосовно їх змісту; 4) демонстрація закріплених процесуально показань потерпілого, інших свідків про факт надання медичної допомоги, в результаті якої особи заподіяно шкоду; 5) фіксація отриманих показань відповідно до кримінально-процесуального закону шляхом протоколювання, аудіо- та відеофіксації з подальшою демонстрацією допитуваному.

Висновки. Отже, тактика проведення процесуальних дій при розслідуванні злочинів, передбачених ст. 138 КК України, значною мірою обумовлюється специфікою медичної сфери, де вони вчиняються, а також вмінням особи, котра здійснює досудове розслідування, або тактично правильно використовувати здобуті самостійно спеціальні медичні знання, або залучати відповідних спеціалістів. Слідчі (розшукові) дії, що проводяться за участі підозрюваної особи або свідків-лікарів, зазвичай характеризуються високим рівнем протидії (даванням завідомо неправдивих показань або неповним їх обсягом).

Список використаних джерел:

1. **Акопов В. И.** Право в медицине / В. И. Акопов, Е. Н. Маслов. — М. : Книга-сервис, 2002. — 352 с.
2. **Аленин Ю. П.** Процессуальные особенности производства следственных действий / Ю. П. Аленин. — Кировоград: Центрально-Украинское издательство, 2002. — 264 с.
3. **Балло А. М.** Юридическая оценка дефектов оказания медицинской помощи и ведения медицинской документации / А. М. Балло, С. Ю. Сашко. — СПб. : БиС, 2001. — 158 с.
4. **Бирюков В. В.** Криминалистическое исследование документов : монография / В. В. Бирюков, В. В. Коваленко. — Луганск, 1999. — 164 с.
5. **Глазырин Ф. В.** Психология следственных действий : учеб. пособие / Ф. В. Глазырин. — Волгоград : ВСШ МВД СССР, 1983. — 136 с.
6. **Журавель В. А.** Ситуаційний підхід до формування окремих криміналістичних методик розслідування злочинів / В. А. Журавель // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. — Х. : Право, 2008. — Вип. 8. — С. 102-108.
7. Керівництво з розслідування злочинів : наук.-практ. посібник / В. Ю. Шепітько, В. О. Коновалова, В. А. Журавель та ін. ; за ред. В. Ю. Шепітька. — Х. : Одиссей, 2009. — 960 с.
8. **Комиссаров В. И.** Расследование хищений, совершенных с использованием товарных кредитов / В. И. Комиссаров, Е. С. Лапин. — М. : ООО Изд-во «Юрлитинформ», 2001. — 192 с.

9. Криміналістика : учебник для вузов / под ред. А. Ф. Вольнского. — М. : Закон и право ; ЮНИТИ-ДАНА, 1999. — 615 с.
10. Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page11>.
11. Кримінальний процес : підручник / Ю. М. Groшевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін. ; за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Groшевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. — Х. : Право, 2013. — 824 с.
12. **Погорецький М. А.** Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі : монографія / М. А. Погорецький. — Х. : Арсіс ЛТД, 2007, — 576 с.
13. **Порубов Н. И.** Допрос на предварительном следствии / Н. И. Порубов // Публичное и частное право. — 2010. — Вып. II (VI). — С. 127-133.
14. Про порядок видачі атестаційно-експертного висновку, що підтверджує наявність в особи цілительських здібностей : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 23.09.2013 № 822 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z1943-13>.
15. **Салтевський М. В.** Криміналістика (у сучасному викладі) : підручник / М. В. Салтевський. — К. : Кондор, 2005. — 588 с.
16. **Скригонюк М. І.** Криміналістика : підручник / М. І. Скригонюк. — К. : Атіка, 2007. — 496 с.
17. **Стахівський С. М.** Слідчі дії як основні засоби збирання доказів : науково-практ. посібник / С. М. Стахівський. — К. : Атіка, 2009. — 64 с.
18. **Фаринник В. І.** Розвиток правового регулювання збирання доказів за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / В. І. Фаринник // Митна справа. — 2012. — № 4 (82). — Ч. 2. — С. 3-8.
19. **Шепитько В. Ю.** Криміналістика : курс лекцій / В. Ю. Шепитько. — Х. : Одиссей, 2003. — 352 с.
20. **Шепитько В. Ю.** Теория криминалистической тактики : монографія / В. Ю. Шепитько. — Х. : Гриф, 2002. — 349 с.
21. **Шепитько В. Ю.** Криміналістика : Енциклопедичний словник (Українсько-російський і російсько-український) / В. Ю. Шепитько — Х. : Право, 2001. — 560 с.
22. **Шибіко В. П.** Загальні положення попереднього розслідування / В. П. Шибіко, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор // Кримінальний процес України. — К. : Либідь, 1999. — 534 с.

Анотація

В статті істотна увага присвячена слідчим (розшуковим) діям як на основному виді процесуальних дій, проведення яких забезпечує здійснення досудового розслідування, що не лише гарантує права та законні інтереси учасників дії, а одночасно забезпечує доброякісність отриманих при цьому фактичних даних, тобто відповідність їх ознакам належності та допустимості доказів.

Summary

The article devoted significant attention investigator (detective) acts as the main type of proceedings, which ensures implementation of the pre-trial investigation, which not only guarantees the rights and legitimate interests of participants of action, and simultaneously ensures purity obtained with the actual data that match their signs of identity and admissibility of evidence.

Щур Б. В.

доктор юридичних наук, професор, Львівський торговельно-економічний університет, завідувач кафедри кримінального права та процесу

ПРИНЦИПИ ПОБУДОВИ ОКРЕМОЇ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ МЕТОДИКИ

Ключові слова: криміналістична методика, окрема криміналістична методика, принцип побудови.

Keywords: criminalistics methodics, separate criminalistics methodics, formation principle.

Постановка проблеми. У криміналістичній літературі окрема увага приділялася проблемам визначення принципів криміналістичної методики [2, с. 41-45; 6, с. 143] або принципів розроблення (побудови, формування) методики розслідування злочинів [5, с. 115-124]. Пропоновані вихідні положення не є однозначними. Так, у правових дослідженнях існує два основні підходи до вивчення принципів: загальнотеоретичний та окремо-науковий [2, с. 45]. У криміналістичних джерелах підкреслюється, що вихідні для розроблення окремих криміналістичних методик положення слід розподілити на дві групи: 1) ті, що стосуються діяльності з розкриття, розслідування і попередження будь-якого виду злочинів; вони є результатом вивчення даного виду людської діяльності, що відбувається у специфічній галузі боротьби зі злочинністю; 2) ті, що стосуються не лише розслідування злочинів, розробляються не тільки криміналістикою — на їх дотриманні ґрунтується вся кримінально-процесуальна діяльність; у першу чергу це — дотримання законності [6, с. 690]. Деякі вчені пропонують поділяти принципи в слідчій діяльності на загальні та окремі. Щодо цього існує думка, згідно з якою значення загальних принципів полягає в тому, що вони є основою для прояву і реалізації окремих принципів, які виражають конкретний аспект слідчої діяльності. Без дотримання загальних принципів у процесі слідчої діяльності використання її засобів і прийомів буде нерезультативним або навіть протизаконним чи аморальним.

Аналіз стану дослідження. У криміналістиці науковому аналізу піддавалися принципи різних рівнів. Так, В. С. Кузьмічов та Ю. М. Черноус розглядають принципи слідчої діяльності, які на їх думку, поділяються на принципи слідчої тактики та принципи методики розслідування окремих видів злочинів. На підставі проведеного дослідження В. С. Кузьмічов та Ю. М. Черноус доходять висновку, що до принципів слідчої діяльності можуть бути віднесені: законність; етичність; науковість; комплексність; взаємодія; економічність; плановірність; оперативність; конспіративність; індивідуальність; гласність; вибірковість; раптовість; динамічність; наступальність; системність; використання передової слідчої практики; цілеспрямованість [7, с. 103-156]. Така позиція є доволі спірною, оскільки

автори розглядають найбільш загальні ідеї щодо здійснення слідчої діяльності, тобто виокремлюють не загальнотеоретичні і не окремонаукові принципи, а принципи практичної діяльності.

У деяких джерелах висвітлюються принципи здійснення оперативно-розшукової діяльності. Так, Є. П. Іщенко та А. О. Топорков виділяють принципи проведення ОРД: законність; повага прав та свобод особистості; конспірація; поєднання гласних та негласних методів діяльності [8, с. 499]. К. В. Сурков розрізняє загальноправові та галузеві принципи оперативно-розшукового процесу. Зокрема, до загально-правових принципів автор відносить: законність, дотримання прав і свобод людини та громадянина, позапартійність, рівність громадян перед законом, забезпечення екологічної безпеки; до галузевих принципів — розподіл повноважень стосовно єдиної сфери ОРД; взаємодія (координація) з іншими органами, що здійснюють оперативно-розшуковий процес; конспірація в оперативно-процесуальній діяльності; розвідувальна активність (наступальність) оперативно-процесуальної діяльності; поєднання таємних кадрових співробітників та конфідентів під час проведення оперативно-розшукових заходів; персональна відповідальність посадових осіб і керівників оперативних підрозділів за законність під час здійснення оперативно-розшукового процесу; незалежність під час виконання службових обов'язків [9, с. 75-91].

Інша тенденція в криміналістиці пов'язана з позицією тих учених, які намагаються визначити принципи слідчої (або криміналістичної) тактики. Зокрема, В. О. Коновалова та А. М. Сербулов здійснили спробу щодо формування принципів криміналістичної тактики. На їх переконання, криміналістична тактика як галузь криміналістики не може не мати вихідних положень, що визначають певним чином як розвиток її теоретичних положень, так і практику застосування тих рекомендацій, які є наслідком теоретичних настанов. Ці вихідні положення можуть претендувати на роль принципів тільки в тому випадку, коли вони інтегрують у себе найбільш загальні посилання, що відбивають сучасний підсумок розвитку теорії криміналістичної тактики, основа якої — узагальнення практики розслідування. В. О. Коновалова та А. М. Сербулов відносять до принципів криміналістичної тактики такі: законність та науковість тактичних прийомів, їх динамічність; моральний характер; обумовленість тактичних прийомів слідчими ситуаціями; універсальність та вибірковість [10, с. 111-112]. Характеристичні дані принципів приділено увагу і в інших наукових працях [4, с. 217-236].

Виклад основного матеріалу. Питання про принципи криміналістичної методики та принципи формування окремих криміналістичних методик залишається недостатньо висвітленим у криміналістичній літературі і віднесено до дискусійних. В. В. Тіщенко вказує, що на сьогодні «немає чіткого розуміння і розмежування принципів створення, розробки окремих методик розслідування і принципів побудови методики розслідування конкретного злочину» [5, с. 118]. Г. М. Меглецький пише, що принципи криміналістичної методики необхідно розуміти як ідеї, що впливають із пізнаних закономірностей, вихідні положення розроблення та створення окремих методик, а також основоположні

засади з організації та здійснення попереднього (досудового) розслідування, засновані на досягненнях науки, передової практики і такі, що забезпечують його ефективність по досягненню завдань кримінального судочинства [11, с. 143]. А. В. Шмонін зазначає, що принципи формування (побудови, розроблення) окремих криміналістичних методик орієнтують на обов'язковість під час розроблення конкретних методик урахування усіх виявлених криміналістичних особливостей окремих видів злочинів, ступеня типовості слідчих ситуацій, що виникають на різних етапах розслідування, широке й погоджене використання всіх видів слідчо-оперативної взаємодії, всього арсеналу спеціальних знань, найбільш сучасних методологічних концепцій діяльності з розслідування [3, с. 70].

У спеціальних літературних джерелах називають різні вихідні положення або вимоги (чи принципи) криміналістичної методики. Так, О. Н. Колісниченко виокремлює чотири різновиди методичних принципів: 1) правильна кримінально-правова оцінка розслідуваної позиції; 2) обумовленість методики особливостями конкретної кримінальної справи і слідчої ситуації; 3) координація дій слідчого, органів дізнання і громадськості; 4) використання в розслідуванні наукових знань [12, с. 27].

Є. П. Іщенко та А. О. Топорков до загальних принципів, призначених забезпечити суворе врахування всього методично суттєвого під час розслідування, відносять вимоги неухильного дотримання законності під час розроблення й реалізації методичних рекомендацій, планового, етапного, швидкого й оперативного розслідування. Методична сутність даних вимог зорієнтована на те, щоб прийоми і способи ведення слідства відповідали не тільки закону, але й нормам слідчої етики [8, с. 486].

М. В. Салтєвський вважає, що, як і будь-яка система, методика будується відповідно до певних принципів (наукових засад): 1) законність, тобто вся слідча діяльність повинна здійснюватися в межах чинних законів; 2) наукова обґрунтованість методів і засобів і відповідність їх сучасному рівню розвитку науки; 3) обумовленість методики колом обставин, що підлягають встановленню; 4) етапність методики, що відображає особливості збирання доказової інформації в стадії порушення і провадження початкових і наступних слідчих дій; 5) ситуаційність методики як специфічний прийом пізнання події злочину; 6) алгоритмічність і системність слідчих дій, обумовлені завданнями розслідування; 7) комплексність сил і засобів для досягнення єдиної мети [1, с. 260].

М. Г. Шурухнов виокремлює такі принципи: 1) дотримання законності; 2) індивідуальність і динамічність розслідування; 3) планомірність, всебічність, повнота, об'єктивність та економічність розслідування; 4) оперативність і швидкість розслідування; 5) використання даних криміналістичної характеристики злочинів; 6) урахування під час побудови методики розслідування конкретного злочину, типових слідчих ситуацій, що виникають; 7) поєднання слідчих дій та оперативно-розшукових заходів (взаємодія слідчого з оперативними підрозділами правоохоронних органів); 8) використання технічних засобів, прийомів і методів при розслідуванні (використання знань

спеціалістів та експертів); 9) використання допомоги громадськості в розкритті злочинів; 10) виявлення причин та умов, що сприяють учиненню злочинів, та вжиття заходів щодо їх усунення тощо [13, с. 446-449].

П. Д. Біленчук, А. П. Гель, Г. С. Семаков до загальних принципів криміналістичної методики (загальних наукових положень) відносять: 1) дотримання законності; 2) плановість розслідування; 3) оперативність і швидкість розслідування; 4) індивідуальність розслідування; 5) взаємозв'язок слідчого з оперативним апаратом органів розслідування; 6) активне використання спеціальних знань і технічних засобів; 7) використання допомоги громадськості [14, с. 253].

Аналіз запропонованих позицій свідчить, що автори під виглядом принципів криміналістичної методики розглядають вимоги до самого процесу розслідування (індивідуальність і динамічність розслідування, оперативність і швидкість розслідування, плановість розслідування тощо) або навіть виокремлюють цілі напрямки діяльності. Окрім того, деякі «загальні наукові положення» не є в повному розумінні принципами, а відображають елементи криміналістичної методики: використання спеціальних знань, використання допомоги громадськості, використання технічних засобів, прийомів і методів при розслідуванні, виявлення причин та умов, що сприяють учиненню злочинів тощо. З іншого боку, перераховані «принципи» відображають певні вимоги до слідчої діяльності, а не до криміналістичної методики як наукової абстракції. У цьому випадку М. В. Салтевський правильно підкреслює, що «названі принципи — це загальні вимоги до дій слідчого при розслідуванні будь-якого виду злочину. Тому вони називаються засадами, тобто принципами діяльності...» [1, с. 260]. Хоча нижче автор і сам пише, що загальні положення і принципи — близькі поняття, але вони не рівноцінні за змістом [1, с. 261]. На нашу думку, «загальні вимоги до дій слідчого» і «принципи криміналістичної методики» не є тотожними поняттями.

Існування різних підходів до розуміння принципів криміналістичної методики пов'язане з тим, що вчені-криміналісти по-різному визначають їх сутність та зміст. Варто підтримати позицію О. О. Ексархопуло, котрий сформулював поняття «принципи криміналістичної методики розслідування» як керівні засади, вихідні положення, що лежать в основі розроблених методичних рекомендацій з розкриття та розслідування окремих видів злочинів, керуючись якими правоохоронні органи можуть забезпечити цілеспрямоване, раціональне й ефективне досягнення цілей і вирішення завдань боротьби зі злочинністю. О. О. Ексархопуло називає та надає характеристику чотирьох принципів: принципу законності, принципу наукової обґрунтованості, принципу плановості і поетапності розслідування, а також його ситуативності [15, с. 675-676].

Заслужують на увагу підходи тих учених-криміналістів, які намагаються сформулювати принципи формування окремих криміналістичних методик. Так, І. Ф. Герасимов до загальних принципів побудови методики розслідування відносить: 1) наукову обґрунтованість та обумовлену цим достовірність висновків і криміналістичних рекомендацій; 2) розроблення

криміналістичної характеристики даного виду або групи злочинів; 3) використання при розробленні окремих методик так званої криміналістичної класифікації злочинів; 4) урахування ситуативних чинників; 5) координацію й кооперацію всіх засобів, методів та можливостей, що забезпечують повноту і швидкість розслідування; 6) забезпечення об'єктивності дослідження всіх матеріалів справи; 7) забезпечення застосування всіх передбачених законом заходів з метою розкриття злочинів та встановлення осіб, які їх учинили [16, с. 325-327].

Р. С. Белкін вважає, що ці принципи полягають у наступному: 1) при розробленні методики розслідування будь-якого виду злочину криміналістика виходить із вимог найбільш суворого дотримання законності в діяльності органів дізнання та попереднього (досудового) слідства; 2) слід виходити зі знання механізму злочину та його центрального елемента — способу підготовки, вчинення та приховування злочину, умов, що визначають вибір способу і виникнення слідів його застосування; 3) окрема криміналістична методика повинна бути розрахована на її адаптацію до конкретних умов розслідування; 4) розслідування злочинів повинно мати на меті не тільки викриття винних і притягнення їх до кримінальної відповідальності, не тільки відшкодування спричиненої злочином шкоди, але й з'ясування та усунення обставин, що сприяли вчиненню та приховуванню злочинів даного виду; 5) узагальнення слідчої практики передбачає розроблення такого важливого для справи боротьби зі злочинністю питання, як відшукання шляхів і форм координації і тісної взаємодії в роботі слідчого та оперативних співробітників, ефективне використання з метою встановлення істини спеціальних знань, допомоги засобів масової інформації та населення; 6) керуючись системним підходом до процесу розслідування, окрема криміналістична методика повинна відображати етапність цього процесу, ті завдання, які вирішуються на кожному його етапі, особливості цих етапів [17, с. 201-203].

Дещо по-іншому визначає принципи побудови окремих криміналістичних методик І. О. Возгрін, який до них відносить: 1) забезпечення та неухильне дотримання законності; 2) конкретність криміналістичних методичних рекомендацій; 3) етапність методик розслідування злочинів; 4) ситуативність і багатоваріантність методик розслідування злочинів; 5) структуру єдність криміналістичних методик розслідування злочинів; 6) наукову обґрунтованість криміналістичних методик [2, с. 267-271].

Здійснений аналіз принципів криміналістичної методики дозволяє стверджувати, що вони є різнопорядковими. На нашу думку, доцільно розрізняти принципи побудови (формування) окремих криміналістичних методик та принципи їх застосування (виконання діяльності щодо їх реалізації). При цьому мова має йти про систему принципів криміналістичної методики.

Певного аналізу потребує позиція В. В. Тищенко, який здійснив спробу щодо виокремлення «принципів наукової розробки методики розслідування окремих категорій злочинів». Зокрема, на думку дослідника, до таких вихідних положень можуть бути віднесені: 1) розгляд об'єктів методики розслідування злочину і розслідування з позицій системно-діяльнісного і функціонального

підходів. Даний принцип дозволяє досліджувати вказані об'єкти як комплекси цілеспрямованих дій суб'єктів, з одного боку, злочинної, а з іншого — слідчо-криміналістичної діяльності, тобто двох протидіючих систем, які мають протилежні завдання; 2) використання даних і новітніх досягнень інших наук, як гуманітарних, так і природничо-технічних, для дослідження злочинів, умов їх учинення, особливостей механізму слідоутворення й розроблення адекватних рекомендацій з їх розслідування; 3) розроблення методичних рекомендацій на основі криміналістичного аналізу злочинів і створення їх типової інформаційно-пізнавальної моделі — криміналістичної характеристики щодо досліджуваної категорії злочинів; 4) використання досвіду слідчої практики шляхом його узагальнення, аналізу і подальшої екстраполяції в теорію розкриття злочинів; 5) розроблення методичних рекомендацій на основі криміналістичної класифікації злочинів, що дозволяє виявити й дослідити особливості відповідної класифікаційної групи і створити методіку певного рівня; 6) розроблення окремих методик розслідування на основі визначення і характеристики обставин даного виду злочину, що підлягають установленню; 7) розроблення напрямків і завдань розслідування з урахуванням специфіки етапів розслідування; 8) розроблення методичних рекомендацій на основі інформаційно-ситуаційного оцінювання стану розслідування, виділення типових слідчих ситуацій, що виникають на різних етапах розслідування; 9) виділення відповідних типових завдань тактичного й організаційно-методичного характеру і визначення оптимальної програми їх вирішення з урахуванням особливостей конкретної категорії злочинів і етапів їх розслідування; 10) виділення специфічних тактичних і технічних прийомів при проведенні окремих слідчих дій і тактичних операцій [5, с. 119-120].

Сформульовані «принципи» викликають певні заперечення. Це стосується того, що фактично під гаслами пропонування принципів розроблення окремих криміналістичних методик автор багато в чому повторив уже сформульовані раніше принципи методики розслідування злочинів. Суттєвим недоліком є те, що запропонований перелік містить не стільки принципи побудови (розроблення) криміналістичної методики, скільки зміст самої методики. Тому й кожний «принцип» починається такими словами, як розгляд, використання, розроблення, виділення тощо. У цьому переліку надано інформацію про те, на підставі чого здійснено формування методичних рекомендацій (криміналістична класифікація злочинів, криміналістична характеристика злочинів, обставини, що підлягають з'ясуванню тощо). Але вказані положення — це ще не принципи, це категорії криміналістики. Окрім цього, не можна до принципів наукового розроблення методики розслідування окремих категорій злочинів відносити, наприклад, «розгляд об'єктів методики розслідування з позицій системно-діяльнісного і функціонального підходів» або «розроблення методичних рекомендацій на основі криміналістичного аналізу» чи «використання досвіду слідчої практики шляхом його узагальнення...».

Заслужує на увагу підхід А. В. Шмоніна, який зробив висновок про неможливість чітко й однозначно розмежувати систему принципів побудови окремих криміналістичних методик від системи принципів загальних

положень криміналістичних методик. При цьому автор справедливо зазначає, що єдність принципів не виключає специфіки призначення (значущості) їх для формування [3, с. 79], тобто мова йде про різнопорядковність, різні рівні цих принципів. А. В. Шмонін називає три принципи, які необхідно враховувати при побудові окремих криміналістичних методик: історизм, об'єктивність, системність. Зокрема, принцип історизму, на його думку, безпосереднім чином пов'язаний зі знанням генези криміналістики, тих проблем, які вона вивчає. Відсутність знань про виникнення (становлення), розвиток, у тому числі регресивних змін, зникнення криміналістичних об'єктів є найбільш частими причинами невдач у дослідженнях, що свідчить про їх низький рівень. Принцип об'єктивності означає незалежність криміналістичних наукових досліджень об'єктів пізнання, виключення з них суб'єктивних оцінок, висновків та рекомендацій. Принцип системності означає такий підхід до формування методик розслідування злочинів, за якого її елементи знаходяться у взаємозв'язках, взаємообумовленостях тощо і розглядаються як єдине ціле [3, с. 79-80].

Запропоновані принципи мають бути підпорядковані побудові окремих криміналістичних методик, а не мати загальний характер. Тому, на нашу думку, сумнівним є віднесення принципу історизму до головних ідей (чи вимог) цієї побудови. Принцип історизму більш притаманний формуванню криміналістичної методики як частини криміналістики.

Висновки. Проведений аналіз принципів, наведених у спеціальних літературних джерелах, дозволяє розподілити їх на дві групи: 1) принципи побудови (формування) окремих криміналістичних методик; 2) принципи застосування окремих криміналістичних методик. Такий розподіл принципів фактично визначає різні рівні вимог (головних ідей), спрямованих, з одного боку, на побудову, з іншого — на застосування окремих криміналістичних методик. При цьому принципами розроблення (побудови, формування) керуються, головним чином, наукові співробітники, вчені-криміналісти. На це зверталася увага і в криміналістичних джерелах. Так, В. В. Тіщенко пише, що принципи розроблення криміналістичних методик належать до наукової діяльності, яка спрямована на розроблення окремих методик розслідування різного рівня (міжвидових, видових і групових) [5, с. 120]. Принципами застосування мають керуватися правозастосовні органи — дізнавачі, слідчі, прокурори (ті особи, які безпосередньо використовують криміналістичні методики у своїй практичній діяльності).

До принципів побудови (формування) окремих криміналістичних методик мають бути віднесені: 1) системність криміналістичної методики; 2) наукова обґрунтованість методичних рекомендацій та слідчих технологій; 3) структурованість побудови окремої криміналістичної методики; 4) об'єктивність у формуванні окремої криміналістичної методики.

До принципів застосування окремих криміналістичних методик доцільно віднести: 1) законність використання методичних рекомендацій; 2) етичність використання методичних рекомендацій; 3) етапність (планомірність) використання методичних рекомендацій; 4) вибірковість (ситуаційність)

застосування методичних рекомендацій; 5) індивідуальність (конкретність) застосування методичних рекомендацій.

Список використаних джерел

1. **Салтєвський М. В.** Криміналістика : у 2 ч. Ч. 2 : підручник / Михайло Васильович Салтєвський. — Х. : Консум, 2001. — 528 с.
2. Курс криміналістики : в 3 т. Т. 2. Криміналістическа методика: Методика расследования пре- ступлений против личности, общественной безопасности и общественного порядка / под ред. О. Н. Коршуновой и А. А. Степанова. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. — 639 с.
3. **Шмонин А. В.** Методология криміналістической методики : монографія / А. В. Шмонин. — М. : Юрлитинформ, 2010. — 416 с.
4. **Коновалова В. Е.** Криміналістическая тактика: теория и тенденции : учеб. пособие / В. Е. Коновалова, В. Ю. Шепитько. — Х. : Гриф, 1997. — 256 с.
5. **Тіщенко В. В.** Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів : монографія / В. В. Тіщенко. — О. : Фенікс, 2007. — 260 с.
6. Криміналістика : учеб. для вузов / [Т. В. Аверьянова, Р. С. Белкин, Ю. Г. Корухов, Е. Р. Россинская ; под ред. Р. С. Белкина]. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма, 2003. — 992 с.
7. **Кузьмічов В. С.** Слідча діяльність: характеристика та напрями удосконалення : монографія / В. С. Кузьмічов, Ю. М. Черноус. — К. : НІЧЛАВА, 2005. — 448 с.
8. **Ищенко Е. П.** Криміналістика : учебник / Е. П. Ищенко, А. А. Топорков. — Изд. 2-е, испр. и доп. — М. : Контракт ; Инфра-М, 2005 г. — 480 с.
9. **Сурков К. В.** Принципы оперативно-розыскного процесса / Константин Викторович Сурков // Основы оперативно-розыскной деятельности : учебник / под ред. В. Б. Рушайло. — Изд. 2-е, испр. и доп. — СПб. : Лань, 2000. — 720 с.
10. **Коновалова В. Е.** Следственная тактика: принципы и функции / В. Е. Коновалова, А. М. Сербулов. — Киев : РИО МВД УССР, 1983. — 132 с.
11. **Меглецкий Г. Н.** К вопросу о принципах криміналістической методики / Г. Н. Меглецкий // Криміналістические аспекты совершенствования доказывания при расследовании преступлений : тр. Акад. МВД РФ. — М. : Изд-во Акад.. МВД РФ, 1992. — С. 140-149.
12. **Колесниченко А. Н.** Общие положения методики расследования отдельных видов преступлений : текст лекций / Алексей Никифорович Колесниченко. — Харьков : Юрид. ин-т, 1976. — 356 с.
13. **Шурухнов Н. Г.** Криміналістика : учебник / Николай Григорьевич Шурухнов. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : Эксмо, 2008. — 452 с.
14. **Біленчук П. Д.** Криміналістична тактика і методика розслідування окремих видів злочинів : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / П. Д. Біленчук, А. П. Гель, Г. С. Семаков. — К. : МАУП, 2007. — 512 с.

15. **Эксархопуло А. А.** Криминалистика : учебник / Алексей Алексеевич Эксархопуло. — СПб. : ЛЕМА, 2009. — 904 с.
16. Криминалистика : учеб. для вузов / [И. Ф. Герасимов, Л. Я. Драпкин, Е. П. Ищенко и др. ; под ред. И. Ф. Герасимова, Л. Я. Драпкина]. — М.: Высш. шк., 1994. — 534 с.
17. Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования / под ред. Т. В. Аверьяновой и Р. С. Белкина. — М. : Новый Юрист, 1997. — 400 с.

Анотація

Дана стаття присвячена проблемі побудови окремої криміналістичної методики. Для цього автором було проаналізовано підходи, які використовуються вченими-криміналістами, проаналізовані їх позиції. Після зазначеного аналізу наукових джерел автор здійснив спробу сформулювати принципи побудови окремої криміналістичної методики.

Annotation

This article is devoted to the problem of separate criminalistics methodics. Because of this, author is analysed ways and approaches, that criminalists used in their scientific work. After analysing of scientific literature author is formulated principles of separate criminalistics methodics formation.

РОЗДІЛ 6

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ БАТЬКІВ ЗА ПОРУШЕННЯ МАЙНОВИХ ПРАВ МАЛОЛІТНІХ ДІТЕЙ

Ключові слова: майно дитини, управління майном дитини, розпорядження майном дитини, неналежне виконання обов'язків, відшкодування шкоди

Key words: child property, property management, child, baby disposal of property, improper performance of duties, damages

Постановка проблеми: Одним з основних майнових обов'язків батьків малолітньої дитини є обов'язок управляти її майном. Відповідно до ст. 177 Сімейного кодексу, батьки зобов'язані дбати про збереження та використання майна дитини в її інтересах. Неналежне виконання батьками своїх обов'язків щодо управління майном дитини є підставою для покладення на них обов'язку відшкодувати завдану їй матеріальну шкоду та повернути доходи, одержані від управління її майном. Однак, законодавство не містить конкретизації «управління майном» та «майно дитини» і відповідно утруднюється визначення неналежного виконання обов'язків з управління.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання управління майном дитини зачіпали в своїх дослідженнях такі науковці як В. А. Ватрас, О. В. Воронова, Н. О. Горобець, В. С. Гопанчук, М. М. Дякович, Н. А. Д'ячкова, І. В. Жилінкова, Л. В. Красицька, Л. А. Романовська, З. В. Ромовська, С. Є. Морозова, О. О. Первомайський, С. О. Сліпченко, Н. В. Тульчевська, Н. Ю. Христенко та інші.

Постановка завдання. Метою даної статті є визначення особливостей відповідальності батьків за шкоду, заподіяну неналежним виконанням обов'язків щодо управління майном.

Виклад основного матеріалу. Розглядаючи питання неналежного виконання батьками своїх обов'язків з управління майном, необхідно, насамперед, визначитися з самим терміном «управління» в даному випадку. Як зазначається в науковій літературі, відсутність законодавчого вирішення цього питання, призводить до послаблення правових гарантій майнових прав та інтересів дітей та хаотичного вирішення його у практичній діяльності [1, с. 445].

Автор Сімейного кодексу З. Ромовська вбачає в «управлінні майном» комплекс дій, спрямованих на його збереження, забезпечення можливості користування ним самим власником або іншою особою, а в окремих випадках — можливості одержання доходу. Так, якщо батьки уклали договір на проведення поточного ремонту будинку, який належить дитині, або договір оренди чи договір страхування, вони вчинили дії щодо його управління. Навіть

у разі продажу будинку, яким ніхто не користується, можна дійти висновку, що батьки також вчинили дію по управлінню майном, оскільки цим зберегли його від можливого знищення. [2, с. 270] Інший науковець, І. Жилінкова в зазначала, що управління майном включає два основних види дій батьків:

а) вчинення правочинів щодо майна дитини, у тому числі правочинів щодо розпорядження майном;

б) вчинення дій щодо догляду за майном дитини (ремонткування, зберігання, догляд тощо) [3, с. 193].

Вона зауважила також доцільність розмежування між термінами «управління майном», що міститься в Сімейному кодексі і «розпорядження майном», що міститься в Цивільному кодексі і зробила висновок, що перше поняття є більш широким за змістом. Термін «управління майном дитини» є зручним, оскільки він охоплює різні дії батьків щодо майна дитини. У теоретичному плані не викликає жодних сумнівів, що термін «управління майном дитини» охоплює і дії батьків, спрямовані на розпорядження майном, яке належить дитині на праві власності. Можна погодитися, що більш конкретним було б закріплення однозначного в цивілістиці терміна «розпорядження майном дитини». Однак, тут, по-перше, спрацювала певна традиція мислення, яка склалася саме в сімейному праві. По-друге, необхідність визначення широкого кола дій батьків щодо майна дитини, яке не вичерпується лише розпорядженням майном неповнолітнього. Поняття «розпорядження майном» у цивільному праві трактується достатньо вузько. Воно не охоплює усіх правочинів щодо майна, а тільки ті, які спричиняють зміну права власності. Тому не буде, наприклад, розпорядженням майном вчинення договору оренди, бо цей договір не означає переходу права власності до іншої особи. У зв'язку з цим закріплення в СК України терміна «розпорядження батьками майном дитини» було б вкрай невдалим, оскільки звужувало б коло дій, які батьки мають право вчиняти в реальному житті [4]. Спроба законодавчого закріплення терміну, була зроблена на основі визначення, яке сформулювала Л. Романовська. На її думку, управління майном дитини — це вчинення правових дій, спрямованих на ефективну реалізацію здійснення права дитини на майно [5, с. 4]. Це визначення знайшло своє відображення у ст. 1 Проекту Закону України «Про управління майном дитини» [6].

Як пояснює Л. Романовська, «ефективна реалізація права дитини на майно» означає вчинення таких дій суб'єктом управління майном дитини на свій розсуд або з дозволу органу опіки та піклування, які б могла вчиняти сама дитина за наявності повної цивільно-правової дієздатності, спрямованих на здійснення права володіння, права користування та права. Однією з ознак управління майном дитини є наявність «особистої вигоди дитини», тобто того, що суб'єкт управління майном дитини намагається здобути із корисних властивостей майна, до чого прагне, вчиняючи відповідні дії, а також доведено, що ця ознака є показником результативності управління. [5, с. 4].

Б. Левківський в свою чергу вважає, що управління майном дитини — це дії уповноваженої законом особи, направлені на здійснення дозволених законом

правомочностей власника щодо переданого в його володіння, користування, розпорядження майна в інтересах дитини [7, с. 145].

На наш погляд, найбільш повним буде таке визначення: управління батьками майном дитини — це дії батьків, що включають в себе:

- утримання майна;
- догляд за майном для підтримання його у належному стані;
- збереження майна;
- отримання доходу від майна і використання його для задоволення потреб дитини;
- розпорядження майном в інтересах дитини;
- охорона і захист майнових прав дитини.

Розглядаючи питання неналежного управління майном дитини, слід окремо зупинитися на тому, яке саме майно належить до «майна дитини». Як зазначає М. Дякович, діти нарівні з іншими суб'єктами можуть бути суб'єктами речових прав: права власності, постійного користування житловим приміщенням або спадкування земельної ділянки, сервітуту. Крім того, діти мають права вимоги, які випливають з зобов'язальних правовідносин, а також можуть бути власниками виключних прав [8, с. 72]. Щодо об'єктів власності дитини, то на думку науковця, дитина має право власності на доходи, одержані від використання її майна, на майно, яке отримала в дарунок або у спадщину, а також на будь-яке інше майно, придбане за її кошти [8 с. 73].

Згідно ч. 2 ст. 173 Сімейного кодексу, при вирішенні спору між батьками та малолітніми, неповнолітніми дітьми, які спільно проживають, щодо належності їм майна вважається, що воно є власністю батьків, якщо інше не встановлено судом. Як слушно зауважує Л. Красицька, під час здійснення майнових прав батьків і дітей враховується принцип роздільності майна батьків і дітей та презумпція належності майна на праві власності батькам, якщо інше не встановлено судом [9, с. 16].

В той же час, ст. 174 Сімейного кодексу, визначає перелік майна, яке є суто власністю дитини: це майно, придбане батьками або одним із них для забезпечення розвитку, навчання та виховання дитини (одяг, інші речі особистого вжитку, іграшки, книги, музичні інструменти, спортивне обладнання тощо), є власністю дитини, а ст. 175 Сімейного кодексу встановлює спільну сумісну власність, до якої належить майно набуте батьками і дітьми за рахунок їхньої спільної праці чи спільних коштів.

Аналіз відповідних положень Сімейного кодексу, Цивільного кодексу та інших нормативно-правових актів, дозволяє віднести до майна, що є власністю дитини:

- Майно, придбане батьками або одним із них для забезпечення розвитку, навчання та виховання дитини (одяг, інші речі особистого вжитку, іграшки, книги, музичні інструменти, спортивне обладнання тощо)
- Майно, набуте дитиною за договором дарування або в порядку спадкування.
- Аліменти, у разі смерті того з батьків, з ким проживала дитина.
- Заробітна плата, стипендія, інші доходи. На відміну від правового

режиму майна подружжя, законодавець не відносить до спільної сумісної власності доходи членів сім'ї. Однак, згідно ч. 5 ст. 32 ЦК, за наявності достатніх підстав суд за заявою батьків (усиновлювачів), піклувальника, органу опіки та піклування може обмежити право неповнолітньої особи самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією чи іншими доходами або позбавити її цього права.

- Премії, нагороди, гонорари, в тому числі за результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом, а також вираші.

- Страхові суми, одержані за особистим страхуванням дитини, а також як відшкодування шкоди, завданої їй каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я та відшкодування завданої дитині моральної шкоди.

- Майно, придбане за особисті кошти дитини.

- Кошти, одержані як відшкодування шкоди за втрату, пошкодження речі, що належала дитині особисто.

- Дохід від використання майна, що належить дитині особисто.

Окремо слід розглянути питання щодо майнових прав дитини. Варто погодитись з позицією Л. Романовської, що майнові права як предмет управління повинні розглядатися умовно. У реальній дійсності предметом управління є не право у власному розумінні, а документи, що засвідчують його існування та дають право дитині на одержання майна. Наприклад, право дитини на майно засвідчується свідоцтвом про спадщину чи письмовим цивільно-правовим договором тощо. Отже, документи, що засвідчують право дитини на майно, є об'єктивно вираженою формою майнових прав. Основною їх ознакою є те, що вони конкретизують суб'єкта права, тобто вказують на дитину та її право щодо відповідного майна. Тому, якщо ми розглядаємо майнові права, то їх розуміємо як права суб'єкта щодо певного майна. Утім, майнові права не можуть визнаватися предметом управління, як і майнові обов'язки. Отже, предметом управління є тільки річ, з якою пов'язані відповідні майнові права та майнові обов'язки [10, с. 129].

Згідно ч. 8 ст. 177 Сімейного кодексу, після припинення управління батьки зобов'язані повернути майно, яким вони управляли, а також доходи від нього, а відповідно до ч. 9 цієї ж статті, неналежне виконання батьками своїх обов'язків по управлінню майном є підставою для покладення на них відповідальності. У зв'язку з цим виникає питання щодо критеріїв належності виконання відповідних обов'язків.

3. Ромовська притримується позиції, що усі ризики, пов'язані з майном, в тому числі ризик випадкового знищення, несе дитина як власник. Негативний наслідок у вигляді відшкодування дитині завданої матеріальної шкоди може бути покладений на батьків лише у разі їхньої винуватої протиправної поведінки [2, с. 271].

На думку І. Жилінкової, відповідальність батьків за шкоду, заподіяну майну дитини в процесі його управління, має своєрідну природу. Залежно від джерела її виникнення відповідальність в цивільному праві поділяється на договірну та недоговірну (деліктну). Загалом, обов'язок по відшкодуванню

шкоди виникає з делікту (правопорушення). Для деліктних правовідносин характерним є те, що до правопорушення сторони не пов'язані між собою правами та обов'язками. У випадку ж вчинення неправомірних дій батьками йдеться про невиконання (неналежне виконання) обов'язку, що вже існує. Іншими словами, саме невиконання обов'язку, а не правопорушення, є підставою виникнення відповідальності батьків. Таким чином зобов'язання по відшкодуванню шкоди батьками не може розглядатися як таке, що виникає з делікту, тобто як позадоговірне зобов'язання. Однак таке зобов'язання не може бути віднесено і до числа зобов'язань договірної типу, оскільки договору про управління майном між дитиною та її батьками не існує. Відсутній такий договір і між батьками та органом опіки і піклування. [3, с. 199-200]

В контексті належності виконання батьками обов'язку з управління, слухним є зауваження, що не завжди право на майно може бути підтверджене документами та з'ясоване щодо його наявності. Право щодо такого майна дитини, як будинок, квартира, земельна ділянка, машина, засвідчується документами. Проте на такі речі, як комп'ютерна та побутова техніка, музичні інструменти, коштовності тощо, документи відсутні, за винятком свідоцтва про спадщину, чи документів про перехід права на таке майно при даруванні, купівлі-продажу та інші, де може бути наданий перелік відповідного майна і визначений суб'єкт права на це майно. Окрім цього, протягом дитячого віку в процесі управління вчиняються різні юридичні дії щодо майна дитини, у тому числі купівлі-продажу, міни, оренди та інші. Як внаслідок таких юридичних дій змінювався склад майна дитини, вивчити неможливо. У зв'язку з цим так само зробити висновок щодо належного виконання обов'язків з управління майном дитини та відсутності правових наслідків, передбачених ч. 9 ст. 177 СК України [10, с. 129-130].

Ще одним проблемним питанням є відсутність в законодавстві чіткої регламентації щодо розподілу доходів від управління майном дитини. Так, згідно ч. 1 ст. 178 Сімейного кодексу, дохід, одержаний від використання майна малолітньої дитини, батьки мають право використовувати на виховання та утримання інших дітей та на невідкладні потреби сім'ї. Однак, як зауважує Б. Левківський, вищезгадані норми ч. ч. 8,9 ст. 177 Сімейного кодексу створюють можливості для притягнення до відповідальності навіть тих батьків, які добросовісно виконували обов'язок з управління майном дитини, однак використовували дохід від майна на потреби інших дітей та/або сім'ї. На думку науковця, доцільно було б закріпити у ст. 178 Сімейного кодексу норми, за якими дохід від використання майна дитини батьки зобов'язані направляти на потреби цієї дитини, утримання та збереження її майна. Частина доходу, яка не використовується а потреби дитини, утримання та збереження її майна, може бути справедливо розподілена батьками на виховання і утримання інших дітей та потреби сім'ї [7, с. 145-146].

Вважаємо, що врахування інтересів та забезпечення потреб дитини є основним критерієм належності управління майном. При цьому, в інтересах дитини може бути як збереження майна у належному стані (наприклад, успадкованої від діда, баби квартири), так і продаж майна для задоволення її

пріоритетних потреб, якщо інакше задовольнити потреби немає можливості (наприклад, кошти на лікування та реабілітацію).

Розглядаючи питання відповідальності, варто звернути увагу, що у ч. 9 ст. 177 Сімейного кодексу йдеться лише про відшкодування матеріальної шкоди. Однак, в науковій літературі, висловлюється позиція, що шкода, заподіяна дитині управлінням її майном, може бути як матеріальною, так і моральною. Законодавством не передбачено право дитини на отримання моральної шкоди. Моральна шкода може бути наслідком моральних і фізичних страждань, завданих дитині порушенням її права на майно. Тому доцільно право дитини на відшкодування моральної шкоди закріпити у Цивільному кодексі [5, с. 11].

Також законодавець покладає на недобросовісних батьків обов'язок повернути доходи, одержані від управління майном дитини. Тобто, очевидно, йдеться про доходи, які батьки фактично одержали, але витратили не за призначенням. У зв'язку з цим виникає питання: чи має право дитина на упущену вигоду, тобто доходи, які вона могла б отримати при належному виконанні батьками своїх обов'язків, але не отримала через їх недбалість? Доцільно було б ч.9 ст. 177 Сімейного кодексу конструкцією « доходи, які були одержані або могли бути одержані».

Висновки. Підсумовуючи вищесказане, варто погодитися з І. Жилінковою, що відповідальність батьків, передбачена ст.177 Сімейного кодексу відповідальність батьків, є важливою гарантією захисту прав дитини від зловживань з їх боку. На жаль, вона встановлює лише загальне правило і не деталізує необхідною мірою інші питання. [3, с. 200] Необхідною є законодавча деталізація понять «управління майном дитини», « майно дитини», «неналежне виконання обов'язків з управління майном дитини», а також заходів відповідальності за неналежне управління.

Список використаних джерел

1. Сімейний кодекс України : наук.-практ. коментар / За заг. ред. С. Я. Фурси. — К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2008. — 1248 с.
2. **Ромовська З. В.** Сімейний кодекс України [Текст] : наук.-практ. коментар: зі зм. та доп. станом на 1 вересня 2008р. / З. В. Ромовська. — К. : «Правова єдність», 2009. — 432 с.
3. Харьковская цивилистическая школа: антология семейного права : монография / В. К. Антошкина, В. И. Борисова, И. В. Жилинкова, Р. М. Замуравкина, В. А. Кройтор; ред.: И. В. Спасибо-Фатеева. — Х. : Право, 2013. — 234 с.
4. **Жилінкова І.** Науково-правовий висновок щодо щодо співвідношення понять «Управління майном дитини» за СК України та «розпорядження майном» за ЦК України / І. Жилінкова // Мала енциклопедія нотаріуса. — 2007. — № 6 (36). [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://yurradnik.com.ua/stati/d0-bd-d0-b0-d1-83-d0-ba-d0-be-d0-b2-d0-be-d0-bf-d1-80-d0-b0-d0-b2-d0-be-d0-b2-d0-b8-d0-b9-d0-b2-d0-b8-d1-81-d0-bd-d0-be-d0-b2-d0-be-d0-ba-d1-89-d0-be-d0-b4-d0-be-d1-81-d0-bf-d1-96-d0-b2-d0-b2/>

5. **Романовська Л. А.** «Управління майном дитини за цивільним та сімейним законодавством України»: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03 — цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. — Київ, 2016. — 20 с.
6. Про управління майном дитини : проект закону України від 10 березня 2015 р. № 2354 [Електронний ресурс] — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54346
7. **Левковський Б. К.** Защита прав ребёнка в отношениях по управлению имуществом / Б. К. Левковский // Международный научно- практический правовой журнал «Закон и Жизнь». — 2013. — № 10/3 (262). — с. 143-146
8. **Дякович М. М.** Особливості охорони й захисту нотаріусом майнових прав та інтересів батьків і дітей / М. М. Дякович // Право і суспільство. — 2015. — № 3 (3). — С. 71-76.
9. **Красицька Л. В.** Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей : монографія / Л. В. Красицька. — Київ : Ліра-К, 2014. — 626 с.
10. **Романовська Л. А.** Поняття «майно» дитини як предмета управління за цивільним законодавством / Л. А. Романовська // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2013. — № 1. — С. 124-131.

Анотація

Стаття присвячена проблемним питанням відповідальності батьків за неналежне виконання обов'язків з управління майном малолітньої дитини. Зокрема, дається визначення поняття «управління майном», критерії належності виконання обов'язків з управління майном, окреслюється коло майна, яке слід вважати власністю дитини.

Annotation

The article is devoted problematic parental responsibility for the improper performance of duties of property management minor child. In particular, given the definition of «property management» criteria of the duties of property management, outlines a range of assets which should be considered the property of the child.

Бойчук Т. В.

*к.ю.н., Львівський державний університет внутрішніх справ,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін*

ПРИНЦИПИ ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ В КОНТЕКСТІ НАЦІОНАЛЬНОЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЩОДО ПОВЕРЕННЯ БАНКІВСЬКИХ ВКЛАДІВ (ЗАОЩАДЖЕНЬ) НАСЕЛЕННЯ

Ключові слова: система гарантування (страхування) заощаджень, фінансова система, банківська система, заощадження

Key words: system of savings guaranteeing (insurance), financial system, banking system, savings.

Постановка проблеми. Практична реалізація принципів Європейського суду з прав людини, в ході побудови ефективного правового врегулювання відносин пов'язаних із гарантуванням та відновленням банківських вкладів (заощаджень) населення, в тому числі здійснених в установах Ощадбанку СРСР є неможливою без побудови ефективної фінансової стратегії держави (зокрема, боргової стратегії) щодо здійснення запозичень, визнання боргу, управління ним, а також визначення умов його обслуговування та погашення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На даний аспект звертають увагу в своїх роботах вітчизняні та зарубіжні дослідники, зокрема С. С. Алексеев, І. Б. Заверуха, К. Дейвіс, Т. Хартлі. Проте, багато питань залишаються недостатньо дослідженими, зокрема можливий вплив принципу пропорційності (співрозмірності) та принципу юридичної безпеки (визначеності) на правозастосовчу та судову практику в контексті питання гарантуванням та відновленням банківських вкладів (заощаджень) населення, в тому числі здійснених в установах Ощадбанку СРСР.

Постановка завдання. В межах даної статті проведено правовий аналіз керівних засад та ідей (принципів), що зумовлюють розвиток правової думки та практики у сфері гарантування та відновлення заощаджень населення (залучених у банківські депозити (вклади), в тому числі і здійснених у установах Ощадбанку СРСР, зокрема звернуто увагу на принципи права Європейського Суду з прав людини та права Європейського Союзу, які, на мають визначальне значення для подальшого розвитку правового режиму гарантування та відновлення заощаджень населення (залучених у банківські депозити (вклади), в тому числі і здійснених у установах Ощадбанку СРСР. Йдеться про: принцип пропорційності (співрозмірності) та принцип юридичної безпеки (визначеності), які тісно переплітаються та взаємодіють із принципом верховенства права, принципом соціальної спрямованості фінансово-правового регулювання, принципом непорушності приватної власності.

Вклад основного матеріалу. Принципи права є одними із елементів юридичного режиму регулювання суспільних відносин [1, с.32]. З огляду на це, їх аналіз допомагає сформулювати концептуальні імперативи побудови

ефективної правової моделі, яка б повною мірою поєднувала в собі потреби теорії та практики у сфері повернення банківських вкладів (заощаджень) населення.

Предметом дослідження у даній статті не є безпосередньо принципи права, то доцільно скористатись вже існуючою стислою класифікаційною системою правових принципів розробленою юристами-теоретиками, конституціоналістами та фінансистами і виокремити основні з них:

- загальні правові принципи, які відображені у Конституції та під впливом яких формуються галузеві фінансово-правові та інституційні принципи. З огляду на те, що Конституція забезпечує збалансованість публічних і приватних засад у праві та є головним джерелом публічного права, І.Б. Заверуха до основних конституційних засад існування та розвитку фінансових відносин у демократичних державах відносить: принцип державного суверенітету, принцип законності, принцип верховенства права, принцип рівності тощо [2]. Також до загальних правових принципів слід віднести: принцип справедливості, гуманізму, відповідальності, демократизму, та ін.;
- галузеві – фінансово-правові принципи: пріоритетність публічних інтересів у правовому регулюванні фінансових відносин; соціальна спрямованість фінансово-правового регулювання; самостійність фінансової діяльності органів місцевого самоврядування; принцип розподілу функцій у сфері фінансової діяльності між представницькими і виконавчими органами влади; гласність фінансової діяльності держави, органів місцевого самоврядування; плановість та ін. Зміст наведених принципів визначається Конституцією України та конкретизується в нормах фінансового права.
- міжгалузеві: влади і підпорядкування, субординації (правової підпорядкованості один одному); ієрархії; нерівного правового становища; імперативності; правового захисту загальносуспільного інтересу та інших).

В даній статті, не вважаю за доцільне акцентувати увагу на вже досліджених та згаданих вище принципах, а звернути увагу на принципи права Європейського суду з прав людини та права Європейського Союзу, які б мали, визначальне значення для подальшого розвитку правового режиму гарантування та відновлення заощаджень населення (залучених у банківські депозити (вклади), в тому числі і здійснених у установах Ощадбанку СРСР.

На сьогоднішній день, у відповідності до положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, яка ратифікована і Україною у 1997 році, Європейському суду з прав людини відведена роль вищого судового органу, який у своїй діяльності є незалежний від правових систем країн підписантів вищезгаданої Конвенції та протоколів до неї. Будучи вищим незалежним судовим органом, що має великий авторитет, судові прецеденти, які сформовані ним в ході своєї діяльності визнаються та є обов'язковими для країн-учасників Конвенції. У відповідності до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав

людини» від 23 лютого 2006 р., Конвенція та рішення Європейського суду з прав людини є джерелами права в Україні та обов'язковими для вітчизняного правозастосовувача [3]. Таким чином прецеденти, створені цим судовим органом, стали джерелом права й у нашій країні. Зауважу, що нині все більше правників обстоюють зазначену точку зору і наполягають на однозначному застосуванні в Україні Конвенції та практики Європейського суду з прав людини як джерела права [4]. Зокрема, цікавою видається позиція О.Ф. Скакун, яка говорить, що утвердженню судового прецеденту в Україні сприяє той факт, що наша країна визнала європейське право, яке формується переважно як прецедент, бо статутна форма Європейської системи захисту прав людини (Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод, Статути Комісії та Суду, Процедурні правила роботи Комісії та Суду) має прецедентний зміст. З огляду на це прецедентне право стало частиною вітчизняного права: судовий прецедент існує де-факто, а це є показником судової правотворчості, але він ще не має, на жаль, офіційного законодавчого визнання. Для визначення дійсної ролі прецеденту в системі формальних джерел права в Україні особливе значення може зіграти його законодавче закріплення [5].

Слушним є також зауваження А. А. Клепницького, що «страсбурзькі прецеденти» не можна розглядати у їх вузькому розумінні, тобто як суто казуальне тлумачення. Євросуд не просто вирішує конкретну справу, але й створює правову судову доктрину, оскільки Конвенція тлумачиться, виходячи з її внутрішнього смислу в універсальному розумінні, характерному для демократичних країн Європи [6, с.60].

Таким чином, Європейський судом з прав людини формує загальні принципи права Європейського Союзу. Слід також звернути увагу на те, що аналізуючи рішення суду конституційної юрисдикції все частіше при розгляді справ Конституційний Суд України, у своїх рішеннях, посилається на судову практику Європейського суду.

Зважаючи на вищенаведене, до засад (принципів) конституційного права та права Європейського суду з прав людини, які мають визначальне значення для подальшого розвитку правового режиму гарантування та відновлення заощаджень населення (залучених у банківські депозити (вклади), в тому числі і здійснених у установах Ощадбанку СРСР слід віднести: принцип пропорційності (співрозмірності) та принцип юридичної безпеки (визначеності), які тісно переплітаються та взаємодіють із принципом верховенства права, принципом соціальної спрямованості фінансово-правового регулювання, принципом непорушності приватної власності.

Вперше, принцип пропорційності, на території країн континентальної системи права був запроваджений у німецькому праві, а згодом одержав своє закріплення в праві Європейського Союзу, прецедентах Європейського суду з прав людини та Договорах про утворення Європейського Союзу [3, с.122]. У німецькому праві принцип пропорційності визначається через три «субпринципи»: субпринцип придатності, у відповідності до якого захід, який вживається публічною владою, насамперед, має бути придатним для досягнення поставленої мети; субпринцип необхідності або потрібності –

публічна влада має обирати серед кількох придатних заходів саме той, який щонайменше впливає на окрему особу та на загал; субпринцип співмірності у вузькому розумінні або заборона перебільшення — захід не повинен реалізовуватися, якщо очікувані від нього негативні наслідки виходять за межі прийнятності порівняно з очікуваним результатом [7].

Згодом цей принцип знайшов своє відображення у праві більшості країн континентальної системи права, що дозволило Європейському суду з прав людини ввести його до числа загальних принципів права. Відповідно до змісту всієї Європейської конвенції, Європейський суд розвинув і доповнив критерії допустимості втручання держави в майнові права. Зокрема, він вивів принцип, що ліг в основу судової практики застосування ст.1 Протоколу №1 до Європейської конвенції: «... Суд повинен встановити, чи було дотримано справедливу рівновагу між вимогами суспільного інтересу і вимогами захисту основних прав приватних осіб» [8, с.22]. Як правило, запровадження такого законодавчого обмеження обумовлене важливістю суспільного (публічного) інтересу, який спричинив запровадження обмеження основного права. Відповідно, за таких обставин виникає проблема співрозмірності засобу та мети. Конституційний принцип співрозмірності (пропорційності), який виражає загально-правовий принцип співрозмірності, містить приписи, заборони, які адресуються, перш за все, законодавцю [9, с.72].

На думку Г.А. Гаджиева, обмеження основних економічних прав можливе лише за умови наявності публічного інтересу (мета запровадження такого обмеження повинна бути публічною та важливою), а способи її реалізації повинні мати мінімально обмежувальний характер. При цьому, поняття змісту обмежувальних заходів, автор визначає як визначену економічну політику держави, що здійснює державне регулювання ринкової економіки. Таким чином, застосування принципу співрозмірності (пропорційності) не повинне обмежуватися лише правотворчою сферою законодавця, а й широко застосовуватися у правозастосовчій сфері, зокрема, судовими органами, котрі застосовуючи закон, який запроваджує обмеження економічної свободи, виступають в ролі оцінювачів обмежувальних дій законодавця [9, с.73].

Для відносин у сфері гарантування та відновлення заощаджень населення (залучених у банківські депозити (вклади), в тому числі і здійснених у установах Ощадбанку СРСР характерною їх ознакою є нерівність учасників цих відносин. Обмеження прав громадян у їх основних економічних та соціальних правах, наприклад, з приводу несвоєчасності чи неповноти виплат втрачених заощаджень – є неприпустимими.

Проте, на даний момент, саме таке обмеження законодавчо закріплених та гарантованих державою прав має місце. У своїх рішеннях від 19 червня 2001 року №9-рп/2001 [10], 26 грудня 2011 року № 20-рп/2011 [11], та від 25 січня 2012 року № 1-11/2012 [12] Конституційний Суд України чітко вказав на те, що розмір соціальних виплат, які здійснюються державою залежать від низки факторів, а саме: соціально-економічних можливостей держави; встановлюються державою виходячи із її фінансових можливостей; пов'язані з економічною доцільністю їх проведення.

У вищезгаданих рішеннях зазначається, що принцип соціальної справедливості, який закладений, зокрема в ст. 22 Загальної декларації прав людини 1948 року, у відповідності до якої кожній людині, як члену суспільства, надається право на соціальне забезпечення та на здійснення необхідних для підтримання її гідності та для вільного розвитку її особистості прав у економічній, соціальній і культурній галузях за допомогою національних зусиль і міжнародного співробітництва та відповідно до структури і ресурсів кожної держави [13]. У п.1 ст. 2 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права 1966 року встановлено загальний обов'язок держав із забезпечення здійснення прав, що передбачені цим пактом, у максимальних межах наявних ресурсів [14].

У рішенні Конституційного суду від 25 січня 2012 року № 1-11/2012, Конституційний суд посилається на практику Європейського Суду з прав людини, а саме на рішення від 9 жовтня 1979 року у справі «Ейрі проти Ірландії» в якому зазначається, що реалізація соціально-економічних прав людини перебуває в залежності від становища держави, особливо фінансового [15]. На думку Конституційного суду, вказані положення можуть застосовуватися й до обмеження (зменшення) соціальних виплат про що зазначено в рішенні Європейського Суду з прав людини у справі «Кйартан Асмундсон проти Ісландії» від 12 жовтня 2004 року [16]. Вищезгадане рішення, Конституційний суд мотивує і тим, що фінансовим джерелом забезпечення соціального захисту громадян є кошти державного бюджету, а відтак держава в силу приписів, які містяться в ч.1, 3 ст. 95 Конституції України, згідно з якими бюджетна система України будується на засадах справедливого і неупередженого розподілу суспільного багатства між громадянами і територіальними громадами; держава прагне до збалансованості бюджету України [17]. В той же час у своєму рішенні від 27 листопада 2008 року, у справі про збалансованість бюджету, Конституційний Суд України, виходячи із системного тлумачення положень ч.2, 3 ст. 95 та ст. 46 Конституції України зазначає, що прагнення держави до збалансованості бюджету України – це дотримання рівномірного співвідношення між дохідною і видатковою частинами бюджету та обов'язок держави на засадах справедливого, неупередженого розподілу суспільного багатства між громадянами враховувати загальносуспільні потреби, необхідність забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя [18].

У правовій позиції Конституційного суду від 26 грудня 2011 року № 20-рп/2011, зазначається, що закріплені в законодавстві соціально-економічні права не є абсолютними. З огляду на свої фінансові можливості, держава, може змінювати механізм реалізації цих прав, але при цьому повинен зберігатися пропорційний перерозподіл коштів державного бюджету, для збереження балансу інтересів усіх членів суспільства. Запровадження вищезгаданих заходів обумовлюється також і необхідністю запобігти чи усунути можливі реальні загрози економічній безпеці України, що у відповідності до ч.1 ст. 17 Конституції України є однією із найважливіших функцій держави [11].

З огляду на вищенаведене, Конституційним судом України, у своєму Рішенні від 25 січня 2012 року № 1-11/2012 зроблено висновок про те, що під

соціальним захистом держави осіб слід розуміти сукупність заходів, які здійснюються державою в межах її соціально-економічних можливостей та відповідно до критеріїв пропорційності, справедливості і є конституційно допустимими до тих меж, за якими ставиться під сумнів власне сутність змісту права на соціальний захист [12].

Однак, вищезгадані висновки не відповідають основоположним положенням Конституції України. Виходячи із системного аналізу норм Основного закону, в яких розкривається сутність конституційного положення про те, що Україна є соціальною державою, закріпленого у ст. 1 Конституції України, випливає те, що ця конституційна характеристика, як одна із засадничих, конституційного ладу, включає в себе і «положення, за якими людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю; права і свободи людини» (в т.ч. і соціального і економічного характеру), «їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави; при цьому держава безпосередньо відповідає перед людиною за свою діяльність» [17].

Незважаючи на особливості побудови тієї чи іншої національної моделі соціальної держави для неї характерним є ряд спільних ознак, а саме, соціальна держава є:

- продуктом еволюції громадянського суспільства в напрямку до соціальної демократії;
- є однією із якісних характеристик правової держави;
- проголошення держави соціальною є важливою конституційною гарантією забезпечення й захисту соціальних прав громадян;
- як мета діяльності, так і діяльність (соціальна політика), соціальної держави визначаються правовими рішеннями, її функціонування передбачає наявність досконалого соціального законодавства;
- соціальна держава служить забезпеченню громадянського миру і злагоди в суспільстві;
- утвердження соціальної державності сприяє трансформації ринкової економіки на соціальну ринкову [19].

Скакун О.Ф. до ознак соціальної держави відносить також, і:

- наявність соціального захисту громадян та гарантування забезпечення державою конкретного мінімуму соціальних благ — гарантований рівень життя кожному громадянину та його підвищення;
- надання реальної можливості громадянам домагатися забезпечення державою їх соціального захисту, підвищення рівня соціально-економічних прав громадян до рівня основних прав;
- здійснення державою політики соціальних поступок тощо [20].

Таким чином, будучи обмеженою правом, соціальна держава активно регулює соціально-економічні процеси, соціальний аспект основних прав громадян та їх соціальну захищеність відповідно до закону [21].

В цьому контексті, слід звернути особливу увагу на те, що компенсаційні виплати вкладникам, зокрема заощаджень населення здійснених в установах Ощадбанку СРСР та державного страхування СРСР для значної частини

громадян України (в переважній більшості, соціально незахищених осіб пенсійного віку), є додатковим до основного джерелом існування, складовою конституційного права громадянина на забезпечення достатнього життєвого рівня, яке закріплене у ст. 48 Основного Закону.

Конституцією України, теорією держави і права, серед ознак соціальної держави – не визначено такої ознаки, як забезпечення необхідних загальносуспільних потреб щодо забезпечення достатнього життєвого рівня виходячи з фінансових можливостей держави.

Такі дії держави у цій сфері слід відносити до її функцій, а не ознак, і за таких умов обов'язком держави є справедливий і неупереджений розподіл суспільного багатства з дотриманням при цьому рівня державних гарантій конституційних прав громадян, а також забезпечення «соціальної спрямованості» своєї економіки як це закріплено у ст. 13 Конституції України.

Як справедливо зазначає І.Б. Заверуха, для відносин у сфері державного боргу характерною є особливість, яка полягає у тому, що у випадку нездійснення державою розрахунку за державними цінними паперами чи вкладами гарантованими урядом фізичним чи юридичним особам має місце порушення приватного інтересу. Але у випадку наявності багатьох таких суб'єктів, і держава зобов'язалась у відповідний спосіб виконати свої зобов'язання перед населенням, то це вже набуває характеру суспільного інтересу – різновиду публічного [2].

Окрім того, фінансування компенсаційних виплат заощаджень населення здійснених в установах Ощадбанку СРСР та державного страхування СРСР є частиною публічних видатків централізованих фондів грошових коштів і їхнє погашення здійснюється за рахунок суспільства: в теперішньому або майбутньому часі. Поєднання в такому контексті публічного (державного і суспільного) та приватного інтересів зумовлює проблеми у правозастосуванні.

Така правова невизначеність призводить до масової появи поодиноких позовів, які мають усі правові підстави щоб бути задоволеними, однак не матимуть фінансового підґрунтя.

Так, до прикладу, у своєму рішенні у справі «Бурдов проти Росії», Європейський Суд з прав людини зазначив, неприпустимість виправдання неможливості виконання державою судового рішення відсутністю належного фінансування [23]. У вищезгаданій справі, на думку суду, заявник не повинен був страждати від невиконання ухвалених на його користь судових рішень через стан фінансових можливостей держави.

Висновки. Відновлення довіри населення до банківської системи, а також довіри до українського Уряду в сучасних умовах, зумовлює необхідність, в найстисліших часових межах, побудови дієвого правового механізму гарантування та відновлення заощаджень населення (залучених у банківські депозити (вклади), в тому числі і здійснених у установах Ощадбанку СРСР. А це, в свою чергу, в світлі євроінтеграційних процесів України – є неможливим без вивчення та імплементації принципів Європейського суду з прав людини у національну правозастосовчу практику.

Список використаних джерел

1. **Крохина Ю. А.** Бюджетное право и российский федерализм / Ю. А. Крохина; под. ред. Н. И. Химичевой. – М.: Норма, 2001. – 352 с.
2. **Заверуха І. Б.** Державний борг України: проблеми правового регулювання / І. Б. Заверуха. – Львів, 2006. – 309 с.
3. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.11.2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – Ст. 260.
4. **Селезень П. О.** Вплив рішень Європейського суду з прав людини на розвиток податкової системи / П. О. Селезень // Форум права. – 2009. – № 1. – С. 491.
5. **Скакун О. Ф.** Законотворча (правотворча) функція Конституційного Суду України / О. Ф. Скакун // Актуальні проблеми політики. – 2003. – Вип. 16. – С. 60–68.
6. **Клепницкий И. А.** Преступление, административное правонарушение и наказание в России в свете Европейской конвенции о правах человека / И. А. Клепницкий // Государство и право. – 2000. – № 3. – С. 66.
7. Creifelds Rechtsworterbuch. – 19. Auflage, – Munchen: Verlag C. H. Beck, 2007. – P. 1248.
8. **Лобов М.** Защита имущественных прав в рамках Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод // Россия и Совет Европы: перспективы взаимодействия / М. Лобов. – М., 2001. – С. 109.
9. **Гаджиев Г. А.** Конституционные принципы рыночной экономики. Развитие основ гражданского права в Решениях Конституционного Суда Российской Федерации / Г. А. Гаджиев. – М.: Юрист, 2004. – С. 72–73.
10. Рішення Конституційного Суду України від 19 червня 2001 року № 9-рп/2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-01>
11. Рішення Конституційного Суду України від 26 грудня 2011 року № 20-рп/2011 // Вісник Конституційного суду України, — 2012, — №1, — Ст. 93
12. Рішення Конституційного Суду України від 25 січня 2012 року № 1-11/2012 // Вісник Конституційного суду України, — 2012, — №2, — Ст. 25
13. Всеобщая декларация прав человека [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015
14. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_042
15. Рішення Європейського суду з прав людини від 9 жовтня 1979 року у справі «Ейрі проти Ірландії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_332
16. Рішення Європейського суду з прав людини від 12 жовтня 2004 року у справі «Кйарган Асмундсон проти Ісландії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GG3J000A.html

17. Конституція України від 28.06.1996 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80>
18. Рішення Конституційного Суду України від 27 листопада 2008 року № 26-рп/2008 // Вісник Конституційного суду України, — 2009, — №1, — Ст. 42
19. Загальна теорія держави і права / за ред. проф. М. В. Цвіка, доц. В. Д. Ткаченка, проф. О. В. Петришина. – Харків: Право, 2002.
20. **Скаун О. Ф.** Теорія держави і права: підручник / О. Ф. Скаун. – Харків: Консум; Ун-т вн. справ України, 2000. – С. 153–155.
21. **Ведерніков Ю. А.** Теорія держави і права: навчальний посібник / Ю. А. Ведерніков, А. В. Папірна. – К.: Знання, 2008.
22. **Рисін В. В.** Грошово-кредитні системи зарубіжних країн: навч. посібник / В. В. Рисін. – Львів: ЛБІ НБУ, 2001. – 192 с.
23. Рішення Європейського суду з прав людини від 7 травня 2002 р. у справі «Будров проти Росії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_045

Анотація

У статті проведено правовий аналіз керівних засад та ідей (принципів), що зумовлюють розвиток правової думки та практики у сфері гарантування та відновлення заощаджень населення. Зокрема звернуто увагу на принципи права Європейського Суду з прав людини та права Європейського Союзу, які, на мають визначальне значення для подальшого розвитку правового режиму гарантування та відновлення заощаджень населення (залучених у банківські депозити (вклади), в тому числі і здійснених у установах Ощадбанку СРСР. Йдеться про: принцип пропорційності (співрозмірності) та принцип юридичної безпеки (визначеності), які тісно переплітаються та взаємодіють із принципом верховенства права, принципом соціальної спрямованості фінансово-правового регулювання, принципом непорушності приватної власності.

Annotation

The article analyzes the legal governing principles and ideas (principles) that contribute development of legal thought and practice in supporting recovery and savings. In particular referred to the principles of the European Court of Human Rights and European Union law, which, are crucial for the further development of the legal regime guaranteeing and recovery of household savings (those involved in bank deposits (deposits), including those made in the institutions of the Savings Bank of the USSR. These are: the principle of proportionality and the principle of legal security that are closely intertwined and interact with the rule of law, the principle of social orientation of financial regulation, the principle of the inviolability of private property.

Кучер В. О.,

*к.ю.н., доцент, Львівський державний університет внутрішніх справ,
завідувач кафедри цивільного права та процесу;*

Котуха О. С.

*к.ю.н., доцент, Львівський торговельно-економічний університет,
декан юридичного факультету*

НЕПОРУШНІСТЬ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Ключові слова: власність, право власності, непорушність, недоторканність, конфіскація, реквізиція.

Key words: property, right of property, inviolability, immunity, confiscation, requisition.

Постановка проблеми. На сучасному етапі розвитку України як правової держави актуальним є положення Конституції України про те, що утвердження і забезпечення прав і свобод є головним обов'язком держави (ст. 3). Не є винятком права, пов'язані з відносинами власності.

Термін «власність» використовується у різноманітних значеннях. В одних випадках його вживають як синонім понять «майно» та «річ». У інших випадках вважають, що йдеться про суто економічні відносини; деколи, навпаки, — це поняття отожднюють з категорією «право власності», що є неприпустимим [1, с. 46-46; 2, с. 126]. Це лише підсилює увагу до цього правового інституту та зумовлює подальші наукові пошуки у даному напрямку.

Право власності є одним з ключових інститутів цивільного права з багатогранною правовою природою. Воно входить до системи найбільш поширених суспільних відносин, що пов'язані з присвоєнням та розподілом суспільних матеріальних благ. Поширеною є думка про визнання права власності цінністю у загальносуспільному значенні, що проявляється у комплексних ознаках, зокрема як економічної, правової та соціальної категорії.

Важливість інституту права власності також проявляється у потребі імплементації європейських правових норм у вітчизняну систему законодавства.

Аналіз останніх досліджень. Проблемам права власності присвячені численні праці відомих українських цивілістів. Питання правового регулювання права власності розкривали такі науковці, як Д. В. Боброва, О. В. Дзера, О. М. Клименко, В. М. Коссака, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць, Р. А. Майданик, І. В. Спасібо-Фатеева, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, Я. М. Шевченко та інші. Разом з тим динамічний розвиток відносин власності зумовлює постійну актуальність питань їх правового регулювання.

Крім цього не достатньо розробленим в Україні залишаються питання теоретичного обґрунтування змісту засади непорушності права власності. Як зазначає Н. Кузнецова, відчуття захищеності суб'єктивного права (у тому числі

й права власності) формує в особи сприйняття повноцінності його правового статусу, а відтак — і наявності передумов для соціальної активності [3, с.11].

Постановка завдання. З урахуванням сказаного метою дослідження є комплексний аналіз нормативно-правових актів, теоретичних наукових поглядів на суть принципу непорушності права власності, а також удосконалення правового регулювання відносин власності в Україні.

Виклад основного матеріалу. На важливість питання непорушності права власності вказує постійне розширення поняття власності та велика увага Європейського суду з прав людини до питання захисту права власності.

Непорушність власності співвідноситься з принципом недоторканності власності. Як зазначає О.В. Дзера «непорушність» полягає у недоторканності як права власності, так і самого майна власника [4, с. 70].

У 1997 році для України набула чинності Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі — Конвенція), якою запроваджувався механізм захисту широкого кола прав і свобод особи у Європейському суді з прав людини.

Україна взяла на себе зобов'язання дотримуватися і гарантувати на національному рівні права людини, що містяться у Конвенції та протоколах до неї. Серед основних прав особливе місце посідає право власності. Статистичний аналіз роботи Європейського суду з прав людини за 1959-2010 р.р. свідчить, що кількість скарг, за якими встановлені факти порушення державами права власності, є однією з найбільших (16,8 % від усіх справ). Крім того, кількість справ, у яких Європейський суд з прав людини встановив факт порушення Україною права власності, також високий (41,3 % загальної кількості справ, вирішених проти України) [5, с. 41].

Поняття власності у контексті Конвенції та протоколів до неї є досить широким. «Власність» у розумінні Конвенції та Першого протоколу до неї — це автономне явище, яке жодним чином не пов'язане із національним його розумінням та має тлумачення незалежне від національного [3, с. 10; 6, с.372-373]. При цьому Європейський суд з прав людини використовує широкий підхід до обсягу вказаного поняття, яким охоплюється, крім рухомого та нерухомого майна, також майнові права й інтереси [5, с. 41].

Визначальними критеріями для оцінки майна є економічна цінність, тобто грошова його оцінка. Стаття 1 Першого протоколу до Конвенції має назву «Захист права власності». Обсяг гарантій за Конвенцією щодо права власності охоплює захист виключно вже існуючого права. Ця стаття не гарантує право на отримання, набуття такого права та не захищає майбутні права [7, с. 409; 8, с. 5].

Стаття 1 Першого протоколу до Конвенції зазначає: «Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права.

Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів».

В основу статті 1 Першого протоколу до Конвенції покладено два рішення: «Маркс проти Німеччини», де розкрито визнання права будь-якої особи на безперешкодне користування своїм майном, та «Спорронт і Лоннрот проти Швеції» (визначаються основні вимоги стосовно застосування даної статті).

Європейський суд з прав людини вказує, що відповідно до його прецедентної практики стаття 1 Першого протоколу містить три окремі норми:

– перша, що відображена в першій фразі першого абзацу та несе в собі загальний характер, виражає принцип поваги до права власності, безперешкодного користування майном;

– друга, що міститься в другій фразі того ж абзацу, має предметом уваги позбавлення права власності за певних умов;

- третя норма, згадана в другому абзаці, визнає саме можливість державам-учасникам регламентувати на власний розгляд використання майна в загальних інтересах.

Як зазначає Н.С. Кузнецова, тут не йдеться про абсолютно не зв'язані між собою норми. Друга та третя є особливими прикладами, що стосуються права власності; крім того, вони повинні тлумачитися в світлі принципу, закріпленого першою нормою [3, с. 9].

Мирне володіння своїм майном включає не тільки «класичне» право власності, яке розглядається в Україні. Також Європейський суд з прав людини включає до мирного володіння своїм майном, до прикладу, виплати за трудовим договором та інші виплати. Так у справі «Батрак проти України» (заява № 50740/06, рішення від 18 червня 2009 р.) встановлено, що 9 квітня 2004 року Автозаводський районний суд міста Кременчука присудив заявниці 8636,45 гривень виплат, гарантованих статтею 57 Закону України «Про освіту». Зазначені виплати, передбачені для викладачів, не здійснювались через відсутність видатків на такі цілі у державному бюджеті [9, с. 245-246].

Як свідчить практика Європейського суду з прав людини, найчастіше втручання у право власності фізичних та юридичних осіб відбувається з боку держави, зокрема органів виконавчої чи судової влади шляхом прийняття нормативно-правових актів чи при винесенні незаконного рішення суду. Стаття 1 Першого протоколу до Конвенції забороняє будь-яке невинуватене втручання з боку державних органів. Втручання вважатиметься законним, якщо воно здійснюватиметься на підставі закону. При цьому закон повинен бути «доступним» та «передбачуваним». «Доступність закону» означає наявність доступу та знань щодо цього закону в суспільстві та у осіб. «Передбачуваність» означає можливість передбачити певні дії або наслідки, що можуть виникнути у зв'язку із застосуванням закону.

Позбавлення особи права власності розглядається як порушення, якщо не була дотримана розумна пропорційність між втручанням у права фізичної чи юридичної особи й інтересами суспільства. Також буде мати місце порушення вимог Першого протоколу до Конвенції у випадку, коли наявний істотний дисбаланс між тягарем, що довелося понести приватній особі, і переслідуваними цілями інтересів суспільства [10, с.39].

Принцип непорушності права власності закріплений у ст.ст. 319 та 326 ЦК України, відповідно до яких власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд; власник має право вчиняти щодо свого майна будь-які дії, які не суперечать закону; при здійсненні своїх прав та виконанні обов'язків власник зобов'язаний додержуватися моральних засад суспільства; усім власникам забезпечуються рівні умови здійснення своїх прав; власник не може використовувати право власності на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства; ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його здійсненні.

Конституція України у ст. 41 теж згадує про непорушність права приватної власності: «Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним».

Будь-яке порушення правомочностей власника щодо володіння, користування і розпорядження своїм майном перериває зв'язок між особою і річчю. Це призводить до порушення права власності особи, що не дає їй можливості в повній мірі використовувати властивості речі для задоволення своїх потреб.

З'ясувати зміст принципу непорушності права власності неможливо без аналізу питання співвідношення приватно-правових та публічно-правових засад — публічне право впливає на цивільне, зокрема право власності, обмежуючи його в цілях забезпечення суспільних інтересів.

Безперечно, що непорушність права власності не є абсолютним. Чинним законодавством передбачається можливість відступу від принципу непорушності права власності. Особа може бути позбавлена права власності або обмежена у його здійсненні лише у випадках і в порядку, встановлених законом.

Визначення меж здійснення права власності і недоторканність права власності — це протилежні сторони одного явища.

Від обмеження слід відмежовувати обтяження права власності. Як зазначає Н. Безсмертна під обмеженням права власності розуміють рамки діяльності власника з реалізації правомочностей володіння, користування та розпорядження, які складають зміст суб'єктивного права власності. Обмеження права власності встановлюються нормами права та правовими принципами, наприклад, такими як добросовісність, розумність, моральність [11, с. 104-105].

Власник може бути обмежений у реалізації окремих правомочностей. Наприклад, обмеження у праві користування земельної ділянки полягають у можливості її використання лише з врахуванням цільового призначення; дотримання вимог законодавчих актів щодо мораторію на відчуження земель сільськогосподарського призначення. Що стосується права розпоряджатися річчю, власник, за загальним правилом, має право самостійно визначати долю речі. Проте власник не може знищити свою річ, способом, небезпечним для інших людей або їх майна (наприклад, знищити будинок за допомогою вибухового пристрою).

Слід погодитись з Н. Кузнецовою, що свобода розсуду власника при реалізації належного йому права власності не може бути безмежною — її межі

визначаються загальними правилами, встановленими ст. 13 ЦК України для здійснення суб'єктивних цивільних прав, зокрема, особа зобов'язана утриматися від дій, які могли б порушити права інших осіб, заподіяти шкоду навколишньому середовищу або культурній спадщині. Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом і інших формах. Також при здійсненні своїх прав і виконанні обов'язків власник зобов'язаний дотримуватися моральних засад суспільства [3, с. 6].

Окремої уваги заслуговує питання принципів обмеження права власності, тобто тих основних засад, які дозволяють вважати обмеження такими, що не суперечать непорушності права власності. Так, відповідно до ст. 42 Конституції України кожен має право на зайняття підприємницькою діяльністю, а, отже, використовувати належне йому майно в такій діяльності. Однак підприємницька діяльність регламентується значною кількістю нормативно-правових актів, зокрема Законом України від 2.03.2015 р. «Про ліцензування видів підприємницької діяльності». Він містить перелік видів діяльності, здійснення яких підлягає обов'язковому ліцензуванню. Таким чином, приватний підприємець не зможе використовувати своє майно для здійснення тої діяльності, на яку він не має ліцензії.

К. Г. Фетисенко та С. Ю. Ільченко на основі аналізу Загальної декларації прав людини, Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, Міжнародного пакту про громадянські та політичні права та практики Європейського суду з прав людини виділяють принципи обмеження прав та свобод: пропорційності (відповідності цілей застосування обмежень — шкоді, яка ними ж і спричиняється); тимчасовості (обмеження не повинні діяти постійно); рівності (недопущення дискримінації у застосуванні обмежень); підконтрольності суду; остаточного визначення кола абсолютно недоторканих прав і свобод (з метою недопущення застосування до них будь-яких обмежень); міждержавної гласності (інформування міжнародного співтовариства про введення обмежень); чинності механізму поновлення незаконно порушених прав і свобод; забезпечення оскарження [12, с. 17].

Заслуговує на увагу класифікація принципів обмеження прав людини, запропонована С.А. Новожиловим. Автор пропонує поділяти принципи обмеження прав людини на загально-правові та кримінально-процесуальні. Зокрема до загально-правових принципів обмежень прав людини відносить: 1) досягнення мети — захист публічно-значущих інтересів (наприклад, захист основ конституційного ладу) та суспільних інтересів, що захищаються опосередковано через захист приватних інтересів (захист прав та законних інтересів інших осіб); 2) встановлення обмежень прав людини тільки законом, який відповідає Конституції та загальноновизнаним принципам і нормам міжнародного права; 3) співрозмірність обмеження прав людини публічно-значущим інтересам, заради досягнення яких вони встановлюються; 4) законодавче визначення меж обмеження прав людини, в тому числі таких прав, які не можуть бути обмежені ні за яких обставин [13, с. 41-84].

Отож обмеження права власності не будуть порушувати зміст принципу непорушності права власності при умові встановлення таких обмежень у відповідності до закону.

У статті необхідно також торкнутися питання, що пов'язане з примусовими підставами припинення права власності, так як саме тут можливі найбільші порушення недоторканності права власності.

Стаття 346 ЦК України містить перелік підстав припинення права власності, до яких віднесено відчуження власником свого майна; відмову власника від права власності; припинення права власності на майно, яке за законом не може належати цій особі; знищення майна; викуп пам'яток культурної спадщини; примусове відчуження земельних ділянок приватної власності, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності відповідно до закону; звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника; реквізицію; конфіскацію; припинення юридичної особи чи смерть власника.

Особа може бути позбавлена права власності лише у випадках і в порядку, встановлених законом. Правовою основою позбавлення права власності є Конституція та Цивільний кодекс України. Відповідно до ст. 41 Конституції України примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану. Конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом.

Як зазначає Н. С. Кузнєцова, в законодавстві відсутні механізми забезпечення виконання відповідних норм. Українське законодавство «перенасичене» нормами-принципами та нормами-деклараціями на зразок «суспільні інтереси» [3, с. 11].

ЦК України детально розкриває порядок таких підстав позбавлення права власності поза волею власника, як припинення права власності особи на майно, яке не може їй належати (ст. 348); викуп земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, приватної власності для суспільних потреб чи їх примусове відчуження з мотивів суспільної необхідності (ст. 350); припинення права власності на нерухоме майно у зв'язку з викупом для суспільних потреб чи примусовим відчуженням з мотивів суспільної необхідності земельної ділянки, на якій воно розміщене (ст. 351); викуп пам'яток культурної спадщини (ст. 352); реквізиція (ст. 353); конфіскація (ст. 354).

Говорячи про підстави примусового припинення права власності важливою гарантією непорушності права власності є судовий порядок вилучення майна всупереч волі власника. За винятком реквізиції, яка здійснюється в умовах надзвичайної ситуації, решта підстав примусового припинення права власності вимагають судового рішення. Навіть і при реквізиції власник має право звернутися до суду для визначення розміру компенсації, що є умовою дотримання інтересів власника.

Крім судового порядку законодавець намагається гарантувати платне вилучення майна всупереч волі власника. Цивільне законодавство допускає безоплатне вилучення майна у власника проти його волі лише у разі конфіскації (354 ЦК України) та при зверненні стягнення на майно власника за його зобов'язаннями (ст. 52 ЦК України).

Актуальним в наш час є питання націоналізації — примусового відчуження об'єктів права приватної власності у власність держави. Ці відносини не врегульовані цивільним законодавством, проте широко досліджуються у наукових колах [14, с. 20-22; 15] з позицій неодноразового внесення у Верховну Раду України законопроектів, які повинні були б врегулювати питання забезпечення оборонних, економічних, організаційно-технічних та інших стратегічних потреб держави і суспільства під час відвернення чи подолання наслідків надзвичайних ситуацій воєнного характеру, а також надзвичайних ситуацій техногенного або природного характеру тощо.

Законність націоналізації можна забезпечити за наявності наступних умов. По-перше, націоналізація повинна проводитися лише при наявності виняткових обставин; по-друге, власнику націоналізованого майна слід виплачувати повну компенсацію вартості майна; по-третє, націоналізація має проводитися на основі закону.

Висновки. Підводячи підсумок, слід вказати, що непорушність власності є однією з найважливіших засад не тільки цивільного права, а й права загалом. Особливо знаковим цей принцип є для цивільного законодавства, яке містить систему механізмів, спрямованих на втілення в життя досліджуваної правової засади.

На підставі викладених у статті положень про значущість засад недоторканності права власності у практиці Європейського суду з прав людини, його змісту, можна сформулювати власне поняття принципу непорушності права власності.

Зокрема цивільно-правовий принцип непорушності права власності — це гарантована державою та закріплена у нормах цивільного законодавства неприпустимість втручання з боку держави та інших осіб у здійснення власником своїх повноважень, неприпустимість будь-яких дій, які прямо або побічно порушують або обмежують правомочності власника щодо володіння, користування і розпорядження своїм майном, за винятком випадків, коли можливість таких дій прямо передбачена законодавством при дотриманні встановленої законом процедури обмеження або припинення права власності.

Засада непорушності власності не передбачає абсолютної недоторканності, оскільки цивільне законодавство розкриває обмеження, що покладаються на право власності. Ці обмеження потребують подальших наукових дискусій та додаткової правової регламентації, зокрема у частині вирішення питання включення у цивільне законодавство правових норм про примусове відчуження об'єктів права приватної власності у власність держави (націоналізацію).

Список використаних джерел:

1. **Харченко Г.** Особливості права власності в різних правових системах / Г. Харченко // Право України. — 2006. — № 12. — С. 45-48.
2. **Клименко О. М.** До дискусії про сутність і зміст права власності / О.М. Клименко // Бюлетень міністерства юстиції України. — 2013. — № 11. — С. 122-127.
3. **Кузнєцова Н. С.** Власність як основа громадянського суспільства і демократичної держави / Н.С. Кузнєцова // Право України. — 2011. — № 5. — С. 4-12.
4. **Дзера О. В.** Інститут права власності за новим цивільним законодавством і Європейські стандарти з охорони права власності / О.В. Дзера // Університетські наукові записки. — 2005. — № 1-2. — С. 69-75.
5. **Гончаренко О.** Поняття «власність» у практиці Європейського суду з прав людини / О. Гончаренко // Підприємство, господарство і право. — 2011. — № 12. — С. 41-45.
6. **Мірошниченко О. А.** Право власності в розумінні Європейського суду з прав людини (загальна характеристика) // Форум права. — 2013. — № 2. — С. 372-373.
7. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика : пер. с англ. / Донна Гомьен, Дэвид Харрис, Лео Зваак. — М.: Издательство МНИМП, 1998 . — 598 с.
8. Право власності за Європейською конвенцією з прав людини / Аїда Гржич, Звонімір Магата, Матія Лонгар, Ана Вілфан. — К.: Фенікс, 2007. — 56 с.
9. Непорушне право власності: українські реалії / М. Багній, О. Коваль, Л. Тарасенко, Т. Яцків / За заг. ред. Т. Яцків. — Львів, 2012. — 276 с.
10. **Рум'янцева В.** Захист власності фізичних та юридичних осіб в Європейському суді з прав людини / В. Рум'янцева // Право України. — 2004. — № 5. — С. 38-40.
11. **Безсмертна Н.** Обмеження та обтяження права власності в законодавстві України / Н. Безсмертна // Право України. — 2005. — № 1. — С. 103-105.
12. **Фетисенко К. Г.** Конституційний принцип недоторканності житла й іншого володіння особи та його реалізація при провадженні досудового розслідування: монографія / К. Г. Фетисенко, С. Ю. Ільченко. — Харків: Видавець ФОП Вапнярчук В.П., 2007. — 192 с.
13. **Новожилов С. А.** Допустимость и пределы ограничения прав человека в досудебном производстве по уголовному делу: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Новожилов Сергей Александрович. — С.-Пб., 2005. — 204 с.
14. **Харченко О.** Націоналізація як підстава припинення права власності / О. Харченко // Підприємство, господарство і право. — 2005. — № 5. — 20-22.
15. **Кульчицький С.** Націоналізація приватної власності (майна) в Україні: пропагандистське гасло чи економіко-правова необхідність? [Електронний ресурс]. — Режим доступу:

http://nbuviap.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=561:natsionalizatsiya-privatnoji-vlasnosti-majna&catid=8&Itemid=350

Анотація

Стаття присвячена дослідженню чинного законодавства, яке регулює питання відносин власності. У роботі аналізується зміст принципу непорушності права власності та сформульовано пропозиції щодо подальшого удосконалення норм Цивільного кодексу України.

Annotation

The article investigates the current legislation of property relations. This work analyses content of the principle of immunity of a right of property and the suggestions for further improvement of the rules of the Civil Code of Ukraine.

ВИКОНАВЧЕ ПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ: НА ШЛЯХУ РЕФОРМ

Ключові слова: примусове виконання судових рішень та рішень інших органів, державний виконавець, приватний виконавець, оцінка арештованого майна, заходи примусового виконання.

Keywords: enforcement of judgments and decisions of other authorities, the bailiff, private performer, evaluation of the arrested property enforcement measures.

Постановка проблеми. Україна проходить непростий період реформування у багатьох сферах, в тому числі у сфері виконавчого провадження. Важливість успіху всіх розпочатих реформ не викликає сумніву, однак, видається, що вдаль реформування процедури примусового виконання судових рішень та рішень інших органів в Україні матиме настільки позитивний ефект, наслідки якого безперечно найкращим чином відзеркаляться у багатьох сферах правового і суспільного життя в нашій державі.

Необхідність реформування виконавчого провадження є нагальною, оскільки, з погляду Європейського суду з прав людини «виконання рішення, ухваленого будь-яким судом, повинно розглядатись як невід’ємна частина «судового розгляду» в розумінні статті 6 Європейської конвенції з прав людини і основоположних свобод [1], яка гарантує право на справедливий судовий розгляд» [2, 300].

Конституційний Суд України в своєму рішенні №5-рп/2013 від 26 червня 2013 року [3] також зазначив, що виконання судового рішення є невід’ємною складовою права кожного на судовий захист і охоплює, зокрема, законодавчо визначений комплекс дій, спрямованих на захист і відновлення порушених прав, свобод, законних інтересів фізичних та юридичних осіб, суспільства, держави. Невиконання судового рішення загрожує сутності права на справедливий розгляд судом.

Слід зазначити, що Україна залишається лідером за зверненнями громадян до Європейського суду з прав людини (надалі — ЄСПЛ) [4], і більшість таких скарг стосується неналежного виконання судових рішень та рішень інших органів. З метою покращення означеної ситуації був прийнятий новий Закон України «Про виконавче провадження» від 02. 06. 2016 р. [5].

Стан дослідження. Проблема вдосконалення виконавчого провадження була предметом наукових досліджень таких науковців як В. В. Комаров, Д. М. Сібільов, Ю. В. Білоусов, С. Я. Фурса та інших. Однак, ця проблема, як видається, і надалі залишається далекою від вирішення.

Мета дослідження полягає у здійсненні наукового аналізу Закону України «Про виконавче провадження» від 02. 06. 2016 р., виявлення переваг, недоліків та прогалин правового регулювання примусового виконання на

підставі цього Закону та формулювання пропозицій щодо підвищення ефективності виконання судових рішень та рішень інших органів в Україні.

Виклад основних положень. Новий Закон України №1404-VIII «Про виконавче провадження» (надалі — Закон) був прийнятий Верховною Радою України 02 червня 2016 року і набрав чинності 05 жовтня 2016 року. Однак статті 8, 9 та положення, що стосуються діяльності приватних виконавців, введені в дію через три місяці з дня набрання чинності Законом №1404-VIII, а саме 05 січня 2017 року.

Нововведенням Закону є запровадження інституту приватних виконавців як одного із перспективних напрямів розвитку виконавчого провадження, правовий статус та організація діяльності яких встановлені Законом України №1403-VIII від 02 червня 2016 року «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» [6], який набрав чинності 05 жовтня 2016 року. Законом визначено перелік рішень, що не можуть виконуватися приватними виконавцями (рішень про відібрання і передання дитини, встановлення побачення з нею або усунення перешкод у побаченні з дитиною; рішень, за якими боржником є держава, державні органи, Національний банк України, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, державні та комунальні підприємства, установи, організації, юридичні особи, частка держави у статутному капіталі яких перевищує 25 відсотків, та/або які фінансуються виключно за кошти державного або місцевого бюджету; рішень, за якими боржником є юридична особа, примусова реалізація майна якої заборонена відповідно до закону; рішень, за якими стягувачами є держава, державні органи; рішень адміністративних судів та рішень Європейського суду з прав людини; рішень, які передбачають вчинення дій щодо майна державної чи комунальної власності; рішень про виселення та вселення фізичних осіб; рішень, за якими боржниками є діти або фізичні особи, які визнані недієздатними чи цивільна дієздатність яких обмежена; рішень про конфіскацію майна; рішень, виконання яких віднесено Законом безпосередньо до повноважень інших органів, які не є органами примусового виконання та інші) [7, 3].

Для забезпечення ефективності виконавчого провадження, своєчасного та повного виконання рішень Законом, зокрема:

- визначено принципи виконавчого провадження, що спрямовані на забезпечення захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб;
- розширено перелік рішень, що підлягають примусовому виконанню;
- передбачено формування відкритого Єдиного реєстру боржників;
- запроваджено автоматизацію процедур виконання рішень шляхом електронної реєстрації документів, повного фіксування процесуальних рішень та виконавчих дій в автоматизованій системі, порядок функціонування, надання інформації та умови доступу до якої визначаються Міністерством юстиції України; — оптимізовано строки проведення виконавчих дій;

- передбачено посилення відповідальності боржника у виконавчому провадженні, істотне підвищення розмірів штрафів, що накладаються виконавцем;
- модернізовано механізм адміністрування авансового внеску та виконавчого збору;
- запроваджено можливість реалізації арештованого майна шляхом його продажу на електронних торгах із врахуванням обмежень, встановлених законопроектом;
- удосконалено систему відрахувань із заробітної плати та інших доходів боржника, процедури виконання рішення про вселення стягувача, поновлення на роботі, порядку виконання рішень, за якими боржник зобов'язаний вчинити певні дії або утриматися від їх вчинення, про режим зберігання майна, на яке накладено арешт, визначення вартості майна боржника, оцінки майна боржника тощо.

Крім цього, однією із основних новацій Закону є скорочення строку пред'явлення виконавчого документа до виконання (ст. 22 Закону), а також визначення строків, з настанням яких починається відлік терміну для пред'явлення виконавчого документа до виконання.

Внесено також окремі зміни щодо зупинення виконавчого провадження. Обов'язкове зупинення виконавчого провадження доповнено новою підставою: запровадження Національним Банком України мораторію на задоволення вимог кредиторів банку, крім рішень щодо виконання зобов'язань, пов'язаних з обслуговуванням господарської діяльності банку, в тому числі з виплатою заробітної плати, авторської винагороди, відшкодування шкоди, заподіяної життю та здоров'ю працівників банку, а також вимог кредиторів щодо виплати заробітної плати, аліментів, пенсій, стипендій, соціальної допомоги в межах установлених тимчасовим адміністратором лімітів (ст. 37 Закону). Також зазнали змін й окремі підстави для обов'язкового зупинення виконавчого провадження, зокрема: «подання до суду позову про виключення майна з акта опису і арешту» замінено на «зупинення судом реалізації арештованого майна»; «внесення касаційного подання прокурора на рішення суду» замінено на «прийняття судом до розгляду касаційної скарги прокурора на рішення суду».

Оцінка арештованого майна також зазнала змін: введено нове поняття «визначення вартості майна», що здійснюється державним виконавцем, тоді як «оцінка майна» здійснюється суб'єктом оціночної діяльності — суб'єктом господарювання; сторони мають право протягом десяти днів подати виконавцю заперечення щодо результатів визначення вартості майна або оцінки майна; повідомлення про результати визначення вартості майна або оцінки майна надсилаються сторонам рекомендованим листом; у разі заперечення стороною результатів оцінки майна виконавець призначає рецензування звіту про оцінку майна, витрати на яку несе сторона, що заперечує оцінку; у разі незгоди з оцінкою, визначеною за результатами рецензування, сторони мають право оскаржити її в судовому порядку; звіт про оцінку є чинним протягом шести місяців, після чого оцінка проводиться повторно.

Разом з тим, практики зазначають, що п. 6 ч. 3 ст. 11 нової редакції Закону державному виконавцю надано право накладати арешт на кошти боржника без прив'язки до виконання конкретного виду судових рішень. Проте зі змісту статей 52, 57 Закону в попередній редакції випливає, що звернення стягнення на майно боржника полягає в його арешті, вилученні та примусовій реалізації, арешт майна боржника застосовується для забезпечення реального виконання рішення. Отже, зазначені норми дають підстави вважати, що накладення арешту на кошти та інші цінності боржника здійснюється державним виконавцем у процесі виконавчого провадження з виконання виконавчих документів майнового характеру, а накладення арешту на кошти боржника з виконання судового рішення про зобов'язання вчинити певні дії, поновлення на роботі тощо навряд чи буде обгрунтованим і приведе до його реального виконання [8].

Існують розбіжності нової редакції Закону «Про виконавче провадження» зі старою редакцією того ж Закону і в частині застосування заходів примусового виконання. Зокрема, новим Законом державний виконавець задля забезпечення виконання рішення змушений буде застосовувати нові заходи примусового виконання, що передбачені пунктом 1 статті 32 цього Закону, а саме — звернення стягнення на майнові права боржника. Однак новий Закон жодним чином взагалі не регламентує цю процедуру.

Відмінності у новій та попередній редакціях Закону стосуються і процедури поновлення на роботі. Так, відповідно до статті 76 нового Закону рішення про поновлення на роботі буде вважатися виконаним з дня видачі відповідного наказу або розпорядження, тоді як згідно з попередньою редакцією Закону таке рішення вважається завершеним з моменту фактичного допущення працівника до виконання попередніх обов'язків на підставі відповідного акта органу, що прийняв рішення про звільнення або переведення працівника. На думку експертів, попередня редакція Закону в частині виконання рішення про поновлення на роботі шляхом допущення працівника до виконання попередніх обов'язків є більш вдалою [8]. Відсутність цього положення в новому Законі може призвести до виникнення проблем при поновленні працівника: де-юре він буде поновлений за наказом, а де-факто може бути недопущений до роботи.

Висновки. Таким чином, доводиться констатувати, що новий Закон України «Про виконавче провадження» поряд зі значною кількістю позитивних нововведень у процедуру примусового виконання судових рішень та рішень інших органів містить і деякі недоліки у регулюванні цієї процедури. Однак, незважаючи на це, варто сподіватись, що цей Закон буде сприяти позитивним зрушенням у здійсненні виконавчого провадження, а всі спірні моменти правового регулювання процедури виконання судових рішень та рішень інших органів будуть усунені шляхом внесення змін і доповнень до Закону України «Про виконавче провадження».

Список використаних джерел

1. Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу:

- <http://zakon2.rada.gov.ua>.
2. **Де Сальвіа М.** Прецеденты Европейского Суда по прав человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. / М. де Сальвіа — СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004.
 3. Рішення Конституційного суду України у справі у справі за конституційним зверненням акціонерної компанії «Харківобленерго» щодо офіційного тлумачення положень пункту 2 частини другої статті 17, пункту 8 частини першої статті 26, частини першої статті 50 Закону України «Про виконавче провадження» №5-рп/2013 від 26 червня 2013 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>.
 4. Щорічний звіт про результати діяльності Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http:// old.minjust.gov.ua/](http://old.minjust.gov.ua/).
 5. Про виконавче провадження: Верховна Рада України; Закон від 2 червня 2016 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2016. — № 30. — ст. 542.
 6. Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів: Верховна Рада України; Закон від 2 червня 2016 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2016. — № 29. — ст. 535.
 7. Науково-практичний коментар Закону України «Про виконавче провадження» [текст] / практичний посібник — К. : «Центр учбової літератури», 2017. — 296 с.
 8. **Ілляк М.** Виконавче провадження по-новому, або Чи покращиться якість виконання судових рішень? / М. Ілляк // Юридичний вісник України. — 2017. — № 22 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://yurincom.com/ua/legal_practice/analitichna_yurysprudentsiia/

Анотація

Статтю присвячено характеристиці основних положень нового Закону України «Про виконавче провадження», здійснено аналіз нововведень цього Закону, виокремлено позитивні зміни у процедурі виконавчого провадження на підставі нового Закону України «Про виконавче провадження», а також висловлено міркування з приводу тих змін, які, на думку автора, не слугуватимуть покращенню примусового виконання судових рішень та рішень інших органів в Україні.

Annotation

The article is devoted to the characterization of the main provisions of the new Law of Ukraine "On Enforcement Proceedings", the analysis of the innovations of this Law, singled out improvements in the procedure of enforcement proceedings under the new Law of Ukraine "On Enforcement Proceedings" and expressed views on the changes, which, According to the author, does not serve the improvement of the enforcement of judgments and decisions of other authorities in Ukraine.

РОЗДІЛ 7
ТРУДОВЕ ПРАВО

ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАКРІПЛЕННЯ МЕДІАЦІЇ ЯК АЛЬТЕРНАТИВНОГО СПОСОБУ ВИРІШЕННЯ ТРУДОВИХ СПОРІВ

Ключові слова: Ключові слова: посередництво (посередництво, посередник, альтернативні позасудові методи, індивідуальні трудові спори, колективні трудові спори, закони про медіацію, проблема створення правової основи медіації

Keywords: mediation (mediation, the mediator, alternative extra-judicial methods, individual labor disputes, collective labor disputes, laws on mediation, problem of creating the legal framework of mediation

Постановка проблеми. У процесі трудових правовідносин між працівниками і роботодавцями виникають трудові спори, які прийнято поділяти за суб'єктом складом на індивідуальні та колективні, а за предметом, їх характером, на трудові спори про права та на трудові спори про інтереси. Спори про права можуть вирішуватися в судовому і позасудовому порядку, а спори про інтереси вирішуються лише в позасудовому порядку. Колективні трудові спори врегульовано спеціальним законом, а порядок вирішення індивідуальних трудових спорів у судовому й досудовому порядку визначено Кодексом законів про працю України.

Останнім часом увага наукової громадськості повернута до позасудових альтернативних неюрисдикційних способів вирішення розбіжностей і трудових спорів, якими є: а) безпосередні переговори; б) примирення шляхом узгодження процедур; в) третейські процедури; г) медіація (посередництво).

На практиці у захисті трудових прав та інтересів працівників все частіше виявляються переваги й ефективність медіації, при якій сторони добровільно за допомогою медіатора (медіаторів) врегульовують спірні трудові правовідносини. Про ефективність медіаційних процедур свідчить досвід Польщі, Німеччини і деяких пострадянських республік, який варто використовувати.

Оскільки в Україні відносини з приводу медіації законодавчо не врегульовано, виникає проблема в ухваленні спеціального законодавчого акта й проведенні наукових досліджень для вироблення відповідних рекомендацій та пропозицій щодо унормування медіаційної процедури, детального визначення прав й обов'язків сторін та правового статусу медіатора. Такою є невідкладна потреба сьогодення. Нею зумовлено вибір теми і напрямів її наукового дослідження.

Стан дослідження. Медіація (посередництво) є одним із способів вирішення трудових спорів шляхом примирних процедур. Найчастіше примирні процедури пов'язують з вирішенням колективних трудових спорів, що врегульовані Законом України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 3 березня 1998 р. [1]. Цьому позасудовому виду трудових спорів, їх примирним процедурам у правничій літературі приділено достатню увагу. Їх механізм вирішення, питання про поняття, принципи, етапи послідовного розгляду висвітлено у підручниках з трудового права, в окремих наукових публікаціях. У найновішій монографії з трудових спорів (2016р.) більшою мірою висвітлено примирні процедури вирішення колективних трудових спорів [2].

У правничій літературі до цього часу не приділено належної уваги примирним процедурам вирішення індивідуальних трудових спорів, зокрема, про медіацію, що є доступним та ефективним способом вирішення індивідуальних трудових спорів у позасудовому порядку. Лише окремі автори, такі, як В. Я. Бурак, Н. В. Драганова, С. І. Запара, І. В. Лагутіна, Т. Фокіна, Г. І. Чанишева і деякі інші побічно дослідили окремі сторони цього правового поняття. Та й взагалі в Україні до цього часу не створено нормативно-правової бази для належного застосування медіаційних процедур. Тому розглядувана нами теоретико-практична проблема безсумнівно є актуальною. Її вирішення передбачає активізацію правотворчої діяльності органів держави у взаємозв'язку з корисними для практики здобутками у результаті наукових досліджень.

Метою дослідження є, по-перше, аналіз стану запровадження позасудових процедур вирішення трудових спорів, які є пріоритети для їх урегулювання і які вже створено умови для широкого упровадження медіації в сфері трудових правовідносин. По-друге, обгрунтувати, що адаптація національного законодавства з вирішення трудових спорів до стандартів Міжнародної організації праці та Європейського Союзу зумовлює потребу нових підходів стосовно впровадження і використання доступних простих та ефективних способів захисту трудових прав та інтересів працівників при виникненні трудових розбіжностей і спорів між ними і роботодавцями. Одним із таких випробованих способів є медіація (посередництво). По-третє, з висвітлюваної проблеми проаналізувати правові документи Міжнародної організації праці та Європейського Союзу, законодавчі акти зарубіжних країн, в яких є чинні закони про медіацію і вивчити законопроекти, що зареєстровані у Верховній Раді України для їх подальшого обговорення й можливого ухвалення.

На основі узагальнення нормативного матеріалу й аналізу літературних джерел сформулювати відповідні рекомендації й пропозиції щодо належного правового врегулювання відносин з приводу застосування медіації (посередництва).

Мета дослідження також пов'язується з осмисленням змін у методологічній основі правознавства, тенденцій упровадження у правове регулювання трудових відносин конструкцій цивільного права й цивільного процесуального права для вироблення таких підходів до правового

регулювання, як основних, так і тісно пов'язаних з ними відносин, до яких належить інститут «трудові спори», що зокрема охоплює правовідносини з приводу медіації.

Виклад основного матеріалу. Медіація (посередництво) є альтернативою судовому розгляду, одним із способів вирішення спорів, що випливають з цивільних, сімейних, комерційних, податкових і трудових правовідносин.

На відміну від судового процесу, в якому рішення ухвалює суддя (суд), під час медіації сторони при участі медіатора (посередника) досягають прийнятної для них угоди. У правничій літературі одні автори розглядають медіацію як метод вирішення конфліктів, інші як спосіб вирішення спорів. Так, Т.Фокіна, розкриваючи суть медіації, вказує, що вона є методом вирішення спорів із залученням посередника (медіатора), який допомагає сторонам конфлікту налагодити процес комунікацій й проаналізувати конфліктну ситуацію таким чином, щоб вони самі змогли обрати той варіант рішення, який задовольняв би інтереси й потреби усіх учасників конфлікту [3]. Інші автори, уникаючи при визначенні термінів і понять «методи», «конфлікти», зазначають, що медіація як спосіб вирішення трудового спору передбачає добровільний порядок їх вирішення шляхом проведення переговорів між сторонами спору за допомогою одного або декількох посередників (медіаторів) з метою досягнення ними взаємоприйнятної рішення про врегулювання спірних відносин [4, 71].

У принципі наведені визначення поняття медіації збігаються з нашим її розумінням, однак вважаємо, що медіація є не методом, а способом вирішення спорів і саме спори, а не конфлікти розглядаються процедурами медіації. Конфлікт у філософії розглядається як нерозв'язана суперечність, що загрожує вибухом у суспільних відносинах. Це застереження стосовно визначення медіації наведеного в публікації Т. Фокіної.

Потреба в упровадженні медіації зумовлюється причинами об'єктивного і суб'єктивного характеру: суди перевантажені напливом різних категорій справ, а щоб вирішити якийсь спір треба звернутися тільки до суду, довіра до якого у населення є невисокою; часто учасники судових процесів виявляють невдоволення з приводу їх довготривалості, що позначається на нерациональній втраті часу та й нерідко на затратах коштів; при публічному розгляді справ у судах громадськість дізнається про факти з приватного життя сторін спірних правовідносин.

У нинішніх умовах судової реформи такі альтернативні способи вирішення трудових спорів, як медіація, допоможуть розвантажити суди й певною мірою зекономити бюджетні кошти для утримання суддів, а також час і кошти для осіб, що мають потребу в правовому захисті їх прав та інтересів. До переваг медіації в літературі наводять: економія часу; зниження вартості процесу вирішення спору; можливість сторін впливати на результати; конфіденційність процедури; можливість збереження або відновлення ділових відносин з партнерами; можливість запобігти виникненню подібних спорів у майбутньому; гарантія виконання рішення (у разі успішної медіації) [2, 108-109].

Отже, медіація забезпечує ефективне без зайвих витрат коштів швидке у часі вирішення спору й при тому збереження мирних відносин між сторонами та нейтралітет посередника — медіатора, який не приймав рішення, а лише надавав допомогу в досягненні угоди.

З погляду теорії права альтернативне врегулювання спорів механізмами медіації не є частиною правосуддя і бути ним не може, бо правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Проте право кожного будь — якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань повною мірою відповідає конституційним засадам. У цьому взаємозв'язку варто зважити ще й на практику Конституційного Суду України, його рішення, в яких містяться положення про те, що будь-яке досудове врегулювання спорів за волевиявленням суб'єктів є правомірним.

В Україні вже формуються необхідні умови для застосування медіації на практиці. Стосовно колективних трудових спорів використовується посередництво в особі спеціального суб'єкта-посередника, правовий статус якого встановлено Законом «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 3 березня 1998р. [1] і Положенням про посередника, що його затверджено наказом Національної служби посередництва й примирення (НСПП) від 18 листопада 2008р. № 133 [5]. Згідно з п.1.2 Положення — це підготовлена НСПП особа, яка в разі визначення її за спільним вибором сторін колективного трудового спору набуває статусу незалежного посередника. Його основною метою діяльності є досягнення довіри сторін колективного трудового спору, встановлення між ними співробітництва, сприяння їм у вирішенні спору на взаємоприйнятних умовах. Однак Законом України не передбачено вирішення колективного трудового спору незалежним посередником, хоча він не є представником сторін.

Визначені законодавством положення стосовно посередництва в колективних трудових спорах на практиці використовуються при медіації в індивідуальних трудових спорах, оскільки про неї немає спеціального законодавчого акта і взагалі немає достатньої нормативної бази. Взагалі же застосування медіації ґрунтується на частині п'ятій статті 55 Конституції України, згідно з якою захист порушених прав громадян допускається будь — якими не забороненими законом засобами. Разом з тим використовуються норми Цивільного й Цивільного процесуального кодексів про угоди, зокрема ст. 175 Цивільного процесуального кодексу України («Мирова угода сторін») відповідно до якої мирова угода укладається сторонами з метою врегулювання спору на основі взаємних поступок і може стосуватися лише прав та обов'язків сторін щодо предмета спору.

У теперішній час процедуру медіації ініціюють сторони трудового спору в трудових правовідносинах. Для проведення медіації вони укладають угоду з медіатором у письмовій формі. У ній повинні бути відображені такі пункти:

1) медіатор (медіатори), сторони спору, їхні представники (за їх наявності);

2) порядок проведення медіації, розмір та форми оплати послуг медіатора(медіаторів) і відшкодування витрат на підготовку й проведення медіації;

3) залучення перекладачів, фахівців, консультанта (у разі потреби);

4) строки та місце проведенні медіації;

5) інші умови проведення медіації.

Угоди підписуються сторонами [4, 72].

Отже, головними суб'єктами в медіації є сторони спору, а її принципами вважаються добровільність, рівність і справедливість. І якщо тільки одна зі сторін спору виявить невдоволення від процедури медіації, то вона в будь-який час може її припинити.

На практиці значною мірою беруться до уваги міжнародні документи про поняття й основні принципи медіації з одночасним урахуванням досвіду застосування її в зарубіжних державах. У ряді зарубіжних країн при застосуванні медіації використовуються одночасно міжнародні документи і власні законодавчі акти відповідної держави. Так, наприклад, у Республіці Білорусь при проведенні процедур медіації керуються Директивою 2008/ 52 ЄС Європейського Парламенту і Ради від 21 травня 2008 р. «Про деякі аспекти медіації в цивільних і комерційних справах» та Законом Республіки Білорусь від 12.07.2013 р. № 58-3 «Про медіацію» [7, 339]. Напрями правового регулювання медіації в названій Директиві і Рекомендації Ради Європи 2001 року Rec(2001)9 послужили підмогою для ухвалення не тільки Закону Республіки Білорусь, але й Закону Російської Федерації «Про альтернативні процедури врегулювання спорів з участю посередника (процедуру медіації) від 27 липня 2010 р. Доречно зазначимо, що і норми Закону Республіки Молдова, ухваленого ще 14 червня 2007 р., в своїй основі не суперечать правовій регламентації, що встановлена у вказаних документах Ради Європи.

Вказані документи Ради Європи дають простір для широкого застосування медіації в різних країнах, вони в загальних рисах визначають поняття «медіація», «медіатор», містять положення щодо порядку проведення медіаційних процедур. Разом з тим застерігають, що медіація не допускається у питаннях оподаткування, митної справи, у сферах адміністративно-владних повноважень, відповідальності державних органів за їх бездіяльність. Важливим є те, що Директива Ради Європи у частині 2 статті 1 орієнтує сторони застосовувати медіацію (навіть на міжнародному рівні) стосовно спорів з цивільних і комерційних правовідносин. Стосовно же медіації, то вона у ст. 3 Директиви Ради Європи визначається як процес, що не залежить від його забезпеченості, в якому дві або більше сторони спору вдаються до допомоги третьої сторони з метою досягнення угоди щодо спору, і незалежно від того ким був ініційований процес, сторонами, запропонований або призначений судом або відбувається відповідно до вимог національного законодавства держави — члена Ради Європи. Якщо це визначення не викликає застережень, то визначення особи медіатора у названому документі, на наш погляд, сприймається надто спрощено. Ним не охоплено кваліфікаційні вимоги, яким повинен відповідати медіатор.

Законодавчі акти про медіацію європейських країн і окремих держав колишніх пострадянських республік, використовуючи міжнародні документи щодо альтернативних позасудових способів вирішення спорів, створили добротну правову базу, яка крім усього застосовується на практичній діяльності медіаторів, враховує соціально-економічні умови життя людей відповідної країни, їх національні особливості, стан правосуддя, правосвідомість і рівень правової культури громадян. Тому їх законодавчі акти в частині врегулювання порядку проведення медіаційних процедур, детального визначення самої медіації, медіатора, прав та обов'язків сторін є прийнятними для використання в Україні при підготовці законопроектів про медіацію та наступного їх схвалення. Крім усього, у чинних законодавчих актах врегульовано питання про порядок оплати праці медіатора, порядок виконання ухвалених рішень та й навіть про конфіденційність. Так, у ст. 11 Закону Республіки Білорусь «Про медіацію» встановлено, що при проведенні медіації зберігається конфіденційність всієї інформації, що стосується медіації, якщо сторони на домовилися про інше, за винятком інформації про укладання угод про застосування медіації або про її припинення. На загал у Законі більш повно й детальніше регламентовано правові аспекти медіації і взагалі урегульовано відносини, які не охоплено в названій Директиві [7, 341]. Тому досвід наведених країн, а також досвід Республіки Польща, Федеративної Республіки Німеччини варто активніше використовувати в нашій країні.

Найближчим завданням нашої держави є ґрунтовна підготовка законопроектів про медіацію для наступного їх схвалення. У Верховній Раді України вже зареєстровано три законопроекти, які перебувають на різних стадіях розгляду. Йдеться про проект законів від 28.12.2014 р. «Про внесення змін до Податкового кодексу України (щодо введення процедури медіації)», від 17.12.2015 р. «Про медіацію» та альтернативний проект від 29.12.2015 р. «Про медіацію». Законопроект «Про медіацію» за № 3665 3 листопада 2016 р. ухвалено парламентом в першому читанні. Законопроект зокрема передбачає хто не може бути медіатором. У ньому зазначається, що медіатором не може бути діючий суддя чи звільнений за корупційні злочини державний службовець. Однак не визначено хто може бути медіатором та якими мають бути кваліфікаційні вимоги щодо нього [8]. Проект законодавчого акта готується до другого читання. При подальшій роботі над законопроектом необхідно передбачити, що трудові спори способом медіації можуть розглядатися як на пропозицію суду (судді) чи на вимогу суду, а також за ініціативою сторін спору.

Крім законопроектів «Про медіацію» готується проект нової редакції Закону «Про порядок вирішення колективних трудових спорів», в якому передбачається визначити правовий статус трудового медіатора замість нині діючого посередника.

Із заходами щодо широкого запровадження медіації в Україні надалі не припустимо зволікати. На порядку денному повинно бути поставлено питання про ухвалення Закону «Про медіацію», а також ухвалення в новій редакції Закону «Про порядок вирішення колективних трудових спорів» та за

прикладом Республіки Польща, яка започаткувала інститут медіації і яка в 2005 році включила положення про медіацію до Цивільного процесуального кодексу, норми про медіацію включити до Цивільного процесуального кодексу України.

Висновки. З усього наведеного випливає висновок, що є потреба продовжувати наукові дослідження з висвітленої нами проблеми, ґрунтовно аналізувати міжнародні акти, законодавство країн, в яких ухвалено закони про медіаційні процедури і використати все краще з практики держав, в яких відчутні ефективні наслідки від медіації (посередництва). При цьому мати на увазі не лише процедуру розгляду трудових спорів, але й цивільних, комерційних, підприємницьких і навіть податкових. Варто зважити, що, наприклад, у Нідерландах з 1 квітня 2005 року запроваджено медіацію у податкових спорах, завдяки чому 95 % таких спорів не доходять до державних судів [9].

Список використаних джерел

1. Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів): Закон України від 3 березня 1998 р. № 1371/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 34. — Ст.227.
2. Чанишева Г. І. Примірні процедури и вирішення трудових спорів : монографія / Г. І. Чанишева, В. М. Дейнека. — Одеса: Фенікс, 2016. — 196с.
3. Фокіна Т. Альтернативні методи врегулювання трудових спорів / Т. Фокіна // Бюлетень Національної служби посередництва й примирення. — 2012. — № 5-6. — С. 16.
4. Альтернативні способи вирішення трудових спорів / Бурак В.Я., Кулачок-Тітова Л.В., Пилипенко П.Д., Чулик- Білоусова Н.І.; під ред. У. Гельманна, П. Д. Пилипенка. — Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2015. — 172 с.
5. Положення про посередника: завт. наказом Національної служби посередництва й примирення від 18.11.2008. № 133 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [www. nspp.gov.ua](http://www.nspp.gov.ua).
6. Конституція України: чинне законодавство. Офіц.текст. — К.: Алерта, 2016. — 80с.
7. Поляченко А.В. Директива ЕС «Относительно некоторых аспектов медиации в гражданских и коммерческих делах», Закон Республики Беларусь «О медиации»: сравнительный анализ / А. В. Поляченко // Актуальні проблеми правового регулювання в Україні та країнах Близького зарубіжжя (у контексті євроінтеграційних процесів) : Матеріали V міжнародної науково-практичної інтернет-конференції (Львів: 30 листопада 2015 року): тези доповідей / Відп. ред. П. О. Куцик. — Львів: Камула, 2015. — 516 с.
8. Парламентська хроніка // Голос України. — 2016. — 4 листопада. — № 210. — С. 2

9. Перспективи застосування медіації при вирішенні податкових спорів в Україні // *Голос України*. — 2016. — 12 бер. — № 45. — С. 4.

АНОТАЦІЯ

Розкрито суть і зміст медіації (посередництва), порядок її проведення, права й обов'язки сторін у процесі проведення медіаційних процедур. Висвітлено переваги медіаційного процесу над судовим. Охарактеризовано роль медіатора (посередника) при вирішенні трудових спорів. Проаналізовано міжнародні правові акти, законодавство зарубіжних країн, досвід застосування в них медіації, а також чинні в Україні нормативно-правові акти та сучасні літературні джерела з досліджуваної проблеми. Сформульовано рекомендації й пропозиції щодо законодавчого закріплення медіації в сфері трудових правовідносин у нашій державі.

ANNOTATION

The essence and content mediation (mediation) procedure for its implementation, rights and required bandages parties in the process of mediation procedures. The advantages mediatsiyoho the trial court. We characterize the role of mediator (intermediary) when solving labor disputes. Analyzes international regulations, laws of foreign countries, the experience of mediation in them and force in Ukraine regulatory legal acts and contemporary literature on the researched topic. Recommendations and proposals for legislative consolidation of mediation in the field of labor relations in our country.

Наукове видання

**ВІСНИК
ЛЬВІВСЬКОГО ТОРГОВЕЛЬНО-ЕКОНОМІЧНОГО
УНІВЕРСИТЕТУ**

*Свідоцтво про державну реєстрацію
КВ № 21698-1598Р від 02.11.2015 р.;
КВ № 22164-12064ПР від 16.06.2016 р.*

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

*Збірник наукових праць
Випуск № 4*

Підписано до друку 22.02.2017.
Формат 60×84/16. Папір офсетний. Друк цифровий.
Умовн. друк. арк. 17,43. Обл.-вид. арк. 16,12.
Наклад 300 прим.

Видавець: ТзОВ «Растр-7»
79005, м. Львів, вул. Кн. Романа, 9/1
тел./факс. 032 235 52 05, 235 72 13
e-mail: rastr.sim@gmail.com www.rastr-7.com.ua

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ЛВ № 22 від 19.11 2002 р.