

Международный научно-практический
правовой журнал

«ЗАКОН И ЖИЗНЬ»

Издание аккредитовано Высшим советом
по науке и технологическому развитию
АН Молдовы.

Решение №61 от 30.04.09

Категория «С»

ISSN 1810-3081

Учредитель: Министерство
юстиции Республики Молдова

Соучредители:

Конституционный суд, Высшая судебная палата, Министерство внутренних дел, Министерство здравоохранения, Институт истории, государства и права АН РМ, Академия МВД «Штефан чел Маре», Славянский университет, Кагульский госуниверситет Б.П. Хашдеу, Институт прикладной криминологии и уголовной политики, Балтийская Международная Академия, НИИ прав человека НАН Азербайджана, Запорожский национальный университет.

Издается с января 1991 г.

№ 8/2 (260) 2013 г.

Главный редактор

Л. АРСЕНЕ

Редакционная коллегия

Намик Гасан оглу Алиев, доктор хабилитат права, профессор (Баку), В. Бужор, доктор права, А. Буриан, доктор хабилитат права, М. Георгицэ, доктор хабилитат права, профессор, В. Гуцуляк, доктор права, профессор, Е. Ищенко, доктор юридических наук, профессор (Москва), И. Кайряк, доктор права, Н. Карпов, доктор юридических наук, профессор (Киев), Г. Костаки, доктор хабилитат права, профессор, Т. Коломонец, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Украины, (Запорожье), А. Лончаков, доктор юридических наук, профессор (Хабаровск), В. Наумов, зам. главного редактора, Б. Сосна, доктор права, и.о. профессора, В. Флоря, доктор права, Е. Харитонов, доктор юридических наук, профессор, член кор. НАПрН Украина, Заслуженный деятель науки и техники Украины (Одесса), В. Шепитько, доктор юридических наук, профессор, академик НАПрН Украины (Харьков).

Адрес редакции:

2012. Кишинев, ул. Пушкина, 22

Дом печати,

телефон для справок: mob. 069190887;

© Перепечатка материалов только с разрешения
издателя

E-mail: legea_zakon@mail.ru

web страницы: www.legeazakon.md

www.legeasiviata.in.ua

СОДЕРЖАНИЕ

- В. АНДРИЙЦЁ.** Критерии определения субъектов процесса судебного доказывания в гражданском судопроизводстве..... 3
- О. БАКАЛИНСКАЯ.** Правовые проблемы защиты деловой репутации субъекта хозяйствования в конкурентном законодательстве.....7
- А. БАРАН.** Правовые основы деятельности парламента габсбургской монархии (1848-1918 гг.).....11
- А. BARANOVA.** Legal and regulatory fixing the basic principles of state educational policy..... 15
- А. БАРЬЯК.** Системный подход к пониманию правовых актов.....19
- Д. БЕЗДЕТКО.** Риск исполнителя в гражданских правоотношениях, возникающих из договора оказания услуг охраны жизни и здоровья физического лица.....23
- В. БЕЛЕВЦЕВА.** Правовое обеспечение режимной деятельности в информационной сфере Украины: защита и безопасность..... 27
- О. BILOUS.** National and international remedies for breach of contract..... 31
- Л. ДЕШКО, А. БЕРКО.** Институт конституционной жалобы в Украине: быть или не быть?..... 35
- Я. БЕРНАЗЮК.** Понятие принципов нормотворчества: теоретико-правовой аспект..... 38
- О. БЕСПАЛОВА.** Соблюдение международных стандартов обеспечения прав человека в деятельности органов внутренних дел Украины.....42
- А. БЕСПАЛОВА.** Контролирующие органы и органы взыскания: понятие и компетенция.....46
- А. БИЛЬКО.** Формы и виды кредитно-расчетных отношений по законодательству Украины..... 50
- А. БЛАГАЯ.** Современные проблемы определения понятия и содержания насилия в семье..... 54
- Н. БЛАЖИВСКАЯ.** Совершение электронных сделок с потребителем.....59
- И. БОГДАН.** Условия труда как значимый элемент правового обеспечения творчества..... 63
- М. БОГУШ.** Состав корпоративных отношений.....67
- Н. БОЙКО.** Понятие и юридическая природа договора ссуды.....72
- М. БОЙКОВА.** К вопросу об использовании специальных знаний адвокатом, представляющим интересы потерпевшего..... 76
- М. БОЙКОВА.** Контроль реализации дискреционных полномочий в деятельности органов внутренних дел.....80
- Е. БОНДАРЕНКО.** Правовой прецедент как источник права в странах религиозной правовой семьи.....84
- Р. БОТВИНОВ.** Генезис теоретических представлений и законодательства относительно уголовной процессуальной компетенции руководителя следственного подразделения органа, который осуществляет контроль за соблюдением налогового законодательства..... 88
- О. БРЫНЗАНСКАЯ.** Введение института уголовного проступка в уголовное законодательство Украины.....92
- Я. БУГА.** Проблема законодательного регулирования прав и свобод мусульман во Франции.....96
- С. БУРАК.** Защита трудовых прав граждан Украины европейским судом по правам человека.....100

Компьютерный набор. Формат 60x84 1/8. Печать офсетная

Усл. п.л. 38,76

Отпечатано SRL «Cetatea de Sus»,
г. Кишинэу

А. БУТЫРСКИЙ. Классификация моделей разрешения хозяйственных (коммерческих) споров в странах Восточной Европы.....	104
А. ВИТКО. Непосредственный объект преступления, предусмотренного статьей 222-1 криминального кодекса Украины.....	108
P. VOITOVICH. Informational rights' protection in international law.....	112
О. GAYDULIN. Interpretation of contract: english-ukrainian convergent parallels.....	115
А. GONCHAROVA. Intellectual property protection in time and space.....	118
Е. ГУЛЯК. Отдельные аспекты реализации состояния пожарной безопасности лесов в Украине.....	121
А. ГУСЬ. К анализу правового статуса участников правоотношений с нематериальными активами.....	124
Ю. ДАНИЛИНА. Правовое регулирование деятельности национального трехстороннего социально-экономического совета в Украине.....	128
Ю. ДЕЛИЯ. Информационное обеспечение органов публичного управления.....	132
И. ДИКОВСКАЯ. Недобросовестность стороны международных частных договорных обязательств: признаки и последствия.....	136
М. ДОЛИНСКАЯ. Вправе ли нотариус удостоверить договоры приобретения иностранцами сельскохозяйственных земель в Украине?.....	140
В. ДРОБОТ. Уголовно-процессуальные аспекты порядка реализации мировой юстиции в Англии.....	144
Е. ДРУЧЕК. Понятие прав, свобод и интересов ребёнка в контексте признания их объектами административно-правовой защиты.....	148
В. ДЫНТУ. Процессуальные и криминалистические способы исследования обстановки преступления.....	153
Л. ДЯЧУК. Повторный брак в ранневизантийском праве.....	157
Н. ЕРЕМЕЕВА. Проблема выбора способа защиты права при наложении границ земельных участков.....	161
Т. ЗАВАРЗА. Природа договорных обязательств в сфере медицинского обслуживания граждан.....	165
Т. ЗАВОРОТЧЕНКО. Научно-правовые исследования субъективных политических прав и свобод человека и гражданина в Украине.....	169
С. ЗАДЕРЕЙКО. Приватизация как составляющая часть экономической реформы.....	173
С. ЗАПАРА. «Opt-out clauses» как инструмент правового регулирования трудовых споров.....	177
Е. ЗИМЕНКО. Значение преюдиции и прецедента в праве.....	181
Ю. ИЛЬИНА. Сравнительная характеристика особенностей правового статуса нотариуса в некоторых зарубежных странах.....	185
А. КАЙТАНСКИЙ. Правовые аспекты здравоохранения молодежи в Украине.....	189
О. КАЛИНИНА. Основные положения, проблемы и перспективы правового регулирования деятельности европейских компаний в праве европейского союза.....	192

Н. КАМЕНСКАЯ. Европейские принципы надлежащего управления как вектор усовершенствования законодательства Украины об обращениях: сравнительно-аналитический очерк.....	196
Е. КАПЛИЙ. Общие и специальные функции СМИ в Украине: конституционно-правовой анализ.....	201
К. КАРАХАНИЯ. Правовое регулирование конкурентной приватизации отдельных групп земель в Украине.....	204
О. КАФАРСКИЙ. Трудовые отношения в сельском туризме.....	209
Е. КАШКА. Понятие полномочий суда апелляционной инстанции.....	212
А. КВАШУК. Имеют ли решения начального этапа досудебного производства процессуальную природу?.....	216
Ю. КОРОСТАШИВЕЦ. Проблемы отнесения гостиниц к жилью.....	220
В. КОСТЕНКО. Основные направления и перспективы модернизации государственной системы гражданской защиты в контексте европейской интеграции Украины.....	223
Н. КУРИЛО. Представительство как межотраслевой институт процессуального права: возможность унификации.....	228
Ю. КУРЫЛЮК. Эволюция наказаний за нарушение правил несения пограничной службы на территории украинского государства.....	232
Т. ЛОСКУТОВ. Тип правового регулирования деятельности органов уголовного судопроизводства.....	235
Л. МАЖАР. Некоторые аспекты периодизации международного морского права.....	239
S. MELENKO. The impact of philosophical and ideological views of aryanism upon the formation of regulatory-legal institutions in kyiv russ.....	243
М. МУРАВСКАЯ. Некоторые правовые аспекты использования земель водного фонда.....	247
О. ОТРАДНОВА. Способы прекращения деликтных обязательств по воле сторон: украинский опыт.....	251
Н. ПОГРЕБНЯК. Место и роль аппарата в структуре парламента.....	256
Т. ПОЛЯНСКИЙ. Социальное предпринимательство в Украине: оптимальные юридические и организационные способы функционирования.....	260
А. РОМАНЮК. Актуальные вопросы аренды объектов культурного наследия Украины.....	265
Е. РУДОЙ. Участие органов внутренних дел Украины в миротворческих операциях по обеспечению международной безопасности.....	270
И. РЫЖУК. Понятие и признаки конституционно-правовой ответственности парламентариев.....	275
Д. РЯБИКИН. Общие основания ответственности перевозчика по договору международной морской перевозки грузов.....	279



КРИТЕРИИ ОПРЕДЕЛЕНИЯ СУБЪЕКТОВ ПРОЦЕССА СУДЕБНОГО ДОКАЗЫВАНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

В. АНДРИЙЦЁ,

кандидат юридических наук, председатель Закарпатского окружного административного суда

SUMMARY

In this article the author systematizes and analyzes the criteria for determining the subjects of the process of judicial proof in civil proceedings. As a result is proposed the allocation of universal and special criteria. Universal criteria for highlight of the subjects of judicial proof are the criteria that are inherent to all subjects of judicial proof without exception. Special criteria are the criteria that complement the universal criteria and separating the subjects of judicial proof from other members of civil proceedings, which are not members.

Key words: the process of judicial proof, subjects, universal and special criteria.

* * *

В данной статье автор систематизирует и анализирует критерии определения субъектов процесса судебного доказывания в гражданском судопроизводстве. По результатам исследования предлагается выделять универсальные и специальные критерии. Универсальные критерии выделения субъектов судебного доказывания – это такие критерии, которые присущи всем без исключения субъектам судебного доказывания. Специальные критерии – это такие критерии, которые дополняют универсальные и отделяют субъектов судебного доказывания от других участников гражданского процесса, которые ими не являются.

Ключевые слова: процесс судебного доказывания, субъекты, универсальные и специальные критерии.

Постановка проблемы. Важность субъектов процесса судебного доказывания с логической стороны выражается в том, что именно указанные субъекты будут выступать в качестве субъектов познания, которые формируют тезисы, и на основании аргументов будут осуществлять умозаключения. Без указанных субъектов познания фактов объективной реальности было бы невозможным. Вот почему для понимания специфики познания закономерностей процесса судебного доказывания чрезвычайно важным является определение вопроса субъектного состава судебного доказывания на основании определенных критериев.

Актуальность темы исследования обуславливается тем, что в настоящее время нет единых подходов в определении субъектов процесса доказывания, так как большинство авторов не раскрывает критерии, по которым производится такой отбор.

Состояние исследования. Вопросы определения круга субъектов судебного доказывания в гражданском судопроизводстве занимались такие ученые как О. В. Баулин, А. А. Давлетов, С. В. Курылев, И. В. Решетникова, М. К. Треушников, С. Я. Фурса, Т. В. Цюра, М. Й. Штефан, В. Н. Щеглов, К. С. Юдельсон и др.

Целью и задачей статьи является установление критериев определения субъектов процесса судебного доказывания в гражданском судопроизводстве.

Изложение основного материала. Наиболее распространенный критерий, которым руководствовались подавляющее большинство ученых, определяя субъектов судебного доказывания, – это критерий ответственности, который четко определяет, кто должен применять все мероприятия,

направленные на обоснованное решение гражданского дела [1, с. 14]. Относит суд к субъектам доказывания также К. С. Юдельсон [2, с. 116].

Ответственность суда за доказывание носит двоякий характер: сугубо процессуальный и организационно-правовой. В первом случае суд должен обеспечить процесс доказывания: определить предмет доказывания, распределить обязанности по доказыванию, совершать действия по обеспечению доказательств, выполнять судебные поручения и так далее. Во втором случае суд совершает организационно-правовую деятельность, которая направлена на удовлетворение ходатайств об истребовании доказательств, контроле над его своевременным направлением в суд [3, с. 87].

Стороны по гражданскому делу также несут ответственность за доказывание, так как на них полагается обязанность довести те обстоятельства гражданского дела, на какие они ссылаются как на основание своих требований и возражений. Аналогичные обязанности полагаются на третьих лиц, которые за-

являют самостоятельные требования, поскольку они наделяются правовым статусом истца. Относительно судебных (законных и договорных) и публичных (прокурор, омбудсмен, органы государственной власти и местного самоуправления и т.п.) представителей, в силу их связанности с лицами, которых они представляют, они также несут ответственность за успешное разрешение гражданского дела в отношении тех, кого они представляют (ч. 1 ст. 46 ГПК Украины).

Указывается, что ответственность за доказывание может носить как процессуальный, так и организационно-правовой характер, где последний не формируется в границах гражданских процессуальных отношений. На разграничении гражданских процессуальных и организационно-правовых обязанностей И. В. Решетникова выводит дополнительный квалификационный критерий субъектов доказывания – наличие обязанностей по доказыванию в силу гражданского процессуального законодательства и наличие материально-правовой или (и) процессуально-правовой заинтересованности [3, с. 88]. Другой ученый, О. В. Баулин, также отстаивая целесообразность в выделении такого признака субъектов доказывания как наличие заинтересованности, отмечает, что она присуща суду и лицам, которые участвуют в деле [4, с. 60]. По нашему мнению, выделять указанный критерий как универсальный по отношению ко всем субъектам доказывания, в том числе и по отноше-



нию к суду, бесосновательно. Категория юридической заинтересованности традиционно изучалась относительно лиц, которые участвуют в гражданском деле, а не относительно суда [5, с. 17; 6, с. 58; 7, с. 59-62; 8, с. 33; 9, с. 78-79; 10, с. 71; 11, с. 138-139]. С другой стороны, если следовать букве закона, заинтересованный судья в гражданском процессе должен заявить самоотвод или это будет основанием для отвода (ст. 20 ГПК Украины). А процессуальная заинтересованность в доктрине гражданского процессуального права традиционно определялась как интерес к процессу, потребность участвовать в нем для выяснения спорного положения, установления существования спорного материального права или интереса, предоставления ему защиты. Юридический интерес – это социальная потребность, которая удовлетворяется деятельностью правоохранительного органа [12, с. 45, 47]. Поэтому, если суд должен вынести обоснованное судебное решение, это не связано с его процессуальной заинтересованностью, как пишет И. В. Решетникова, а с его заданиями и статусом органа правосудия, который несет ответственность за вынесенные решения. Как правильно указывала Е. В. Колесник, суд является основным субъектом гражданских процессуальных правоотношений, поскольку на него возложено выполнение главного задания гражданского судопроизводства [13, с. 27-28].

Авторы коллективной фундаментальной монографии указывали, что субъектами доказывания являются органы и лица, которые играют в доказывании не разовую или эпизодическую, а постоянную, длительную роль (хоть бы в пределах одной стадии процесса) [14, с. 494-497]. И. В. Решетникова подвергла справедливой критике критерий постоянного участия лица в процессе судебного доказывания в качестве определяющего критерия, поскольку на практике может быть ситуация, когда лицо, имея материальную заинтересованность, сможет участвовать в процессе доказывания лишь в разовом эпизоде [3, с. 86].

И. Л. Петрухин, а также И. В. Решетникова выделяют критерий активного участия в процессе судебного доказывания [14, с. 494; 3, с. 89]. Считаем, что выделение данного критерия стоит поддержать, поскольку роль

суда и лиц, которые участвуют в гражданском деле, действительно предусматривает активную деятельность в процессе судебного доказывания.

В литературе справедливо отмечается зависимость роли суда в процессе доказывания от принципа состязательности [15, с. 73; 16, с. 389]. Активное участие субъектов доказывания, как отмечает, И. В. Решетникова, полностью зависит от типа гражданского процесса: следственный он или состязательный [3, с. 89]. С. М. Амосов рассматривает активные действия хозяйственного суда по выяснению действительных обстоятельств дела как вторичные, по отношению к действиям сторон [17, с. 42].

По нашему мнению, активность суда и лиц, которые участвуют в гражданском деле в процессе судебного доказывания, прямо зависит от тех прав и обязанностей, что они должны осуществить. Анализируя принцип состязательности, многие ученые делают не совсем верные выводы: мол, на современном этапе в процессе судебного доказывания суд должен быть пассивным, а стороны активными. Как писал Г. П. Тимченко, в идеале гражданский процесс может быть только состязательным, поскольку гражданский спор – это частный спор [18, с. 76]. Следует очень хорошо помнить, что когда говорится об активности суда и сторон, то надо исходить из всего процесса судебного доказывания, а не только из одного его этапа – собирания доказательств. Если анализировать процессуальные права и, в первую очередь, обязанности суда и сторон в гражданском деле в течение всего процесса доказывания, легко можно показать, что как суд, так и стороны участвуют в определении фактов предмета доказывания (ст. 119, 128, 130 ГПК Украины); как суд, так и стороны активны в процессе сбора доказательств (хотя здесь нужно понимать, что активность суда по делам искового и приказного производства на этом этапе процесса доказывания иницируется сторонами – Авт.) (ст. 131-137, ст. 143-150 ГПК Украины); суд и стороны участвуют в процессе исследования судебных доказательств (ст. 173, 176-189 ГПК Украины); суд и стороны активны при оценке доказательств (ст. 193, 212-214 ГПК Украины).

Предыдущий критерий – актив-

ность субъекта судебного доказывания – тесно связан с еще одним критерием, который, по нашему мнению, стоит выделять в науке гражданского процесса. Субъекты доказывания владеют таким правовым статусом, который дает возможность направлять доказательственный процесс в соответствующее русло, то есть существенно влиять на его ход. Нельзя согласиться с мнением С. В. Курылева, что суд является самым полномочным субъектом доказывания, поскольку объем процессуальных прав суда в доказывании значительно шире, чем у лиц, которые участвуют в деле [19, с. 64]. Даже в советские времена, где суд должен был собирать доказательства по собственной инициативе для обеспечения установления действительных обстоятельств дела, правовой статус сторон был такой же обширный, как и у суда. Вот почему, один из судей Верховного Суда Украины, который критически подходит к изложенной в литературе позиции относительно руководящей, решающей роли суда при осуществлении правосудия, указывал, что это утверждение является только частично справедливым, поскольку в гражданском судопроизводстве каждый субъект процессуальной деятельности выполняет четко определенные законом функции [20].

Именно с предыдущими двумя критериями субъектов процесса судебного доказывания: активное участие в судебном доказывании и наличие такого правового статуса, который обеспечивает возможность интенсивно влиять на процесс доказывания, связан еще один критерий, который выделяется в науке гражданского процесса, – длительное участие в процессе судебного доказывания [3, с. 89].

Можно, по нашему мнению, в соответствии со всеми этапами процесса судебного доказывания выделить еще один критерий, который будет присущ субъектам судебного доказывания, – обязательность. Как суд, так и лица, которые принимают участие в гражданском деле, являются обязательными субъектами процесса судебного доказывания.

В. В. Комаров отмечает, что любые правоотношения, в том числе и гражданские процессуальные, фиксируют круг лиц, на которых распространяется действие правовых норм, закрепляют конкретное поведение, которое нужно или можно совершить, субъективные



права и обязанности субъектов [21, с. 97]. Основным субъектом, без которого не происходит реализация гражданских процессуальных предписаний, является суд [13, с. 14]. Подавляющая масса ученых – А. В. Гетманцев, М. К. Треушников, Н. А. Чечина, М. Й. Штефан и др. – придерживается той точки зрения, что гражданские процессуальные правоотношения возникают только между судом и другими участниками процесса, причем суд является обязательным субъектом гражданских процессуальных правоотношений [22, с. 15, 27-28; 11, с. 28-29]. По мнению А. В. Гетманцева, суд является обязательным и главным субъектом гражданских процессуальных отношений и ему принадлежит руководящая роль в процессе [23, с. 191]. А. Л. Паскар отмечает, что «гражданские процессуальные правоотношения не могут существовать вне суда, поскольку именно суд является единственным государственным органом, исключительной компетенцией которого является осуществление правосудия» [24, с. 56]. Если суд является обязательным субъектом для всего процесса судебного доказывания, поскольку он несет ответственность за вынесенное решение по делу, то вопрос обязательности лиц, которые участвуют в деле, является не настолько очевидным, исходя из положений гражданского процессуального законодательства Украины.

Если принимать во внимание стороны и третьих лиц с самостоятельными требованиями, их судебных или публичных представителей, которые обратились за защитой прав и интересов сторон или третьих лиц с самостоятельными требованиями, то не на всех этапах процесса судебного доказывания их присутствие является обязательным. Четко видно из положений ГПК Украины их обязанность участвовать в определении фактов предмета доказывания и сборе доказательств. Кое-кто может заметить, что ответчик не обязан подавать возражения против иска и собирать доказательства, но не следует забывать, что ч. 1 ст. 60 ГПК Украины четко определяет правило, что каждая сторона обязана довести обстоятельства дела, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений. Определив распределение обязанностей доказывания между сторонами, ГПК Украины

возложил ответственность на стороны по сбору доказательств в гражданском деле. А собирать доказательства без определения фактов предмета доказывания невозможно, так как данная деятельность должна быть целенаправленной.

Наглядно существование обязанности доказывания между сторонами подтверждают доказательные презумпции, которые осуществляют такую важную функцию как перераспределение обязанностей по доказыванию между ними [25, с. 69]. Осуществляя функцию перераспределения обязанностей по доказыванию между сторонами, доказательные презумпции становятся, таким образом, специальным правилом доказательного процесса, которое применяется вопреки общему [26, с. 162; 27, с. 64; 28, с. 42]. Если стороны обязаны участвовать в определении фактов предмета доказывания и подтверждать их существование, то третьи лица с самостоятельными требованиями и все другие субъекты, которые обращаются за защитой прав и интересов других лиц, также должны выполнять данные функции в соответствии с ч. 1 ст. 34, ч. 1 ст. 44, ч. 1 ст. 46 ГПК Украины.

Третьи лица без самостоятельных требований в гражданском процессе пользуются правами и обязанностями, которые определяются ст. 27 ГПК Украины. Указанная статья, в частности часть 2, содержит следующее правило: лица, которые участвуют в делах искового производства, для подтверждения своих требований или возражений обязаны подать все имеющиеся у них доказательства до или во время предварительного судебного заседания, а если предварительное судебное заседание по делу не проводится – до начала разбирательства дела по существу.

Однако если брать такой этап процесса судебного доказывания как исследование судебных доказательств, то, как следует из содержания ст. 169 ГПК Украины, суд может приступить к исследованию доказательств без сторон и других лиц, которые принимают участие в деле, что не явилось по вызову в суд. Хотя их явка в судебное заседание, согласно смыслу ст. 169 ГПК, является их обязанностью. Однако здесь следует сделать одно важное замечание: лица, которые участвуют в

разбирательстве дела, могут формально не принять участия в исследовании доказательств именно в судебном заседании, но фактически они должны такое исследование осуществить за пределами судебного заседания самостоятельно, по крайней мере, в отношении своих доказательств (как иначе они смогут определить, какие факты подтверждает то или другое доказательство).

Относительно оценки доказательств, то по общему правилу свой итог по гражданскому делу стороны и другие лица, которые участвуют в деле, проводят уже на этапе судебных дебатов. Ст. 193 ГПК Украины, которая их регламентирует, нигде не содержит указания на обязательное участие в этом этапе судебного заседания лиц, участвующих в деле. По нашему мнению, лиц, которые участвуют в деле, все-таки следует считать обязательными субъектами данного этапа судебного доказывания. Так, С. Г. Садивакин отмечает, что оценка доказательств является процессом, который имеет достаточно развитую нелинейную внутреннюю структуру, вследствие чего в процессе оценки отсутствует четкая последовательность отдельных операций [29, с. 113-116]. Аналогичную позицию занимает К. И. Лельчицкий [30, с. 28]. Вот почему необходимость осуществления хотя бы предварительной оценки судебных доказательств будет предопределять обязательное участие лиц, которые участвуют в деле даже на этапе оценки доказательств.

Выводы. Таким образом, если подытожить рассмотренный нами материал относительно критериев выделения субъектов судебного доказывания, то можно сделать вывод, что систему данных критериев стоит разделить на две группы: универсальные и специальные. Универсальные критерии выделения субъектов судебного доказывания – это такие критерии, что присущи всем без исключения субъектам судебного доказывания. Специальные критерии – это такие критерии, которые дополняют универсальные и отделяют субъектов судебного доказывания от других участников гражданского процесса, которые ими не являются. К универсальным критериям выделения субъектов судебного доказывания можно отнести следующие критерии: а) юридическая ответственность за проведение и ре-



зультаты процесса судебного доказывания; б) обязательное участие в процессе судебного доказывания во всех его этапах; в) наличие такого правового статуса, который дает возможность существенно влиять на процесс судебного доказывания на каждом из его этапов; г) активное участие в процессе судебного доказывания во всех его этапах. К специальным критериям выделения субъектов процесса судебного доказывания стоит отнести такие критерии: а) для суда – обязательность совершения официальной фиксации процесса и результатов процесса судебного доказывания техническими средствами и в процессуальных актах; б) для лиц, которые участвуют в деле, – утверждение о фактах или их отрицание, а также наличие юридической заинтересованности (этим они отличаются от свидетелей, экспертов, переводчиков и так далее, что также могут участвовать в процессе судебного доказывания, но не в качестве субъектов судебного доказывания).

Список использованной литературы:

1. Давлетов А. А. Основы уголовно-процессуального познания / Давлетов А. А. - Свердловск: Изд-во Урал. ун-та, 1991. - 152 с.
2. Юдельсон К. С. Субъекты доказывания в советском гражданском процессе // Ученые записки Свердловского юридического института / К. С. Юдельсон. - Свердловск: Свердловгиз, 1947. - Т. 2. - С. 99—157.
3. Решетникова И. В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве / Решетникова И. В. - Екатеринбург: Изд-во Гуманитарного ун-та, 1997. - 366 с.
4. Баулин О. В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел / Баулин О. В. - М.: Городец, 2004. - 272 с.
5. Артебякина Н. А. Теоретические и практические проблемы института лиц, участвующих в деле: автореф. дис. на соискание научн. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / Н. А. Артебякина. - Саратов, 2011. - 26, [1] с.
6. Гражданский процесс: Учебник / [Абушенко Д. Б., Воложанин В. П., Загайнова С. К. и др.]; отв. ред. проф. В. В. Ярков. - [5-е изд., перераб. и доп.]. - М.: Волтерс Клувер, 2004. - 720 с.
7. Гражданский процесс. Учебник / [Вершинин А. П., Кривоносова Л. А., Новиков Е. Ю., Полудняков В. И. и др.]; под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. - [Издание третье, переработанное и дополненное]. - М.: ПБОЮЛ Гриженко Е. М., 2000. - 544 с.
8. Мельников А. А. Правовое положение личности в советском гражданском процессе / А. А. Мельников; отв. ред. В. С. Тадевосян. - М.: Издательство «Наука», 1969. - 247 с.
9. Немеш П. Ф. Юридичний інтерес як кваліфікуюча ознака групи осіб, які беруть участь у справі / П. Ф. Немеш // Судова апеляція. - 2011. - №4(25). - С. 78—81
10. Штефан М. Й. Цивільний процес. - [Підруч. для юрид. спеціальностей вищих закладів освіти] / Штефан М. Й. - К.: Ін Юре. - 1997. - 608 с.
11. Щеглов В. Н. Гражданское процессуальное правоотношение / Щеглов В. Н. - М.: Юрид. лит., 1966. - 168 с.
12. Гукасян Р. Е. Избранные труды по гражданскому процессу / Гукасян Р. Е. - М.: Проспект, 2009. - 480 с.
13. Колісник О. В. Суд як суб'єкт цивільних процесуальних відносин: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.03 / Колісник Олена Вікторівна. - Х., 2008. - 224 с.
14. Теория доказательств в советском уголовном процессе / [Р. С. Белкин, А. И. Винберг, В. Я. Дорохов, Л. М. Карнеева, и др.]; Редкол.: Н. В. Жогин (отв. ред.), Г. М. Миньковский, А. Р. Ратинов, В. Г. Танасевич, А. А. Эйсман. - [2-е изд., испр. и доп.]. - М.: Юрид. лит., 1973. - 736 с.
15. Зайцев И. М. Основное противоречие современного гражданского процесса / И. М. Зайцев // Российский юридический журнал. - 1995. - №3. - С. 68—80.
16. Фокина М. А. Механизм доказывания по гражданским делам: дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.15 / Фокина Марина Анатольевна. - М. 2011. - 612 с.
17. Амосов С. М. Судебное познание в арбитражном процессе / Амосов С. М. - М.: РАП., 2003. - 184 с.
18. Тимченко П. Г. Принципи цивільної юрисдикції: Теорія, історія, перспективи розвитку: Монографія / Тимченко П. Г. - К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2006. - 412 с.
19. Курылев С. В. Доказывание и его место в процессе судебного познания / С. В. Курылев // Труды Иркутского государственного университета им. А. А. Жданова. - Иркутск.: Иркутское книжное издательство, 1955. - Т. XIII. - С. 37—67.
20. Луспеник Д. Д. Роль суду в цивільному змагальному процесі / Д. Д. Луспеник // Юридичний журнал. - 2004. - № 5. - Электронный документ – Режим доступа: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1156>.
21. Проблемы науки гражданского процессуального права / [В. В. Комаров, В. А. Бигун, В. В. Баранкова, В. И. Тертышников и др.]; под ред. проф. В. В. Комарова. - Х.: Право, 2002. - 440 с.
22. Зейдер Н. Б. Гражданские процессуальные правоотношения / Н. Б. Зейдер. - Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1965. - 74 с.
23. Гетманцев О. В. Вплив реформи приватного права на процесуальне становище суду в позовному провадженні / О. В. Гетманцев // Методологія приватного права: матеріали наук.-практ. конф., 30 трав. 2003 р. - К.: Юрінком Інтер, 2003. - С. 190—196.
24. Паскар А. Л. Суб'єкти цивільних процесуальних правовідносин: поняття та види / А. Л. Паскар // Науковий вісник Чернівецького університету: [зб. наук. праць]; [Правознавство]. - Вип. 282. - Чернівці: Рута, 2005. - С. 54—58.
25. Феннич В. П. Доказові презумпції в цивільному судочинстві: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.03 / Феннич Василь Петрович. - К., 2009. - 222 с.
26. Решетникова И. В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве / И. В. Решетникова. - М.: Норма-Инфра, 2000. - 288 с.
27. Треушников М. К. Судебные доказательства / М. К. Треушников. - М.: Городец, 2004. - 272 с.
28. Каранина Н. С. Правовые презумпции в теории права и российском законодательстве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Каранина Наталья Сергеевна. - М., 2006. - 164 с.
29. Садивакин С. Г. О структуре оценки доказательств / С. Г. Садивакин // Юридический аналитический журнал. - 2002. - №2(3). - С. 113—116.
30. Лельчицкий К. И. Проблема оценки доказательств в гражданском процессе: дисс. ... кандидата юрид. наук: 12.00.15 / Лельчицкий Кирилл Игоревич. - Тверь, 2008. - 160 с.



ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ СУБЪЕКТА ХОЗЯЙСТВОВАНИЯ В КОНКУРЕНТНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

О. БАКАЛИНСКАЯ,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры коммерческого права
Киевского национального торгово-экономического университета

SUMMARY

This article analyzes the current problems of protection of business reputation entities from hostile competitive action. Based on the analysis of the practice of application of existing legislation with the problem of the protection of human subjects of management, identify areas for improvement of the current competition law. The emphasis by the author, given the peculiarities of the protection of business reputation of business entities with the weakening of the distinctiveness of marks and trade names of participants of economic turnover (dilution), as well as security features well-known marks in the competition legislation of Ukraine and other countries.

Key words: good faith, goodwill, unfair competition, the priority of use of the mark for goods and services.

* * *

Статья посвящена анализу актуальных проблем защиты деловой репутации субъектов хозяйствования от недружественных конкурентных действий. На основе анализа практики применения положений ст. 4 Закона Украины «О защите от недобросовестной конкуренции» автором исследуется проблема эффективности защиты прав субъектов хозяйствования, определяются направления совершенствования действующего конкурентного законодательства. Особое внимание автором уделено особенностям защиты деловой репутации субъектов хозяйствования при ослаблении различительной способности знаков и фирменных наименований участников хозяйственного оборота (дилуции), а также особенностям защиты общеизвестных знаков в конкурентном законодательстве Украины и других стран.

Ключевые слова: добросовестность, деловая репутация, недобросовестная конкуренция, приоритет использования знака для товаров и услуг.

Вводная часть. Практика применения законодательства о защите от недобросовестной конкуренции доказывает, что наиболее распространенными нарушениями действующего законодательства в этой сфере являются различные по своей природе и правовым последствиям посяательства на деловую репутацию субъекта хозяйствования. Характеризуя данный вид нарушений, необходимо обратить внимание на то, что как правило, деловая репутация не является непосредственным объектом посяательства при совершении недобросовестных действий. Неправомерное использование деловой репутации осуществляется путем посятельств конкурентов на ее материальные носители: продукцию, фирменные наименования, знаки для товаров и услуг, другие обозначения. Эти объекты должны быть достаточно известными на соответствующем рынке и ассоциируются у потребителей с высокими, качественными характеристиками товара. В таком случае нарушитель, неправомерно используя указанные объекты, получает возможность использовать достижения законопослушного добросовестного конкурента ее владельца. В таких условиях особую актуальность приобретают исследования причин возникновения недобросовестных действий в конкуренции и поиск оптимальных путей повышения эффективности защиты прав субъектов хозяйствования от недобросовестной конкуренции. Необходимо отметить, что именно формирование благоприятного инвестиционного климата, добросовестности конкурентного поведения на рынке могут при определенных условиях стать толчком для выхода экономики из кризиса. Вопросам защиты от проявлений недобросовестной конкуренции, как в Украине, так и в мире посвящены исследования как украинских, так и зарубежных ученых, в частности: Г. Андрощука, О. Безуха, З. Борисенко, А. Варламовой, И. Дахно, Т. Демченко, А. Дерингера, Н. Иваницкой, А. Кислицына, И. Коваль, С. Кондратовской, О. Кондратьевой, С. Кузьминой, Н. Кругловой, Э. Маркварта, А. Мельниченко, И. Нойффера, С. Паращука, М. Панченко, Н. Саниахметовой, С. Стефановского, К. Тотьева, С. Шкляра и др.

Целью исследования является выявление проблем правового регулирования и защиты деловой репутации субъектов хозяйствования, определение перспектив развития конкурентного законода-

тельства Украины с учетом общемировых тенденций правовой защиты знаков для товаров и услуг.

Основная часть. Создание эффективной системы защиты деловой репутации – это общемировая про-

блема. В нашей стране наиболее распространенным проявлением неправомерного использования деловой репутации субъекта хозяйствования является неправомерное использование коммерческих обозначений и иных средств индивидуализации деятельности участников гражданского оборота. Общеизвестные товарные знаки выступают одним из наиболее распространенных объектов для копирования и подделки. Тем самым украинский потребитель не защищен от того, что даже в фирменных магазинах и супермаркетах он может купить некачественную, не соответствующую товарному знаку продукцию.

Случаи неправомерного использования товарных знаков во многих странах превратились в своеобразный бизнес. В Бразилии, например, «компания-призраки» специализируются на регистрации общеизвестных товарных знаков с целью – начать переговоры с их законными владельцами и путем переговоров получить от правовладельца компенсацию за отказ от незаконной деятельности. Так были зарегистрированы известные товарные знаки: RENAULT, ALFA ROMEO, SUZUKI и т. п., всего около 6000 товарных знаков.

Эффективным механизмом защи-



ты прав предпринимателей в случаях неправомерного использования чужих коммерческих обозначений являются положения ст. 4 Закона Украины «О защите от недобросовестной конкуренции», в соответствии с которой недобросовестной конкуренцией признается неправомерное использование имени, коммерческого (фирменного) наименования, торговой марки (знака для товаров и услуг), рекламных материалов, оформления упаковки товаров и периодических изданий, других обозначений без разрешения (согласия) субъекта хозяйствования, который ранее начал использовать их или похожие на них обозначения в хозяйственной деятельности, что привело или может привести к смешению с деятельностью этого предприятия [1].

Неправомерным следует признавать любое использование знака для товаров и услуг другими лицами без разрешения его владельца, в том числе применение его на товарах и при предоставлении услуг, на упаковке товара, в рекламе, печатных изданиях, на вывесках, при демонстрации экспонатов на выставках и ярмарках, в проспектах, счетах, на бланках и в другой документации, связанной с введением товаров и услуг в хозяйственный оборот.

Положения статьи 4 Закона обеспечивают защиту от недобросовестной конкуренции в виде неправомерного использования деловой репутации не на основании охранного документа, к примеру, патента на промышленный образец или свидетельства на знак для товаров и услуг, а исходя из первенства в использовании любого обозначения или совокупности обозначений, обеспечивающих индивидуализацию деятельности соответствующего субъекта хозяйствования от других.

Следует заметить, что такая позиция получила распространение и в судебной практике. В частности, по этому поводу необходимо обратить внимание на письмо Высшего хозяйственного суда Украины «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с применением конкурентного законодательства» от 24 октября 2006 № 01-8/2361, в соответствии с которым отсутствие реги-

страции обозначения как товарного знака не является основанием для предоставления владельцу приоритетного по времени использования обозначения защиты от недобросовестной конкуренции [2].

Таким образом, в основу судебного решения было положено заключение о том, что ст. 4 Закона Украины «О защите от недобросовестной конкуренции» обеспечивает защиту прав личности от недобросовестного использования чужих обозначений, исходя из принципа приоритетного по времени использования соответствующего обозначения в хозяйственной деятельности независимо от того, было ли оно зарегистрировано как знак для товаров и услуг.

Следует отметить, что такой вывод полностью соответствует международной практике в сфере правовой защиты от недобросовестного использования чужих обозначений товаров (работ и услуг). Так, согласно п. 2 ст. 1 Парижской конвенции «Об охране промышленной собственности» от 20 марта 1883, объектами охраны в области промышленной собственности наряду с другими объектами права интеллектуальной собственности являются товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования и указания происхождения или наименования места происхождения, а также пресечение недобросовестной конкуренции. При этом согласно п. 2, 3 ст. 10-bis Конвенции актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. При этом в соответствии с указанными положениями Конвенции подлежат запрету любые действия, способные хотя бы каким образом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента [3].

Доказательством «недобросовестности» использования деловой репутации всегда связано с установлением факта несанкционированного использования определенного объекта и является элементом деловой репутации определенного предприятия. Несанкционированным является использование объектов

без разрешения их владельцев, лиц, имеющих приоритет на использование определенных объектов (санкционированный государством путем регистрации) или тех, кто первыми ввели определенный объект в хозяйственный оборот (приоритет использования).

Для квалификации определенных действий как неправомерного использования деловой репутации субъекта хозяйствования необходимым условием является непосредственное введение контрафактных объектов в хозяйственный оборот. При этом доказывать наличие у владельца убытков не нужно, а наличие прибыли у нарушителя есть лишь дополнительным условием состава правонарушения, потому что сам факт неправомерного использования является основанием для применения мер ответственности.

Так, вследствие принятых органами Антимонопольного комитета Украины за последние годы мероприятий получили необходимую защиту деловой репутации ООО «Акварин-Украина» по ряду известных марок рыбных консервов, ООО «Агрофирма» Шабо «по винам с указанием в качестве места происхождения региона села Шабо Белгород-Днестровского района Одесской области, ЗАО «Оболонь» по напиткам «Живчик» и «Живчик Уник», ОП «Ужгородский коньячный завод» относительно использования торговой марки коньяка «Карпатский», корпорации «МАРС, Инк.» (США) по кормам для животных с торговыми марками «Whiskas» и «Pedigree», ООО «Reed Messe Wien GmbH» (Австрия) по знаку «INTERTOOL», ЗАО «ПТИ ГЛОБАЛ» (Российская Федерация) относительно комбинированного знака для товаров и услуг «ПТИ» и других [4].

Как правило, запрет неправомерного использования чужих коммерческих обозначений связан с тем, что введение в оборот товаров с неправомерно использованными обозначениями приводит к потере необходимой степени индивидуализации определенного товара или знака в хозяйственном обороте, что в конечном итоге может негативно повлиять на всю хозяйственную деятельность



субъекта хозяйствования, а в отдельных случаях привести последнего к банкротству.

Именно поэтому, и предприниматели и государственные органы заинтересованы в существовании эффективного механизма защиты коммерческих обозначений и недопущении различных форм смещения, введения в заблуждение или любых форм нивелирования различительной способности коммерческих обозначений, в том числе и общеизвестных.

Проблема установления отсутствия различительной способности в знаках для товаров и услуг является актуальной проблемой для большинства зарубежных стран, прежде всего в связи с отсутствием общих критериев в решении данной проблемы [8, с. 27]. В некоторых странах эту проблему пытаются решить путем выработки судами обязательных рекомендаций, которыми необходимо руководствоваться для установления сходства товарных знаков. Так, судебная практика стран Бенилюкса выработала следующие рекомендации: 1) товарные знаки оцениваются на основе общего зрительного впечатления; 2) большее внимание уделяется подобным элементам, так как они вызывают ассоциации между товарными знаками; 3) исключенные из охраны элементы товарного знака могут не учитываться; 4) любые мелкие различия в товарных знаках могут не приниматься во внимание в связи с тем, что потребители не задерживают свой взгляд на товарных знаках; 5) обязательно учитывается отличительная способность товарного знака, права собственника которого нарушаются [5, с. 19].

В Соединенных Штатах Америки для того, чтобы выяснить, является введение в оборот подобного товарного знака нарушением, суды часто используют тест вероятности смещения («likelihood of confusion test»). При его применении в различных юрисдикциях суды анализируют различные наборы факторов, но чаще учитываются следующие обстоятельства: популярность товарного знака истца, степень сходства с ним товарного знака ответчика, однородность выпускаемых товаров, реальность смещения (как правило, опре-

деляется путем проведения опросов потребителей), качество товаров ответчика.

Фактор соотношения качества товара истца и ответчика, как правило, особенно учитывается американскими судами при рассмотрении дел о нарушении прав на товарный знак. Худшее качество товара ответчика может быть истолковано как доказательство недобросовестности ответчика, который, копируя товарный знак истца, стремится привлечь незаслуженный интерес к продукции [6, с. 124-125].

В Германии Верховный Федеральный суд квалифицирует сближение с чужими торговыми марками как недобросовестную практику при наличии следующих условий: 1) опасность введения в заблуждение относительно происхождения товаров; 2) намерение вызвать смещение между товарными знаками; 3) использование хорошей репутации чужих товаров; 4) ослабление отличительной функции товарного знака [7, с. 16].

Анализируя институт защиты от недобросовестной конкуренции необходимо, на наш взгляд, остановиться на проблеме «дильюции» (ослабления товарного знака) [8, с. 17].

Дильюция имеет место тогда, когда определенный предприниматель без разрешения уполномоченного на то лица использует товарный знак другого предприятия, причем относительно неконкурирующих товаров и услуг. Иными словами, известный (идентифицируемый) чужой товарный знак нарушители используют для «раскрутки» своих товаров, для которых его владелец этот товарный знак не использовал и/или не регистрировал. Дильюция является одним из видов нарушения товарного знака, если нарушитель использует «сильный» товарный знак конкурента с целью, которая вредит имиджу или ослабляет различительную способность упомянутого товарного знака [9, с. 177].

Ослабление различительной способности знака может привести к тому, что товарные знаки становятся общеупотребимыми и используются как обозначения товаров определенного вида, теряют свою различитель-

ную способность для потребителей вследствие неоднократного применения различными субъектами хозяйствования для одного и того же товара или для товара такого же вида. Это, в свою очередь, согласно Правилам составления, подачи и рассмотрения заявки на выдачу свидетельства Украины на знак для товаров и услуг [10], является основанием для отказа в предоставлении такому обозначению правовой охраны как товарному знаку. В этом случае, согласно ст. 18 Закона Украины «Об охране прав на знаки для товаров и услуг» [11], действие свидетельства прекращается по решению суда в связи с преобразованием товарного знака в обозначение, которое стало общеупотребительным как обозначение товаров и услуг определенного вида после даты подачи заявки.

Устранение негативных последствий дильюции некоторые ученые-правоведы считают возможным путем закрепления этого понятия в украинском конкурентном законодательстве [12, с. 8]. Однако, по нашему мнению, данное закрепление не решит проблему «дильюции» и вот почему. Законодательство о защите от недобросовестной конкуренции применяется органами Антимонопольного комитета Украины при наличии конкурентных отношений между субъектами хозяйствования. Но всем известно, что негативные последствия дильюции могут возникнуть и в результате неправомерного использования субъектом чужого товарного знака владельца (предпринимателя), который не находится в конкурентных отношениях с нарушителем. В таком случае органы Антимонопольного комитета Украины не могут применить нормы законодательства о защите от недобросовестной конкуренции, в связи с чем проблема «дильюции» останется нерешенной [13]. На основании изложенного считаем, что эту проблему возможно решить путем закрепления соответствующих норм в законодательстве о товарных знаках.

В действующем законодательстве, по нашему мнению, должно быть закреплено правило, в соответствии с которым в случае подачи для регистрации товарного знака,



тождественного или сходного до степени смешения с ранее зарегистрированным, регистрация не может быть осуществлена (при условии, что использование этого товарного знака в отношении товаров и услуг, для которых он заявлен, может создать представление о существовании связи между этими товарами или услугами и владельцем ранее зарегистрированного или заявленного на регистрацию товарного знака).

Правовая охрана товарных знаков нормами законодательства о защите от недобросовестной конкуренции распространяется и на общеизвестные товарные знаки. При этом охрана последних должна осуществляться и без регистрации в соответствии со ст. 6 bis Парижской конвенции, которая сегодня является основой - *ius gentium* - охраны общеизвестных товарных знаков. Термин «общеизвестный» было введено в Парижскую конвенцию «Об охране промышленной собственности» в 1925 г. на Гаагской конференции.

К сожалению, Парижская конвенция не определяет критерии, по которым товарному знаку предоставляется статус общеизвестного. Но с помощью статьи 16 (2) Соглашения о Торговых аспектах правовой охраны интеллектуальной собственности (далее – TRIPS) можно сформулировать общие подходы к определению общеизвестности товарного знака: его известность в соответствующих кругах общества или известность в отдельной стране-участнице, которая была достигнута в результате рекламы товарного знака [14].

В Украине действующим законодательством предусмотрены критерии, при соблюдении которых товарный знак признается общеизвестным (хорошо известным). В соответствии со ст. 25 Закона Украины «О защите прав на знаки для товаров и услуг» охрана прав на общеизвестный знак предоставляется на основании признания знака общеизвестным Апелляционной палатой Государственной службы интеллектуальной собственности Украины [11].

При признании знака общеизвестным учитываются: степень известности или признания (узнавания)

знака в соответствующем секторе общества; длительность, объем и географический регион любого использования знака; длительность, объем и географический регион любого продвижения знака, включая рекламирование или обнародование и представление на ярмарках, выставках товаров или услуг, к которым он применяется; длительность и географический регион любой регистрации и/или заявки на регистрацию знака, при условии использования или признания знака; свидетельства успешного отстаивания прав на знак, в частности территория, на которой знак признан общеизвестным; ценность, которая ассоциируется со знаком. Таким образом, в Украине были приняты рекомендации ВОИС относительно предоставления охраны общеизвестным знакам. Необходимо отметить, что охрана общеизвестных знаков для товаров и услуг, в отличие от обычных, имеет свою специфику, которая заключается в льготном, повышенном объеме правовой охраны.

Выводы. Вопрос защиты известных украинских товарных знаков сегодня актуален как никогда. Дело в том, что последнее время участились случаи неправомерного использования известных товарных знаков украинских товаропроизводителей как в Украине, так и за границей. Недобросовестному использованию поддаются такие известные торговые марки, как «Миргородская», «Моршинская», «Гетьман», «Корвалол» [15]. В Украине, по нашему мнению, проблему защиты от недобросовестной конкуренции в сфере неправомерного использования общеизвестных товарных знаков необходимо решать путем применения как нормы прямого действия ст. 6 bis и ст. 10 bis Парижской конвенции «Об охране промышленной собственности» наряду с положениями ст. 4 Закона Украины «О защите от недобросовестной конкуренции» не только судами, но и административными органами, в частности Антимонопольным комитетом Украины. Компетентные органы каждой страны Союза могут отклонять или признавать недействительной регистрацию и запрещать применение товарного знака, если он представляет собой воспроизведе-

ние (имитацию или перевод) другого знака. Такой запрет устанавливается в тех случаях, когда регистрация знака приведет к смешению с товарным знаком, который по определению компетентного органа страны регистрации уже является в этой стране общеизвестным в качестве товарного знака определенного лица, пользующегося преимуществами Парижской конвенции и используется для идентичных или подобных товаров.

Список использованной литературы:

1. Про захист від недобросовісної конкуренції : Закон України від 7 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 36. – Ст. 164 (зі змінами і доповненнями).
2. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням конкуренційного законодавства (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України). Огляд лист Вищого господарського суду України від 24.10.2006 р. № 01-8/2361 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://delo.ua/wiki/pro-dejak-pitannja-praktiki-vi10950>.
3. Convention of Paris for the protection of industrial property of March 20, 1883 //United Nations – Treaty Series. – New York .1977. Volume 828. – P. 138–140.
4. Річний звіт 2011. Антимонопольний комітет України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://amc.gov.ua>.
5. Мельников В. Критерии установления сходства знаков и их применение // Интеллектуальная собственность. – 1999. – № 5. – С. 18–24.
6. Афанасьева Г. Г. Пародия на товарный знак: уроки из судебного решения по делу Кэмбелла // Реферативный журнал. Серия № 4. Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. – 1999. – № 1. – С. 122–126.
7. Еременко В. И. Законодательство ФРГ о пресечении недобросовестной конкуренции // Вопросы изобретательства. – 1990. – № 6. – С. 14–20.
8. Кузьмина С. А. Механизм защиты интересов субъектов хозяйствования



ния от недобросовестной конкуренции. – Донецк : ИЭПИ НАН Украины, 1999. – 36 с.

9. Дахно І. І. Антимонопольне право: Курс лекцій. – К. : Четверта хвиля, 1998. – 352 с.

10. Правила складання, подання та розгляду заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг : затвержені наказом Держпатенту України від 28 липня 1995 р. № 116 (зі змінами і доповненнями) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0276-95>.

11. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України від 16.05.2008 (зі змінами і доповненнями) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/3689-12>.

12. Коваленко Т. Защита общественных товарных знаков // Юридическая практика. – 2001. – № 11. – С. 7–8.

13. Шкляр С., Анохіна Н. Захист від недобросовісної конкуренції: особливості застосування // Правовий тижень. – 2011. – № 3637 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=2692>.

14. TRIPS: AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm3_e.htm#3.

15. Річний звіт 2012. Антимонопольний комітет України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://amc.gov.ua>.

ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПАРЛАМЕНТА ГАБСБУРГСКОЙ МОНАРХИИ (1848-1918 ГГ.)

А. БАРАН,

аспирант Львовского государственного университета внутренних дел

SUMMARY

The article is devoted to the legal framework of the Austrian Parliament in the middle of XIX-early XX century., which is made through the analysis of constitutional acts of the Habsburg monarchy in 1848, 1849 and 1867. that were the basis of the democratization of the society and have played a catalytic role in the formation of a national political consciousness of Ukrainians in Western Ukraine, in particular, Galician intellectuals. The genesis of the basic principles of electoral participation enshrined in the law of the Habsburg monarchy is depicted that ensure representation of citizens in the empire exercising their rights to participate management in government.

Key words: legislation, parliament, deputy, election.

* * *

Статья посвящена правовым основам деятельности австрийского парламента в середине XIX–начале XX вв., который осуществлен через анализ конституционных актов Габсбургской монархии 1848 г., 1849 г. и 1867 г., что были основой демократизации тогдашнего общества и сыграли роль катализатора в формировании политического национального сознания украинцев Западной Украины и, в частности, галицкой интеллигенции. Также показан генезис основных принципов электорального участия населения, закрепленных в законодательстве Габсбургской монархии, которые обеспечивали представительство граждан империи в осуществлении ими своих прав на участие в управлении государством.

Ключевые слова: законодательство, парламент, депутат, выборы.

Постановка проблемы. Парламент и парламентаризм являются неотъемлемыми атрибутами демократического государства. Проблемы функционирования и развития современного отечественного парламентаризма глубоко связаны с его историческим основанием. Имея достаточно давнюю длительную предисторию становления, современный украинский парламентаризм не может не опираться на соответствующие национальные политические традиции и культуру. Вместе с тем вопросы становления украинского парламентаризма вызывают много споров в современных правоведов.

В силу своей многогранности вопрос становления австрийского парламентаризма был объектом исследований многих отечественных и зарубежных ученых разной направленности: правоведов, историков, политологов. Среди них особо следует отметить С. Днистрянского, К. Левицкого, М. Лозинского, С. Стажински, Й. Бушка, О. Бальцера, М. Никифорака, Ю. Плекана и многих других.

Целью статьи является освещение правовых основ становления и развития деятельности австрийского парламента в середине XIX–начале XX вв., а именно анализ основных положений австрийских конституционных актов 1848 г., 1849 г. и 1867 г.

Изложение основного материала исследования. Впервые как высший представительный орган народной власти парламента был образован в Англии в XIII в. Реального значения

этот институт народовластия приобрел после буржуазных революций XVII–XVIII века. В то время украинский народ был временно лишен собственной государственности. Западноукраинские земли во второй половине XVIII в. вошли в состав Австрийской монархии и на их территорию распространялось действие органов власти и управления этого государства.

Формирование основ австрийского парламентаризма и становления кон-



ституционной монархии произошло с принятием первой австрийской Конституции.

25 апреля 1848 г. император Фердинанд I провозгласил Конституционную грамоту Австрийской монархии, подготовленную комиссией во главе с министром внутренних дел Ф.-М. Пиллерсдорфом (так называемая конституция Пиллерсдорфа или Апрельская конституция). Важным приложением к этой конституции стал Временный избирательный закон от 9 мая 1848 г.

Согласно Конституционной грамоте, Австрийская империя провозглашалась конституционной монархией.

Конституция предусматривала создание общегосударственного законодательного института – Государственно-го Сейма (Reichstag).

Австрийский рейхстаг должен был состоять из 583 членов. Его нижняя палата – Палата послов (Kammer der Abgeordneten) численностью в 383 члена избиралась на 5 лет гражданами, которым было предоставлено избирательное право, путем двухступенчатых выборов по квоте – один депутат от 50 тыс. избирателей.

Порядок выборов определял Временный избирательный устав, опубликованный 9 мая 1848 г. Избирательная система носила куриальный характер: отдельных послов выбирали города, других – различные группы населения. Активным избирательным правом были наделены австрийские подданные в возрасте от 24 лет, гражданские права которых не были ограничены и жившие в своем избирательном округе не менее шести месяцев. Лишались избирательного права женщины, прислуга, рабочие с поденной или по недельной оплатой труда, лица, получавшие помощь от благотворительных учреждений [1, с. 92-102].

Верхняя палата (Senat) – Сенат – состояла из 200 членов. 50 членов – пожизненно назначались императором из числа принцев Габсбургской династии и «заслуженных» граждан. Остальные 150 членов избирались крупными землевладельцами на срок 5 лет. Галиция избирала 41 члена Сената. Эта норма Конституции была относительно прогрессивной – только 1/4 часть Сената назначал император, оставшиеся 3/4 избирали крупные землевладельцы [2, с. 14-15].

Конституционная грамота регламентировала личное голосование членов обеих палат и их депутатский иммунитет. Депутата нельзя было во время деятельности Государственного сейма привлечь к ответственности или арестовать без разрешения палаты, к которой он принадлежал, исключая задержания его на месте преступления (пункт 40, 42) [3, с. 16].

Законодательная компетенция рейхстага была определена статьями 45–47 Конституционной Грамоты. Статья 45 предусматривала, что законы вступают в силу после утверждения обеими палатами и императором. Статьи 46 и 47 указывали, что исключительно законами утверждается государственный бюджет, разрешения на сбор налогов и сборов, взимания государственных долгов, лишение государственных наград. Законопроекты поступали прежде в Палату послов и, в случае одобрения, передавались в Сенат [4, с. 3-4].

Конституционная Грамота так и не смогла набрать силу конституции. Под влиянием революционных событий в Вене уже 16 мая 1848 г. ее реализация была официально приостановлена [5, с. 538].

18 мая 1848 г. императорской прокламацией (объявлением) провозглашено изменения в формировании и организации деятельности Государственного сейма. Ему был предоставлен статус Учредительного собрания и ликвидирован Сенат.

Император Фердинанд I 2 декабря 1848 г. отрекся от трона, ему на смену пришел Франц Иосиф I. В своем манифесте, объявленном при вступлении на трон, Франц Иосиф I поддержал конституционные основы формирования государственной власти, однако отметил необходимость сохранения государственного единства монархии [6, с. 406-407].

Франц Иосиф I указом № 150 от 4 марта 1849 г. утвердил новую «открытую» конституцию («Мартовская» или «Оломунецкая» конституция). В целом она была менее прогрессивной, чем Конституционная грамота 1848 г., но все же осуществила существенное влияние на политическую и социальную жизнь населения Австрийской монархии, в том числе и Западной Украины.

Государственный сейм по прежне-

му состоял из двух палат: верхней и нижней (ст. 38). Верхняя палата создавалась из послов, избранных для каждого коронного края его сеймом. Количество послов верхней палаты составляло половину указанной конституцией количества членов нижней палаты. Каждый коронный край представлял двух членов своего сейма в качестве послов, а остальные места распределялись среди всех коронных краев в соответствии к численности населения. Членов верхней палаты могли выбирать сеймы только из тех граждан, которые платили (прямые) налоги в размере от 50 гульденов (ст. 41, 42). Депутаты верхней палаты избирались на 10 лет (ст. 49) [7, с. 31-33].

Депутаты нижней палаты избирались путем прямых выборов совершеннолетними налогоплательщиками (плативших не менее 5 гульденов (прямого) налога в год – для жителей деревень, где численность населения не превышает 10 тыс. жителей, и для жителей городов, которые платили налоги в размере от 10 до 20 гульденов, с населением больше, чем 10 тыс. жителей. На 100 тыс. населения приходился один посол (ст. 44). Членов нижней палаты избирали на пять лет (ст. 49).

Пассивное избирательное право возникало для депутатов верхней палаты после 40-летнего возраста, для депутатов нижней – после 30 лет. Для депутатов обеих палат требовалось быть гражданином австрийской монархии в течение последних 5 лет (ст. 45). Нельзя было стать одновременно членом нижней и верхней палаты (ст. 51) [Ibid., с. 30-33].

Право законодательной инициативы принадлежало императору и обеим палатам (ст. 65). Законопроект принимался обеими палатами, после чего санкционировался императором. Если проект закона отклонялся одной из палат или императором, то его повторное рассмотрение могло состояться не ранее, чем на следующей сессии (ст. 66) [3, с. 106].

Исходя из изложенного, следует отметить, что Оломунецкая конституция 1849 г. была переходным этапом от прогрессивной конституции Пиллерсдорфа 1848 г. к этапу возвращения Австрийской монархии к абсолютизму. Расширяя полномочия монарха, огра-



ничивая компетенцию представительного органа Государственного сейма и сужая права граждан, Конституция 1849 г. стала началом возвращения государственного режима, который существовал до 1848 г.

13 апреля 1851 г. императорским патентом образован «приближенный совет государственный» (Reichsrat) для помощи правительству вместо запланированной государственной репрезентации. Членов приближенного совета назначал лично император с оглядкой на отдельные края государства. Они были только «советниками» министров. Основной задачей Государственного совета, в соответствии с его Уставом, стало «помощь Нам (императору. – А. Б.) и Нашему министерству своим знанием дела, сведениями и опытом» (ст. 2); и «со своего призвание она есть совещательный орган» (ст. 4) [Ibid., s. 127-128].

20 августа 1851 г. императорским указом Государственный совет был признан исключительно Советом Короны [Ibid., s. 135].

5 марта 1860 г. был издан императорский патент о создании усиленного Государственного совета (verstärkten Reichsrat). Он должен был состоять из 100 членов: 62 Чрезвычайных советников (эрцгерцоги императорского дома, высокое духовенство, выдающиеся мужи, отличившиеся в гражданской, военной службе или другим способом, которые назначались пожизненно) и 38 представителей краев (от Галиции – 3), что избирались на 6 лет (ст. 1).

На рассмотрение усиленного Государственного совета должны были подаваться: государственный бюджет, предложения государственной комиссии долгов; все важные проекты по делам общегосударственного законодательства; представление представительств краев и др. (Ст. 3).

В компетенцию усиленного Государственного совета не входило право законодательной инициативы (ст. 4) [3, s. 151-153].

Важное значение для утверждения принципов парламентаризма в Австрийской монархии имело Приложение к Февральскому патенту от 26 февраля 1861 г. под названием «Основной закон о государственном представительстве». Он определял, что для пред-

ставительства государства создается Государственный совет, состоящий из полного (общего) Государственного совета (gesamten Reichsrat) (с представителями Венгерского королевства) и узкого Государственного Совета (engere Reichsrat) (без представителей Венгерского королевства).

Сфера деятельности полного Государственного Совета охватывала все общегосударственное законодательство. В частности, это были вопросы, касающиеся военной службы; общегосударственных финансов; коммуникаций (почта, железная дорога и телеграф) (ст. 10).

К компетенции узкого Государственного Совета принадлежали все дела, которые индивидуально не предусмотрены в уставах сеймов отдельных краев (ст. 11) [3, s. 168–170].

Приложение к Февральскому патенту под названием «Основной закон о государственном представительстве» увеличивало полномочия нового парламента, в частности, он получил право законодательной инициативы и контроля за государственными финансами [8, с. 86-87].

Государственный совет, созданный в 1861 г., просуществовал однако недолго. Причинами этого были недостатки отдельных положений Февральского патента.

В истории развития австрийского конституционализма наступает период так называемого «подвешивания» (Sistierungsepoche). Императорский манифест от 20 сентября 1865 г. «завешивает» силу основного закона о репрезентации государства от 26 февраля 1861 г. и поручает краевым сеймам разработать основы новой конституции [3, s. 215-216].

В феврале 1867 г. возобновлено действие Февральского патента для того, чтобы иметь возможность возобновить деятельность узкого Государственного совета.

22 мая 1867 г. возобновил работу узкий Государственный совет, который должен принять соглашение с Венгерской короной, принятое 17 сентября 1867г., Венгерским землям предоставлялась государственная обособленность и самостоятельность, между Австрией и Венгрией осталась только уния с общим императором, так на-

зываемыми «общими делами» и «совместными делегациями» (общая армия и торгово-таможенная связь) [9, с. 35].

Одновременно с австро-венгерским соглашением Государственный совет принял 21 декабря 1867 г. пять основных законов (Staatsgrundgesetze), регулирующих структуру органов государственной власти и права граждан. Эти пять «основных законов» составили новую так называемую декабрьскую конституцию (Dezember-Verfassung) 1867 г., которая действовала в Австрии, в том числе и на западноукраинских землях, до конца октября 1918 г.

В соответствии с Законом, что менял основной закон 26 февраля 1861 г. об имперском представительстве (Основной закон о репрезентации государства от 21 декабря 1867 г.), законодательным органом, что бы выражал интересы лишь австрийской части (Цислейтании) монархии, был определен узкий Государственный совет. Венгерская часть (Транслейтания) получила собственный сейм. Разделение Государственного совета на полный и узкий было отменено.

Основным законом о репрезентации государства было изменено и компетенцию Государственного совета в части ее разграничения между государственным и краевым законодательством.

В частности, статьи 11, 12 постановляли: Сфера деятельности Государственного совета включает все дела, относящиеся к правам, обязанностям и интересам, общих для всех королевств и земель, которые представлены в Государственном совете, а именно:

1) Проверка и утверждение международных договоров (торговых, договоров, устанавливающие новые обязанности для государства, ее частей или для отдельных граждан, договоры об изменении территории королевств и земель, представленных в Государственном совете); 2) Все дела, касающиеся военной службы (набор, срок, материальное обеспечение);

3) Регламентирование бюджета государственного управления;

4) Регламентирование монетной системы и эмиссионных банков, таможенных и торговых дел, почт, телеграфов, железных дорог, судоходства;

5) Законодательство о кредитах, бан-



ках, привилегии на изобретения, о промышленности, гарантии фабричной маркировки;

Медицинское законодательство, меры против эпидемий и эпизоотий;

Законодательство о правах граждан и наций, охрана иностранцев, паспорта и перепись населения;

Законодательство о религиозных вопросах, права ассоциаций и союзов;

Определение порядка обучения в народных школах, гимназиях и университетах;

Уголовное, гражданское, морское, горное законодательство;

Законодательство о судебной и административной организации;

Законодательство о выполнении конституционных законов об общих правах граждан, о судах, о судебной и исполнительной власти;

Законодательство о взаимоотношениях отдельных краев между собой;

Законодательство о форме, в которой должны обсуждаться дела, имеющие общий интерес с венгерскими землями (ст. 11) [4, с. 27-30].

Закон о репрезентации государства от 21 декабря 1867 г. значительно расширил компетенцию Государственного совета по сравнению с компетенцией краевых сеймов.

Относительно структуры Государственного совета, то она осталась такой же, какая была определена Февральским патентом 1861 г. Изменено только количество послов, которое уменьшилось с 343 до 203, а их пропорциональное количество от отдельных краев осталось таким же [2, с. 9].

Один из важнейших этапов изменений правовой основы деятельности австрийского парламента приходится на начало 70-х годов XIX в. В это время было проведено избирательную реформу в Палату послов Государственного совета, которая заключалась в том, что членов палаты выбирали уже не сеймы, а непосредственно население. Избирательная ординация Государственного совета от 3 апреля 1873 г. вводила прямые выборы в Государственный Совет и увеличивала количество депутатских мест (с 203 до 353).

Следующий этап реформирования избирательного законодательства был проведен в Габсбургской монархии в 1896 г., когда была введена пятая общая

курия, в которую вошли те слои населения, которые не были представлены в первых четырех куриях. Количество депутатов в Палате послов австрийского парламента возросла с 353 до 425 [10, с. 1]. Пятая общая курия избирала в парламент 72 депутата. Введение в 1896 г. пятой курии увеличило количество избирателей с 1 млн. 700 тыс. человек до 5 млн. [11, с. 132].

Введение всеобщего избирательного права в Габсбургской монархии произошло после принятия закона «О выборах членов Палаты послов рейхсрата» 26 января 1907 г. Активным избирательным правом наделялись все лица мужского пола в возрасте от 24 лет и выше, которые имели австрийское гражданство и минимум годичный ценз оседлости [12, с. 9-10].

Заключение. В XIX–начале XX вв. в Австро-Венгрии была сформирована нормативно-правовая база, которая обеспечивала представительство граждан империи в осуществлении ими своих прав на участие в управлении государством. Австро-имперское конституционное законодательство было основой демократизации тогдашнего общества, что сыграло роль катализатора в формировании политического национального сознания украинцев Западной Украины и в частности галицкой интеллигенции. Это способствовало активизации их борьбы за национальное возрождение и создание независимого украинского государства.

Политическое значение австрийского парламента как демократического и репрезентационного института было гораздо больше, чем его ограниченные полномочия. Исторический опыт, полученный во время существования австрийского конституционализма, видится нелишним и в современных условиях.

Список использованной литературы:

1. Гриб Н. Австрийська конституція 1848 р.: політико-правові передумови прийняття, структура та основні положення / Вісник Львівського ун-ту. Серія юридична, 2012. – Випуск 56. – С. 92–102.

2. Buszko J. Polacy w parlamencie wiedeńskim 1848-1918 / Jozef Buszko.

– Warszawa. – Wydawnictwo sejmowe, 1996. – 461 s.

3. Kodeks prawa politycznego, czyli Austriackie Ustawy Konstytucyjne 1848-1903 / systematycznie zestawil, przełożył i opracował Stanisław Starzyński. – we Lwowie: Nakładem K.S. Jakubowskiego, 1903. – 1069 s.

4. Лозинський М. Автономія країв в австрійській конституції / М. Лозинський. – Львів : Б. в., 1912. – 62 с.

5. Історія держави і права України : підручник : у 2 т. ; за ред. В. Я. Тація, А. Й. Рогожина, В. Д. Гончаренка. – Т. 1 / кол. авторів: В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький та ін. – К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 656 с.

6. Balzer O. Historia ustroju Austrii w zarysie / napisal Oswald Balzer. Wyd. 2., popr. i skrócone. – Lwów : Nakładem K.S. Jakubowskiego, 1908. – 511 s.

7. Петрів Р. В. Австрійські, Австро-Угорські і Галицькі конституції (кінець XVIII–XIX ст.): для фахівців права, студ. і викладачів юрид. факультетів ВУЗів: пер. з нім. та пол. мов / Р. В. Петрів. – Відкритий міжнародн. ун-т розвитку людини «Україна». – Івано-Франківськ : Місто НВ, 2005. – 84 с.

8. Никифорак М. В. Державний лад і право на Буковині в 1774–1918 рр. / Чернівецьк. нац. ун-т ім. Ю. Федьковича. – Чернівці : Рута, 2000. – 279 с.

9. Дністрянський С. Реформа виборчого права в Австрії // Часопись правнича і економічна. – Львів, 1906. – Ч. 6 – Т. 9. – С. 34–55.

10. Наші округи виборчі і нові закони виборчі до Ради Державної. – Львів : Коштом і заходом Товариства політичного Народної Ради у Львові, 1907. – 52 с.

11. Плекан Ю. Українські депутати австрійського парламента (XIX–поч. XX ст.) // Науковий вісник Чернівецького університету. Серія: Історія. Політичні науки. Міжнародні відносини. Вип. 376-377. – Чернівці : Рута, 2008. – С. 131–133 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://kolomya.org>.

12. Марков О. А. О Державной Думе и о выборах послов Державной Думы / О. А. Марков. – Львов : Из типографии Ставропигийского Института, 1900. – 17 с.



LEGAL AND REGULATORY FIXING THE BASIC PRINCIPLES OF STATE EDUCATIONAL POLICY

A. BARANOVA,
Lecturer Faculty of Law, Sumy State University
postgraduate, Kharkiv Regional Institute of NAPA under the President of Ukraine

SUMMARY

The paper analyzes the current legislation of Ukraine, which stipulates the principles of the state policy in the field of youth education. The author distinguishes the rule of law, which reflect the educational values and the course of public authorities aimed at the implementation of educational policies. Analysis of the regulatory framework conducted on the basis of the functioning of the institutions that are involved in the implementation of the state policy in the field of young people education also considered laws that impact on educational policies and regulations indirectly bear the indirect educational load. The author highlighted the prospects of development of legislation in the field of youth education.

Key words: state policy in the field of youth education, educational policy, youth policy, educational rule of law, educational values.

* * *

В статье проанализировано действующее законодательство Украины, в котором закреплены основы государственной политики в сфере воспитания молодежи. Автором выделены правовые нормы, в которых отражены воспитательные ценности, а также курс деятельности органов государственной власти, направленный на реализацию воспитательной политики. Анализ нормативной базы проведен на основе функционирования институтов, которые принимают участие в реализации государственной политики в сфере воспитания молодежи, также рассмотрены законы, в которых влияние на воспитательную политику опосредовано и правовые нормы несут косвенную воспитательную нагрузку. Автором выделены перспективы развития законодательства в сфере воспитания молодежи.

Ключевые слова: государственная политика в сфере воспитания молодежи, образовательная политика, молодежная политика, воспитательные правовые нормы, воспитательные ценности.

Statement of the problem. State policy in the field of youth education is a component of the course of social development, which is implemented by the state in a variety of concepts and programs for youth. Educational principles, which are implemented in education and family education, determine the activities of cultural institutions, the media, youth organizations should be based on legal provisions enshrined in the basic law of the state, but in this case the state educational policy to be legitimate.

Background. Educating young people is an important factor in social development as a process of purposeful socialization determines its future position in life, civic consciousness and social activism. The democratic development of society suggests that the basic human rights and freedoms in absolutely all spheres of public life, including the educational sector. Thus the analysis of the legal fixing of state educational policy is necessary to determine the legitimacy of the activities of the state to influence the education of the younger generation. The article aims at isolating the current legislation of Ukraine legal norms, which are fixed guidelines for the development and implementation of state policy in the education of youth.

The main material of the study. Most important form of state management activities in a legal civil society is

right. As the Tsvetkov V.V., the right to establish a measure of human actions, provides a socio-political, psychological and organizational oriented management act establishes the regulatory directive executed based management, the rights and duties (competence) of state bodies, their departments and officials, establish the right balance between the level of authority and responsibility of management, establishes the most efficient process management, supports proper organization and discipline of members of the management process [11, p. 229].

The legal rules are necessary for public management, since the law defines acceptable behavior and possible regulator sets the contours and makes content management solutions, in the application of law in the management of objectified right enshrined in law or regulation etc.

Scientists determined that the high quality of the legal regulation of state administrative process gives it stability, legitimacy and effectiveness [10, p.164]. Legal consolidation of social values and interests directly affects the efficiency of public administration in the education of youth in the laws that regulate the relations of education, displaying a degree of democracy in a society, the principles of social justice, moral qualities desirable youth and others.

The influence of law on public policy in general and in particular in the education of youth, appears to provide an adequate level of adjustability social relations, so it is regulatory consolidation educational goals, objectives and principles designed to determine the balance between the existing traditions in Ukraine, systems and innovations in the education of young people, reflect the ideological basis of educational policy in accordance with the defining principles of the rule of law and civil society.

Basic legal principles of state policy in the education of young people in some way reflected in many of the regulatory documents that are in force in Ukraine since becoming an independent state.



Legislature, which is the legislation is divided according to the application in different areas of functioning society. Yes, there is legislation in education, in culture, in the economic sphere and so on. However, a number of regulations highest legal force in force in Ukraine generally regulate all legal in the state, including the base form of legal regulation of relations in the education of youth.

Thus, the first document in which tracked the basis of state educational policy is the Declaration of State Sovereignty of Ukraine from July 16, 1990. In this regulation, states that the Parliament of Ukraine takes care of complete political economic, social and spiritual development of the nation. Provisions that are closely associated with the state educational policy is a legal norm, "Development of Ukraine as a state based on a realization of the Ukrainian nation's inalienable right to self-determination" [9]. There is no doubt that effective education of the younger generation is essential for such development, so consider this thesis a basis for legal regulation of the first areas of education and youth.

The basis of the legal regulation of state policy on education of young people is a constitutional recognition of its principles. This background activity of state and local government is enshrined in Article 3 of the Constitution of Ukraine proposition that a person's life and health, honor and dignity, inviolability and security are recognized in Ukraine as the highest social value, and therefore, their protection is primarily deity of State [8]. Significant educational potential of containing a number of constitutional norms that reinforce democratic system in Ukraine. This ideological diversity of social life (Article 15), the human right to free development of his personality (Article 23), right to freedom of expression and belief (Article 34), freedom of belief and religion (Article 35), freedom of establishment non-governmental organizations to promote and protect group interests (Article 36), the development and functioning of the Ukrainian language, development, use and protection of minority languages in Ukraine (Article 10). These

constitutional provisions governing the operation of all spheres of social life, including the educational sector in particular.

The regulations, which in some way regulated the relations of education of young people are given different bodies of state power: the Parliament, the President of Ukraine, Cabinet of Ministers, the various ministries and departments. Such regulations, which directly or indirectly reflect the basic situation of public policy, there are many. Foundling content regulations contain provisions that regulate social relations in education, culture, family relations, the activities of the media and others.

The main educational institution that provides educational influence on the personality of the young man has a family. Secured by the Constitution of Ukraine rule banning interference with family life, but in some cases, the law fixed state activities aimed at protecting the rights and interests of the child or young man in case of violation. Relationships between family members are governed by the applicable law provisions of the Civil and Family Code of Ukraine, other laws and subordinate regulations. Most of the principles and priorities of the state policy in the field of educational functioning family as a social institution is reflected in the rules of the Family Code of Ukraine. Thus, the defining principles of state educational policy is reflected in the articles 5 rule on priority of family education. This norm is the basis for all activities to all branches of power to address issues such as the definition of residence and education of the child, creating family-type homes, education of children in foster care and more. In addition, Article 150, 151, and 152 of the Code defines the rights and duties of parents to educate the child that they can perform against the interests of children. Responsibility of parents for the upbringing of the child enshrined in Article 59 of the Law of Ukraine "About Education" [4].

However, the researchers stress that the legislation of Ukraine in the field of family policy is more declarative than practical. Golovchenko V, considers that Ukraine has not worked out a clear mechanism for implementation

and enforcement of rules of family law relating to education and child protection, as at the present stage of development of Ukraine's top priority is to create a legal framework for the education of youth in families, which would fully meet international requirements and ensure the implementation of the right of every young person and provide the mechanism for protection of these rights in case of violation [1, p.89].

Important social institution that provides educational influence on the younger generation is the education system. therefore educational content have majority of regulations governing the educational relationship in Ukraine.

Educating teachers recognized an integral part of the educational process, so isolating educational activities in norms regulations is quite rare, but the analysis of regulations allowing them to distinguish educational activity. So in the preamble to the Law of Ukraine "On Education" states that the aim of education is the full development of human personality, education of high moral character, forming nationals capable of deliberate social choice, enrichment of the basis of intellectual, artistic and cultural potential of the people [4]. Article 6 of this law by the principles of educational activities that also have important educational content. Educating young people is the main objective of non-formal education, which is fixed in Art. 8 of the law of Ukraine "On Extracurricular Education" as government policy in this area is aimed at creating conditions for this task, which requires coordination of efforts of the executive authorities, local governments, enterprises, institutions, organizations, associations and families [7].

Serious social problems in the education of youth necessitate active intervention of public authorities in the functioning of the educational system, because there are legislative attempts to consolidate the legal framework for democratic education methods. Example, in September 2009, the Ministry of Education and Science of Ukraine developed the concept of national education, where the basic provisions of state educational policy content of the national idea, which acts as a basis of national education of youth,



these principles, purpose and objectives of the national policy on education, outlining its basic directions [3].

Development of this concept proves that in Ukraine to the regulatory level the basic provisions of the state educational policy, the content of the national idea, which is the basis of national education of youth. For example, educational activities in schools is based on the concept of national education, where these principles, purpose and objectives of the national policy on education, outlining its main lines. However, requires the development of an effective mechanism for the implementation of the regulations relating to the education of young people, who will ensure the effective assimilation of the younger generation cultural heritage of different nations provided that the Ukrainian national identity.

National Strategy for Education in Ukraine until 2021 for Education identifies key trends and ideas and ways to implement the provisions of the National Doctrine of Education Development, implementation of education reform over the next 10 years in the new socio-economic conditions.

The aim of the national education sector is determined to ensure the conditions for the modern development of society as a whole and each individual citizen [6]. As one of the strategic directions to achieve this goal is defined by developers to ensure the development and socialization of children and youth, in which the leading role played by education.

National education is a major priority, an integral part of education. Its main purpose - the education conscious citizen, patriot, gaining youth social experience, high international cultural relations, the formation of youth needs and the ability to live in a civil society, spiritual and physical perfection, moral, artistic, aesthetic, labor, environmental culture.

Of particular concern in the development of the draft strategy is the state of morals growing personality, and the fact that the younger generation growing up in value not established society. The old social system with its values destroyed, the new is in the making. Has not formulated a national idea, the

principles and content of morality, which would facilitate the consolidation of the Ukrainian people in the development of civil society and the rule of law.

Confirming decisive importance in the development of national self-identification Ukrainian Youth linguistic component developers highlighted in the document component of the strategy language education. The experts noted that the national law and practice regulating national processes in education formed in accordance with international standards and recommendations set forth in the Universal Declaration of Human Rights, the Framework Convention for the Protection of National Minorities, the European Charter for Regional or Minority Languages, the Hague Recommendations of the High Commissioner on the rights of national minorities to education and other documents.

A strategy based on the current regulations governing the legal relations in the sphere of education. Developers determine among such laws of Ukraine "On Education", "On social work with children and young people", "On the health and recreation of children", "On Vocational Education", "On the Rehabilitation of the Disabled in Ukraine", "On Preschool Education", "On General Secondary Education", "On Extracurricular Education", "On Higher Education", "Child Protection", "On Scientific and Technological Activities", "On Physical Culture and Sports", "On Social Services", "On innovation" and others. According to these laws, regulations adopted various regulations that determine areas of law relevant pos used.

The need for scientific separation of state educational policies into a single policy type supported by the development of regulations in the educational field, carried out jointly by several ministries. Instance, an example of this by-law is a joint decree of the Ministry of Family, Youth and Sports, Ministry of Education Ukraine, the Ministry of Defence of Ukraine, Ministry of Culture and Tourism of Ukraine from 27.10.2009 № 3754/981/538/49 «On approval of the concept of national-patriotic education of youth".

Note that the traditional classification of education in the education sector is wrong, because in addition to educational institutions significant educational impact on young people engaged as cultural institutions and the media, because the regulation of the activity of these areas has a significant educational potential, which requires scientific analysis legislation in the sphere of culture, in particular.

The current document governing one of the main species cultured at her work - publishing - is the Law of Ukraine "On Publishing". This law defines the general principles of publishing, regulates the organization and proceedings of publishing, distributing publications, relationships and functioning conditions of publishing [5, p. 20]. In our opinion, this legal act must be the foundation for the development and implementation of state educational policy, because under the Constitution of Ukraine, this Law is intended to promote national cultural development of the Ukrainian people, the citizens of Ukraine of all nationalities, strengthening their spirituality and morality, access members of society to universal values that unquestionably proves its educational value.

Article 3 defined purpose and objectives of publishing. These include educational value, in our opinion, are:

- Focus on meeting the cultural needs of the individual, society and state in the publishing brand products for all citizens of Ukraine, regardless of race, color, political, religious or other beliefs, sex, ethnic or social origin, property, residence, language or other signs;
- Creating opportunities for self-expression of the individual author;
- The right to freedom of opinion and expression, the freedom of expression and belief;
- Promotion of national and cultural development of the Ukrainian people;
- Access of Ukrainian society to universal values;

However, Article 5, which defines the basic principles of state policy in the field of publishing, the educational aspect of publishing activities reflected indirectly and rarely monitored. Thus, the law stipulates that the policy in publishing belongs to the Parliament of Ukraine, and it is intended to



implement the Cabinet of Ministers, which should direct and coordinate the work of ministries and other authorities in this field. Also declared that state policy is aimed at supporting the development of national publishing, content publishing in Ukrainian market, the library, the needs of academic and research institutions, the Armed Forces of Ukraine and other military units, law enforcement agencies, enterprises, institutions and organizations necessary publications official language. This in our view is displayed verbal component of state educational policies that find embodiment in programs and activities to implement the declared law. Also, the executive charged with supporting minority cultures and priorities for issuance of necessary social issues, are those publications that provide national needs [5, p.20]. Consequently, this legal provision is the need to address the issue of determining priorities and social and national needs. Also the law by way of public policy in the publishing business: public procurement, tax, customs and currency regulations.

Analyzing public policy in Eastern Europe and Ukraine, in particular, foreign scholars point out that the documents published in the policy-making process can only contain general information and knowledge that can be used at any stage of the policy process, but can also focus on one or more stages of the process [12, p. 16]. Indeed, analyzed above Concept of national patriotic education covers only specific areas of government educational policy. Agree well with the observations of foreign scholars focus of these documents may vary from offering policy alternatives and recommending policy options (example , regional educational programs) to promote a particular model of policy implementation, and evaluation Preferred Alternative. Unfortunately, policymakers in the education of young people are not given document that provides specific model implementation of such policies and existing regulations are declarative and general.

Recognized is the claim that the regulations are abstract forms of conventional reality, requiring conversion to real life [2, p. 26]. In other words, the legal provisions (provisions

of laws, concepts, and other regulations) are embodied in actions, behavior and activities of individuals and legal entities, as is the implementation of state educational policy.

Conclusion. Educational content with regulations that govern social relations in various fields: education, culture, media, family and other duties. Practical implementation of the constitutional provisions and other regulations, which reflect the basic principles of education of young people facing significant barriers caused by the reform of the social system and, in particular, negative trends in the economy, education, health, culture and more. So clear regulation provides state educational policy legitimacy, legality mode creates, establishes objectively reasonable technical requirements for the education of the younger generation, and thereby create conditions for achieving public educational purposes.

List of reference links:

1. Holovchenko B. Legal basis of education and child protection // Law of Ukraine, 2008. – № 5. – P.88 - 91.
2. Loukyanenko M. F. Features of the application of civil - legal norms containing evaluative concepts // State and Law. – 2008. — № 8. – P.26-35.
3. On Approval of the Concept of national education students [Electronic resource] : Decision of the Board of Education of Ukraine from 25.06.09 Protocol № 7/2-4. – Access : http://Osvita.UA/Legislation/Vishya_Osvita/4310 . –Title. the screen.
4. On Education : Law of Ukraine 23.05.1991 № 1060-XII // Supreme Council. – 1991 – № 34. – P. 451.
5. On Publishing : Law of Ukraine 05.06.1997 № 318/97-BP // Supreme Council. – 2009 – № 32. – P. 206.
6. On the national strategy of education development in Ukraine for the period till 2021: [Electronic resource] : Decree of the President of Ukraine from 25.06.2013 № 344/2013 // Legislation Ukraine. – Access : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/344/2013> . –Title. the screen.
7. On Extracurricular Education : Law of Ukraine 22.06.2000 № 1841-III / / Supreme Council. – 2000 – № 46. – P. 393.
8. The Constitution of Ukraine : Law 28.06.1996 № 254к/96-BP // Supreme Council. – 1996 – № 30. – P. 141.
9. The Declaration on State Sovereignty : Declaration 16.07.1990 № 55-XII // Supreme Council. – 1990. – № 31. – P.429
10. Tsvetkov V. Democracy and Governance: theory, methodology, practice [Monograph]. - K.: LLC "Publishing" Legal Opinion ", 2007. – 336 p.
11. Tsvetkov V. The effectiveness of government - the most topical theoretical and practical problem today // The rule of law: Yearbook of scientific papers of the Institute of State and Law. V.M. Koretsky NAS of Ukraine. Issue. 13. – K., 2002. – S. 218–233.
12. Young E., Quinn L. How to write an effective policy paper on Public Policy: A practical guide for policy advisers in Central and Eastern Europe / Trans. from English. AS Sokolik. Sciences. red.per. O. Kiliyevych. – K.: "KIS" 2003. – 120 p.



СИСТЕМНЫЙ ПОДХОД К ПОНИМАНИЮ ПРАВОВЫХ АКТОВ

А. БАРЬЯК,

соискатель кафедры теории государства и права Национального университета «Одесская юридическая академия»

SUMMARY

Legal acts are the most obvious and common form of legal matter, reflection of the reality of law. Their show one of the aspect of system of law. That is why applying the system approach to legal acts is the way to its correct understanding. The article deal with an attempt of critical comprehension of the system of legal acts from the standpoint of its common features. It is also possible to compare the system of legal act with others of system of law. It is proved that legal acts should be considered either within their formal characteristics or within their connections with other shapes of legal system.

Key words: legal acts, features of legal acts, system of legal acts, system of law, system of sources of law, legal system.

* * *

Правовые акты – наиболее явные и распространенные воплощения правовой материи, отражение реальности действующего права. В них находят свое отображение системность права. Именно поэтому применение системного подхода к правовым актам является залогом их адекватного понимания. В статье предпринята попытка критичного осмысления системы правовых актов с точки зрения выделения их общих свойств и соотнесения с иными проявлениями системности права. Доказывается, что правовые акты следует рассматривать не только в контексте их формальных свойств, но и с точки зрения взаимосвязи с иными проявлениями системности права.

Ключевые слова: правовые акты, свойства правовых актов, система правовых актов, система права, система источников права, правовая система.

Постановка проблемы. Современная правовая жизнь создает условия для переосмысления роли целого ряда правовых средств, традиционное понимание которых все в большей степени демонстрирует свою неэффективность или несогласованность в системе целостного взгляда на правовую сферу. В первую очередь это связано с тем, что взгляды на право с сугубо позитивистской точки зрения, предопределяющие его априорную неразрывную связь с государством, часто противоречат многим явлениям правовой реальности, практике правоприменения и правоформирования. Одним из таких специфических правовых средств, обеспечивающих формальную определенность и системность права, являются правовые акты, сущностно-содержательная и логическая характеристика которых пребывает вне поля зрения современной юриспруденции. Неоправданное сужение роли правовых актов их понимания, сведение их исключительно к деятельности органов публичной власти – это доминирующий подход к определению их системы, который, впрочем, ведет к целому ряду логических и содержательных противоречий и неточностей. В этой связи актуальным представляется применение новых методов к исследованию правовых актов, представление новых идей об их форме, содержании, формальном наполнении и месте в правовой системе.

Целью настоящей статьи является формирование методологических основ системного подхода к пониманию правовых актов и их структурирования в правовой системе современного общества.

Следует отметить, что вопросам общетеоретической характеристики правовых актов, несмотря на всю значимость этой проблемы, в современной юридической литературе уделяется недостаточно внимания. По сути, чаще всего ставится вопрос о видовом рассмотрении правовых актов без анализа родового понятия. Теоретический анализ правовых актов как самостоя-

тельной категории юриспруденции представлен в работах С. С. Алексеева, И. В. Котелевской, А. В. Малько, Н. Н. Онищенко, О. Ф. Скакун, Ю. А. Тихомирова и других ученых.

Изложение основного материала исследования. В самом общем виде общетеоретическая характеристика правовых актов должна начинаться с того, какое содержание вкладывается в понятия «правовой» и «акт». Здесь принципиально отметить разницу между прилагательными «правовой» и «юридический», поскольку словосочетание «юридический акт» является более узким по объему, нежели поня-

тие «правовой акт». Это связано с тем, что терминопонятием «юридический» охватывается все то, что исходит от государства и выражает его волю, в то время как терминопонятие «правовое» включает в себя, помимо государственного права, то право, которое не является официальным, а исходит от всех иных субъектов права, их потребностей, интересов и т.д., то есть, право общесоциальное [1, с. 44].

Что же касается термина «акт», то стоит отметить множественность его интерпретаций. Так, юридическая энциклопедия предлагает понимание термина «акт» в двух смыслах: 1) действие, поступок гражданина или должностного лица; 2) документ, который выдается государственным органом, органом местного самоуправления, общественной организацией в пределах их компетенции. [2, с. 74]. Немаловажно, что к числу актов отнесены также документы протокольного типа, удостоверяющие наличие или отсутствие юридического факта. В то же время, стоит обратить внимание, что в этом же издании, в статье, посвященной юридическому акту (то есть, более узкому по объему понятию), приведена иная интерпретация: «акт юридический – волеизъявление государства (его органов, должностных лиц), формально обязательное к исполнению» [2, с. 80]. С одной стороны, это определение шире, чем определение акта вообще, поскольку не содержит в себе указание на то, что это обязательно должен быть



документ; с другой стороны, юридический акт связан исключительно с государством. Противоречивым выглядит утверждение о том, что юридический акт обязателен к исполнению, так как далеко не каждый акт вообще можно «исполнить», например, те же акты протокольного типа, которые не содержат предписаний, более того, их нельзя назвать волеизъявлениями, так как они просто фиксируют действительность посредством системы юридических понятий.

Думается, такое противоречие вызвано смешением позитивистского и социологического типов правовопонимания, поскольку само использование понятия «юридический акт» наряду с «актом» как таковым указывает на разграничение права и закона, о котором шла речь выше, в то время как для позитивизма любой акт в правовой сфере – юридический по определению. С другой же стороны, сказывается сугубо позитивистское видение правовых актов как документов, исходящих от публичной власти.

Другое распространенное логическое противоречие, связанное с выделением определения правовых актов, состоит в том, что они связываются с исключительно документальной формой и с исключительно государством. Такое определение содержится в, пожалуй, единственном на постсоветском пространстве системном издании, всецело посвященном правовым актам. Речь идет об учебно-практическом и справочном пособии, подготовленном Ю. А. Тихомировым и И. В. Котелевской, где говорится, что «правовой акт – это письменный документ, принятый управомоченным субъектом права (государственным органом, местным самоуправлением, институтами прямой демократии), имеющий официальный характер и обязательную силу, выражающий властные веления и направленный на регулирование общественных отношений» [3, с. 17]. Это определение, несмотря на свою емкость, имеет целый ряд существенных недостатков. Во-первых, правовой акт далеко не всегда имеет письменную форму, более того, в теории права традиционно выделяются устные и конклюдентные акты, число которых гораздо выше. Во-вторых, не всякий правовой акт имеет

официальный характер: большинство актов реализации права являются неофициальными, поскольку связаны с правомерными действиями частных лиц. В-третьих, правовые акты не всегда обладают общеобязательной силой, яркий пример тому – индивидуальные правовые акты. В-четвертых, правовые акты не всегда содержат властные веления и предписания вообще, к примеру, акты протокольного типа, фиксирующие наличие или отсутствие юридического факта (различного рода протоколы, экспертные заключения и т. д.). Наконец, в-пятых, направленность на регулирование общественных отношений – признак не всех правовых актов, а лишь одного их вида, а именно нормативно-правовых актов, которых в числе правовых актов явное меньшинство. Большинство же однозначно принадлежит ненормативным правовым актам – актам реализации и применения права.

Как можно заметить, понятие правового акта, несмотря на сложившуюся традицию его рассмотрения, является достаточно противоречивым и дискуссионным. В этой связи следует выявить те бесспорные свойства правовых актов, которые характеризуют все их типы и видовые разновидности.

В первую очередь, правовые акты всегда имеют *объективный характер*. Это их свойство получает свое выражение в том, что любой акт направлен на установление, изменение, прекращение или подтверждение того или иного события, состояния, правовой связи и т. д. С этой точки зрения правовой акт является юридическим фактом, хотя и особого типа. Очевидно, что не все юридические факты можно рассматривать как правовые акты. К примеру, события не являются правовыми актами, однако их документирование приводит к возникновению соответствующего правового акта. Объективность правовых актов также состоит в том, что они в той или иной форме подлежат фиксации, документированию, обнаружению, выступая, таким образом, элементами правовой реальности. К примеру, правовые акты-действия, или, иначе, конклюдентные правовые акты, являются таковыми только в том случае, если существует объективная возможность их подтверждения. Предупреди-

тельный выстрел сотрудником органов внутренних дел в воздух при задержании правонарушителя подлежит обязательной документации и в этом смысле является правовым актом. В других случаях документирование конклюдентного акта не всегда обязательно. К примеру, жест жезлом сотрудником дорожной автоинспекции, указывающий на необходимость остановки участником движением, является правоприменительным конклюдентным актом, не нуждающимся в документировании. Такая потребность возникает только в том случае, если участник дорожного движения проигнорировал этот акт, что является правонарушением. Здесь документирование конклюдентного акта необходимо в силу его юридической значимости для установления фактических обстоятельств дела. Объективными являются также акты реализации права, совершенные во всех возможных формах – соблюдение, использование и выполнение.

Во-вторых, правовые акты обладают *формальной определенностью*. Это их свойство заключается в том, что каждый правовой акт существует в определенной форме, предписанной нормами права, либо же подлежит такого рода формализации. В этом смысле правовые акты являются носителями правовой информации – в них содержатся ведомости о тех или иных событиях, деяниях, обстоятельствах и ситуациях, которые обладают юридической значимостью. Формальная определенность правовых актов указывает, впрочем, не только на их внешнюю характеристику, но и на содержание и порядок реализации. Так, правоприменительные, правоинтерпретационные, нормативные и иные официальные правовые акты обладают формально определенной структурой, а также нормативно определенным порядком их создания и осуществления. Это распространяется и на устные правовые акты, которые в своем большинстве являются правоприменительными. Все они обладают формальной определенностью, будь то устные приказы военных («огонь!», «смирно» и т. д.) или законные требования сотрудника внутренних дел и т. п. С другой стороны, неофициальные правовые акты, такие как акты реализации права, хотя и не всегда обладают

нормативной определенностью, подлежат формальной квалификации, если возникают сомнения в отношении того, была ли реализация права осуществлена в соответствии с требованиями правовых предписаний. Акты реализации права являются наименее формализованными, но и они находятся в плоскости определенных нормативно установленных границ.

В-третьих, на правовые акты распространяется презумпция *правомерности*. Это означает, что в случае, если ставится под сомнение правомерность того или иного решения, акта реализации права и т.д., это становится предметом судебной либо административной процедуры. Это распространяется на все типы правовых актов: в случае с нормативно-правовыми актами, правомерность их принятия, соответствии положениям вышестоящих актов и т.д. определяется Конституционным Судом; правоприменительные акты могут быть обжалованы в судебном или административном порядке; правореализационные акты также могут быть предметом судебного разбирательства. Это свойство также позволяет провести черту между правовыми актами и правонарушениями: акты реализации права всегда правомерны, в то время как правонарушения всегда противоправны. Между тем в юридической литературе существуют устоявшиеся понятия, которые не в полной мере вписываются в эту логическую схему. К примеру, понятие «террористический акт» содержит в себе слово «акт», но при этом является правонарушением. Между тем, подобные частности лишь подтверждают правило.

В-четвертых, правовые акты обладают свойством *системности*. Системность правовых актов выражается в нескольких аспектах. Прежде всего, правовые акты образуют сложную систему с иерархическими (субординационными) и горизонтальными (координационными) связями, которые пронизывают всю правовую систему и являются ее внешним выражением. С другой стороны, правовые акты системны с точки зрения их привязанности к конкретным правовым ситуациям. Именно в правовых актах находит свое юридическое выражение совокупность жизненных обстоятельств, при-

ведших к тому или иному социальному фону действия права.

Думается, что наиболее корректный подход к пониманию правовых актов состоит в рассмотрении их функциональной нагрузки. Исходя из приведенных свойств, можно представить наиболее общее определение правового акта, которое по своему содержанию является суммативным, поскольку иной подход к выведению дефиниции данного понятия вряд ли возможен. *Правовой акт – это действие или результат, направленный на установление, реализацию или применение правовых предписаний, фиксацию правовых фактов, имеющий устную, письменную или конклюдентную форму.*

Здесь важно заметить, что свойство системности правовых актов является наиболее значимым и, пожалуй, самым сложным с точки зрения его общетеоретического осмысления. Это связано с тем, что система правовых актов является понятием, близким по своему содержанию к системе источников права, системе права и правовой системе как таковой. В этой связи правовые акты в своей взаимосвязи являются одним из выражения системности права как одного из его ключевых качеств. Именно поэтому следует проследить соотношения системы правовых актов с иными проявлениями системности права.

В первую очередь, стоит отметить, что система правовых актов не тождественна системе позитивного права. Объем понятия «система правовых актов» шире объема понятия «система позитивного права». Так, классик общетеоретической юриспруденции С. С. Алексеев рассматривал систему позитивного права с точки зрения догмы права. Для него догма включает в себя, прежде всего, юридические нормы, выраженные в источниках права, а также догматические представления о праве, сформировавшиеся и существующие в юридической практике [4, с. 174]. Ему вторит О. Ф. Скакун, утверждая, что система права – это объективно обусловленный системой общественных отношений комплекс взаимосвязанных и взаимодействующих правовых норм государства, логически распределенных на относительно самостоятельные части (отрасли, подотрасли, институты), который характеризуется един-

ством и согласованностью [5, с. 300]. Таким образом, система позитивного права – это система норм и их практического воплощения в юридической практике. С более широких позиций подходит к рассмотрению содержания позитивного права Ю. Н. Оборотов. Он утверждает, что содержанием права являются не только нормы, но и ценности, которые выражают ключевые правовые средства, такие как субъективные права, юридические обязанности и т. д. [6, с. 280-281] В любом из приведенных подходов отчетливо прослеживается содержательный аспект, который указывает на то, каким образом право организовано. В то же время, система позитивного права существует в правовых актах – это единственная форма его существования. Однако не всегда правовые акты входят в пространство позитивного права. Пример с правовыми актами-документами, приведенный выше, демонстрирует, что правовые акты не обязательно содержат нормы или индивидуальные правовые предписания, они могут просто фиксировать юридические факты (протокол осмотра места происшествия) либо нести чисто информационную нагрузку (стенограмма судебного заседания). Помимо этого, различаются и структуры этих двух систем. Если для системы права ключевой характеристикой, определяющей построение правовых нормативов, выступает логическая согласованность норм по их предметному признаку (сфера регулируемых отношений, особенности режима действия правовых норм и т.д.), то для системы правовых актов структурообразующим свойством будет иерархичность и соподчиненность.

Нельзя также отождествлять систему правовых актов и систему источников права. Объем этих понятий частично пересекается, что указывает на то, что не всегда источник права имеет форму правового акта. Так, еще Н. М. Коркунов утверждал, что источниками права называются формы объективирования юридических норм, служащие признаком их обязательности в данном обществе и в данное время [7, с. 343]. Традиционно к этим формам относят судебную практику, обычай, нормативный договор и нормативно-правовой акт – как основные источники права,



и юридическую доктрину и принципы права – как дополнительные. В виде правовых актов здесь существует лишь нормативный договор и нормативно-правовой акт. Судебная практика как таковая редко оформляется в виде единого правового акта, хотя в Украине такой подход применяется. Обычай, юридическая доктрина и принципы права не воплощаются в форму правовых актов, поскольку существуют, прежде всего, в правосознании и социальных связях, и могут находить свое отражение в правовых актах лишь в частных случаях (например, в случае, если в судебном решении обосновывается существование того или иного обычая). Одновременно с этим, не все правовые акты являются источниками права, а лишь их малая часть. Основной массив правовых актов – это акты реализации и применения права, индивидуальные договорные акты, а также управленческие правовые акты, но они не устанавливают и не изменяют правовых норм.

Соотношение системы правовых актов и правовой системы также представляет интерес ввиду того, что правовая система – это единственное системное проявление права, которое по своему объему шире системы правовых актов, полностью включает ее. Между тем, система правовых актов не является самостоятельной подсистемой правовой системы. Можно утверждать, вслед за Ю. Н. Оборотовым, что правовая система включает в себя такие подсистемы (блоки): а) нормативная подсистема, которая связана с выделением системы права; б) институциональная подсистема, которая связана с функционированием системы правотворческих и правоприменительных органов; в) статусная подсистема, представляющая систему субъектов права; г) коммуникативная подсистема, которая выражена в системе правовых связей и правовых отношений; д) идеологическая подсистема, которая образует систему правовых идей, принципов, правопонимания, правовых категорий, образов права и т. д. [8, с. 96-105]. Система правовых актов распространяется на большинство из этих блоков, в той или иной степени определяя его содержательное и функциональное наполнение, за исключением идеологической подсистемы. Так, связь системы

правовых актов и системы права, представляющей нормативную подсистему правовой системы, мы уже раскрыли выше. В пределах институциональной подсистемы правовые акты являются краеугольным камнем, выражающим волею весь массив деятельности государственных и негосударственных правотворческих и правоприменительных субъектов. В статусной подсистеме правовые акты выражены в совокупности правреализационных действий субъектов права. Коммуникативная подсистема правовой системы наполнена индивидуальными договорными актами, сделками и пр.

Все эти системные аспекты бытия правовых актов демонстрируют их уникальное место в правовой жизни общества. Система правовых актов пронизывает большинство уровней бытия права, выражает его внешний облик, структурную организацию, действенность и эффективность. В системе правовых актов находит свое отражение реальность права, его непосредственное действие. Правовые акты – это отражение жизненности права.

Выводы. Таким образом, системный подход к пониманию правовых актов, сущность которого состоит в рассмотрении их связей с другими проявлениями системности права и выделением общих свойств, характеризующих всю совокупность разнообразных правовых актов, позволяет сформировать новые общетеоретические основания для их исследования. Именно благодаря системному подходу открывается возможность рассмотрения правовых актов как целостности, обладающей сложной структурой, разнородными и разнохарактерными связями, раскрывающими специфику всех типов и видов правовых актов в правовой жизни современного общества.

Список использованной литературы:

1. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / П. М. Рабінович. – Вид. 10-те, допов. – Львів : Край, 2008. – 224 с.
2. Юридична енциклопедія : в 6 т. / Редкол. : Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 1 : А-Г. – 672 с.

3. Тихомиров Ю. А. Правовые акты : учеб.-практ. и справ. пособ. / Ю. А. Тихомиров, И. В. Котелевская. – М. : Юриформцентр, 1999. – 381 с.

4. Алексеев С. С. Избранное / С. С. Алексеев. – М. : Статут, 2003. – 480 с.

5. Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підруч. / О. Ф. Скакун. – 3-тє вид. – К. : Алерта ; ЦУЛ, 2011. – 524 с.

6. Оборотов Ю. Н. Многоаспектность содержания права / Ю. Н. Оборотов // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». – Одеса : Юрид. л-ра, 2012. – Т. XI. – С. 272-281.

7. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов ; предисл. И. Ю. Козлихина. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. – 430 с.

8. Актуальні грані загально-теоретичної юриспруденції : моногр. / Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, В. В. Дудченко та ін. ; за ред. Ю. М. Оборотова. – Одеса : Фенікс, 2012. – 492 с.



РИСК ИСПОЛНИТЕЛЯ В ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ, ВОЗНИКАЮЩИХ ИЗ ДОГОВОРА ОКАЗАНИЯ УСЛУГ ОХРАНЫ ЖИЗНИ И ЗДОРОВЬЯ ФИЗИЧЕСКОГО ЛИЦА

Д. БЕЗДЕТКО,

судья Харьковского административного окружного суда,
соискатель кафедры гражданского права № 2 Национального университета
«Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

SUMMARY

The author analyzes the nature of the bodyguards risk, its forms, and the impact on civil relations of safeguarding. A classification of the risks of protecting person is conducted, the chargeable character of the contract of bodyguard services as necessary condition for its conclusion is proved. In particular, the author classifies the risks of bodyguards as internal and external. In the judgment of the author the internal risk is an abstract possibility of a security guard to become a victim of wrongful acts of third parties. External risk author explains as a potential likelihood to cause the harm to life and health or property of the offender or a third party. In order to increase the effectiveness of security activity author proposes to provide life, health and civil liability insurance of the guardians as the necessary condition for obtaining the licence for providing guardian activity.

Key words: life, health, guard, risk, body safeguarding.

* * *

Автором анализируется природа риска телохранителя, его формы, а также влияние на гражданско-правовые отношения телохранительства. Проводится классификация рисков охраняемого лица, обосновывается платность договора телохранительства как обязательного условия предоставления охранных услуг. В частности, автор обосновывает деления риска в отношении телохранительства на внутренний и внешний. Внутренний риск рассматривается им в качестве абстрактной возможности охранника стать жертвой противоправных действий третьих лиц. Внешний риск проявляется в потенциальной вероятности нанесения вреда жизни и здоровью либо имуществу правонарушителя или третьих лиц. Для повышения эффективности охранной деятельности автор предлагает ввести в качестве обязательного условия занятия такой деятельностью страхования жизни, здоровья и гражданской ответственности охранников.

Ключевые слова: жизнь, здоровье, охрана, риск, телохранительство.

Постановка проблемы. Договор охраны жизни и здоровья физического лица (телохранительства) является относительно новым явлением для правовых систем постсоветского пространства. До недавнего времени безопасные условия существования человека могли быть обеспечены деятельностью специальных военизированных формирований, в частности, таких как милиция, однако активное развитие рыночных отношений, а также совершенствование средств причинения вреда жизни и здоровью человека, сделали телохранительство довольно распространенным товаром на рынке услуг. В этом смысле охрана жизни и здоровья физического лица осуществляется на основании соответствующего гражданско-правового договора, является дополнительным средством обеспечения неприкосновенности личности, для жизни и здоровья которого существует потенциальная опасность.

Актуальность темы. Недостаточное исследование договора охраны жизни и здоровья физического лица, а также соответствующей услуги сделали этот вопрос актуальными для научного анализа. Одной из сторон приведенного договора, которую следует подвергнуть более детальному рассмотрению, есть риск исполнителя (телохранителя) при предоставлении услуги охраны жизни и здоровья клиенту (заказчику) как специфического свойства всей охранной деятельности. На фоне отсутствия специальных на-

учных исследований, посвященных приведенному вопросу, он является актуальным и интересным как для теории гражданского права, так и для практики правоприменения.

Вопросу рисков участников гражданских правоотношений, а также средств и способов охраны и защиты их прав и законных интересов посвятили труды такие ученые, как В. Абрамов, В. Бабурин, Д. Безубов, С. Довбыш, Л. Кинашук, Н. Кузнецова, К. Лиховидов, Р. Майданик, А. Мирзоян, Н. Павлова, В. Яроцкий и др.

Целью статьи является опреде-

ление природы риска исполнителя в гражданско-правовых отношениях по предоставлению услуги охраны жизни и здоровья физического лица, а также последствий, которые он порождает для их участников.

По нашему убеждению, рискованность является неотъемлемой частью услуги охраны жизни и здоровья физического лица как предмета договора телохранительства, которая имеет свои специфические формы проявления именно в аспекте приведенной услуги.

Так, рискованность в аспекте охранной услуги характеризуется фактическими (физическими) свойствами. В отличие от рискованности в аспекте рискованных обязательств, содержание и выполнение которых поставлено в зависимость от случайных юридических фактов или других элементов обязательства [1, с. 33] (например, договоры игрового азартного риска), рискованность охранной услуги означает, что постоянно существует вероятность нанесения вреда жизни, здоровью, неприкосновенности или безопасности лица, предоставляющего такие услуги. То



есть охранная услуга, направленная на обеспечение безопасности жизни и здоровья ее заказчика, обязательно ставит под угрозу жизнь и здоровье исполнителя. Иными словами, рискованность в этом смысле присуща деятельности в рамках выполнения договора, а не самому договору в аспекте разделения гражданско-правовых договоров на коммутативные и алеаторные. То есть не договор является рискованным, а деятельность в рамках договора.

Ныне в юридической литературе высказывается предположение о том, что риск органически связан с фундаментальными институтами современного общества и в определенной степени способствует прогрессу. В некоторых областях человеческой деятельности допускается тот или иной вид (или разновидность) оправданного риска, связанного с опасностью причинения вреда жизни или здоровью человека. Выполняя услуги по охране жизни и здоровья человека, охранник сам может стать жертвой посягательства и тем самым потерпеть негативное влияние на свою жизнь и здоровье. В связи с этим такой риск охранника является неотъемлемой частью его деятельности и относится к категории профессиональных рисков. Следует отметить, что вопрос рискованности деятельности до определенного времени рассматривался исключительно в аспекте производственного риска [2, с. 34], и для сферы предоставления гражданско-правовых услуг использование такой категории является относительной новеллой. Это объясняется еще и тем, что сама сфера гражданско-правовых услуг является новой для отечественного гражданского права [3, с. 284]. Как правило, классическим является использование категории риска в хозяйственных отношениях, уголовном, гражданском праве и отраслевых нормативно-правовых актах (транспортном, ветеринарном, потребительском) [4, с. 276]. На сегодняшний день понятие риска обычно используется в медицине, как медицинский риск [5], а также в уголовном праве как оправданный риск при совершении различного рода действий [6, с. 34]. В граждан-

ском праве понятие риска в большей степени используется в сфере страхования в аспекте страхового риска как явления, способного нанести ущерб [7, с. 111]. Однако термин риск кроме уголовного права также применяется законодателем при правовом регулировании специфических отношений – военно-служебных, трудовых, хозяйственных, производственных и других в ходе реализации различных видов имущественной ответственности [6, с. 35], а также при осуществлении определенной деятельности, например, обеспечения общественного порядка [8, с. 12].

Что касается риска при исполнении обязанностей в рамках оказания услуг охраны жизни и здоровья, то по этому поводу следует отметить, что такой риск можно рассматривать в двух аспектах: внутреннем и внешнем. Внутренний аспект риска представляет собой абстрактную возможность лица, которое предоставляет охранные услуги, стать объектом посягательства и жертвой преступных действий, то есть испытать негативного влияния на жизнь и здоровье. Охраннику, при выполнении им своих обязанностей, может быть нанесен вред как факультативному объекту. Такая ситуация может возникнуть, например, в том случае, когда охранник находится рядом с заминированной машиной охраняемого лица, в результате взрыва которой наносится вред и охраняемому лицу, и охраннику. Кроме того, жизнь и здоровье охранника может стать непосредственным объектом посягательства в том случае, когда его деятельность мешает правонарушителям реализовать свой противоправный умысел. В таком случае обезвреживания охраны является необходимым элементом реализации противоправного посягательства на охраняемое лицо. Внутренний риск является так называемым профессиональным риском [9, с. 76], который присущ охранной профессии вообще.

Внешний риск при предоставлении услуг охраны проявляется в том, что сама услуга охраны предусматривает непосредственное физическое обеспечение неприкосновенности личности. В связи с этим могут воз-

никнуть такие ситуации, при которых охрана физического лица будет осуществляться с помощью специальных средств. А если охранные услуги предоставляют подразделения государственной охраны, то охранные меры могут предусматривать, в том числе, в исключительных случаях применения огнестрельного оружия. В связи с этим применение физической силы или специальных средств охраны может привести к нежелательным результатам воздействия на правонарушителя. Кроме того, существует вероятность причинить вред другому лицу. То есть внутренний риск проявляется в возможности охранника испытать негативное влияние, а внешний – вызвать его. В то же время риск (как внутренний, так и внешний) при предоставлении услуг охраны физических лиц имеет скрытый (латентный) характер. Это означает, что не всегда при предоставлении услуг охраны могут возникать риски, однако считается, что они являются неотъемлемой частью услуги охраны. Кроме того, это свойство услуги охраны определяет ее качество. Ведь независимо от того, кто находится под стражей – или ребенок из простой рабочей семьи, или президент государства, качество охранных услуг должно быть одинаковым, за исключением особых мер, которые соответствуют уровню опасности и потенциальному риску жизни и здоровью охраняемого.

Приведенное позволяет выдвинуть предположение о возможности рассмотрения риска (как внутреннего, так и внешнего) при предоставлении услуг охраны жизни и здоровья в аспекте его разделения на оправданный или неоправданный, потенциальный или реальный. Риск следует считать оправданным в том случае, когда цель, которая преследуется лицом, которое рискует, является общественно полезной. Кроме того, такая цель не может быть достигнута действиями (бездействием) без достаточных мер по предупреждению возможного ущерба, то есть нанесение ущерба охраняемым интересам в таком случае маловероятно [5, с. 75]. Потенциальный риск возникает при



контакте с негативными явлениями, с которыми сталкивается охранник, а реальным риск становится тогда, когда потенциальный риск перерастает в реальные последствия как результат неблагоприятного развития экстремальной ситуации.

В аспекте предоставления услуг охраны жизни и здоровья физического лица можно согласиться с мнением К. Лиховидова, который определяет риск как объективное состояние возникновения опасности причинения вреда, при котором неизвестно, приведет это к вреду или нет [6, с. 33]. При этом в аспекте анализа риска в деятельности субъекта охранной деятельности его можно рассматривать в широком смысле как предпринимательский риск – неотъемлемую часть предпринимательской деятельности, и в узком смысле – как профессиональный риск, то есть неопределенность результатов (последствий) осуществление отдельных операций по охране жизни и здоровья физического лица, а также их комплекс.

Именно поэтому договор охраны жизни и здоровья физического лица, по нашему убеждению, нельзя рассматривать в качестве бесплатного. Ведь охранник, постоянно находясь под потенциальной угрозой для своей жизни и здоровья, должен получать вознаграждение за свои действия и профессиональный риск. Бесплатность таких услуг является неоправданным самопожертвованием. Кроме того, даже когда субъектом договора охраны выступает юридическое лицо, которое оплачивает работу своих сотрудников (охранников), он должен получать плату в связи с необходимостью содержать в нормальном состоянии моторизованную технику и оборудование, используемое при оказании охранных услуг. Кроме того, такое юридическое лицо в некоторых случаях будет нести ответственность за смерть или увечье охранника и будет обязан выплачивать ему или его семье денежные компенсации. В связи с этим по своей правовой природе договор охраны жизни и здоровья физического лица, по нашему мнению, относится к платным договорам [10, с. 63]. Вместе с тем следует отметить, что в том

случае, когда субъектом договора о предоставлении услуг охраны жизни и здоровья физического лица будет выступать юридическое лицо, возможно особое понимание услуги охраны. Ведь для юридического лица, являющегося субъектом охранной деятельности, деятельность телохранителя будет ничем иным, как работой, трудовым процессом, однако для лица, находящегося под охраной, такая деятельность будет считаться гражданско-правовой услугой.

Рискованность охранной деятельности порождает и другие особенности договорных отношений, возникающих из договора охраны жизни и здоровья физического лица. На уровне с риском охранников стать объектом противоправного посяательства существует и риск заказчика услуг, который может не получить качественных услуг и понести ущерб своей жизни и здоровью. Именно поэтому считаем, что обе стороны заинтересованы в качественных охранных услугах, в связи с чем в интересах обеих сторон является фиксация в условиях договора таких обстоятельств, как условия надлежащего исполнения обязательства, способы определения качества охранных услуг и исполнения договора, основания ответственности за ненадлежащее исполнение договора, пределы ответственности.

Вполне логично, что,веряя свою жизнь «в руки» телохранителей, заказчик надеется на их профессионализм, в связи с чем при ненадлежащем исполнении ими своих обязанностей, которые приведут к причинению охраняемому лицу вреда, последний будет иметь все основания на получение компенсации. Однако возникает вопрос, каким образом телохранители смогут компенсировать понесенные клиентом убытки, если они будут очень значительными? Кроме того, этот вопрос порождает контрвопрос: кто возместит убытки телохранителей, которым они могут подвергнуться при оказании охранных услуг.

Следует согласиться с позицией тех ученых, которые считают, что возложение ответственности на охранника в полном объеме не будет спо-

собствовать развитию этой социально необходимой сферы услуг. Кроме того, такой шаг будет способствовать тому, что при согласовании условий договора охранник с целью максимального снижения уровня риска будет предлагать максимальный пакет охранных услуг, что может стать слишком затратным для заказчика охранных услуг [11, с. 43]. Эффективными гарантиями защиты прав и законных интересов телохранителей могут стать инструменты страхования. Так, применение в обязательном порядке механизмов страхования гражданской ответственности субъектов охранной деятельности будет значительно менее затратным способом для компенсации нанесенного охраняемому лицу вреда и повысит «резервный капитал» на случай, когда охраняемому лицу будет причинен вред во время предоставления охранных услуг. Что же касается защиты жизни и здоровья охранников, то в связи с тем, что, как правило, к субъекту хозяйствования (юридическому лицу) в сфере предоставления услуг охраны жизни и здоровья физического лица не выдвигаются специальных требований, в частности к организационно-правовой форме, могут возникнуть ситуации, при которых вред, причиненный персоналу охраны при исполнении им своих обязанностей не сможет быть возмещен в полном объеме. Именно поэтому предлагаем рассматривать в качестве обязательных условий предоставления охранных услуг получение лицензии, а также заключение договоров страхования жизни и здоровья физических лиц (персонала охраны) за счет юридического лица (субъекта охранной деятельности). Такой шаг создаст дополнительные гарантии для телохранителей и значительно повысит качество предоставления охранных услуг. Кроме того, такие требования, считаем, следует применять и к индивидуальным субъектам охранной деятельности, которые предоставляют охранные услуги без вступления в правоотношения со специализированными юридическими лицами. Таким образом, получение физическим лицом, охранником, лицензии на занятие охранной деятельностью



и проведение страхования своей жизни позволит, с одной стороны, уменьшить количество непрофессионалов, которые предоставляют охранные функции, а с другой – гарантировать охраннику получение средств для восстановления состояния здоровья в случае получения вреда при оказании охранных услуг.

Обобщая вышеизложенное, можно утверждать, что неотъемлемым признаком услуги охраны жизни и здоровья физического лица, а также соответствующего договора, является рискованность. Это свойство как бы «пронизывает» отношения между заказчиком услуг и исполнителем. Так, существует риск, что телохранитель станет объектом посягательства и его жизни или здоровью будет причинен вред или ущерб будет нанесен охраняемому субъекту. В общем виде рискованность в договоре охраны жизни и здоровья физического лица проявляется в абстрактных факторах, которые могут способствовать образованию ситуации, что может негативно повлиять на жизнь или здоровье участников договорных отношений. Однако, по нашему мнению, именно рискованность в проявлении, которое было раскрыто нами и является тем уникальным обстоятельством, что делает договор телохранительства особенным.

Постоянное существование потенциальных рисков создает необходимость в оптимальном выборе средств охраны, адекватных риску, возможностям охраняемого субъекта и телохранителя.

В то же время проведенное исследование позволяет более точно, так сказать, на практике, понять суть охраны и защиты в гражданском праве. Охранительная функция, реализуемая телохранителями в рамках договорных гражданско-правовых отношений, является достаточно широкой по содержанию, поскольку сочетает в себе, как собственно охрану, так и защиту. Охрана проводится на уровне общей превенции, то есть в то время, когда существует потенциальная угроза жизни или здоровью охраняемого субъекта. Защита, в свою очередь, осуществляется в то время, когда потенциальная угроза приоб-

ретает признаки реальной и перед охранниками стоит задача активными действиями предотвратить опасность для жизни или здоровья охраняемого лица. При этом обе формы действий объединяются в рамках гражданско-правовой услуги охраны.

Выводы. Мы высветили лишь часть особенностей отношений телохранительства, что на фоне недостаточной исследованности договора охраны жизни и здоровья физического лица и соответствующей услуги оставляет эти вопросы актуальным и интересным для научного анализа. Однако другие стороны договора и услуги телохранительства должны стать предметом дальнейшего исследования.

Список использованной литературы:

1. Майданик Р. А. Поняття «ризикових зобов'язань» у цивільному праві // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2005. – № 5 (43). – С. 26–35.
2. Бабурин В. В. Проблемы правового регулирования обоснованного риска // Российская юстиция. – 2007. – № 7. – С. 34–36.
3. Мірзоян А. А. Поняття зобов'язання з надання послуг / А. А. Мірзоян // Держава і право : зб. наук. праць. Юрид. і політ. науки. – 2006. – Вип. 32. – С. 284–288.
4. Беззубов Д. О. Про тлумачення «ризикознавства» в юридичній науці України / Д. О. Беззубов // Держава і право : зб. наук. праць. Юрид. і політ. науки. – 2009. – Вип. 45. – С. 275–281.
5. Павлова Н. В. обоснованный риск в медицинской деятельности // Вестник Московского университета. Серия право. – 2006. – № 3. – С. 73–83.
6. Лиховидов К. Риск как условие дифференциации объема и мер юридической ответственности / К. Лиховидов // Законность. – 2001. – № 12. – С. 33–38.
7. Абрамов В. Риск, событие и случай в страховой деятельности / В. Абрамов // Хазяйство и право. – 2008. – № 9. – С. 110–112.
8. Кінашук Л. Організаційно-правові аспекти соціального захисту професійного ризику в право-

охоронних органах / Л. Кінашук // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 9. – С. 10–12.

9. Лов'як О. Відшкодування майнової шкоди, заподіяної в стані професійного ризику / О. Лов'як // Право України. – 2002. – № 10. – С. 75–77.

10. Новікова В. Деякі питання класифікації оплатних та безоплатних договорів / В. Новікова // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 2. – С. 63–66.

11. Довбій С. П. Щодо питання визначення меж відповідальності й розміру відшкодування збитків за договором охорони майна // Проблеми законності. – 2004. – Вип. 69. – С. 41–48.



ПРАВОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ РЕЖИМНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ИНФОРМАЦИОННОЙ СФЕРЕ УКРАИНЫ: ЗАЩИТА И БЕЗОПАСНОСТЬ

В. БЕЛЕВЦЕВА,

кандидат юридических наук, старший научный сотрудник,
и.о. заведующего сектором информационного правопорядка

Научно-исследовательского института информатики и права Национальной академии правовых наук Украины

SUMMARY

The article is devoted to research of informative sphere as component part of safety of the state. Objects and subjects of defence are in-process resulted in informative sphere of Ukraine. The basic constituents of passive defence of informative interests of the state are considered in the article. On the basis of the material expounded in the article, the regime of functioning of informative sphere is selected, his legislative adjusting is resulted in Ukraine, conclusions and suggestions are formulated in an aspect providing of informative safety of the state.

Key words: regime of functioning of informative sphere, national safety, informative safety, regime activity, informative interests.

* * *

Статья посвящена исследованию информационной сферы как составной части безопасности государства. В работе приведены объекты и субъекты защиты в информационной сфере Украины. Также автором выделены современные угрозы информационной безопасности. В статье рассмотрены основные составляющие пассивной защиты информационных интересов государства. На основе материала, изложенного в статье, выделен режим функционирования информационной сферы, приведено его законодательное регулирование в Украине, сформулированы выводы и предложения в аспекте обеспечения правового регулирования информационной безопасности государства.

Ключевые слова: режим функционирования информационной сферы, национальная безопасность, информационная безопасность, режимная деятельность, информационные отношения, информационные интересы.

Постановка проблемы. Никакая сфера жизни современного общества не может функционировать без развитой информационной системы. Национальный информационный ресурс является одним из главных источников экономической и военной мощности государства. Проникая во все сферы деятельности государства, информация приобретает конкретные политическое, материальное и стоимостное выражения. На этом фоне все большей актуальности приобретает проблема обеспечения информационной безопасности Украины как неотъемлемый элемент национальной безопасности, а защита информации превращается в одно из приоритетных государственных заданий. В любом государстве информационной безопасности придается особенное значение. В своем развитии эта задача проходит множество этапов в зависимости от потребностей государства, возможностей, методов и средств добывания сведений (в частности разведки), правового режима государства и реальных его усилий относительно обеспечению защиты информационной сферы.

Актуальность темы. Трансформационный технологический процесс в информационной сфере предопределяет серьезные изменения в обществе в целом. Со временем изменяется образ жизни миллионов людей. Процессы глобализации касаются все новых сфер деятельности, и информационная становится не только важнейшей сферой международного сотрудничества, но и объектом сектора безопасности. Проблемы в сфере информационных отношений, формирования информационных ре-

сурсов и пользования ими заостряются в результате политической и экономической нестабильности государства. Это становится актуальным, как отмечалось выше, в аспекте обеспечения безопасности государства.

Весомый взнос в исследование рассматриваемого вопроса внесли научные труды В. Н. Брижко, А. М. Гузя, А. П. Дзеданя, В. В. Макаренко, А. И. Марушака, В. Я. Настюка, А. В. Пазюка, В. Г. Пилипчука, В. М. Поповича, В. С. Цимбалюка, М. Я. Швеця и др. Однако в юридической науке

и до сих пор имеет место недостаточность исследования фундаментальных и прикладных проблем правовой регуляции информационной сферы в целом и отдельных ее составляющих, особенно в аспекте правового обеспечения ее режимной деятельности.

Целью данной статьи является рассмотрение одного из главных заданий обеспечения национальной безопасности в информационной сфере – защита и безопасность, которая обеспечивается режимной деятельностью.

Изложение основного материала. В комплексе различных составляющих национальной безопасности особое место занимает информационная сфера, которую автор отождествляет в данной статье с информационной безопасностью. Это обусловлено рядом объективных причин.

Во-первых, информационная сфера определяет информационное обеспечение и реализацию всех других составляющих национальной безопасности.

Во-вторых, сложившаяся ситуация в Украине, дает основание гово-



речь о проблемах информационной безопасности как о важнейшей государственной, экономической, социальной и политической проблеме.

В-третьих, по своим последствиям информационной кризис может оказаться опаснее, чем, например, политический, военный, экономический, а его преодоление будет длиться несколько десятилетий, а может быть и столетий.

В-четвертых, многоаспектность, сложность, масштабность и глубина проблемы развития и сохранения информации выводит обеспечение ее безопасности в разряд самых актуальных проблем современности.

Следовательно, учитывая вышеупомянутое, рассмотрим отдельно вопрос режимной деятельности в информационной сфере через систему обеспечения национальной безопасности Украины.

В первую очередь, необходимо определиться с понятием информационной сферы. В одних источниках информационная сфера рассматривается как защита информации. В других - ставится знак равенства между информационной сферой и информационной безопасностью. В третьих источниках понятия информационной сферы (безопасности) включает не только защищенность информации, но и создание, рациональное ее использование, хранение, реализацию [1; 2; 4].

Состояние информационной безопасности государства определяется, прежде всего, его информационным потенциалом и информационными ресурсами.

Следует отметить, что в связи с созданием и использованием объектов информационной сферы правоотношения в этой сфере регулируются системой правовых норм, которые обобщенно можно назвать информационным правом.

К объектам информационной сферы, в частности, принадлежат [2; 3]:

- публичная информация;
- информация с ограниченным доступом (коммерческая тайна, государственная тайна и т. п.);

- информация о физическом лице;
- информация справочно-энциклопедического характера;
- информация об окружающей среде (экологическая информация);
- информация о товарах (работу, услугах);
- научно-техническая информация;
- налоговая информация;
- правовая информация;
- статистическая информация;
- социологическая информация;
- компьютерные программы;
- компиляции данных (базы данных);
- фонограммы, видеogramмы, передачи (программы) организаций вещания;
- документы и др.

Субъектами информационной сферы являются (ст. 4 Закона Украины «Про информацию»): физические лица; юридические лица; объединения граждан; субъекты с властными полномочиями [3].

Далее отметим, что законодательство, которое определяет право на информацию, базируется на праве каждого владеть, пользоваться и распоряжаться ею, что, по определению, является благом невещественным и сохраняются за его владельцем и может использоваться другими лицами только по их разрешению, кроме случаев, определенных законодательством, а также на праве защиты и безопасности информационной сферы.

Следовательно, административно-правовое регулирование в информационной сфере является важным элементом взаимодействия государства и общества. Оно осуществляется, среди прочего, путем установления административно-правовых режимов, в данном случае, режима функционирования информационной сферы. В частности, к данному режиму можно отнести такие составные как: режим информационных ресурсов, режим защиты государственных ресурсов, криптографической и технической защиты информации, режим защиты информации с ограниченным доступом и тому подобное [2].

Правовой основой режима функ-

ционирования информационной сферы является законодательство Украины в данной сфере, а именно следующие основные законодательные акты:

- О доступе к публичной информации;
- Налоговый кодекс Украины;
- О защите персональных данных;
- О Государственной службе специальной связи и защите информации Украины;
- О телекоммуникациях;
- Об основах национальной безопасности Украины;
- Об электронных документах и электронном документообороте;
- Об электронной цифровой подписи;
- О Национальной системе конфиденциальной связи;
- О почтовой связи;
- О страховом фонде документации Украины;
- О Национальной программе информатизации;
- О Концепции Национальной программы информатизации;
- О Национальном совете Украины по вопросам телевидения и радиовещания;
- Об издательском деле;
- Об информационных агентствах;
- О библиотеках и библиотечном деле;
- О государственной тайне;
- О телевидении и радиовещании;
- О научно-технической информации;
- О прессе и других средствах массовой информации и др.

Кроме того, при регуляции информационных отношений в случае необходимости применяются международные договоры в информационной сфере, согласие на обязательность которых предоставлено Верховной Радой Украины.

Относительно безопасности субъектов и объектов информационной сферы, что является важной составляющей режима функционирования информационной сферы, позиций системного подхода уместно говорить в нескольких аспектах, в частности:



- как о составной части – подсистеме высшего уровня, которой является национальная безопасность;

- как о сложной многоуровневой системе, что включает свои подсистемы (составные части) низшего порядка;

- как о внутреннем и внешнем состоянии или положении государства, при котором отсутствующие реальные и потенциальные угрозы информационным интересам лица, общества и государства, а при их возникновении – как о системе мероприятий по обеспечению охраны и защиты носителей информации (субъектов информационной сферы) и информационных продуктов (объектов информационной сферы).

Следовательно, назовем этот аспект безопасности режима функционирования информационной сферы информационной безопасностью.

Таким образом, информационная безопасность, так же, как и национальная, бывает внешней и внутренней и в своей основе имеет три базовых понятия: информационные интересы, информационные угрозы и информационная защита.

Информационные интересы Украинского государства являются, безусловно, жизненно важными и долгосрочными. Суть информационных интересов, в конечном итоге, сводится к эффективному использованию и воссозданию информационных возможностей украинского народа, а также к развитию, сохранению и накоплению информационного потенциала и информационных ресурсов государства. Особая роль в системе информационных принадлежит научному интеллекту, поскольку именно он определяет уровень развития, настоящую независимость, авторитет и мощь любого государства.

Угроза информационной безопасности Украины выходит как изнутри, так и извне. Внутри страны – от отдельных физических и юридических лиц, деятельность которых значительно снижает, а в отдельных случаях исключает эффективное использование информационного потенциала и ресурсов. Извне – деятельность других

государств в информационной сфере, направленных против информационных интересов Украины, а также преднамеренное занижение или дискредитация информационного потенциала Украины в мировом сообществе.

В настоящее время угрозы информационной безопасности Украины представляют:

- моральная и материальная недооценка государством труда ученых и специалистов с высшим образованием в информационной сфере;

- угроза нарушения конфиденциальности информации, в результате реализации которой информация становится доступной субъекту, не располагающему полномочиями для ознакомления с ней;

- угрозы нарушения целостности информации, к которым относится любое злонамеренное искажение информации, обрабатываемой с использованием автоматизированных систем;

- угрозы нарушения доступности информации, возникающие в тех случаях, когда доступ к некоторому ресурсу автоматизированной системе для легальных пользователей блокируется.

Отметим, что реальные угрозы информационной безопасности далеко не всегда можно строго отнести к какой-то одной из перечисленных категорий. Так, например, угроза хищения носителей информации может быть при определенных условиях отнесена ко всем трем категориям. Заметим, что перечисление угроз, характерных для той или иной автоматизированной системы, является важным этапом анализа уязвимостей автоматизированных систем, проводимого, например, в рамках аудита информационной безопасности, и создает базу для последующего проведения анализа рисков.

Указанные угрозы информационной безопасности являются причиной огромного убытка, который наносится государству (политического, социального, экономического и др.), который не поддается материальной оценке, и возобновляется длительный период времени.

Под информационной защитой понимаются разные мероприятия, направленные на обеспечение информационной безопасности государства. Очевидно, что мероприятия, связанные с предупреждением угроз информационным интересам, следует считать пассивной защитой или пассивным обеспечением информационной безопасности. В то же время мероприятия, направленные на ограничение и ликвидацию следствий опасностей, которые появились, информационным интересам, можно назвать активной защитой или активным обеспечением информационной безопасности. На наш взгляд, пассивную защиту информационных интересов Украины сегодня должны составлять:

- разработка современной концепции информационно-технической политики, развития науки и образования, соответствующей новым социально-экономическим условиям развития государства;

- разработка законов, законодательных и нормативных актов, которые обеспечивают и стимулируют развитие информационной сферы;

- разработка и усовершенствование законов и законодательных актов, которые защищают информационные интересы государства, информационную сферу, носителей интеллектуальной собственности и продукты их умственной деятельности;

- разработка требований относительно подготовки специалистов с высшим образованием и научных кадров в информационной сфере;

- разработка требований к дипломным и выпускным работам, диссертациям на получение ученой степени, представленным на защиту и тому подобное в информационной сфере.

К эффективному правовому обеспечению информационной безопасности можно отнести:

- практическую реализацию информационных возможностей лиц, общества и государства;

- повышение общественной и социальной значимости специалистов с высшим образованием и ученых при



решении государственных и других заданий в информационной сфере;

- реальная защита информационных продуктов от разного рода посягательств и т. п.

Говоря об информационной безопасности, нельзя не коснуться и вопроса относительно условий, в которых приходится решать проблему обеспечения информационной безопасности Украинского государства. Сегодняшние условия развития Украины определяются:

- экономической и политической нестабильностью;

- низкой правовой и общей культурой граждан;

- не способностью существующих законов должным образом защитить информационную сферу и самих носителей информации;

- отсутствием современной концепции развития науки и техники в информационной сфере;

- несоответствием информационно-технической политики государства современным требованиям;

- национальной и социальной напряженностью;

- ростом индивидуализма у потребителя;

- желанием легкой наживы и быстрого обогащения любыми средствами;

- неэффективностью и затяжным характером реформ, которые проводятся. Кроме того, политические изменения сопровождается потерей управления и контроля, в том числе и в сфере обеспечения интеллектуальной безопасности.

Следовательно, понятно, что с целью обеспечения, поддержки и укрепления информационной безопасности Украины необходимо реализовать комплекс организационно-правовых, хозяйственно-экономических и других мероприятий, направленных не только на сохранение и воссоздание имеющегося информационного потенциала, но и повышение защиты и безопасности объектов информационной сферы. При реализации этих мер возникает объективная необходимость перенесения центра тяжести из пассивной защиты на активную.

Таким образом, можно сделать следующие **выводы**:

- режимы функционирования информационной сферы – это урегулированный законодательством порядок поведения граждан (людей) и юридических лиц, а также порядок реализации их прав и свобод в информационной сфере, обеспечение устойчивого развития общества, своевременного выявления, предотвращения и нейтрализация реальных и потенциальных угроз и опасностей информационным интересам Украинского государства, общества, человека;

- информационная безопасность является составляющей режима функционирования информационной сферы, а также важным элементом в системе национальной безопасности Украины;

- информационная безопасность в своей основе имеет информационные интересы, информационные угрозы и информационную защиту.

- Украина имеет значительный информационный потенциал для решения проблем обеспечения защиты и безопасности информационной сферы;

- обеспечить, поддержать и укрепить информационную безопасность в современных условиях возможно только путем устранения информационных угроз, удовлетворения информационных интересов лица, общества и государства, а также на основе реализации работоспособной активности информационной защиты.

Список использованной литературы:

1. Дзьобань О. П. Філософія інформаційного права: світоглядні й загальнотеоретичні засади : монографія / Дзьобань О. П. – Харків : Майдан, 2013. – 360 с.

2. Настюк В. Я., Белевцева В. В. Адміністративно-правовий захист інформації: проблеми та шляхи вирішення : монографія / Настюк В. Я., Белевцева В. В. – К. : Ред. журн. «Право України» ; X. : Право, 2013. – 128 с.

3. Про інформацію: Закон України

від 02.10.1992 № 2657-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1992 р. – № 48. – Ст. 650.

4. Савінова Н. А. Кримінально-правова політика та забезпечення інформаційного суспільства в Україні : монографія / Савінова Н. А. – К. : Ред. журн. «Право України» ; X. : Право, 2013. – 292 с.



NATIONAL AND INTERNATIONAL REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT

O. BILOUS,

PhD-researcher of Department of Private International Law of Institute
of International Relations National Taras Shevchenko University of Kyiv

SUMMARY

This article deals with the remedies which French, English legal systems and the UNIDROIT Principles offer in the case of non-performance of contract obligation. The comparative analysis of French and English models of remedies shows the effectiveness of each of them, their advantages and weak points. Then article describes how the UNIDROIT Principles harmonize inconsistent approaches of French and English Law. Also it reveals the main idea of the UNIDROIT Principles to keep the contract 'alive' after the non-performance – *favor contractus* principle.

Key words: Non-performance, damages, termination, foreseeability of harm, mitigation of harm, contributory negligence.

* * *

В данной статье раскрыты средства правовой защиты, предлагаемые французской и английской правовыми системами, а также Принципами УНИДРУА в случае невыполнения договорного обязательства. Благодаря сравнительному анализу французской и английской моделей удалось показать эффективность каждой из них, их преимущества и недостатки. В статье описано, каким образом в Принципах УНИДРУА удалось гармонизировать не всегда совместимые подходы французского и английского права. Также в статье раскрыта базовая идея Принципов УНИДРУА – *favor contractus*, заключающаяся в том, чтобы сохранить договор после невыполнения.

Ключевые слова: невыполнение, убытки, расторжение, предсказуемость ущерба, уменьшение ущерба, вклад пострадавшей стороны в нанесение ущерба.

Introduction. Without doubts the main purpose of the Contract Law is to work out effective remedies for a breach of contract. Usually the party, who hasn't received what she expected from the contract, may withhold her own performance, enforce owed performance, terminate the contract, claim damages or restitution etc. On the basis of these and some other remedies each national system proposes its own methods for solving the situation of non-performance.

For the long time no uniform mechanism of remedies existed, until in 1994 International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) adopted the Principles of the International Commercial Contracts (the UNIDROIT Principles). This document actually embodies a common core of the Law of obligations 'ex contractu' and in this article we are going to compare English, French and the UNIDROIT Principles' systems of remedies for the breach of contract. The purpose of such comparative analysis is to estimate effectiveness of each legal system and to answer the question: do the UNIDROIT Principles deserve to be a model example for national legal systems? For the purpose of our research we use comparative analysis, gnosiological and axiological methods.

It is also important to admit the names of legal scholars whose works on Comparative Contract Law constitute the preliminary foundation to this

article: A. Rosett, F. Terré, R. Stone, G. Treitel, A. Karapetov, K. Zweigert and H. Kötz.

As A. Rosett once said provisions concerning non-performance are 'the substantive heart' of the whole Contract Law [1, p.441]. Actually he said this in the context of the UNIDROIT Principles but this is also true for the whole Contract Law, because parties refer to the law only in the case of dispute and a breach of contract is the reason for the dispute. That's why provisions concerning breach of contract are the main in Contract Law and comparative analysis of these provisions is very **important today** for the development of national Contract Law. It's important because the development of national Contract Law is no longer a separate process; nowadays it involves the unification of Contract Law rules all over the world.

Main part. One may see that terms 'breach of contract' and 'non-

performance' are used in this article interchangeably. It's because all these cases of the failure of performance (*défaillance d'exécution*) French law determines as non-performance (*inexécution*) while English law operates with the concept of breach.

Whereas Art. 7.1.1 UPICC uses the term 'non-performance' and defines it as the 'failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance' [2, p.223].

Despite of using different terms the wrong way of the contract relations is actually described similarly in all systems. But it doesn't mean that all systems lead to similar solutions.

French system of remedies for non-performance encourages the preservation of the contract and enforcement its performance [3, p.191]. This approach is coming from the idea that obligee always wants to receive the performance '*en nature*' [4, p.271] and the purpose of law is to give him what he wants.

Otherwise, English law acknowledges that breach 'might bring a contract to an end automatically, irrespective of the wishes of the parties' [5, p.572]. So the main purpose of law, as it was stated in *Robinson v Harman* (1848), is to provide a compensation



in order to put the aggrieved party 'so far as money can do it... in the same situation... as if the contract had been performed' [6, p.937].

This leads to the conclusion that French law insist on specific performance while English law prefers monetary compensation above all remedies. Taking into account such crucial difference it is not an easy task to create an international uniform model of Contract Law remedies for breach of contract. But the UNIDROIT Principles actually managed to do this. Of course Working Group of the UNIDROIT Principles was referring to many national legal systems during its work, not only French and English. But let's analyze precisely French law as the representative of civil law systems and English law as the representative of classic common law.

The main idiosyncrasy of French law is that all questions arising from non-performance have to be decided by court. Thus according to the art. 1184 Cc 'le contrat n'est point résolu de plein droit' [7] contract can't be terminated only because a party has a right for this. 'La résolution doit être demandée en justice' – the termination must be claimed by the way of legal proceedings in court. This approach came from the principal of Roman Law: «Nul ne peut se faire justice à soi-même» [8, p.43].

According to the literal interpretation of the art. 1184 Cc in the case of the obligor's non-performance the obligee has a right to choose between the enforced performance (where it is possible) and termination of the contract (*resolution*) together with damages. But actually French law doesn't give these two options at once. First the obligee should demand a performance, because if he decides to terminate the contract immediately, such termination could be objected in the court [4, p.270]. Therefore obligee first of all has to put the debtor on default by sending him a notice with demand to fulfill his undertaking within a reasonable time (*mise en demeure*) (art. 1139 Cc). Obligee may not give this notice and, according to the art. 1184 Cc, initiate the judicial proceedings. This means that

judge would enforce the performance and only if this is not possible he would resolve the contract.

Obviously it is not so easy to enforce someone to do something, that's why French jurisprudence in the XIX century worked out the certain instrument *astreinte*, in order to make obligor to fulfill his undertaking. *Astreinte* is a special type of penalty, and it is the discretion of judge to impose it [9, p.458]. The legal character of *astreinte* is not definite: from one side this is the administrative punishment for non-performing obligor, from other side it doesn't go to the government treasury, but it is transferred to the obligee's account, so *astreinte* must be some kind of the penalty damages [10, p.209].

Judges don't only use penalties; they can also give an additional grace period (*délai de grâce*) for the obligor to perform his obligation finally [3, p.193]. It is also important to mention that the judge can impose the grace period even when the obligee didn't ask for the specific performance, but his demand was to terminate the contract. In the case where the grace period was given the contract could be terminated only if the obligation hadn't been performed after the expiration of this period. Then termination comes automatically without the necessity to resort to the judicial proceedings again [8, p.53].

Despite of all means it is not always possible to receive the performance from default obligor, that's why French law invented another way how to get the specific performance (*exécution en nature*). Thus, art. 1144 Cc gives an opportunity to the obligee to perform the obligor's obligation while the obligor should cover the cost of that performance. Actually art. 1144 Cc means that obligee would ask the third person to perform the obligation. For instance if it is impossible to receive a certain thing from obligor, then obligee can buy the same thing from the third person by costs of obligor [9, p.457]. In 1991 the art. 1144 Cc was amended so that obligor has to give money to obligee in advance.

If any of remedies which help to receive specific performance

doesn't work then the contract is to be terminated by the court. It is necessary to mention that there are no criteria for estimation of the non-performance seriousness in French civil code [8, p.49]. Therefore courts in France have a broad discretionary power to decide if the non-performance is serious enough to terminate the contract.

Judicial proceedings is not a convenient way to terminate the contract. As far as it is impossible to foresee if the judge will assume particular non-performance to be serious enough to terminate the contract, this brings parties to that situation that they stay in unawareness of the future of their contract for months, they can't do replacement transactions and should be prepared to continue to perform this contract [10, pp.234-235].

According to French law 'termination' has retrospective effect. This effect is typically described by French jurists and courts as *l'anéantissement du contrat*, ie the complete destruction of the contract [3, p.190], another words – restitution.

But it's not always possible or reasonable to give back what was received for instance where a landlord seeks to end a tenancy for failure to pay rent ... the landlord does not have to return rent previously paid nor does the tenant have to pay any sum representing his enjoyment of the property [3, p.195]. Even in those cases where restitution is possible, it may have unfair consequences as far as it allows the obligee to bring back what he had given plus compensate the damages which may lead to the unjustified enrichment [3, p.195]. But restitution is the rule in French Law.

After termination obligee may claim damages (*dommages-intérêts*). Several requirements should met in order to receive right to damages: 1) actual suffering of loss (*dommage*); 2) the fault of the obligor in that loss (*faute*) 3) causal link between loss and fault (*lien de causalité*).

According to art. 1149 Cc damages should cover the loss obligee has suffered and the gain of which he was deprived. Additionally to this general



rule on damages French law also contains the special rule in art. 1150 Cc which states that damages should be foreseeable to the obligor at the moment of the contract conclusion [11, p.568].

To sum up, French system of remedies in case of non-performance is quite clear, but it needs modernization. Thus each principal rule needs revision:

1) Priority of the enforcement of specific performance – too much pressure on the obligor, disrespect to his dignity and freedom of will;

2) Resorting to court for termination – procedure inconvenient for the parties of commercial contract;

3) Necessity to prove the existence of fault for receiving the damages – quite doubtful issue whether the institute of fault is appropriate for Contract Law;

4) Retrospective restitution – the rule without logic.

The main feature of English law is that it imposes strict liability for breach of contract which means that breach leads to liability without necessity to prove obligor's fault.

The liable party should fully compensate aggrieved all its losses by paying damages. Damages is the main remedy for breach of contract in English law, while enforcement of the performance in kind (specific enforcement) can be used only in the case where damages would be an inadequate remedy [5, p.640].

Moreover there are a lot of restrictions for specific enforcement, for instance, judge would ever make decision in favor of specific performance if it needs constant supervision or the involvement of the personal skills and talents of the obligor or in case it would be unreasonably burdensome for obligor, or behavior of the obligee was inappropriate and it would be unfair to render him performance in kind.

Taking into account all these restrictions we might say that damages is almost universal remedy. In everything concerning damages English law is more developed than any other system of law. It's important to stress that damages according to common law has only compensatory function and does not have punitive effect.

There are several methods of calculating damages in order to measure equal compensation for losses and to avoid extra payment as punishment to obligor. The first method is based on expectation interest. It allows to recover the lost profit which aggrieved party expected to receive. The second method is based on reliance interest of the aggrieved party. According to this method party may compensate her expenses incurred in relation with contract [5, p.592].

English law doctrine also worked out the list of factors which may influence the reduction of the sum of damages. They are: remoteness (very remote distance between breach of contract and harm sustained), non-mitigation of the harm (when an aggrieved party did nothing to decrease the level of harm), contributory negligence (when the harm is partly caused by aggrieved party).

In the case of fundamental (other variants: total, material, repudiatory) breach the aggrieved party receives the right to rescind (terminate) the contract [6, p.770].

For the rescission aggrieved party doesn't need any judicial procedure. She only has to inform obligor about her decision to rescind the contract. Rescission always has prospective effect [8, p.94].

The overall observation of the English doctrine shows that this law is focused on paying damages in case of any contract breach and allowing termination in case of fundamental breach.

The UNIDROIT Principles in their Chapter 7 'Non-performance' establish their own system of remedies for non-performance. A. Rosett described the idea of this system in such words: *'the rules [regulating situation of non-performance] are structured to encourage parties to cure their defects, to extend the time for performance, to allow it to be completed'* [1, p.447].

In order to complete the contract after non-performance the Principles work out rules which help parties to start communication and to renew their cooperation. Thus, according to art. 7.1.4 UPICC obligor has the right

to cure non-performance or defective performance. And according to art. 7.1.5 UPICC obligee has the right to give obligor an additional period of time for fixing non-performance. So each party can give another a notice for continuation of their relation till the successful fulfillment of their relations. Rules about cure and additional time temporarily forbid to terminate the contract. These rules express the core idea of the UNIDROIT Principles which can be briefly formulated as *'favor contractus'*.

If time for cure or additional time doesn't give any result, obligee has two options: either to resort to court for enforcement of the performance or to terminate the contract.

At first sight it seems that the UNIDROIT Principles similarly to French law give preference to the specific performance over paying damages. But actually art. 7.2.2 UPICC states the list of exceptions when requiring performance in kind is forbidden. They are: impossibility of performance; unreasonably burdensome or expensive character of performance; opportunity to obtain performance from another source; exclusively personal character of performance; too late demand for performance [2, pp.239-240]. It's obvious that these exceptions correlate with existing in English law. This is the example of a very elegant harmonization of two different approaches of French and English law.

The other example of perfect harmonization we discover in art. 7.2.4(1) UPICC 'Judicial penalty'. This article states that *'Where the court orders a party to perform, it may also direct that this party pay a penalty if it does not comply with the order'* [2, p.245]. It seems that this article is the reflection of *astreinte*. From the other side it correlates with English statute law rule, according to which judges have discretion to impose interests on agreed sum of compensation for non-performance (liquidated damages) from the moment of the commencement of judicial proceedings till actual payment [12, p.151]. So art. 7.2.4 UPICC drafted in such way that it can be perfectly used



both in cases concerning performance in kind and execution of monetary obligation.

As for termination of the contract the UNIDROIT Principles follow the approach of English Law and state that party may terminate the contract by giving termination notice to the other party in case of fundamental non-performance.

Contrary to English law the UNIDROIT Principles give parties a right to restitution. But unlike French law the UNIDROIT Principles don't establish that restitution is the direct effect of termination, it is just a right of either party to claim back what she has supplied.

According to art. 7.4.1 UPICC aggrieved party may claim damages for any non-performance except if it had happened because of force majeure or one of situations described in the exemption clause.

Damages as remedy should provide full, adequate and fair compensation for the loss party sustained. Art. 7.4.4 UPICC says that the non-performing party is liable only for harm which was possible to foresee at the beginning of contract relations as a logical result of non-performance. The principle of foreseeability of harm was derived from French law. According to the UNIDROIT Principles damages may be reduced if aggrieved party herself contributed to the harm she sustained (art. 7.4.7 UPICC) or if she did nothing to mitigate the harm arising from non-performance (art. 7.4.8 UPICC). These both restrictions are derived from English Law.

Conclusions. In comparison with French and English systems of remedies, the UNIDROIT Principles' system has its own basic idea. Whereas French system appreciates the enforcement of obligor's performance and English systems gives the instruction how to calculate damages, the UNIDROIT Principles try to bring parties to the successful fulfillment of their contract even after non-performance. The UNIDROIT Principles system is neither combination of French and English rules nor the other national rules – this

document offers its own system of remedies. We came to the conclusion that the UNIDROIT Principles system is much more efficient than French and English national systems. At the same time it is very well harmonized and doesn't contradict to the rules of both national systems, so they can be reformed in the way of the UNIDROIT Principles suggest.

List of reference links:

1. Rosett A. UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven / Arthur Rosett – Uniform Law Review. – 1997. – Vol. 2. – P. 441-450.

2. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010/official edit. – Rome: UNIDROIT, 2011 – 454 p.

3. Whittaker S. 'Termination' for Contractual Non-performance/ John Cartwright, Stefan Vogenauer and others//Reforming the French Law of obligations. – Oxford: Hart Publishing, 2009. – 930 p. – pp. 187-204.

4. Bénabet A. Droit civil les obligations/ Alain Bénabet. – 12e ed. – Paris:Montchrestien-Lextenso éditions, 2010. – p.718.

5. Stone R. The modern Law of Contract / Richard Stone. – 8th ed. – London: Routledge-Cavendish, 2009 – p.675.

6. Treitel G.H. The Law of Contract/ Sir Guenter Treitel. – 11th edition – London: Sweet & Maxwell, 2003. – p.1117.

7. Code Civil Français – <http://www.legifrance.gouv.fr/>

8. Карапетов А.Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве/Артём Георгиевич Карапетов. – М.: Статут, 2007 р. – 876 с.

9. Васильев Е.А. Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник/ Васильев Е.А., Комаров А.С. 4-е изд., перераб. и доп. В 2-х т.– Т.1. – М.:Международные отношения, 2008. – 560с.

10. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х т. – Т.2.

– /пер. с нем. Юмашева Ю. М./ – М.: Международные отношения, 1998. – 512 с.

11. Terré F. Droit civil les obligation/ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette. – 10e ed. – Paris: Dalloz, 2009. – p.1542

12. Burrows A. Understanding the Law of Obligations essays on contract, tort and restitution /Andrew Burrows. – Oxford: Hart Publishing, 1998. – p 223.



ИНСТИТУТ КОНСТИТУЦИОННОЙ ЖАЛОБЫ В УКРАИНЕ: БЫТЬ ИЛИ НЕ БЫТЬ?

Л. ДЕШКО,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры конституционного и международного права
Донецкого национального университета

А. БЕРКО,

магистрант кафедры конституционного и международного права Донецкого национального университета

SUMMARY

The need to improve the national mechanism for protecting the rights and freedoms is argued in the article, namely, introduction the institution of a constitutional complaint at the legislation of Ukraine. The introduction of this Institute will give an immediate opportunity to ensure the effectiveness of the access of citizens to the constitutional Court of Ukraine for protection of their constitutional rights and freedoms of rights. The paper also considered the scientific opinions of prominent scientists-constitutionalists of Ukraine, which directly relate to the introduction of a constitutional complaint as one of the ways of national protection of the rights and freedoms of man and citizen.

Key words: institute of constitutional complaint, constitutional complaint, forms of address in the constitutional Court of Ukraine, constitutional protection.

* * *

В статье дополнительно аргументирована необходимость совершенствования национального механизма защиты прав и свобод человека, а именно – введения института конституционной жалобы в законодательство Украины. Введение данного института даст непосредственную возможность обеспечить эффективность доступа граждан в Конституционный Суд Украины для защиты своих конституционных прав и свобод прав. Также в статье рассмотрены научные взгляды известных ученых-конституционалистов Украины, которые непосредственно касаются введения конституционной жалобы как одного из способа национальной защиты прав и свобод человека и гражданина. В статье приведен анализ практики Конституционного Суда Украины, которая касается конституционных обращений граждан. Сказано также, что предмет рассмотрения конституционного обращения в Украине является ограниченным в отличие от предмета конституционной жалобы субъектов на такое обращение в зарубежных странах.

Ключевые слова: институт конституционной жалобы, конституционная жалоба, формы обращения в Конституционный Суд Украины, конституционная защита.

Постановка проблемы. Мировая практика конституционализма свидетельствует, что подавляющее большинство стран, провозглашая себя демократическими, социальными, правовыми государствами, свидетельствуют свою приверженность общечеловеческим, гуманитарным измерениям в осуществлении власти, обеспечении прав и свобод человека и гражданина [1, с. 62].

После распада СССР в 1991 г. бывшие советские республики в своих конституциях, провозгласив себя независимыми, демократическими, социальными, правовыми государствами, закрепили, что человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в них наивысшей социальной ценностью. Например, ст. 3 Конституции Украины [2]. При этом главной обязанностью государства является утверждение и обеспечение прав и свобод человека. Вместе с тем общеизвестно, что без гарантий их защиты они остаются декларацией. Лучшее подтверждение этому – практика Европейского суда по правам человека.

Так, согласно ст. 55 Конституции Украины каждый имеет право после использования всех национальных средств правовой защиты обращаться за защитой своих прав и свобод в соответствующие международные судебные учреждения или в соответствующие органы международных организаций, членом или участником которых является Украина. При этом в большинстве решений Суда, Украина была признана виновной в системных нарушениях норм Конвенции о защите прав человека и основных свобод [3]. Хотя статья 13 Конвенции прямо выражает обязанность государства, предусмотренный статьей 1 Конвенции, защищать права человека прежде всего в рамках своей собственной правовой системы. Следовательно, она требует от государств национального средства юридической защиты, который бы обеспечивал решение по существу поданной по Конвенции «небеспочвенной жалобы», и предоставление соответствующего возмещения (решение по делу «Кудла против Польши») [4].

Актуальность темы. Поэтому существует практическая необходимость совершенствования национального механизма защиты прав и свобод человека в Украине путем введения института конституционной жалобы как одного из источников непосредственного обеспечения такой защиты. Вместе с тем этот вопрос был и в настоящее время остается дискуссионным среди ученых-конституционалистов как Украины, так и зарубежных стран, а также практических работников.

Вышеизложенное свидетельствует об актуальности избранной темы исследования.

Целью этой статьи является дополнительная аргументация необходимости введения института конституционной жалобы в Украине с целью усовершенствования национального механизма защиты прав человека и основных свобод.

Изложение основного материала исследования. Как отмечалось выше, вопрос введения института конституционной жалобы в Украине является дискуссионным. Так, А. Головин, М.



Гультай, П. Евграфов, А. Портнов, А. Селиванов, С. Шевчук в своих работах обосновывают необходимость введения института конституционной жалобы. Например, А. Селиванов предлагает расширить ст. 150 Конституции Украины введением права человека и гражданина на конституционную жалобу: «Без нее доступ граждан к конституционному правосудию кажется малоэффективным, а конкурирующий характер достижения правовой справедливости с другими субъектами права практически отсутствует» [5, с. 81].

М. Гультай также считает необходимым введение конституционной жалобы, аргументируя свою позицию тем, что она одновременно является институтом обеспечения правозащиты, укрепления демократии и утверждения верховенства права в государстве. Институт конституционной жалобы, по его мнению, подносит механизм защиты прав человека на высшую ступень, обеспечивая соблюдение прав и свобод при принятии и реализации наиболее значимых правовых актов в государстве, рост активности граждан в их противодействии государственному произволу или халатности, укрепление механизма прямого действия норм Конституции (ведь защита прав гарантируется непосредственно на основании конституционных норм при наличии закона, который этим нормам противоречит) [6].

Другие ученые – В. Тихий, П. Ткачук, В. Шаповал – считают, что отсутствие такого института, как конституционная жалоба, в конституционной юрисдикции Украины не является пробелом, так как компенсируется индивидуальным конституционным обращением относительно официального толкования Конституции и законов Украины, и такое толкование положений Конституции и законов Украины направлено как на обеспечение реализации фундаментальных прав и свобод, так и на их защиту [7, с. 189].

Безусловно, разрешить подобный дискуссионный вопрос не возможно без анализа опыта зарубежных государств, в которых существует этот институт. Сегодня институт конституционной жалобы существует в странах Европы (Австрия, Венгрия, Бельгия, Германия, Испания, Чехия, Россия),

Латинской Америки (например, в Бразилии), Азии (Кыргызстан, Корея, Монголия, Сирия, Тайвань), Африки (Бенин, Маврикий, Сенегал, Судан). В этих государствах используются такие формы конституционных жалоб, как: коллективные и индивидуальные жалобы или одновременно обе формы жалобы.

При всем разнообразии определений конституционной жалобы, которые предлагаются в современных юридических исследованиях, сущность конституционной жалобы заключается в признании за физическими и юридическими лицами частного права обращаться в органы конституционного судопроизводства с письменным заявлением о проверке конституционности законов и других юридических актов, которые отменяют или ограничивают конституционные права и свободы [7, с. 186].

Деятельность органа конституционной юрисдикции в современном государстве, которое ориентируется на конституционно-демократические ценности является важной составляющей обеспечения реализации и защиты конституционных прав и свобод человека, которые подверглись или могут подвергнуться многочисленным нарушениям со стороны властей, всех государственных органов и должностных лиц. Конституционный Суд служит гарантией равноправных взаимоотношений государства с индивидуумом, тем самым обеспечивает выполнение государством своих обязанностей в сфере защиты прав и свобод человека. Таким образом, наряду с возложенной на Конституционный Суд Украины - единственного органа конституционной юрисдикции, задачей гарантирования верховенства Конституции Украины (ст. 2 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины»), он призван защищать конституционные права и свободы человека и гражданина [8, с. 104].

В отличие от зарубежных правовых систем в правовой системе Украины не предусмотрено права гражданина на такую форму обращения в Конституционный Суд как конституционная жалоба.

Согласно Закону Украины «О Конституционном Суде Украины», формами обращения в Конституционный

Суд Украины являются конституционное представление и конституционное обращение. Законодатель определил понятие конституционного обращения как письменное ходатайство в Конституционный Суд Украины о необходимости официального толкования Конституции Украины и законов Украины с целью обеспечения реализации и защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина, а также прав юридического лица» [9]. Такая возможность лиц направлять обращения в Конституционный Суд является важным правовым средством защиты прав человека и гражданина, а также прав юридических лиц.

При этом, по мнению П. Ткачука, сфера конституционного защиты основных прав и свобод человека в случае применения конституционных обращений уже, чем в случае конституционной жалобы. В случае конституционного обращения Конституционный суд Украины предоставляет разъяснения положений Конституции и законов Украины и осуществляет нормоконтроль только в отношении положений законов, тогда как в конституционной жалобе, кроме законов, нормоконтроль может осуществляться и в отношении подзаконных актов, судебных решений и бездействий органов власти. Однако следует учитывать, что сфера нормоконтроля в различных видах конституционных жалоб является различной и может распространяться только на законы [10, с. 76].

По нашему мнению, общественная необходимость во введении института конституционной жалобы в Украине обусловлена такой тенденцией, которая приобрела систематический характер: большинство конституционных обращений не рассматриваются Конституционным Судом Украины, а возвращается субъектам права на такое обращение.

Так, анализ практики Конституционного Суда Украины за 2007-2012 гг., которая касается конституционных обращений граждан свидетельствуют о том, что примерно половина из общего количества отказов в открытии конституционного производства относительно официального толкования норм законодательства – 214 определений, было принято Конституцион-



ным Судом Украины относительно обращений граждан – 100 определений. Самый высокий показатель отказов был в 2011 г. – 33 определения.

Необходимость введения института конституционной жалобы в Украине обусловлена и тем, что предмет рассмотрения конституционного обращения в Украине является ограниченным в отличие от предмета конституционной жалобы субъектов на такое обращение в зарубежных странах. В Украине он состоит только в официальном толкования Конституции Украины и законов Украины, что значительно уменьшает объем защиты прав и свобод человека и гражданина.

Таким образом, необходимым является внесение таких изменений в Конституцию Украины, Закон Украины «О Конституционном Суде Украины» и в Регламент Конституционного Суда Украины: ввести институт индивидуальной конституционной жалобы, определить ее предмет и субъектов. Предметом рассмотрения должны стать законы Украины, нормативно-правовые акты Президента Украины, Верховной Рады, индивидуальные административные акты и судебные решения по конкретным делам. Субъектами – граждане Украины, юридические лица, иностранцы и лица без гражданства.

Введение института конституционной жалобы в Украине будет выступать гарантией развития демократии на конституционных началах, поскольку он будет частью механизма реализации такого принципа правового государства как связанность всех ветвей власти Конституции по вопросам реализации конституционных норм, закрепляющих основные права и свободы человека и гражданина. Фактически конституционная жалоба выступает не столько средством защиты конституционно определенных прав и свобод индивида, но гарантией конституционного строя в государстве: Конституционный Суд будет принимать решение относительно нарушений основных прав или других защищенных конституцией прав и свобод человека и гражданина, допущенных органами государственной власти, путем издания законодатель-

ных актов, актов управления, принятия судебного решения [11, с. 453].

Оценивая роль конституционной жалобы в укреплении демократических основ общества, М. Гультай констатирует, что она стимулирует осуществление всех основных функций демократии (учредительной, оптимизации государственных решений, содействия выполнению принятых решений, охранной и т. д.), однако основная ее роль проявляется при реализации контрольной функции демократии [6].

Очевидно, сегодня процесс включения в правовую систему Украины института конституционной жалобы характеризуется как сложный, что обусловлено не утвердившейся традицией непосредственного применения Конституции Украины судами и другими государственными органами, а так же исполнения решений Конституционного Суда Украины, хотя согласно действующему законодательству Украины они являются обязательными и подлежат исполнению на всей территории Украины.

Вышеизложенное позволяет сделать **вывод**, что введение института конституционной жалобы в Украине является необходимым. При этом его наличие не должно привести к злоупотреблению правом, чтобы не снизить эффективность конституционного правосудия. Поэтому в Конституции Украины необходимо закрепить норму, согласно которой, субъект имеет право на подачу конституционной жалобы в Конституционный Суд Украины только после того, как им были использованы все национальные способы правовой защиты, предусмотренные действующим законодательством Украины.

Список использованной литературы:

1. Скомороха В. Конституционное правосудие и права человека на охрану здоровья, медицинскую помощь и медицинское страхование и их обеспечение государством // Вестник Конституционного Суда Украины. – 2002. – № 5. – С. 62–69.

2. Конституція України : Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України

28 червня 1996 р. № 254к/96-вр // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

3. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України» 15 січня 2010 р. [Електронний ресурс]: офіційний сайт Європейського суду з прав людини. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/Documents>.

4. Конвенція про захист прав людини і основних свобод від 4 жовтня 1950 р. // Офіційний Вісник України. – 1998. – № 13. – С. 270–302.

5. Селиванов А., Евграфов П. Конституційна жалоба громадян в реаліях сучасності / А. Селиванов, П. Евграфов // Право України 2003. – № 4. – С. 80–85.

6. Доклад судьи Конституционного Суда Украины М. Гультай на круглом столе «Конституция Украины в ценностном измерении» по случаю 16-й годовщины принятия Конституции Украины, которая состоялась 25 июня 2012 года в Конституционном Суде Украины [Электронный ресурс]: официальный сайт Конституционного суда Украины. – Режим доступа : <http://www.ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=190934>.

7. Гультай М. Функциональные характеристики института конституционной жалобы и модель ее введения в Украине / М. Гультай // Вестник Конституционного Суда Украины. – 2011. – № 4/5. – С. 185–193.

8. Радзиевская В. Конституционная жалоба как важная форма защиты прав и свобод человека в Конституционном Суде Украины // Журнал Киевского университета права. – 2009. – № 1. – С. 103–106.

9. О Конституционном Суде Украины: Закон Украины от 16 октября 1996 г. № 422/96- ВР // ВВР Украины. – 1996. – № 49. – Ст. 272.

10. Ткачук П. М. Вопросы доступа граждан к конституционному правосудию в Украине/ П. М. Ткачук// Вестник Конституционного Суда Украины. – 2011. – № 4–5. – С. 74–81.

11. Портнов А. В. Введение института конституционной жалобы в Украине: теоретические и правовые проблемы, пути их решения / А. В. Портнов // Форум права.– 2009.– № 1.– С. 450–456.



ПОНЯТИЕ ПРИНЦИПОВ НОРМОТВОРЧЕСТВА: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

Я. БЕРНАЗЮК,

кандидат юридических наук, доцент, заслуженный юрист Украины, профессор кафедры теории, истории и конституционного права Украинского государственного университета финансов и международной торговли

SUMMARY

This article examines the principles of rule-making, particularly given copyright definition of this concept and justifies its characteristic features. The work concludes on existing principles of law-making species, differences in the principles of each, their features and value for the adoption and implementation of acts of law-making. All the principles are proposing rulemaking divided into three types, namely, the general principles specific to any activity of power, special principles concerning the activities of all stakeholders in the process of rulemaking and publication of the acts of law-making, as well as the principles of legal technique that relates exclusively to the process of drafting an act of law-making.

Key words: standard-setting activities, the principles of rule-making, general and special principles, principles of legal technology.

* * *

В статье исследуется вопрос принципов нормотворчества, в частности предоставляется авторское определение этого понятия и обосновываются его характерные признаки. Работа содержит вывод о существующих видах принципов нормотворчества, различиях принципов каждого вида, их особенностях и значении для издания и реализации актов правотворчества. Все принципы нормотворчества предложено разделить на три вида, а именно: общие принципы, характерные для любой деятельности субъектов властных полномочий, специальные принципы, касающиеся деятельности всех субъектов властных полномочий в процессе издания и реализации актов нормотворчества, а также принципы юридической техники, имеющие отношение исключительно к процессу подготовки проекта акта правотворчества.

Ключевые слова: нормотворческая деятельность, принципы нормотворчества, общие и специальные принципы, принципы юридической техники.

Постановка проблемы. Исследуя вопрос нормотворческой деятельности, невозможно обойти вниманием вопрос принципов нормотворчества, поскольку такая деятельность, безусловно, осуществляется не хаотично, а упорядоченно, на основании соответствующих ценностных ориентиров (обобщенных руководящих требований). Следует отметить, что вопрос принципов нормотворчества лишь на первый взгляд кажется таким, что не требует специального внимания со стороны ученых. На самом деле все не так однозначно, поскольку даже конституции в большинстве стран мира, с одной стороны, закрепляют базовые принципы нормотворчества, а с другой – сами должны соответствовать этим принципам.

Актуальность темы исследования обусловлена тем, что принципы нормотворчества являются обобщенными руководящими требованиями, определяющими деятельность всех субъектов властных полномочий в процессе создания и обеспечения эффективного исполнения всей системы актов законодательства.

Принципы нормотворческой деятельности неоднократно становились предметом обоснованных научных исследований. В той или иной степени их изучали украинские ученые Ю. Глущенко, Д. Дидич, В. Ковальский, И. Козинцев, П. Кондык, Д. Мазур, П. Рабинович, В. Фатхутдинов и многие другие, а также иностранные ученые, в частности С. Алексеев, Г. Веллингтон, Д. Керимов и Ю. Тихомиров.

Целью статьи является исследова-

ние принципов нормотворчества, формирования системы этих принципов, обоснование их классификации и специфики.

Изложение основного материала исследования. Понятие принцип (от лат. Principium – начало, основа) общепринято рассматривать как основополагающую истину, закон, положение, лежащее в основе других истин, законов и положений, а также как основное правило для определенного вида деятельности [1].

В юридической литературе под понятием принципы права понимают основные требования, которым должна отвечать развитая (в правовом и общесоциальном смысле) деятельность государства по установлению норм права [2, с. 419].

В свою очередь, принято считать,

что принципы нормотворчества охватывают собой совокупность основных принципов, которые способствуют установлению надлежащего правового порядка путем упорядочения деятельности уполномоченных субъектов по созданию норм права и их выполнения [3, с. 48].

Классически с общими принципами права принято относить защиту основных прав и свобод человека (принцип гуманизма), юридическое равенство одноименных субъектов перед государством и законом, верховенство закона как акта нормативного волеизъявления высшего представительного органа государственной власти или прямого волеизъявления народа, взаимосвязь юридических прав и обязанностей [4, с. 128].

В свою очередь, основными принципами правовой политики, по мнению Н. Железняк, является социальная обусловленность, научность, устойчивость и предсказуемость, легитимность и демократический характер, гуманность и соответствие моральным основам, справедливость, гласность, сочетание интересов личности и государства, приоритетность прав человека как высокой социальной ценности, соответствие основным положениям законодательства Европейского Союза и международного права [5, с. 23].

Первым исследованием, непосред-



ственно посвященным принципам нормотворчества, считается монография Д. Керимова «Законодательная деятельность советского государства», в которой выделялось три основных принципа: закрепление в праве политических и экономических условий, обеспечивающих пространство для реализации объективных законов, а также для их познания и наиболее эффективного использования; закрепления и установления правовых норм, которые максимально способствуют решению имеющихся в обществе проблем; выражение в праве общей воли народа с целью максимально точного и правильного использования объективных закономерностей в интересах всего общества [6, с. 36].

По мнению британского ученого К. Стефану, можно выделить пять основных принципов нормотворчества (правового регулирования): прозрачность, ответственность, целеустремленность, последовательность и пропорциональность [7, с. 15].

Известный украинский ученый и практик в сфере конституционного права П. Кондык к основополагающим принципам нормотворческой деятельности относит демократизм, законность, гуманизм, научный характер, профессионализм, тщательность подготовки проектов актов, а также принцип технического совершенства акта [8, с. 53].

В свою очередь, М. Воронов исследовал такие принципы нормотворчества, как учет общественного мнения, профессионализм и плановость [9, с. 7]; А. Венгеров – демократизм, законность, научность и выполнимость [10, с. 252], С. Комаров к принципам нормотворчества относит, в частности демократизм, гласность, законность, определенность правотворческих полномочий и профессионализм [11, с. 261-263]; А. Мазуренко характеризует в своей работе принципы научной обоснованности, системности, предсказуемости и плановости [12, с. 7]; С. Бобровник и В. Щебельский считают, что основными принципами правотворчества является законность, научность, демократизм, сохранения национальной самобытности, связь с практикой, профессионализм и гуманизм [13, с. 51]; О. Богачова обосновывает необходимость соблюдения в нормотворческой деятельности принципов гуманизма и международных

стандартов, технико-юридического совершенства, научности, сохранения национальной самобытности, нравственности, использования правового опыта и эффективности [14, с. 2]; Фатхутдинов выделяет в нормотворчестве принципы верховенства права, субординации, научности и соблюдение законодательной техники [15, с. 8].

В ходе проведенного исследования нами было установлено, что некоторые авторы, исследовавшие принципы нормотворчества, исходят из необходимости их разделения на две отдельные группы.

Так, Д. Мазур предлагает принципы нормотворчества делить на общие (демократизм, законность, гуманизм, научность, толерантность, правовая определенность) и специальные (оперативность, профессионализм, системная согласованность, плановость, технико-юридическое совершенство) [16, с. 60-63].

В свою очередь, Т. Дидич осуществляет классификацию принципов на общие, характеризующие нормотворчество как юридическое явление (законность, научность, демократизм, связь с практикой, профессионализм, гуманизм), и специфические, содержанием которых является совокупность идей, подчеркивающие особенности нормотворчества (техническое совершенство, адекватность проекта акта уровню развития общества) [17, с. 7].

Ю. Глущенко выделяет общие (закрепление и обеспечение прав и свобод граждан, верховенства права, законности, демократизма, гласности, ответственности перед человеком и государством, научной обоснованности, системности, соблюдение правотворческой техники, использование правового опыта) и специальные принципы (сочетание динамизма и стабильности, оперативности, планирования и прогнозирования, сочетания государственных и местных интересов, эффективности и последовательности правотворческой деятельности, финансовой, информационной и материальной обеспеченности правотворческого акта, учет социальной, исторической и иной специфики конкретного региона) [18, с. 72].

В этом же ключе С. Плавич распределяет принципы нормотворчества на основные, касающиеся нормотворческой деятельности в целом независимо

от ее вида, субъектов и сферы регулирования (верховенства права, демократии, законности, гуманизма, научности, профессионализма), и вспомогательные, которые могут выступать основой лишь некоторых видов этой деятельности (историзма, гласности, оперативности, системности, технического совершенства, стабильности) [19, с. 12].

По нашему мнению, наиболее обоснованным представляется подход к классификации принципов нормотворчества, предложенный Ю. Перервою в процессе проведения исследования особенностей законодательного процесса. Ю. Перерва предлагает делить принципы на общеправовые и специальные, а специальные, в свою очередь, на процедурные и технические. При этом процедурные принципы (легализма, стабильности, коллегиальности, плановости, системности, прогнозируемости, последовательности и надежности) характеризуются как определяющие процесс прохождения акта всеми стадиями нормотворчества, а технические (научной обоснованности и профессионализма) – положены в основу формирования сущности и оформление содержания нормы права.

В дальнейшем такой подход был использован Р. Яценко, который считает целесообразным разделение принципов нормотворчества на базовые (гуманизм, верховенство права, демократизм, законность, гласность) и специальные, которые в свою очередь, делятся на формально-специальные (оперативность, динамизм, системность, плановость, применение приемов и средств юридической техники) и содержательно-специальные (научность, профессионализм, обусловленность практическими потребностями государства и общества, приоритет прав и свобод человека и гражданина) [20, с. 257].

Таким образом, мы можем наблюдать, что среди подходов к классификации принципов нормотворчества, встречающихся в научной среде, отсутствуют единые подходы к этому вопросу. Вместе с тем, подытожив изложенное, следует констатировать, что основная группа ученых в своих исследованиях ограничивается перечнем и характеристикой принципов нормотворчества. Другие ученые выделяют две большие группы принципов нормотворчества, а именно общие или базовые, которые включают в себя наиболее обобщенные



руководящие принципы и идеи нормотворческой деятельности (демократизм, законность, гуманизм, профессионализм, научность, толерантность, верховенство права, гласность, ответственность перед человеком) и специальные или вспомогательные, охватывающие собой принципы, которые характерны для конкретных субъектов или видов актов правотворчества (оперативность, системность, плановость, соблюдения юридической техники, соответствие развития общества, стабильность, эффективность, выполнимость). При этом следует отметить, что ученые неоднозначны во взглядах касательно отнесения того или иного принципа к определенному виду, в частности это касается принципов гласности, плановости, научности и соблюдения юридической техники, которые относятся и к общим, и к специальным. Третья группа исследователей данного вопроса исходит из того, что специальные принципы нормотворчества также следует делить на процедурные или формально-специальные и технические или содержательно-специальные.

Мы согласны с позицией В. Ковальского и И. Козинцева, доказывающих существование связи между стадиями нормотворчества и принципами нормотворчества, и считающих, что «соблюдение принципов демократизма и гуманизма обеспечивается этапом общественного обсуждения, а принципов верховенства права и законности – этапом правовой экспертизы и согласования» [21, с. 16-18].

Следует отметить, что выделение принципов, применяемых в нормотворческой деятельности, как и их разделение, является условным, преимущественно применяется в научных целях. Вместе с тем, соблюдение принципов может иметь и важное практическое значение, особенно если это касается оспариваемых актов [22].

В силу своей важности вопрос принципов нормотворчества имеет свое законодательное закрепление в ряде стран. В частности, на принципах законности, приоритета общепризнанных норм международного права, защиты прав и свобод, законных интересов граждан и социальной справедливости, гласности и учета общественного мнения осуществляется нормотворческая деятельность в Азербайджане [23], Бе-

лоруссии [24], Кыргызстане [25], Молдове [26; 27], субъектах Российской Федерации [28] и Туркменистане [29].

Следует обратить внимание на то, что принятый Верховной Радой Украины в первом чтении проект закона «О нормативно-правовых актах» к основным принципам нормотворческой деятельности относит принцип верховенства права, конституционности, приоритета общепризнанных принципов международного права, защиты прав и свобод человека и гражданина, гласности и системности правового регулирования [30].

Рассмотрим более подробно общие принципы нормотворчества в аспекте, касающиеся тематики нашего исследования.

Относительно принципа гуманизма, мы считаем, что этот принцип обуславливает направленность всего правотворчества на обеспечение общечеловеческих ценностей, а также определяет человека как высшую ценность.

Следующим принципом, который часто называют рядом с гуманизмом, является принцип верховенства права. Так, по мнению О. Скрипнюка, принцип верховенства права делает возможным не только осуществление прав и свобод человека, но и гарантирует, что государство в своей деятельности не отступит от базовых гуманистических ценностей [31, с. 139].

Принцип верховенства права является одним из первых, который разрабатывался исследователями права, в частности Аристотелем (III ст. до н. э.) и Фомой Аквинским (XIII в.), что в дальнейшем позволило относить этот принцип к достойно западноевропейских демократических стран [32, с. 42-43].

Перейдем к рассмотрению принципа демократизма. О важности этого принципа писал, в частности, российский исследователь С. Алексеев, отмечая, что принцип демократизма нормотворческой деятельности призван восстановить возможность интерпретировать право, как своеобразное приложение к государству, а правотворчество использовать, как своевольную деятельность органов государственной власти по разработке и принятию выгодных ей правовых норм [33, с. 49]. В свою очередь, В. Лазарев отмечает две составляющие принципа демократизма, а именно то, что он проявляется в необходимости

отражения в каждом нормативном акте воли и интересов народа как носителя государственного суверенитета, а также организации процесса нормотворчества таким образом, чтобы обнаружить эту волю и интересы, а также учесть в акте реальные перспективы социального развития [34, с. 214].

Выводы:

1. Принципы нормотворчества – это ценностные ориентиры (обобщенные руководящие требования), которых должен пытаться достичь (соблюдать) на практике субъект нормотворческой деятельности или ориентиры, определяющие деятельность любого субъекта властных полномочий в сфере нормотворчества. Для принципов нормотворческой деятельности характерен субъективный характер и направленность на достижение максимальной эффективности как от содержания и формы соответствующего акта нормотворчества, так и от общей организации всего процесса его издания и реализации.

2. Нормотворческая деятельность должна осуществляться на основании общих принципов права и принципов правовой политики. Вместе с тем для этой деятельности наукой и практикой выработан еще ряд принципов, которым должны следовать и которые должны учитывать в той или иной степени субъекты нормотворчества. Это позволяет принципам нормотворчества выступать одним из критериев разграничения нормотворчества от других видов деятельности, в частности учредительной, правоприменительной, контрольной и интерпретационной.

3. Все принципы, которые необходимо соблюдать субъектам нормотворчества целесообразно разделять на три вида, а именно, общие принципы нормотворчества, характерные для любой деятельности субъектов властных полномочий (гуманизма, верховенства права, демократии, компетентности и т. д.), специальные принципы нормотворчества, касающиеся деятельности всех субъектов властных полномочий в процессе издания и реализации актов нормотворчества (оперативности, системности, научности, плановости, гласности, целесообразности, выполнимости и т. д.), а также принципы юридической техники, касающиеся исключительно процесса подготовки текста проекта акта правотворчества и должны, в пер-

вую очередь, учитываться нормопроектировщиками (лаконичности, непротиворечивости, использования делового стиля написания и т. д.).

4. Отличие указанных видов принципов нормотворчества заключается в последствиях их несоблюдения. Нарушение общих принципов нормотворчества влечет незаконность акта, которая может быть установлена в административном или судебном порядке (влияет на законность акта), несоблюдение специальных принципов нормотворчества – затрудняет результативность нормотворческой деятельности и соответственно, возможность достижения цели, которую преследует субъект нормотворчества (влияет на внешнее качество нормотворчества), игнорирование принципов юридической техники – уменьшает упорядоченность и ясность системы законодательства и отдельных норм (влияет на внутреннее качество нормотворчества). Дополнительным критерием разграничения принципов нормотворчества являются источники их закрепления, поскольку общие принципы закреплены в Конституции и законах, специальные – в актах законодательства, регламентирующих законодательный процесс, принципы юридической техники – в актах, устанавливающих общие правила подготовки текстов проектов, актов правотворчества. Особенность такой группы принципов нормотворчества как специальных заключается в том, что они позволяют максимально учесть требования общих принципов и принципов юридической техники.

Список использованной литературы:

1. Понятие «принцип». – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://ru.wikipedia.org/wiki/%CF%F0%E8%ED%F6%E8%EF>.
2. Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства : учебник для юридических вузов и факультетов. – М. : Издательская группа НОРМА-ИНФРА, 2001. – 539 с. – С. 419.
3. Нормография: теория и методология нормотворчества: научно-методическое и учебное пособие / под ред. д-ра юрид. наук Ю. Г. Арзамасова. – М. : Академический Проект, 2007. – 480 с. – С. 36, 48.
4. Рабинович П. М. Понятия «принцип права / Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : «Укр. Енцикл.», 2002. – Т. 4. – 734 с. – С. 128.
5. Железняк Н. А. Нормотворча діяльність як правова форма реалізації державної правової політики та об'єднана Європа // Збірник тез лекцій з питань нормопроекування. – К. : Мін-во юстиції України; Центр правової реформи і законопроектних робіт, 2005. – 160 с. – С. 18–53. – С. 23.
6. См.: Нормография: теория и методология нормотворчества: научно-методическое и учебное пособие / под ред. д-ра юрид. наук Ю. Г. Арзамасова. – М. : Академический Проект, 2007. – 480 с. – С. 36.
7. Constantin Stefanou. Dealing with regulation: British approach / Manual in legislative drafting. Editor by Dr. Constantin Stefanou and Dr. Helen Xanthaki – Printed in the United Kingdom at the University Press, Cambridge – 2005. – 377 p. – P. 15.
8. Кондик П. М. Техніко-юридичні аспекти вдосконалення нормотворчої діяльності органів державної влади в контексті інтеграції України до законодавства Європейського Союзу // Збірник тез лекцій з питань нормопроекування. – К. : Мін-во юстиції України; Центр правової реформи і законопроектних робіт, 2005. – 160 с. – С. 53–60. – С. 53.
9. Воронов М. М. Правові акти законодавчої влади в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право, муніципальне право». – Харків, 1997. – 21 с. – С. 7.
10. Теория государства и права. Венгерова А. Б. 3-е изд. – М. : Юриспруденция, 2000. – 528 с. – С. 252.
11. Комаров С. А. Общая теория государства и права. – СПб. : Питер, 2004. – 512 с. – С. 261–263.
12. Мазуренко А. П. Правотворческая политика в Российской Федерации: проблемы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. – Пятигорск, 2004. – 213 с. – С. 7.
13. Бобровник С. В., Щербельский В. С. Понятия «правотворчество». Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : «Укр. Енцикл.», Т. 5. – 2002. – 734 с. – С. 51.
14. Богачова О. В. Законотворчий процес в Україні: проблеми вдосконалення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». – К., 2006. – 24 с. – С. 2.
15. Фатхутдінов В. Г. Верховенство права та система принципів відомчої нормотворчості МВС України // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2010. – № 4. – С. 3–8. – С. 8.
16. Мазур Д. В. Акти правотворчості Президента в республіках зі змішаною формою правління (загальнотеоретичний аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Харківський національний ун-т внутрішніх справ. – Х., 2006. – 188 арк. – С. 60–63.
17. Дідич Т. О. Нормопроекування: теоретико-правовий аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». – К., 2006. – 21 с. – С. 7.
18. Глуценко Ю. М. Принципи правотворчої діяльності місцевих державних адміністрацій // Форум права. – 2008. – № 2. – С. 66–72. – С. 72.
19. Плавич С. В. Теоретико-методологічні засади правотворчості : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2009. – 19 с. – С. 12.
20. Ященко Р. Ю. Система принципів правотворчої діяльності та їх законодавче забезпечення // Держава і право. – 2009. – Вип. 44. – С. 249–258. – С. 257.
21. Ковальський В. С., Козінцев І. П. Правотворчість: теоретичні та логічні засади. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 192 с. – С. 16–18.
22. Кодекс адміністративного судочинства України (стаття 21 від 6 липня 2005 року № 2747-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/print1360590854242984>.
23. Закон Азербайджанської Республіки «О нормативних правових актах» (статті 35-40) от 21.12.2010 № 21-IVKQ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=33085.
24. Закон Республіки Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» (статті 7-9) от 10.01.2000 № 361-3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravo.by/webnpa/text.asp?RN=h10000361>.
25. Закон Кыргызской Республики



ки «О нормативных правовых актах Кыргызской Республики» (статья 3) от 20.07.2009 № 241 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://minjust.gov.kg/?page_id=258.

26. Закон Республики Молдова «О законодательных актах» (статьи 3-5) от 27.12.2001 № 780-XV [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.contabilsef.md/libview.php?l=ru&id=2946&idc=265>.

27. Закон Республики Молдова «О нормативных актах Правительства и других органов центрального и местного публичного управления» (статья 4) № 317 от 18.07.2003 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=312810&lan=2>.

28. Закон Ямало-Ненецкого автономного округа «О правотворчестве» (статья 4) от 06.04.2006 № 13-ЗАО [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://lawtu.info/legal2/se14/pravo14443/index.htm>.

29. Закон Туркменистана «О нормативных правовых актах» (статья 2) от 07.12.2005 № 31-III [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=17693.

30. Проект закону України «Про нормативно-правові акти» (стаття 6), внесений народним депутатом України Мірошниченком Ю. Р. (реєстр. № 7409 від 1 грудня 2010 року). – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=39123.

31. Скрипнюк О. В. Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАНУ, 2000. – 487 с. – С. 139-140.

32. Pollard David, Parpworth Neil, Hughes David. Constitutional and Administrative Law / Constitutional law and constitutional principles. – Oxford Academ. – 976 p. – P. 42–76. – P. 42–43.

33. Алексеев С. С. Право: азбука–теория–философия: опыт комплексного исследования. – М. : «Статут», 1999. – 712 с. – С. 49.

34. Общая теория права и государства : учебник / Под ред. В. В. Лазарева. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 2005. – 575 с. – С. 214.

СОБЛЮДЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ОРГАНОВ ВНУТРЕННИХ ДЕЛ УКРАИНЫ

О. БЕСПАЛОВА,

кандидат юридических наук, доцент, начальник научно-исследовательской лаборатории по противодействию преступности Учебно-научного института подготовки специалистов для подразделений уголовной милиции Харьковского национального университета внутренних дел

SUMMARY

Social service approach in activity of the bodies of internal affairs of Ukraine is manifested in the orientation on the human rights and liberties, institution of the guarantees necessary for their safeguarding based on the relevant international standards. Necessity of compliance with the professional standards of the bodies of internal affairs officers' conduct, observance of the officers' own rights and liberties is justified. Level of observance of human rights and liberties in the bodies of internal affairs activities depends directly on the public ability to control them.

Key words: bodies of internal affairs, human rights, international standards, guarantees, control.

* * *

Свидетельством наличия социально-сервисного направления деятельности органов внутренних дел Украины является ориентация на права и свободы человека, установление необходимых гарантий их обеспечения, которые базируются на соответствующих международных стандартах. Обоснована необходимость соблюдения профессиональных стандартов деятельности сотрудников органов внутренних дел, прав и свобод самих сотрудников органов внутренних дел. Уровень соблюдения в деятельности органов внутренних дел прав и свобод человека и гражданина непосредственно зависит от способности общественности осуществлять контроль над деятельностью органов внутренних дел.

Ключевые слова: органы внутренних дел, права человека, международные стандарты, гарантии, контроль.

Постановка проблемы. В современных условиях чрезвычайно актуальны вопросы обеспечения социально-сервисной ориентации деятельности органов внутренних дел, направления ее на обеспечение полной и непосредственной реализации прав и свобод человека и гражданина, разработки новых методов деятельности органов внутренних дел по обеспечению прав граждан с учетом общепризнанных международных стандартов.

Целью современного этапа реформирования органов внутренних дел Украины является преобразование системы органов внутренних дел в правоохранительное ведомство европейского типа, деятельность которого должна основываться, в первую очередь, на поддержке общественности. В связи с этим важное значение приобретает оптимизация существующей системы мер по защите прав и свобод человека сотрудниками органов внутренних дел при выполнении возложенных на них обязанностей. Это, безусловно, требует не только тщательного изучения и внедрения положительного зарубежного опыта деятельности пра-

воохранительных органов, но и учета международных стандартов обеспечения прав и свобод человека в деятельности правоохранительных органов. В итоге это должно привести к обеспечению надлежащего уровня правопорядка в государстве и его отдельных регионах, повышению эффективности выполнения органами внутренних дел возложенных на них обязанностей, организации взаимодействия между органами внутренних дел и населением на принципах партнерства, повышения уровня доверия населения к органам внутренних дел.

Исследованию особенностей обеспечения прав и свобод человека и



гражданина в деятельности органов внутренних дел уделило внимание значительное количество ученых, в частности В. Б. Аверьянов, А. М. Бандурка, Ю. Ю. Билас, А. А. Галай, И. П. Голосниченко, Р. И. Мельник С. И. Минченко, А. В. Негодченко, Ю. И. Рымаренко, О. М. Солоненко и др. В результате анализа работ указанных ученых можно сделать вывод, что, несмотря на многочисленные исследования, отдельные аспекты деятельности органов внутренних дел в части обеспечения прав и свобод человека и гражданина остаются недостаточно исследованными. В частности, речь идет о необходимости разработки действенных механизмов обеспечения прав человека, которые должны применяться в отдельных ситуациях, например при осуществлении оперативно-розыскной, следственной деятельности, при проведении отдельных следственных действий, при применении мер административного воздействия и т. д. Также особое внимание следует обратить на отсутствие научно обоснованной системы гарантий соблюдения прав и свобод человека и гражданина органами внутренних дел при выполнении возложенных на них обязанностей, которая должна быть произведена с учетом международных стандартов в этой сфере.

Именно поэтому **целью** данной статьи является анализ существующих международных стандартов обеспечения прав человека в деятельности правоохранительных органов, определение проблемных моментов в деятельности органов внутренних дел Украины, связанных с обеспечением прав человека, и разработка путей их решения.

Новизна работы заключается в том, что в ней обосновываются актуальность и значимость соблюдения международных стандартов обеспечения прав человека в деятельности органов внутренних дел Украины. Акцентируется внимание, что свидетельством наличия социально-сервисного направления деятельности органов внутренних дел Украины является ориентация на обеспечение прав и свобод человека и гражданина, установление необходимых гарантий их обеспечения, которые базируются на соответствующих международных стандартах. Обоснована необходимость соблюдения профессиональных стандартов деятельности

сотрудников органов внутренних дел, прав и свобод самих сотрудников органов внутренних дел. Подчеркнуто, что уровень соблюдения в деятельности органов внутренних дел прав и свобод человека и гражданина непосредственно зависит от способности общественности осуществлять контроль над деятельностью органов внутренних дел.

Изложение основного материала исследования. Одним из основных признаков демократической направленности государства, важной гарантией обеспечения правопорядка и законности, неотъемлемым показателем гуманности общества является ориентация деятельности органов государственной власти на охрану и защиту прав и свобод человека и гражданина, создания необходимых условий для их соблюдения.

Современный этап реформирования органов внутренних дел Украины обуславливает актуальность построения качественно новой модели всей системы органов внутренних дел в соответствии со стандартами и принципами, которые выработаны мировым сообществом; поиска и внедрения новых подходов, форм и методов деятельности органов внутренних дел в сфере охраны общественного порядка, обеспечения безопасности граждан, предупреждения и борьбы с преступлениями, и иными правонарушениями, налаживания качественно новой системы эффективного взаимодействия с населением [1]. Главной целью современного этапа преобразования системы МВД Украины в многопрофильное ведомство европейского образца должно стать, в частности, внедрение новой идеологии отношений с населением на принципах приоритетности прав и интересов человека [2, с. 161].

Кроме стандартов обеспечения прав человека, закрепленных в национальном законодательстве, существуют еще общепризнанные стандарты обеспечения прав человека, которые определены на уровне соответствующих международных нормативно-правовых актов, то есть международные стандарты.

В юридической науке под международными стандартами прав человека преимущественно понимаются нормы-принципы в области прав человека, которые возникают в результате международного нормотворчества, находят свое внешнее выражение посредством

международного правила поведения и, как правило, выступают в виде обязательств государств, взятых ими в рамках международных соглашений, имеющих наднациональный характер, находят свое нормативное закрепление и практическую реализацию во внутренней деятельности государства [3; 4].

Одним из признаков, которые свидетельствуют о соблюдении соответствующими органами государственной власти прав и свобод человека, является закрепление во внутреннем законодательстве государства общепризнанных международных стандартов. До момента включения норм, содержащихся в международных нормативно-правовых актах, в национальное законодательство, указанные стандарты носят рекомендательный характер, их положения приобретают нормативный характер после их включения в национальное законодательство.

В Украине ратифицированы международные нормативно-правовые акты, нормами которых закреплены стандарты поведения сотрудников органов внутренних дел при выполнении возложенных на них обязанностей, в частности по охране общественного порядка, борьбе с правонарушениями, задержанием правонарушителей, содержанием под стражей и др. Основными из них являются Декларация о полиции от 8 мая 1979 и Европейский кодекс полицейской этики от 19 сентября 2001.

Согласно Декларации о полиции сотрудник полиции должен выполнять возложенные на него обязанности по защите граждан и общества от насилия и других общественно опасных деяний исключительно в соответствии с требованиями законодательства [5]. Во время выполнения своих обязанностей сотрудник полиции обязан действовать для достижения поставленной цели, определенной на законодательном уровне, но применять силу исключительно в случае необходимости в разумных пределах. В Декларации сотрудникам полиции в любых обстоятельствах запрещено применять пытки и другие формы бесчеловечного и унижающего обращения с гражданами или наказания.

Таким образом, приоритетной задачей полиции является защита прав и свобод человека, недопущение их нарушения и создание необходимых усло-



вий для их скорейшего восстановления в случае нарушения. Особенностью Декларации о полиции является то, что в нем закреплена обязанность сотрудника полиции в случае необходимости принимать меры по охране жизни и здоровья человека, которого он охраняет и который нуждается в медицинском уходе. Это, несомненно, является свидетельством наличия социально-сервисного направления деятельности полиции.

Следующим нормативно-правовым актом, которым на международном уровне закреплены права граждан и гарантии их соблюдения, является Европейский кодекс полицейской этики. Согласно этому Кодексу, главными целями полиции в демократическом обществе, регулируемом принципом верховенства права, являются: защита и соблюдение основных прав и свобод человека в том виде, в котором они закреплены, в частности в практике Европейского суда по правам человека [6]. Данный документ закрепляет приоритетность обеспечения прав и свобод человека в деятельности правоохранительных органов, определяет основные гарантии их обеспечения, что в результате позволит достичь надлежащего уровня обеспечения правопорядка и общественной безопасности в государстве. Полиция должна соблюдать субъективные права, включая права и свободы человека, и не совершать произвольных или противоправных действий. Это является основополагающим для правового государства и для предмета деятельности полиции в условиях демократии [7, с. 59].

При реализации органами внутренних дел возложенных на них обязанностей, кроме соблюдения международных стандартов прав человека, важное значение также приобретает соблюдение профессиональных стандартов деятельности сотрудников органов внутренних дел. Соглашаемся с точкой зрения В. А. Боняка о целесообразности разграничения стандартов соблюдения прав человека в деятельности органов внутренних дел и профессиональных стандартов. Стандарты в области соблюдения и обеспечения прав человека нацелены на необходимость понимания всеми сотрудниками правоохранительных органов важности и приоритетности, наряду с другими ценностями, основных прав, свобод человека и гражданина. Профес-

сиональные стандарты, прежде всего, нацелены на повышение эффективности профессиональной подготовки сотрудников правоохранительных органов для совершенствования средств и методов борьбы с преступностью [4].

Основным международным нормативно-правовым актом, которым закреплено универсальные профессиональные стандарты деятельности сотрудников правоохранительных органов, является Кодекс поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка, принятый на Генеральной Ассамблее ООН 17 декабря 1979. Принятие данного нормативно-правового акта является одним из важных шагов по предоставлению гражданам, обслуживаемых соответствующими должностными лицами во время поддержания правопорядка, качественных услуг по защите их прав, свобод и законных интересов. При выполнении возложенных на них обязанностей по поддержанию правопорядка соответствующие должностные лица должны уважать и защищать достоинство человека, поддерживать и защищать права человека, применение силы разрешается исключительно в случаях крайней необходимости и исключительно в той мере, в какой это необходимо для качественного выполнения возложенных на них обязанностей [8].

Также к числу профессиональных стандартов деятельности сотрудников органов внутренних дел, закреплённых в Кодексе поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка, относятся следующие:

- неразглашение сведений конфиденциального характера, которые стали известны должностному лицу во время исполнения возложенных на него обязанностей по поддержанию правопорядка (статья 4);
- недопущение пыток и других жестоких и унижающих человеческое достоинство видов обращения с задержанными, а также видов наказания (статья 5);
- обеспечение охраны здоровья и жизни задержанных лиц, в случае необходимости принятие мер по оказанию необходимой медицинской помощи (статья 6);
- недопущение случаев коррупции и принятие системных мер по противодействию таким случаям в случае их обнаружения (статья 7);

- обязательное сообщение о выявленных случаях нарушения прав, свобод и законных интересов человека, принятие мер по их недопущению или минимизации негативных последствий, которые могут наступить (статья 8).

Надлежащее соблюдение сотрудниками органов внутренних дел профессиональных стандартов своей деятельности напрямую зависит от уровня профессиональной подготовки будущих сотрудников. Для более эффективного внедрения европейских стандартов в правоохранительной сфере следует распространить практику изучения в учебных заведениях системы МВД Украины европейского опыта этического поведения сотрудников правоохранительных органов [9]. Это позволит обеспечить надлежащий уровень нравственного воспитания будущих сотрудников органов внутренних дел, акцентировать внимание на необходимости ответственного отношения к обеспечению на должном уровне прав, свобод и законных интересов человека, усовершенствовать национальную систему защиты прав человека и др.

В контексте необходимости соблюдения прав и свобод человека в правоохранительной сфере большое значение приобретает соблюдение прав и свобод самих сотрудников органов внутренних дел. Одной из основных причин нарушения прав человека со стороны сотрудников органов внутренних дел является нарушение прав самих сотрудников ОВД [10]. Надлежащая деятельность сотрудников органов внутренних дел, направленная на соблюдение прав и свобод человека, несомненно зависит от условий труда, в том числе профессиональных, материальных и психологических условий, которые являются своеобразными гарантиями защиты чести, достоинства и беспристрастности сотрудника. Закрепление этих гарантий является результатом правильно построенной системы кадрового менеджмента в органах внутренних дел. В современных реалиях, в частности в связи с реформированием системы органов внутренних дел и ориентацией их деятельности на предоставление качественно новых социально-сервисных услуг населению, особое внимание необходимо обратить на обновление существующих подходов к организации кадровой работы в органах внутренних дел.



Уровень соблюдения в деятельности органов внутренних дел прав и свобод человека и гражданина непосредственно зависит от способности общественности осуществлять контроль над деятельностью органов внутренних дел, т.е. от эффективного функционирования системы общественного контроля над деятельностью правоохранительных органов. Государство и гражданское общество должны иметь одинаковые полномочия, в результате чего гражданское общество сможет эффективно бороться со злоупотреблениями в сфере государственного управления, поскольку будет контролировать деятельность чиновничьего аппарата, помогает выявить правонарушения в процессе функционирования государственной власти [11].

Целью осуществления общественного контроля над деятельностью органов внутренних дел, в том числе по соблюдению международных стандартов обеспечения прав человека, является изучение и анализ проблемных вопросов, которые возникают в деятельности органов внутренних дел по соблюдению прав человека, подготовка аналитически-информационных материалов по этим вопросам, разработка конкретных предложений по улучшению существующего положения дел.

Одним из примеров осуществления общественного контроля над деятельностью органов внутренних дел является создание в 2010 году всеукраинской неправительственной организации «Ассоциация украинских мониторов соблюдения прав человека в деятельности правоохранительных органов». Целью деятельности данной организации является установление общественного контроля над деятельностью милиции и контроль над соответствием ее деятельности международным стандартам в области прав человека [12].

Особое внимание хотелось бы обратить на наличие определенных недостатков в деятельности органов внутренних дел, которые негативно влияют на состояние соблюдения прав человека:

- содержание лиц в помещениях органов внутренних дел при отсутствии законных оснований;
- длительное содержание задержанных лиц в помещениях, непредусмотренных для такого содержания;
- не предоставление задержанным

лицам копий протоколов о задержании с разъяснением их прав и обязанностей;

- внесение в процессуальные документы недостоверных сведений о фактическом времени задержания лиц;

- неурегулированность процедуры мирного разрешения конфликтов, возникающих с участием значительного количества людей, и несовершенство существующих сегодня методов убеждения.

В целях устранения указанных проблемных вопросов важное значение приобретает сравнение состояния соблюдения прав человека в деятельности правоохранительных органов других стран, в результате чего будет возможно выработать комплекс мер по повышению уровня социально-сервисной деятельности органов внутренних дел в Украине.

При формировании и последующей практической реализации гуманитарной политики крайне важно правильное применение качественного аналитического инструментария, для чего необходима информация о современных научных подходах к исследованию этой сферы, используемых как в Украине, так и за рубежом [13]. Повышение эффективности внешнеэкономической административной и внутриорганизационной деятельности органов внутренних дел напрямую зависит от научного обеспечения процесса подготовки и принятия управленческих решений [14, с. 3]. Таким образом, большое значение приобретает осуществление научного обоснования целесообразности закрепления на уровне национального законодательства международных стандартов прав человека и гражданина, необходимости их соблюдения при организации деятельности органов внутренних дел.

Неотъемлемым признаком соблюдения прав и свобод человека в деятельности органов внутренних дел Украины, в том числе тех, которые определены на уровне соответствующих международно-правовых актов, является общественное мнение о качестве работы органов внутренних дел в целом и отдельных подразделений в частности, уровень удовлетворенности населения состоянием охраны общественного порядка и обеспечения общественной безопасности. Свидетельством соблюдения органами внутренних дел при реализации своих функций прав и свобод граждан

должно стать их стремление не только принимать меры по предупреждению и пресечению правонарушений, защиты нарушений прав граждан, но и изучение потребностей людей, их проблем и сложностей, наличие которых определенным образом способствует обострению криминогенной обстановки.

Выводы. Повышение уровня доверия населения к органам внутренних дел, то есть увеличение доли социальной составляющей в деятельности данного правоохранительного органа будет способствовать налаживанию более эффективного взаимодействия органов внутренних дел с населением по поддержанию правопорядка. Введение новых форм и методов деятельности органов внутренних дел Украины, разработанных с учетом международных стандартов обеспечения прав человека, является необходимым условием повышения эффективности деятельности органов внутренних дел.

Список использованной литературы:

1. Безпалова О. І. Особливості охорони громадського порядку та забезпечення громадської безпеки в сучасних демократичних країнах / Безпалова О. І. // Наше право. – 2010. – № 1. – С. 58–64.
2. Фомін Ю. В. Органи внутрішніх справ України в системі публічної адміністрації: адміністративно-правові засади : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Юрій Володимирович Фомін. – Х., 2012. – 227 с.
3. Кофман Б. Міжнародні виборчі стандарти: ідентифікаційна та структурна характеристика / Б. Кофман // Вісник Центральної виборчої комісії. – 2007. – № 3. – С. 74–80.
4. Боняк В. О. Міжнародні стандарти діяльності правоохоронних органів: поняття, загальна характеристика / В. О. Боняк // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2011. – № 1. – С. 68–81.
5. Декларация о полиции : Резолюция Парламентской ассамблеи Совета Европы : от 09.05.1979, № 690 (1979) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_803.
6. Про реформування системи



органів Міністерства внутрішніх справ України і впровадження європейських стандартів : рекомендації парламентських слухань : від 05.10.2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=244595403&cat_id=244828973.

7. Міжнародно-правові стандарти поведінки працівників правоохоронних органів при підтриманні правопорядку: Документально-джерелознавчий довідник / Упоряд.: Ю. І. Римаренко, Я. Ю. Кондратьєв, І. Г. Кириченко. – К., 2002. – 126 с.

8. Кодекс поведінки посадових осіб із підтримання правопорядку: Резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 17.12.1979, № 34/169 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_282.

9. Касараба Ю. Я. Впровадження міжнародних стандартів у діяльність правоохоронних органів в Україні / Ю. Я. Касараба // Держава і право. – Вип. 32. – С. 211–216.

10. Левченко К. Б. Актуальні проблеми дотримання прав людини в діяльності органів внутрішніх справ України: за результатами роботи мобільних груп / К. Б. Левченко, О. А. Мартиненко // Форум права. – 2008. – № 3. – С. 319–324 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-3/08lkbbrmg.pdf>

11. Ялбуганов А. А. О правовом регулировании государственного финансового контроля / А. А. Ялбуганов // Юрист. – 1999. – № 2. – С. 16.

12. Асоціація українських моніторів дотримання прав людини в діяльності правоохоронних органів (Асоціація УМДПЛ) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://umdpl.info/index.php?r=1.1>.

13. Зубченко С. О. Сучасні наукові підходи до аналізу гуманітарної політики в Україні / С. О. Зубченко // Стратегічна пріоритети. – 2010. – № 1. – С. 103–106.

14. Конопльов В. В. Організаційно-правовий механізм підготовки та прийняття управлінських рішень в адміністративній діяльності органів внутрішніх справ : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07 / В. В. Конопльов. – Х., 2006. – 34 с.

КОНТРОЛИРУЮЩИЕ ОРГАНЫ И ОРГАНЫ ВЗЫСКАНИЯ: ПОНЯТИЕ И КОМПЕТЕНЦИЯ

А. БЕСПАЛОВА,

аспирант кафедры административного и финансового права
Национального университета «Одесская юридическая академия»

SUMMARY

Sufficient financial basis is the security for public authorities' performance of tasks and functions, which both society as a whole and its individual groups are interested in. Fiscal measures are taken by the relevant authorized bodies. The article is devoted to the main features of the collection and supervisory bodies, as well as delineation of their competence in order to avoid overlaps or inconsistencies between the practical activity and acting legislation. The main purpose of the article is to reveal the role and the authority of the above-mentioned bodies. Besides, the article investigates the competence of tax authorities in the context of dialectical correlation between the concepts of «collection» and «levying». These categories are often met in the tax legislation, however there is no legal definition for them.

Key words: tax control, customs control, levying bodies, supervisory bodies, tax authorities, customs authorities, collection, levying.

* * *

Достаточная финансовая база выступает гарантией полноценного исполнения властью своих задач и функций, в которых заинтересовано как общество в целом, так и отдельные его группы. Примененные фискальные меры осуществляется соответствующими органами, обладающими властными полномочиями. Статья посвящена особенностям органов взъясания и контролирующих органов, а также разграничению их компетенции с целью избежания несоответствий их практической деятельности с действующим законодательством. Главная цель статьи – раскрыть роль и полномочия указанных органов. Дополнительно уделяется внимание исследованию компетенции налоговых органов с позиций диалектического соотношения понятий «взимание» и «взыскание», часто встречающихся в налоговом законодательстве, однако не имеющих своего законодательного определения.

Ключевые слова: налоговый контроль, таможенный контроль, органы взъясания, контролирующие органы, налоговые органы, таможенные органы, взимание, взыскание.

Вступительная часть. Органы налогового контроля и органы взъясания традиционно выступают основным элементом в механизме государственного управления в финансовой сфере, поскольку от эффективности их действий зависит финансовая и экономическая самостоятельность государства в целом. Анализ юридической литературы и действующего законодательства, посвященный деятельности налоговых и таможенных органов, свидетельствует об отсутствии единства мнений относительно места и статуса указанных органов. В свое время Ф. Нитти отмечал, что «Право на взимание налога необходимо для государственной деятельности и принадлежит только государству, которое может передавать его административным органам или другим юридическим лицам». [1, с. 204]

Целью данной статьи является определение статуса контролирующих органов и органов взъясания, а также разграничение их компетенции.

Методы и использованные материалы. В процессе исследования темы статьи использовался комплекс методов, в частности сравнительно-правовой и структурно-логической, что позволило изучить проблему компетенции контролирующих органов и

органов взъясания в единстве их содержания и юридической формы, осуществить системный анализ деятельности указанных органов и их роль в процессе налогового администрирования.

Среди исследований полномочий контролирующих органов особо следует отметить работы следующих ученых: Д. А. Бекерской, Н. П. Кучерявенко, Т. Е. Кушнаревой, М. А. Перепелицы, В. В. Кириченко и др. Кроме того, использованы нормы действующих



законодательных и иных нормативно-правовых актов, определяющих правовые основы деятельности контролирующих органов и органов взыскания.

Основной текст. Абсолютно справедливо Л. Н. Древаль подчеркивает, что осуществление эффективного налогового контроля требует четкой системы органов, контролирующей уплату налогов и сборов в бюджет, поскольку основная его часть формируется исключительно за счет налоговых поступлений [2, с. 228]. Государственное управление, в том числе и налоговыми органами, – явление системное, оно включает ряд элементов, тесно взаимосвязанных между собой. Ведь система (от греч. *systema* – целое, составленное из частей; соединение) – это и есть множество элементов, находящихся в отношениях и связях друг с другом, создают определенную целостность, единство [3, с. 47].

Система налоговых органов создана с целью обеспечения поступлений налогов и сборов в бюджеты. Эта цель и определяет круг прав и обязанностей налоговых органов [4]. Согласно п. 41.5 ст. 41 Налогового кодекса Украины (далее – НК Украины), органами взыскания выступают исключительно налоговые органы, уполномоченные осуществлять меры по обеспечению погашения налогового долга в пределах своих полномочий, а также государственные исполнители в пределах своих полномочий. В свою очередь, п. 41.1. ст. 41 НК Украины предусматривает, что таможенные органы выступают контролирующими органами относительно пошлины, акцизного налога, налога на добавленную стоимость, других налогов, которые в соответствии с налоговым законодательством Украины взимаются при ввозе (пересылке) товаров и предметов на таможенную границу или территорию специальной таможенной зоны либо при вывозе (пересылке) товаров и предметов с таможенной территории Украины или территории специальной таможенной зоны. А налоговые органы – относительно налогов, которые взимаются в бюджеты и государственные целевые фонды [5, ст. 41]. В то же время остается открытым вопрос, как будут реализованы предусмотренные в Налоговом и Таможенном кодексах Украины пол-

номочия упомянутых органов в разрезе последних изменений, а именно – создания Министерства доходов и сборов Украины (далее – Миндоходов).

Следовательно, попытаемся определить статус контролирующих органов и органов взыскания. «Статус» – это совокупность прав и обязанностей гражданина или юридического лица [6, с. 1191], правовое положение [7, с. 762]. Известно, что права налоговых органов составляют элемент их компетенции, которая выражает юридические возможности, те юридические средства, которыми наделяется орган для осуществления своей деятельности и, таким образом, имеет важное значение для конкретного определения его правового положения в государственном аппарате [3, с. 131].

До недавнего времени статус налоговых и таможенных органов определялся следующим образом. В соответствии с п. 12 Раздела IV Указа Президента Украины № 1085/2010 [8; п. 12 Раздел IV], Указов Президента Украины № 584/2011 [9] и № 582/2011 [10], деятельность Государственной налоговой и Государственной таможенной службы направлялась и координировалась Кабинетом Министров Украины через Министра финансов Украины. Данные положения корреспондировались с положениями Указа Президента Украины № 446/2011 (в предыдущей ред. от 13.12.2011г.), п. 1 которого предусматривал, что Минфин Украины является главным органом в системе центральных органов исполнительной власти по формированию и обеспечению реализации государственной финансовой, бюджетной, налоговой, таможенной политики, политики в сфере государственного финансового контроля...» [11, п. 1]. Более того, в пп. 3 п. 10 данного Указа № 446/2011 предусматривалось, что «Министр финансов Украины направляет и координирует деятельность, в частности, Государственной таможенной службы и Государственной налоговой службы» [11, пп. 3 п. 10.]. Однако уже со вступлением в силу Указов Президента Украины № 96/2013 [12] и № 141/2013 [13] ситуация кардинально изменилась, а именно: создано Министерство доходов и сборов Украины, путем реорганизации Государствен-

ной таможенной службы Украины и Государственной налоговой службы Украины, с возложением на создаваемое Министерство также функции по администрированию единого взноса на общеобязательное государственное социальное страхование [13, ст. 1]. В связи с чем в Раздел IV Указа Президента Украины № 1085/2010 [10, Раздел IV] внесены изменения, согласно которым, исключены положения относительно того, что деятельность Государственной таможенной службы и Государственной налоговой службы направлялась и координировалась Кабинетом Министров Украины через Министра финансов Украины. Кроме того, согласно действующей редакции Указа Президента Украины № 446/2011 (ред. от 18.03.2013 г.), Минфин Украины «является главным органом в системе центральных органов исполнительной власти по формированию и обеспечению реализации государственной финансовой, бюджетной, а также налоговой и таможенной политики (кроме администрирования налогов, сборов, таможенных платежей и реализации налоговой и таможенной политики...» [11, ст. 1].

Также нельзя не отметить, что Миндоходов осуществляет ведомственный контроль и внутренний аудит за соблюдением требований законодательства и исполнением служебных, должностных обязанностей в Миндоходов Украины, в его территориальных органах, на предприятиях, в учреждениях и организациях, относящихся к сфере его управления [13, п. 19 ст. 5]. Министерство имеет право отменять в определенных законом случаях решения, принятые его территориальными органами, в случае их несоответствия актам законодательства. Исходя из анализа ст. 56 НК Украины [5, ст. 56], теперь именно Миндоходов – окончательная инстанция при административном обжаловании решений налоговых и таможенных органов.

Определяя статус контролирующих субъектов, нельзя не заметить терминологическую проблему, проистекающую из содержания ст. 41 НК Украины. Как указывалось ранее, таможенные органы, согласно пп. 41.1.2 п. 41.1 ст. 41 НК Украины [5, ст. 41], выступают контролирующими органами в отно-



шении определенной группы налогов. То есть, на основании указанной нормы, можно сделать вывод, что таможенные органы осуществляют в таком контексте именно налоговый контроль. Аналогичный вывод можно сделать, исходя из понятия налогового контроля, содержащегося в п. 61.1 ст. 61 НК Украины, в котором законодатель подчеркивает, что субъектом налогового контроля выступают контролирующие органы, определенные в этом Кодексе. Однако ч. 2 этого же пункта закрепляет, что налоговый контроль в части осуществления мероприятий, которые осуществляются таможенными органами с целью проверки правильности начисления, полноты и своевременности уплаты налогов и сборов, является составной частью таможенного контроля [5, п. 61.1 ст. 61]. Таким образом, возникает вполне логичный вопрос: контроль таможенных органов за начислением, полнотой и своевременностью уплаты налогов и сборов является таможенным контролем или все-таки налоговым?

Для разрешения данной проблемы следует обратиться к нормам Таможенного кодекса Украины (далее по тексту – ТК Украины), так как деятельность таможенных органов в налоговой сфере необходимо рассматривать в неразрывной связи с другими направлениями их деятельности, поскольку данные направления способствуют уплате налогов и таможенных сборов и непосредственно обеспечивают ее [14, с. 117]. Таможенный контроль является совокупностью мер, осуществляемых таможенными органами в пределах своих полномочий с целью обеспечения соблюдения норм этого Кодекса, законов и других нормативно-правовых актов по вопросам государственного таможенного дела, международных договоров Украины, заключенных в установленном законом порядке [15, п. 24 ч. 1 ст. 4]. Статья 336 ТК Украины указывает, что одной из форм таможенного контроля выступает осуществление документальных проверок соблюдения требований законодательства Украины по вопросам таможенного дела, в том числе, своевременности, достоверности, полноты начисления и уплаты таможенных платежей [15, пп. 11, ст. 336, п. 7, ч. 1]. ТК Украины к

таможенным платежам относит: таможенные пошлины; акцизный налог на ввезенные на таможенную территорию Украины подакцизные товары (продукцию); налог на добавленную стоимость (НДС) на ввезенные на таможенную территорию Украины товары (продукцию) [15, п. 27 ч. 1 ст. 4]. Таким образом, контроль таможенных органов за правильностью начисления и своевременностью уплаты таможенных пошлин, акцизного налога, НДС во время перемещения товаров и транспортных средств через таможенную границу Украины, является составляющей таможенного контроля.

Для четкого разграничения налогового и таможенного контроля, необходимо выяснить, что именно подпадает под категорию налогового контроля. Действующая редакция Налогового кодекса Украины в контексте регулирования отношений в сфере налогового контроля, а именно в определении круга контролируемых субъектов и налогового контроля, допускает коллизию норм ст. 41, ч. 1 п. 61.1 ст. 61 и ч. 2 п. 61.1 ст. 61 НК Украины, требующую скорейшего разрешения путем согласования данных норм. Контролирующими органами являются таможенные органы в случае контроля при взимании таможенной пошлины, акцизного налога, НДС, других налогов, взимаемых при перемещении товаров и предметов через таможенную территорию Украины или территорию специальной таможенной зоны. Таким образом, учитывая вышеизложенное и тот факт, что и НДС, и акцизный налог входят в налоговую систему, закрепление ст. 41 НК Украины таможенных органов в качестве контролирующих является логичным и правильным, однако в п. 61.1 ст. 61 НК Украины необходимо закрепить осуществление налогового контроля исключительно налоговыми органами, так как таможенные органы обеспечивают контроль за поступлением налогов и сборов и получают статус, аналогичный статусу налоговых органов только при наличии определенных условий. Такими условиями является перемещение товаров через таможенную границу Украины и возникновение при этом обязанности по оплате налогов и сборов [16].

Анализируя нормативно-правовые

акты в налоговой сфере, нетрудно заметить периодическое чередование таких понятий, как «взимание» и «взыскание». Однако ни в одном нормативном акте законодатель не дает им четкого определения. Не вызывает сомнений, что взимание налогов, сборов является деятельностью уполномоченных органов государства, безусловной и неотъемлемой частью которой выступает контроль за уплатой налогов и сборов. В Налоговом же кодексе Украины налоговые органы упоминаются как органы взыскания. Какой же из терминов уместно употреблять: «взимание» или «взыскание»?

Л. М. Касьяненко считает, что понятие «взыскание» более узкое, нежели понятие «взимание», которое является составной частью последнего [17, с. 7]. Однако считаем, что это не совсем так. Словарь украинского языка приводит следующее определение слову «взыскивать»: принуждать уплатить что-нибудь [18, том 9, с. 810]. Слово «взимать» словарь понимает как править, требовать (долг, налог и т. п.) [19, с. 591]. То есть практически отождествляет данные понятия. В других же словарях довольно часто под взысканием понимается принудительное взимание платежа, долга, штрафа и т. п. [19], получение платежа принудительными мерами при содействии власти [20]. В Юридической энциклопедии взыскание – это принуждение, меры воздействия как мера ответственности юридической [21]. Более того, в энциклопедии указывается толкование «принудительного взыскания налоговой задолженности», обозначающее предусмотренную законодательством Украины процедуру погашения налоговой задолженности плательщика налогов путем обращения взыскания на активы соответствующего плательщика [21]. Такое толкование действительно отвечает действующему законодательству. Так, согласно Порядку расчетно-кассового обслуживания таможенных и других платежей, взимание таможенных и иных платежей – это начисление и принятие таможенным органом сумм таких платежей в соответствии с законодательством [22, п. 1.2.].

Налоговый кодекс Украины определяет орган взыскания как государственный орган, уполномоченный осуществ-



влять меры по обеспечению погашения налогового долга в пределах полномочий, установленных этим Кодексом и другими законами Украины [5, пп. 14.1.137 п. 14.1 ст. 14]. Аналогично и при определении налогового долга в международных правоотношениях применяется именно термин «взыскание» [5, пп. 14.1.154 п. 14 ст. 14.], взыскание применяется по отношению к налоговому долгу и в пп. 191.1.31. п. 191.1. ст. 19 НК Украины [5].

В п. 6.3. ст. 6 НК Украины, который предусматривает, что совокупность общегосударственных и местных налогов и сборов, которые взимаются в установленном Кодексом порядке, составляет налоговую систему Украины [5, п. 6.3. ст. 6], применяется термин «взимание». Так же и в пп. 14.1.39. п. 14.1. ст. 14 НК Украины: денежное обязательство налогоплательщика – это сумма средств, которую налогоплательщик должен уплатить в соответствующий бюджет как налоговое обязательство и/или штрафную (финансовую) санкцию, которая взимается с налогоплательщика в связи с нарушением им требований налогового законодательства и другого законодательства, контроль за соблюдением которого возложен на контролирующие органы, а также санкции за нарушение законодательства в сфере внешнеэкономической деятельности [5, пп. 14.1.39. п. 14.1. ст. 14.].

Интересным является применение слова «взыскание» в отношении сумм штрафных (финансовых) санкций (штрафов) [5, пп. 191.1.33]: налоговые органы обеспечивают определение в установленных этим Кодексом случаях сумм налоговых и денежных обязательств налогоплательщиков, применение и своевременное взыскание сумм штрафных (финансовых) санкций (штрафов), предусмотренных Кодексом и законами Украины, за нарушение налогового, валютного и другого законодательства, контроль за соблюдением которого возложен на налоговые органы. То есть данная норма предусматривает правоотношения, в которых должник самостоятельно не уплачивает финансовые санкции. А в пп. 14.1.265. п. 14.1. ст. 14 НК Украины законодатель применяет слово «взимание», поскольку имеет ввиду добровольную уплату должником фи-

нансовых санкций: штрафная санкция (финансовая санкция, штраф) – плата в виде фиксированной суммы и/или процентов, которая взимается с плательщика налогов в связи с нарушением требований налогового законодательства и другого законодательства, контроль за соблюдением которого возлагается на контролирующие органы, а также штрафные санкции за нарушения в сфере внешнеэкономической деятельности [5, пп. 14.1.265. п. 14.1. ст. 14].

Резюмируя вышеизложенное, следует сделать следующие выводы:

- во-первых, следует закрепить в п. 61.1 ст. 61 НК Украины осуществление налогового контроля исключительно налоговыми органами;

- во-вторых, на законодательном уровне разграничить понятия «взыскание» и «взимание», акцентируя внимание на тот факт, что «взыскание» применяется именно в контексте обеспечения погашения налогового долга, в то время, как «взимание» употребляется в правоотношениях, связанных с уплатой налогового обязательства, то есть до момента возникновения налогового долга.

Список использованной литературы:

1. Нитти Ф. С. Основные начала финансовой науки: Перевод с итальянского / Нитти Ф., проф. Неаполитан. ун-та и член Высш. сов. при М-ве нар. прос.; Вступ. ст.: А. И. Чупров, заслуж. проф. Моск. ун-та; Под ред. и с доп.: А. Свиричевский, доц. Демидов. юрид. лицей. – М.: Изд. М. и С. Сабашниковых, 1904. – репринтная копия. – С. 204.

2. Древаль Л. Н. Субъекты российского финансового права / Древаль Л. Н.: под ред. Е. Ю. Грачевой. – М.: ИД «Юриспруденция», 2008. – С. 228.

3. Бандурка О. О. Управління державною податковою службою в Україні: організаційно-правові аспекти : дис. ... доктора юридичних наук : 12.00.07 / Олександр Олександрович Бандурка. – Київ, 2007. – С. 499.

4. Горобинський М. О. Реформування податкових правовідносин в Україні на сучасному етапі / М. О. Го-

робинський// Демократичне врядування. – 2010 р. – Вип. 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/DeVr/2010_5/fail/Gorobyn.pdf.

5. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.

6. Великий тлумачний словник сучасної української мови / [Уклад. і гол. ред. В. Т. Бусел]. – К.; Ірпін'я : ВТФ «Перун», 2002. – С. 1428.

7. Ожегов С. И. Словарь русского языка: 70000 слов / Под ред. Н. Ю. Шведовой. – 23-е изд., испр. – М.: Руск. яз., 1990. – С. 762.

8. Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади. Затверджено Указом Президента України. № 1085/2010 від 09.12.2010 р. із змінами від 21.12.2011 р., в редакції від 18.03.2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/ed_2010_12_09/U1085_10.html.

9. Положення про Державну податкову службу України. Затверджено Указом Президента України. № 584/2011 від 12.05.2011» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/584/2011>.

10. Положення про Державну митну службу України. Затверджено Указом Президента України. № 582/2011 від 12.05.2011» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/582/2011>.

11. Положення про Міністерство фінансів України. Затверджено Указом Президента України. № 446/2011 від 08.04.2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/446/2011>.

12. Про деякі заходи з оптимізації системи центральних органів виконавчої влади. Затверджено Указом Президента України. № 96/2013 від 24.12.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/15486.html>.

13. Про Міністерство доходів і зборів України. Затверджено Указом Президента України. № 141/2013 від 18.03.2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/ru/documents/15534.html>.

14. Кушнар'ова Т. Є. Система по-



даткових органів України / Кушнар'ова Т. С., Кучерявенко М. П. – Х. : «Торсінг», 2000. – С. 240.

15. Митний кодекс України від 13.03.2012 № 4495-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4495-17>.

16. Реформування податкової системи в умовах впровадження Податкового кодексу України [Електронний навчальний посібник.]. – Версія 2.2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://tc.nusta.com.ua/dkpkukomentar/2_s41/index_2.htm.

17. Касьяненко Л. М. Правові основи здійснення фінансового контролю органами державної податкової служби України : дис. ... кандидата юридичних наук : 12.00.0/Касьяненко Любов Михайлівна. – Національна академія ДПС України. – Ірпінь, 2004. – С. 228.

18. Словник української мови, тт. 1–11. – Київ : «Наукова думка», 1970–1980 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://sum.in.ua/s/stjaghaty>.

19. Ефремова Т. Ф. Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный. – М. : Русский язык, 2000 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.efremova.info/word/vzyskanie.html>.

20. Справочный коммерческий словарь [Электронный ресурс] / [Под редакцией проф. Н. Г. Филимонова]. – М. : Издание Центросоюза. 1926. – Режим доступа : http://commercial_dictionary.academic.ru/305/%D0%B2%D0%B7%D1%8B%D1%81%D0%BA%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D0%B5.

21. Юридична енциклопедія : В 6 т. / Редкол.: Ю70. Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : «Укр. енцикл.», том 5, 1998 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://leksika.com.ua/11020811/legal/styagnennya>.

22. Про затвердження Порядку розрахунково-касового обслуговування через органи Державного казначейства України митних та інших платежів, які вносяться до/або під час митного оформлення : Наказ Міністерства та Держмитслужби : від 24.01.2006 р. № 25/44 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0064-06>.

ФОРМЫ И ВИДЫ КРЕДИТНО-РАСЧЕТНЫХ ОТНОШЕНИЙ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ

А. БИЛЬКО,

ассистент кафедры хозяйственно-правовых дисциплин
Национального университета государственной налоговой службы Украины

SUMMARY

This article is a decision of features of forms and types of credit-calculation relations in the banking system of Ukraine. Credit-calculation relations arise up as a result of realization of commodities or services, at the lease of property, during sinking intergovernmental debts, to leasing, supplying with commodities and others like that. A noticeable factor that restrains development of credit-calculation relations is their ill-timed return, unworked out and omissions of normatively-legal base, that is under an obligation to protect interests, both creditors and borrowers. In this connection essence of forms and types of credit-calculation relations, their legal adjusting, opens up on the basis of these concepts.

Key words: credit-calculation relations, kinds and forms of credits, forms and types of calculation relations.

* * *

Данная статья представляет собой определение особенностей форм и видов кредитно-расчетных отношений в банковской системе Украины. Кредитно-расчетные отношения возникают в результате реализации товаров или услуг, при отсрочке платежа, при аренде имущества, во время погашения межгосударственных долгов, лизинга, при поставках товаров и т. п. Заметным фактором, который сдерживает развитие кредитно-расчетных отношений, является их несвоевременный возврат, непроработанность и упущения нормативно-правовой базы, которая обязана защищать интересы как кредиторов, так и заемщиков. В связи с этим на основе данных понятий раскрывается сущность форм и видов кредитно-расчетных отношений, их правовое регулирование.

Ключевые слова: кредитно-расчетные отношения, виды и формы кредитов, формы и виды расчетных отношений.

Постановка проблемы. История государственной независимости Украины насчитывает более двух десятилетий, на протяжении которых государством взят курс на развитие рыночных отношений в экономическом развитии. В связи с чем возник вопрос создания соответствующей законодательной базы, особенно в сфере кредитно-расчетных отношений. А потому указанная проблема влечет за собой усовершенствование национального законодательства, которое регулирует банковскую сферу, обсуживающую экономическое развитие государства.

Актуальность темы. Переход Украины к рыночным отношениям предполагает, что государство на законодательном уровне обязано создать соответствующую нормативную базу развития экономики.

В условиях рыночной экономики кредитно-расчетные отношения объективно необходимы. Потребность в них детерминируется действиями экономических законов, наличием товарно-денежных отношений и государственной политики в этой сфере.

Кредитно-расчетные отношения как важнейшая экономическая кате-

гория представляют собой многоплановое понятие, которое требует постоянного исследования и совершенствования. Особенность этих отношений состоит в том, что они постоянно развиваются и усовершенствуются вместе с развитием рыночных закономерностей, а потому возникает необходимость их дальнейшего научного исследования.

Вместе с тем современные подходы понимания кредитно-расчетных отношений возникающих по поводу предоставления кредита отличаются противоречивостью и неоднозначно-

стью суждений как в науке, так и практической деятельности.

Проблемы кредитно-расчетных отношений базируются на работах и выводах таких ученых, как М. М. Агарков, Н. В. Агафонова, С. М. Андросов, А. И. Берлач, Ю. В. Ващенко, В. В. Витрянский, В. Я. Волк, Л. К. Воронова, В. К. Грошева, О. В. Дзера, Н. М. Ковалко, М. В. Романовский, О. П. Подцерковный и многих других.

Большинство работ, посвященных кредитно-расчетным отношениям, касаются лишь отдельных аспектов. Такое состояние требует новейших исследований в этой области.

Целью статьи является исследование форм и видов кредитно-расчетных отношений по современному законодательству Украины.

Изложение основных положений. Кредитно-расчетные отношения возникают на основе норм права и представляют собой синтез фактических и юридических отношений. Юридическим содержанием кредитных отношений являются субъективные права и обязанности их участников. С одной стороны, эти отношения – принадлежащая кредитному учреждению мера дозволенного поведения – предоставления кредита, а с другой стороны – предписанная обязанному участнику-ссудополучателю мера необходимого поведения, которой ссудополучатель должен следовать в интересах кредитора [1, с. 7].

Раскрывая содержание кредитно-расчетных отношений, которые существуют по законодательству Украины, прежде всего необходимо раскрыть формы и виды кредитов. Кредит как одна из форм использования финансового капитала возник в условиях рыночных отношений, а потому изначально имеет рыночный характер [2, с. 57].

Закон Украины «О банках и банковской деятельности» от 07.12.2000 года дает следующее определение кредита. Банковский кредит – это любое обязательство банка предоставить определенную сумму денег, любая гарантия, любое обязательство о передаче права взыскание долга, любое продление времени на погашение долга, которое предоставлено в обмен на обязательство должника относительно возврата одолженной суммы, а также обязатель-

ство об оплате процентов и иных платежей с такой суммы.

В этой же статье закона дается определение расчетных банковских операций – это движение денег по банковским счетам, которое осуществляется в соответствии с распоряжением клиентов или в результате действий, которые в соответствии с законом привели к смене права владения активами [3].

В научной литературе отмечаются, что формы кредита тесно связаны с этой структурой и в определенной степени являются сущностью кредитных отношений. Элементами структуры кредита являются кредитор, заемщик и ссуженная стоимость. Поэтому формы кредита рассматриваются в зависимости от характера: кредитора и заемщика; ссуженной стоимости; целевых потребностей заемщика [4, с. 141].

Ученые выделяют следующие формы кредита: товарная, денежная, смешанная, банковская, хозяйственная (коммерческая), государственная, международная, гражданская, производительная, потребительская, прямая, косвенная, скрытая и другие [4, с. 141-145].

И. В. Алексеев, М. К. Колесник выделяют товарную и денежную формы кредита [5, с. 111]. В. Н. Шитов выделяет товарную, денежную и смешанную формы кредита [6, с. 20-21].

В. Я. Волк выделяет и такую форму кредита, как коммерческий кредит, характерной особенностью которого является то, что он предоставляется предприятиями на их личное усмотрение и не контролируется банковской системой государства [7, с. 10].

Не отрицая данные точки зрения, мы исходим из того, что формы кредита представляют собой явления общественные (экономические отношения), а поэтому их функционирование должно показывать, как именно и в какой форме выдается кредит. То есть классификационные признаки форм кредита имеют внешний или формальный характер относительно его сути, они определяют лишь общие контуры кредита и не характеризуют его внутреннего содержания. **Исходя из такого подхода к пониманию форм кредита, определения его конкретных форм должен опираться на рассмотрение форм ссуженной стоимости, в которой она перемещается между креди-**

тором и заемщиком. В качестве таких форм выступают товарная, смешанная (натурально-вещественная) и денежная [8, с. 113].

Следует отметить, что законодательство Украины четко не регламентирует формы предоставления кредита. Вместе с тем в научной литературе даются следующие определения.

Кредитные отношения являются товарной формой, когда возникают в результате реализации товаров или услуг при отсрочке платежа, при аренде имущества, во время погашения межгосударственных долгов, лизинге, поставках товаров и т. п.

В денежной форме предоставляют кредиты банки, международные кредитно-финансовые учреждения, правительства, используется денежная форма кредита населением при размещении сбережений в банковские депозиты, при получении ссуд в банках и тому подобное.

Товарная и денежная форма кредита является смешанной, так как в ее основе объединяются две формы стоимостных кредитных отношений, которые внутренне связаны между собой и дополняют друг друга [8, с. 113-114].

Современное развитие экономики и законодательства Украины говорит о том, что наиболее широко в практической деятельности используются денежная и смешанная формы кредита.

В научной литературе приводятся различные виды кредита в зависимости от тех оснований, по которым они классифицируются. Вид кредита – это более детальная его характеристика по тем или иным признакам. Единых мировых стандартов при этом не существует, в каждой стране имеются свои особенности. Более того, в различных источниках, у различных авторов при рассмотрении данного вопроса имеются значительные расхождения. Выяснить данную ситуацию, кто прав, а кто ошибается, бессмысленно, поскольку все точки зрения имеют право на существование, при условии, что они достаточно аргументированы [6, с. 21].

Мы исходим из того что «вид» должен обозначать подразделение, которое объединяет ряд явлений, которые имеют общие признаки, в связи с чем видовая характеристика кредитов обязана отображать внутреннюю структуру



объекта исследования. Все виды кредита обязаны входить в одну из трех форм кредитных отношений [8, с. 115].

В соответствии с национальным законодательством Украины наиболее часто используются такие виды кредита: банковской, коммерческий, государственный, потребительский, международный, лизинговый, ипотечный, межбанковский и в зависимости от срочности кредитования. Эти кредиты подразделяются на виды в зависимости от отраслевой направленности, объекта кредитования, его обеспеченности, срочности, платности его использования.

Банковский кредит предоставляется банками и кредитно-финансовыми учреждениями, как правило, в денежной форме, предприятиям, населению, банкам, государству. Такой кредит обслуживает не только движение товаров, но и накопление капитала.

Коммерческий кредит предоставляется самими участниками предпринимательской деятельности и представляет собой товарную форму, которая оформляется векселем.

Государственный кредит – кредитом выступает государство или орган местной власти.

Потребительский кредит в отличие от коммерческого используется населением с целью потребления товаров и услуг.

Международный кредит предоставляется государствам международными финансовыми учреждениями.

Лизинговый кредит имеет и такое наименование, как «кредит аренда», в основании которого лежит предоставление недвижимого и движимого имущества в долгосрочное использование с последующим возвратом или выкупом [9, с. 150-151]. Законом Украины «О финансовом лизинге» от 11.12.2003 года предусмотрено, что лизинговый кредит – это кредитные отношения между юридическими лицами, которые возникают при аренде имущества и сопровождаются заключением лизингового соглашения.

В соответствии со ст. 1 Закона Украины «Об ипотеке» от 05.06.2003 года № 898-IV ипотечный кредит это вид обеспечения обязательства недвижимым и движимым имуществом должника. Как правило, он предоставляется при стро-

ительстве жилья, промышленных предприятий, использования земли.

Межбанковский кредит представляет собой процесс привлечения и размещения банками между собой денежных ресурсов кредитных учреждений, которые изъяты из оборота и временно свободны [6, с. 22].

В зависимости от срочности возврата кредита существуют такие его виды: краткосрочный, среднесрочный и долгосрочный.

Краткосрочный кредит обслуживает текущие потребности потребителя, связанные с движением оборотного капитала. Данный кредит выдается по международным стандартам с возвратом до одного года.

Среднесрочные и долгосрочные кредиты предоставляются банками Украины для обслуживания долговременных потребностей юридических и физических лиц – субъектов предпринимательской деятельности, обусловленными необходимостью расширения и модернизации хозяйственной деятельности.

Необходимо отметить, что в мировой практике используются и другие критерии классификации кредита.

Современное развитие хозяйственной деятельности в Украине говорит о том, что кредит является одним из основных источников экономического развития государства. Он развивается вместе с ростом масштабов производства и товарооборота, которые неизбежно вызывают необходимость использования дополнительных финансовых ресурсов. Главной формой кредита в государстве остается банковский кредит. Украинскими экономическими аналитиками предусматривается, что банковская система государства, по итогам 2013 года, должна составить 11 млрд. грн. прибыли по кредитам [10].

Составной частью банковской системы Украины являются расчетные отношения между банками и заемщиками.

Банковские расчеты в хозяйственном обороте Украины соответственно по ст. 51 Закона «О банках и банковской деятельности» осуществляются юридическими и физическими лицами в форме наличных и безналичных расчетов, утвержденных Национальным

банком Украины. В настоящее время основным действующим нормативно-правовым актом является постановление Правления Национального банка Украины от 21.01.2004 года № 22, которое утверждает «Инструкцию о безналичных расчетах в Украине в национальной валюте».

Регулирование наличного оборота между субъектами хозяйствования осуществляется на основании: постановления Правления Национального банка Украины от 19.02.2001 года, которым утверждено положение «О ведении кассовых операций в национальной валюте Украины» и инструкция «Об организации расчетов с наличным оборотом учреждениями банков Украины»; положением «О порядке осуществлении банками операций из векселями в национальной валюте на территории Украины» от 16.12.2002 года № 508; положением «О порядке исполнения банками документов на перевод, принудительное списание и арест средств в иностранной валюте и банковских металлах» от 28.07.2008 года № 216; положением «О порядке осуществлении операций с чеками в иностранной валюте на территории Украины» от 29.12.2000 года № 520; положением «О порядке осуществления уполномоченными банками операций за документными аккредитивами в расчетах по внешнеэкономическим операциям» от 03.12.2003 года № 524; положением «О порядке осуществления банками операций за гарантиями в национальной и иностранной валюте» от 15.12.2004 года № 639 и другими.

Кроме того, расчетные отношения между физическими и юридическими лицами регулируются главой 74 Гражданского кодекса Украины, а также статьями 341, 343, 344 Хозяйственного кодекса Украины.

Основное содержание расчетных правоотношений раскрывается в принципах, на которых базируется организация безналичных расчетов в Украине. К ним относятся: предприятия всех форм права владения обязаны хранить свои денежные сбережения (как личные, так и ссудные) на счетах в учреждениях банка за исключением остатков наличных денег в кассах в границах определенного банком лимита; хозяйствующие субъекты имеют право вы-



бирать форму расчета и способ оплаты с числа предусмотренных действующим законодательством; момент оплаты платежа должен быть максимально приближенный до разгрузки-погрузки товаров, исполнение работ, выполнение услуг; платежи и расчеты предприятий осуществляются банками по согласованию владельца счета с соблюдением очередности, которая определена предприятием, а также расчетной и договорной дисциплины; хозяйствующий субъект имеет право избрать банк для открытия текущих и депозитных счетов [9, с. 118-119].

Безналичные расчеты в Украине в соответствии со ст. 51 Закона «О банках и банковской деятельности» от 07.12.2000 года осуществляются на основании расчетных документов, которые могут быть на бумажных носителях или в электронном виде. Согласно данной статье Закона, банки в Украине могут использовать как платежные инструменты следующие виды расчетов: платежные поручения, платежные требования, требования поручения, векселя, чеки, банковские платежные карточки и иные дебиторские и платежные инструменты, которые используются в международной банковской практике.

Мы полагаем, что безналичные расчеты – это денежные расчеты, при которых платежи осуществляются без участия наличных денег путем перевода средств со счета плательщика на счет получателя денег или путем зачета обоюдных требований.

Следует отметить, что в соответствии со ст. 1088 Гражданского кодекса Украины к видам безналичных расчетов отнесены расчеты с применением: платежных поручительств; расчетных чеков; аккредитивов; расчетов по инкассо, а Закон Украины «О платежных системах и перевод средств в Украине» от 05.04.2001 года № 2346-III выделяет следующие виды расчетов: платежное поручительство; платежное требование-поручение; расчетный чек; платежное требование; мемориальный ордер.

Порядок расчетов в наличной форме объединяют в себе элементы расчетов с использованием наличных и безналичных средств.

При осуществлении расчетных отношений между банками и владельцами

счетов существуют взаимосвязь, которая имеет сложный характер. В таких отношениях, как правило, принимают участие три субъекта (кредитор, плательщик и банк). В связи с чем стороны в расчетных отношениях обязаны четко исполнять законодательные предписания, а поэтому для их возникновения необходим юридически значимый документ, который именуется договором на расчетно-кассовое обслуживание и который подписывается сторонами соглашения. С целью усовершенствования организации расчетно-кассового обслуживания хозяйственной деятельности постановлением Правления Национального банка Украины утверждены правила организации расчетно-кассового обслуживания коммерческими банками клиентов и взаимоотношения этого вопроса между территориальными управлениями Национального банка Украины и коммерческими банками в национальной валюте. В соответствии с этим постановлением между коммерческими банками и клиентами заключается договор на расчетно-кассовое обслуживание.

Выводы. Таким образом, тенденции в развитии кредитно-расчетных отношений, которые наблюдаются в мире, не обходят стороной и Украину. Возрастают масштабы кредитования, расширяется круг объектов и субъектов кредитования, получает развитие кредитование населения, при ведении банковских операций все в большей степени учитываются рекомендации и стандарты Европейского союза и международных кредитно-финансовых организаций. Вместе с тем необходимо отметить, что в Украине не в полной мере используется краткосрочное кредитование, имеется неудовлетворительный уровень кредитования населения, что составляет ежегодно чуть больше 10%. Заметным фактором, сдерживающим развитие кредитно-расчетных отношений, является их несвоевременный возврат, непроработанность и упущения нормативно-правовой базы, которая обязана защищать права как кредиторов, так и заемщиков.

Список использованной литературы:

1. Воронова Л. К. Правовое регули-

рование кредитно-расчетных отношений в народном хозяйстве / Л. К. Воронова. – К. : Выща шк., 1988. – 216 с.

2. Алексійчук В. М. Гроші та кредит в системі відтворення АПК / В. М. Алексійчук. – К. : ІАУ, 1998. – 346 с.

3. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07.12.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5–6. – Ст. 30.

4. Деньги, кредит, банки. Экспресс-курс : учебное пособие / кол. авт. под ред. засл. деят. науки РФ, д-ра экон. наук, проф. О. И Лаврушина. – 4-е изд., стер. – М. : КНОРУС, 2010. – 320 с.

5. Алексеев И. В., Колісник М. К. Гроші та кредит : навч. посіб. / І. В. Алексеев, М. К. Колісник. – К. : Знання, 2009. – 253 с.

6. Шитов В. Н. Деньги. Кредит. Банки : учебное пособие. В 2 частях. Часть II / В. Н. Шитов. – Ульяновск : УлГТУ, 2012. – 171 с.

7. Вовк В. Я. Управління конкурентною позицією банку на кредитному ринку : монографія / В. Я. Вовк, В. Ф. Колесніченко. – Харків : ХНУРЕ. – 2011. – 260 с.

8. Круш П. В., Алексеев В. Б. Гроші та кредит : навч. посіб. / П. В. Круш, В. Б. Алексеев. – К. : Центр учбової літератури, 2010. – 216 с.

9. Фомін Г. Ф. Банківське право України : навч. посібник / Г. Ф. Фомін. – Харків : Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2008. – 360 с.

10. С осени банки начнут активное кредитование // Комсомольская правда. – 2013. – № 142 (4426/25821). – 03 июля.



СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПОНЯТИЯ И СОДЕРЖАНИЯ НАСИЛИЯ В СЕМЬЕ

А. БЛАГАЯ,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного, уголовно-исполнительного права и криминологии Харьковского национального университета внутренних дел

SUMMARY

Based on the analysis of international, foreign and Ukrainian legislation the article is considered the terms «violence into family», «domestic violence», «family member». Indicates, that domestic violence can encompass, but is not limited to by following types: physical, mental, sexual, economic. The number of persons who are subject to laws and regulations on protection against domestic violence is outlined also. In addition, the measures to improve the current Ukrainian legislation on the prevention and protection from domestic violence are proposed and its overall compliance with international standards in this area is concluded.

Key words: domestic violence prevention, family member, legislation improvement.

* * *

На основе анализа международного, зарубежного и украинского законодательства в статье рассматриваются термины «насилие в семье», «домашнее насилие», «член семьи». Указывается, что насилие в семье может охватываться, но не ограничивается следующими видами: физическое, психическое, половое, экономическое. Также очерчивается круг лиц, на которых распространяется действие нормативно-правовых актов по защите от семейного насилия. Кроме того, предлагаются меры по усовершенствованию действующего украинского законодательства, посвященного предотвращению и защите от насилия в семье, и делается вывод о его общем соответствии международным стандартам в этой сфере.

Ключевые слова: предупреждение насилия в семье, член семьи, усовершенствование законодательства.

Постановка проблемы. Разрешение вопросов о том, чем следует считать насилие в семье – нормой или патологией во взаимоотношениях между членами семьи, и каким было отношение в общественном сознании к этому явлению, требует его самостоятельно-го изучения с разных точек зрения. Как известно, впервые на мировом уровне проблема семейного насилия была актуализирована благодаря активным совместным действиям международного движения по защите прав женщин, поскольку именно они составляли наиболее уязвимую и незащищенную группу, страдающую от насильственных действий со стороны родителей, мужей, братьев и т. д. То есть на начальном этапе предотвращение насилия в семье вошло в поле зрения мирового сообщества как составная насилия в отношении женщин в целом [1, с. 4].

Цель статьи. Учитывая многообразие мнений ученых и практиков по поводу определения понятия, видов насилия в семье, в предложенной статье мы попробуем более детально рассмотреть некоторые спорные вопросы, связанные с терминологией и содержанием насилия в семье, а также соответствием украинского законодательства международным стандартам в сфере защиты от домашнего насилия. Термины «насилие в отношении женщин», «насилие в семье», «домашнее насилие» используются и раскрываются в международно-правовых актах обязательного и рекомендательного характера, действующих как на уровне ООН, так и на уровне Совета Европы и Европейского Союза. Весьма детальное определение термина и видов насилия в отношении жен-

щин содержит Декларация ООН об искоренении насилия в отношении женщин (DEVAW). Под насилием в отношении женщин она понимает любой акт насилия, совершенный на основе полового признака, который причиняет или может причинить физический, половой или психологический ущерб или страдания женщинам, а также угрозы совершения таких актов, принуждение или произвольное лишение свободы, будь то в общественной или личной жизни (ст. 1). Кроме того, в ст. 2 Декларации специально указывается, что насилие в отношении женщин охватывает случаи физического, полового и психологического насилия, которое имеет место в семье. Дальнейший анализ Декларации свидетельствует, что она предусматривает и экономическое насилие, хотя отдельно

его и не называет: в п. «а» ст. 2 указывается, что под насилием в семье понимают также насилие, связанное с приданным и насилие, связанное с эксплуатацией [2].

Изложение основного материала исследования. Рекомендация R (2002) 5 Комитета Министров государствам-членам о защите женщин от насилия, принятая 30 апреля 2002 г., определяет деяния, идентичные с понятием насилия, совершаемого в семье. К ним относятся: оскорбления физического и психического характера; злоупотребления эмоционального и психологического характера; изнасилование, сексуальное насилие, инцест, изнасилование одного из супругов / постоянного или случайного партнера, сожителя; преступления, совершаемые во имя чести, повреждение женских половых органов, а также другие действия, осуществляемые в соответствии с народными традициями и наносящие женщинам значительный вред (как, например, брак по принуждению) [3].

Новая Конвенция Совета Европы о предупреждении и борьбе с насилием в отношении женщин и домашним насилием, открытая к подписанию в мае 2011 г. и подписанная от имени Украины 7 ноября 2011 г., однако еще не ратифицированная, использует термин «домашнее насилие», под которым понимает все акты физи-



ческого, сексуального, психологического или экономического насилия, совершаемые в семье либо на бытовом уровне или между бывшим или нынешним супругами / партнерами, невзирая на то, проживает правонарушитель с жертвой или отдельно от нее (ст. 3) [4].

Модельное законодательство ООН о насилии в семье определяет, что *все насильственные действия физического, психологического и сексуального характера в отношении женщин, совершенные на основании полового признака лицом или лицами, которые связаны с ними родственными и близкими отношениями, от словесных оскорблений и угроз до тяжелых физических побоев, похищения, угрозы увечьями, запугивания, принуждение, преследование, словесные оскорбления, насильственное или незаконное вторжение в жилище, поджог, уничтожение собственности, сексуальное насилие, изнасилование в браке, насилие, связанное с приданными или выкупом невесты, увечья гениталий, насилие, связанное с эксплуатацией через проституцию, насилие в отношении домашних работниц и попытки осуществить такие акты* должны рассматриваться как «насилие в семье» [5].

Почти в 100 странах мира действуют национальные законы, направленные на борьбу с насилием в семье. И хотя они в основном и разрабатывались на основе Модельного законодательства, все же существенно различаются как в определении насилия в семье, так и в специфике реагирования на такие случаи, в основном вызванные объективными факторами: особенностями их правовых систем, уровнем экономического развития, развития гражданского общества, демографической ситуацией и т. п. Приведем несколько примеров определений этого понятия, применяемых в зарубежных странах.

Закон Албании «О мерах противодействия насилию в семейных отношениях» (2006 г.) определяет его следующим образом – это *любое действие насильственного характера, совершающееся между людьми, которые находятся или находились в семейных отношениях* [6]. Этот за-

кон защищает от насилия следующие группы лиц, находящихся или находившихся в семейных отношениях: супруги, сожители, а также бывшие супруги и сожители; братья, сестры, родственники по прямой линии, включая приемных родителей и детей; супруги и сожители братьев, сестер и родственников по прямой линии, а также приемных родителей и детей; лица, находящиеся в родственных связях по прямой линии, родители и приемные дети одного из супругов или сожителя; дети одного из супругов или сожителя. Что касается насилия, то под ним понимается любое действие или бездействие одного человека в отношении другого человека, нарушающее физическую, моральную, психологическую, сексуальную, социальную и экономическую целостность личности. Необходимо заметить, что Албания включила в законодательство новую форму домашнего насилия – *социальное насилие*, хотя дела такого рода в судебном порядке еще рассматривались [7, с. 142].

В 2009 г. были внесены важные изменения в Закон Болгарии «О защите от домашнего насилия» (2005 г.), целью которых является гарантия более высокой степени защиты детей и улучшения мер предупреждения. Этим законом под домашним насилием понимается *любой акт физического, сексуального, психического, эмоционального или экономического насилия, а также опыт такого насилия, принудительного ограничения неприкосновенности частной жизни, личной свободы и личных прав, совершенные против лиц, находящихся в отношениях, которые являются или были в семейных отношениях или фактическом брачном сожительстве*. При этом делается акцент на то, что любое насилие в семье, совершенное в присутствии ребенка, считается психическим и эмоциональным насилием над ребенком. Согласно этому Закону защиту может искать любое лицо, которое является жертвой домашнего насилия со стороны: супруга или бывшего супруга; лица, с которым находится или было в отношениях фактического брачного сожительства; лица, от которого есть

ребенок; родственника по восходящей на нисходящей линии; лица, с которым являются родственниками в боковой линии до четвертой степени родства; лица, с которым являются или были в отношениях сватовства до третьей степени; опекуна, попечителя или приемного родителя; родственника по восходящей и нисходящей линии человека, с которым находится в фактическом брачном сожительстве; лица, с которым родители являются или были в фактическом брачном сожительстве (чл. 3) [8].

В Великобритании разработано следующее межведомственное определение домашнего насилия: это *любой случай или случаи контролируемого поведения, насилия или жестокого обращения между лицами старше 16 лет, которые являются или были интимными партнерами или членами семьи, независимо от пола или сексуальной ориентации*. Жестокое обращение может охватываться, но не ограничивается следующими видами: *психологическое, физическое, сексуальное, финансовое, эмоциональное* [9].

Согласно Закону Грузии «О предупреждении насилия в семье, защите и помощи жертвам насилия в семье», насилие в семье предполагает *нарушение одним членом семьи конституционных прав и свобод другого путем физического, психологического, экономического, сексуального насилия или принуждения* [10].

Польский Закон по предупреждению насилия в семье (2005 г.) содержит следующее определение: «насилие в семье следует понимать как *разовое или повторяющееся умышленное действие либо бездействие, нарушающее личные или имущественные права лиц, указанных в пункте 1, в частности, такие, которые подвергают этих людей опасности потери жизни, здоровья, влияющие на их достоинство, личную неприкосновенность, свободу, в том числе сексуальную, нанося вред их физическому или психическому здоровью, а также причиняющие страдания и моральный вред лицам, пострадавшим от насилия*». Следует отметить, что в качестве члена семьи этот закон



понимает как ближайшее лицо, так и другого человека, с которым вместе живут или ведут хозяйство. При этом согласно ст. 115 §11 Уголовного кодекса Польши ближайшим лицом является муж (жена), родственники по восходящей и нисходящей линии, братья и сестры, свояки по той же линии или степени, усыновленные лица и их супруги, а также лица, которые совместно проживают [11].

Изложенное позволяет сделать вывод, что на международном уровне используются как термин «насилие в семье», так и «домашнее насилие». На сегодня можно отметить выделение в международном и национальном законодательстве таких форм насилия в семье: физическое; психологическое (иногда – психическое); экономическое (финансовое) сексуальное (половое); эмоциональное; социальное. Кроме того, запрещенными видами жестокого обращения считаются как непосредственно насилие, так и принуждение.

Основу украинского законодательства по этому вопросу составляет принятый 15 ноября 2001 г. Закон Украины «О предупреждении насилия в семье» (далее – Закон), которыми определены правовые и организационные основы предупреждения насилия в семье, органы и учреждения, на которые возлагается осуществление мероприятий по предупреждению насилия в семье [12]. Отдельно заметим, что в течение 2001-2012 годов было принято более 20 нормативно-правовых актов, конкретизирующих формы и методы реализации положений этого закона, уточняющие содержание отдельных его норм. Кроме того, Верховной Радой Украины зарегистрирован разработаный Кабинетом Министров проект Закона «О предотвращении и противодействии домашнему насилию» (далее - Проект) [13].

Как видим, действующее отечественное законодательство оперирует понятием «насилие в семье», тогда как в Проекте предлагается заменить его на «домашнее насилие». Авторами законопроекта такая необходимость объясняется тем, что Семейный кодекс Украины не относит к числу членов семьи бывших супру-

гов, даже при условии совместного проживания. Считаем, что изменение названия только лишь из-за несоответствия содержания дефиниции «член семьи» в этих двух законах нельзя считать достаточно аргументированным, поскольку в принятом Конституционным Судом Украины по этому поводу решения отмечено, что каждая отрасль права толкует данное понятие по-своему, подчеркивая те или иные признаки семьи, приобретающие определенное значение для тех или иных отношений [14]. Поэтому, по нашему мнению, достаточной мерой будет внесение в действующие законодательные акты изменений, касающихся четкого определения круга лиц, на которых распространяется их действие, следующего содержания: **«к лицам, на которых распространяется действие законодательства о предупреждении насилия в семье, относятся члены семьи и другие лица, между которыми существуют или существовали семейные отношения, а именно:**

- супруги, сожители, ребенок (дети) и родители (мать, отец) или сожители одного из родителей; усыновители и усыновленные; дед (бабушка) и внук (внучка) отчим (мачеха) и пасынок (падчерица); братья и сестры; опекуны (попечители) и лица, над которыми установлена опека (попечительство) - независимо от общности проживания;

- бывшие супруги, другие родственники, лица, проживающие одной семьей, но не находящиеся между собой в браке или кровном родстве - при условии их совместного проживания».

В целом поддерживая стремление Правительства охватить защитой максимально возможный круг пострадавших от насилия такого типа, заметим, что привязку к месту совершения насилия – дому – также нельзя считать оптимальным, поскольку остаются нерешенными хотя бы вопросы, следует ли считать домашним насилием случаи совершения таких действий: 1) вне дома (в гостях, по месту работы, на улице, в местах отдыха и т.д.), 2) относительно / со стороны домашних работников, нянь и т. д., которые

не являются членами семьи, однако проживают в одном доме с обидчиком / потерпевшим.

Мы согласны с позицией тех ученых и практиков, которые считают, что при использовании термина «домашнее насилие» акцент падает на то, что данное насилие применяется именно на домашней территории и не прослеживается четкой позиции относительно того, кем это насилие осуществляется – членами семьи или любыми лицами – но обязательно по месту жительства потерпевшего или месту совместного проживания. При употреблении термина «насилие в семье» акцент делается на том, что это насилие со стороны нынешних или бывших членов одной семьи, но применяется не только в домашней среде, но и в любом другом месте [15, с. 14]. Так, мать может побить ребенка и в общественном месте, а бывший муж может причинить вред бывшей жене в квартире, где они вынуждены проживать совместно, если между ними произошел бытовой конфликт, но при этом членами одной семьи уже не является. Представляется, что термин «насилие в семье» является более широким по своему содержанию и исчерпывает все случаи, охватываемые рамками изучаемого нами явления.

Что касается вопроса, следует ли включать в круг лиц, на которых распространяется действие законодательства о предупреждении насилия в семье, домашних работников, нянь и т. д., отметим следующее. Несмотря на то, что указанные лица выполняют домашнюю работу или обязанности по уходу за детьми (пожилыми или больными членами семьи) и т. д., и довольно часто проживают совместно со своими работодателями, все-таки между ними существуют в первую очередь трудовые, а не семейные отношения. В связи с этим, случаи насилия в отношении (или со стороны) домашних работников, нянь, следует рассматривать как нарушение трудовых обязанностей, и за их совершение должна наступать трудовая ответственность.

Теперь более детально проанализируем определения терминов «насилие в семье» и «домашнее насилие». Действующая законодательная база



по предупреждению насилия в семье определяет последнее как *«любые умышленные действия физической, сексуальной, психологической или экономической направленности одного члена семьи по отношению к другому члену семьи, если эти действия нарушают конституционные права и свободы члена семьи как человека и гражданина и наносят ему моральный вред, вред его физическому или психическому здоровью»* [12].

В Проекте дается следующее определение домашнего насилия: *«любые против-правные деяния физического, сексуального, психологического или экономического характера, совершенные в отношении члена своей семьи или лица, с которым существуют или существовали семейные отношения, в частности бывшего супруга при условии совместного проживания, в том числе жестокое обращение с ребенком в семье, а также посягающие на права, свободы и законные интересы лица, наносящие ему физический, моральный или материальный ущерб или создающие угрозу причинения такого вреда»* [13].

Прежде всего отметим, что с точки зрения логики, по классификации В. Е. Жеребкина, обе дефиниции относятся к типу реальных, то есть таких, которые раскрывают существенные и общие признаки обозначаемых понятий, а именно – определение через род и *видовые отличия*. Это определение ближайшего роду видового понятия, а также нахождение некоторых специфических признаков, принадлежащих только данному виду, и отсутствующих у других видов, входящих в состав данного рода [16, с. 49-51]. Родовыми понятиями в рассматриваемых нами дефинициях является «насилие», а также «семья» и «дом, домашний». Поэтому, рассматривая их, мы будем обращать внимание как на родовые признаки, так и видовые различия.

1. По нашему мнению, обязательным признаком насилия, в том числе семейного, является *умышленный характер* деятельности. На этот признак указывает лишь определение, даваемое в действующем законодательстве. Соответственно, определение, даваемое в Проекте, допускает

признание деяния, совершенного по неосторожности, в качестве насильственного.

2. Еще одним важным признаком насилия является то, что это акт поведения в виде *действия или бездействия*. В Проекте его верно названо деянием, тогда как в Законе закреплено только совершение действий.

3. В обеих дефинициях указано, что насильственные действия являются **противоправными**. Однако далее авторы проекта, не совсем понятно для чего, повторяются: «а также посягающие на права, свободы и законные интересы лица».

4. Указание на специфического потерпевшего от насилия: *член семьи (Закон) и член своей семьи или лицо, с которым существуют или существовали семейные отношения, в частности бывшие супруги при условии совместного проживания* (Проект). Как видим, в определении, содержащемся в Проекте, круг таких лиц расширен за счет лиц, с которыми существуют или существовали семейные отношения. При этом делается отдельный акцент на том, что к ним относятся и бывшие супруги при условии совместного проживания. Как видим, пренебрежение синтаксическим элементом в этом акте право-творчества привело к тому, что условие совместного проживания должно распространяться не на всех лиц, с которыми существовали семейные отношения, а лишь на бывших супругов. Таким образом, случаи совершения насильственных действий в отношении бывшей тещи, невестки, деверя и т. д., с которыми обидчик совместно не проживает, должны относиться к домашнему насилию, а в отношении бывшего супруга – нет.

5. Обе дефиниции предусматривают следующие *виды* семейного насилия: *физической, сексуальной, психологической или экономической направленности / характера*. Однако, лишним, с точки зрения логики, считаем их дальнейшую детализацию, которая содержится в Проекте: «в том числе жестокое обращение с ребенком в семье», поскольку «жестокое обращение» в ст. 1 Проекта определяется именно как различные «формы физического, сексуального,

психологического или экономического насилия над ребенком...» [17]. В данном случае не было соблюдено следующее правило: *определение не должно делать круг*, когда определяемое понятие определяется через другое понятие, которое, в свою очередь, объясняется через первое.

6. Также в обоих определениях указывается на *вредный результат* насильственно-го поведения: нанесение морального вреда, вред физическому или психическому здоровью (Закон), или причинение физического, морального или материального ущерба или создание угрозы причинения такого вреда (Проект). Как видим, если действующее законодательство предусматривает необходимость причинения вреда, то Проект – также и создание угрозы его причинения.

Сравнение отечественных определений с приведенным выше Модельным законодательством о насилии в семье позволяет сделать некоторые замечания. Так, в отличие от Модельного закона в отечественных нормах указывается, что форма поведения является умышленной. Имеется различие и по формам насилия: наш закон предусматривает еще и экономическое насилие. Следует обратить внимание, что и в нашем, и в Модельном законе в качестве насильственных указаны только действия, хотя, как нами отмечалось выше, путем бездействия также возможно причинить вред. Отметим и некоторые различия круга субъектов, между которыми может происходить насилие в семье. В Модельном законе потерпевшие – это только женщины, а насилие происходит на основе полового признака лицом или лицами, связанными с ними семейными или близкими отношениями. Насилие в отношении домашних работниц также рассматривается как домашнее насилие. Кроме этого, насилием в семье признаются и действия между лицами, которые ранее находились в браке или имели близкие отношения. Действующее же отечественное законодательство исходит исключительно из наличия семейных (родственных, опекуных) связей на момент причинения вреда. Еще одной отличительной чертой модельного закона является



ся возможность выдачи по заявлению жертвы насилия в семье чрезвычайного временного ограничительного ордера, который является гораздо более действенным, чем предусмотренное нашим законом официальное предупреждение о недопустимости насилия в семье.

Выводы. Таким образом, можно сделать вывод, что хотя в целом Закон Украины «О предупреждении насилия в семье» соответствует международным стандартам в сфере предотвращения и защиты от домашнего насилия, однако есть и некоторые моменты, по которым его можно усовершенствовать. С учетом изложенного, считаем возможным предложить следующее определение насилия в семье - *это умышленное противоправное деяние (действие или бездействие) насильственного характера в отношении члена семьи или лица, с которым существовали или существуют семейные отношения, совершаемое с использованием силового превосходства путем навязывания своей воли вопреки или помимо воли потерпевшего. Насилие в семье может охватываться, но не ограничивается следующими видами: физическое, психическое, половое, экономическое.*

Список использованной литературы:

1. Закон України «Про попередження насильства в сім'ї»: науково-практичний коментар / [Голіна В. В., Гуторова Н. О., Руднева О. М., Блага А. Б. та ін.] ; за ред. О. М. Рудневої. – Х. : Спайк. – 2003. – 124 с.

2. Декларация об искоренении насилия в отношении женщин / Генеральная Ассамблея ООН: резолюция 48/104 от 20 декабря 1993 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_506.

3. Рекомендация № R (2002) 5 Комитета министров государствам-членам о защите женщин от насилия, / Совет Европы, Комитет Министров Совета Европы [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www1.umn.edu/humanrts/russian/euro/RRec\(2002\)5.html](http://www1.umn.edu/humanrts/russian/euro/RRec(2002)5.html).

4. Council of Europe Convention

on preventing and combating violence against women and domestic violence. – Istanbul, 11.V.2011 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/HTML/210.htm>.

5. Модельное законодательство о насилии в семье : Рекомендации ООН [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://hrlibrary.ngo.ru/commission/thematic52/53-add2.htm>.

6. Për masa ndaj dhunës në marrëdhëniet familjare.: Ligj Nr.9669, datë 18.12.2006.: Kuvendi i Republikës së Shqipërisë [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.osce.org/sq/albania/30437>.

7. Ефективне запобігання та реагування на випадки насильства в сім'ї : методичний посібник для тренерів з проведення тренінгів для дільничних інспекторів міліції / Кочемировська О. О., Стрейсяну Д. Й., Христова Г. О.; заг. ред. Павлиш С. О., Христова Г. О. – К., 2010. – 363 с.

8. За защита от домашнего насилия / Закон Република България : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.mlsp.government.bg/bg/law/law/ZZDN.pdf>.

9. Domestic violence and abuse: new definition / Domestic violence and abuse : Home Office. – Published 26 March 2013 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://www.gov.uk/domestic-violence-and-abuse>.

10. ოჯახში ძალადობის აღკვეთის, ოჯახში ძალადობის მსხვერპლთა დაცვისა და დახმარების შესახებ : კანონის საქართველოს რესპუბლიკის. 2006 წლის 25 მაისი. – № 3143-IV [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.policcademy.ge/uploads/dinamic_files/ოჯახში_ძალადობა.doc.

11. O przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie.: Ustawa Rzeczypospolitej Polskiej - z dnia 29 lipca 2005 r (Dz. U. z dnia 20 września 2005 r.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.lex.pl/du-akt/-akt/dz-u-05-180-1493>.

12. Про попередження насильства в сім'ї : Закон України від 15 листопада 2001 р. № 2789-III [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon1.rada.gov.ua/rada/show/2789-14>.

13. Проект Закону про запобігання та протидію домашньому насильству

[Элек-тронный ресурс]. – Режим доступа : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=46129.

14. Справа про офіційне тлумачення терміна «член сім'ї»: рішення Конституційно-го Суду України від 03.06.1999 № 5-рп/99 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-99/card2#Card>.

15. Шакина В. А. Женщина как жертва семейного насилия в супружеских отношениях: проблемы, причины, предупреждение [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Шакина Виктория Анатольевна. – Иркутск. – 2002. – 204 с.

16. Жеребкін В. Є. Логіка : підручник. – [9-те вид., стер.] – К. : Т-во «Знання», КОО. – 2006. – 394 с.



СОВЕРШЕНИЕ ЭЛЕКТРОННЫХ СДЕЛОК С ПОТРЕБИТЕЛЕМ

Н. БЛАЖИВСКАЯ,

соискатель Института законодательства Верховной Рады Украины

SUMMARY

In this paper the features of the commission of electronic transactions with consumers. Raised questions about the nature of these transactions, their features and variations. Analyzed the current legislation of Ukraine on this issue. Particular attention is given to the relation of the national legislation standards existing in the European Union. The questions of responsibility in carrying out transactions with consumers. And raised new issues relating to the use of electronic transactions through social networks Facebook, Twitter, VKontakte and etc. As a result of the research made suggestions to improve existing legislation, including the implementation of remote contract.

Key words: electronic transaction, the consumer, remote contract.

* * *

В статье исследованы особенности совершения электронных сделок с потребителем. Подняты вопросы о сущности таких сделок, их особенностях и видах. Проанализировано действующее законодательство Украины по данному вопросу. Особое внимание отведено соотношению национального законодательства стандартам, существующим в Европейском Союзе. Рассмотрены вопросы ответственности в сфере осуществления сделок с потребителем. Подняты и новые проблемы, касающиеся применения электронных сделок посредством социальных сетей Facebook, Twitter, ВКонтакте и др. В результате проведенного исследования внесены предложения по совершенствованию действующего законодательства, в том числе и по внедрению дистанционного контракта.

Ключевые слова: электронный сделка, потребитель, дистанционный контракт.

Введение. По данным европейских аналитиков, электронная коммерция является одной из важнейших сфер защиты прав потребителей, предполагает особое внимание со стороны ЕС. С развитием средств связи (видеотелефон, телевидение, электронная почта, Интернет и др.) на рынке появилось много ранее неизвестных способов продвижения и продажи товаров, работ (услуг), таких как, например, продажа через телемагазины, Интернет и др. Активное развитие электронной коммерции для отечественного права является новой сферой общественных отношений, обуславливает необходимость определения норм поведения, то есть особых правовых норм, регулирующих и закрепляющих права, обязанности, гарантии и ответственность участников этих отношений. Такой порядок необходим всем участникам отношений: предпринимателям – для выгодного осуществления операций, потребителям – для защиты их законных прав [1, с. 193].

Цель статьи: исследовать понятие и особенности электронной сделки с участием потребителя, а также проанализировать национальное законодательство Украины на предмет его соответствия требованиям ЕС.

Методы и использованные материалы. В статье использованы общие и специально-юридические методы исследования, а также научные статьи и материалы в указанной сфере. Но поскольку до сих пор не было произведено комплексного исследования особенностей осуществления электронных сделок с потребителями, то данная статья и будет представленной научной попыткой комплексно исследовать эту проблему.

Основная часть. В последние годы увеличилось количество договоров, заключаемых с потребителями вне мест

обычного ведения торговли (дома, в офисе, на улице и т. д.), – так называемые прямые продажи. В Украине, в отличие от стран Европейского Союза, нормы, специально регулирующие сферу дистанционных и прямых продаж, появились только с 1 декабря 2005 г. в Законе Украины «О защите прав потребителей». К этому времени отсутствие этих норм приводило к увеличению числа недобросовестных организаций, действующих в этой сфере, а также увеличение числа мошенничества и обмана потребителей. Тем самым наносится ущерб не только потребителям, но и организациям, которые стремятся действовать добросовестно.

Согласно изменениям в Законе «О защите прав потребителей», он был дополнен такими понятиями, как «договор, заключенный на расстоянии» и

«договор, заключенный вне торговых или офисных помещений».

Так, договор, заключенный на расстоянии, – это договор, заключенный продавцом (исполнителем) с потребителем с помощью средств дистанционной связи.

Договор, заключенный вне торговых или офисных помещений, – это договор, заключенный с потребителем лично в месте, которое не является торговым или офисным помещением продавца. Он осуществляется с помощью электронной почты – информации, предоставляемой потребителю через телекоммуникационные сети, которая может быть в любой способ воспроизведена или сохранена потребителем в электронном виде.

Средства дистанционной связи – телекоммуникационные сети, почтовая связь, телевидение, информационные сети, в частности Интернет, которые могут использоваться для заключения договоров на расстоянии.

По мнению Е. Ю. Черняк, ключевым в понятии электронной коммерции является использование в этом виде деятельности средств дистанционной связи, поэтому мы можем назвать куплю-продажу на расстоянии одним из видов электронной коммерции. А купля-продажа вне торговых или офисных помещений к данному виду деятельности не относится, поскольку договор, заключенный вне торговых или офисных помещений, – договор, заключенный с



потребителем лично в месте, которое отличается от торговых или офисных помещений продавца [2, с. 136].

Использование такого способа реализации продукции имеет некоторую свою специфику: во-первых, к нему устанавливаются специальные условия совершения, а во-вторых, он не освобождается от основных требований законодательства, применяющихся к продаже товаров, оказанию услуг и т. п. Закрывая договор на расстоянии, согласно ст. 13 Закона «О защите прав потребителей», потребитель имеет право: на получение информации перед заключением договора на расстоянии, на поставку продукции в течение приемлемого срока, но не позднее тридцати дней с момента получения согласия потребителя на заключение договора, на расторжение договора в течение 14 дней с момента подтверждения информации или с момента получения товара или первой поставки товара или с момента заключения договора.

Перед заключением договоров на расстоянии продавец (исполнитель) должен предоставить потребителю информацию о: 1) наименовании продавца (исполнителя), его местонахождении и порядке принятия претензии; 2) основных характеристиках продукции; 3) цене, включая плату за доставку, и условия оплаты; 4) гарантийных обязательствах и других услугах, связанных с содержанием или ремонтом продукции; 5) иных условиях поставки или выполнения договора; 6) минимальных продолжительностях договора, если он предусматривает периодические поставки продукции или услуг; 7) стоимости телекоммуникационных услуг, если она отличается от предельного тарифа; 8) период принятия предложений; 9) порядке расторжения договора.

Факт предоставления такой информации должен быть подтвержден письменно или с помощью электронного сообщения. Информация, подтвержденная таким образом, не может быть изменена продавцом (исполнителем) в одностороннем порядке. Подтверждение информации не требуется, если услуга предоставляется средствами дистанционной связи и оплачивается через оператора телекоммуникационных услуг.

Как мы уже отмечали выше, под-

тверждение предоставления вышеуказанной информации с помощью электронной почты имеет определенные сложности процессуального доказывания факта уведомления, в частности, в соответствии с п. 46 Постановления Пленума ВХСУ от 17.10.2012 года № 12 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой прав интеллектуальной собственности» [3] распечатки Интернет-страниц (web-страниц) сами по себе не могут быть доказательством в деле. Но если соответствующие документы выданы или засвидетельствованы учреждением или специально уполномоченным лицом в пределах их компетенции по установленной форме и скреплены официальной печатью на территории одного из государств – участников Содружества Независимых Государств, то, согласно статье 6 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20.03.1992 года они на территории Украины имеют доказательную силу официальных документов.

Поэтому, по нашему мнению, целесообразно как для защиты прав потребителя, так и производителя, продавца (исполнителя работ, концессии услуг) вместе с продукцией передавать покупателю для подписания расписку о получении информации, предусмотренной Законом Украины «О защите прав потребителей», при этом в расписке должна быть сама информация о продукции, а не ссылки на действующее законодательство в сфере защиты прав потребителей. В случае непредоставления такой информации субъект хозяйствования несет ответственность согласно ст. ст. 15 и 23 Закона «О защите прав потребителей».

Потребитель вправе расторгнуть заключенный на расстоянии договор путем уведомления продавца (исполнителя) об этом в течение четырнадцати дней с момента подтверждения информации или с момента получения товара или первой поставки товара. Если подтверждение информации не требуется, потребитель может расторгнуть договор в течение четырнадцати дней с момента его заключения. В случае продажи материальных вещей их возвращение также свидетельствует о расторжении договора.

Если подтверждение информации не соответствует требованиям, установленным законодательством, срок, в течение которого потребитель имеет право расторгнуть договор, составляет девяносто дней с момента получения такой информации, или в случае продажи материальных вещей – с момента получения товара или первой поставки товара. Если в течение этого срока подтверждение информации было исправлено, потребитель вправе расторгнуть договор в течение четырнадцати дней с момента получения исправленного подтверждения.

В случае, если иное не предусмотрено договором, потребитель не имеет права расторгнуть договор, заключенный на расстоянии, если: 1) предоставление услуги или поставка товара электронными средствами связи при согласии потребителя состоялись до окончания срока расторжения договора, о чем потребителю было сообщено в подтверждении информации; 2) цена товара или услуги зависит от котировок на финансовом рынке, то есть вне контроля продавца; 3) договор касается изготовления или переработки товара на заказ потребителя, то есть если товар не может быть продан другим лицам или может быть продан лишь с существенными финансовыми потерями для продавца (исполнителя); 4) потребитель открыл аудио-или видеокассету или носитель компьютерного обеспечения, которые поставляются запечатанными; 5) договор касается доставки периодических изданий; 6) договор касается потерей или других азартных игр.

Если иное не предусмотрено договором, заключенным на расстоянии, продавец должен передать потребителю товар в течение приемлемого срока, но не позднее тридцати дней с момента получения согласия потребителя на заключение договора. В случае невозможности исполнения договора из-за отсутствия заказанного товара продавец должен немедленно сообщить об этом потребителю, но не позднее тридцати дней с момента получения согласия потребителя на заключение договора.

Продавец может использовать стандартное условие в договоре о возможности замены товара в случае его отсутствия, другим товаром. Такое условие



будет считаться справедливым, если: 1) другой товар соответствует цели использования заказанного товара; 2) имеет такое же или лучшее качество, 3) его цена не превышает цены заказанного товара. О существовании такого условия в договоре потребитель должен быть уведомлен перед заключением договора в установленном порядке.

К договору, заключенному на расстоянии, применяются положения, предусмотренные ч. ч. 5-9 ст. 12 Закона Украины «О защите прав потребителей». Учитывая все большую распространенность заключения договоров на расстоянии, все чаще возникают споры по возмещению вреда, причиненного невыполнением или ненадлежащим исполнением таких договоров. Сложным является факт доказательства факта заключения договора на расстоянии, приобретения или заказа товара через Интернет, когда у приобретателя отсутствует договор купли-продажи в бумажной форме.

Так, по иску Лица 1 к Обществу с ограниченной ответственностью «Р.Т.», третье лицо – Публичное акционерное общество Коммерческий банк «П.Банк», о защите прав потребителей Ленинский районный суд г. Севастополя установил, что 19 декабря 2009 г. истец произвел оплату на счет ответчика телевизора по акционной стоимости 6 тыс. 740 грн., который он желал приобрести в интернет-магазине «С.Магазин». Указанный телевизор истцу доставили [4]. Удовлетворяя иск, суд правильно исходил из того, что договор о приобретении товара был заключен на расстоянии через средства дистанционной связи, а именно через информационные сети, Интернет, что не противоречит требованиям пунктов 8, 10 в. 1 Закона «О защите прав потребителей». В подтверждение исковых требований потребитель предоставил суду квитанцию об оплате.

По ст. 65 ГПК вещественными доказательствами являются предметы материального мира, содержащие информацию об обстоятельствах, имеющих значение для дела. Вещественными доказательствами являются также магнитные, электронные и другие носители информации, содержащие аудиовизуальную информацию об обстоятельствах, имеющих значение для дела. В

деле по иску Лица 2 к телемагазину «Х.М.» о защите прав потребителей в качестве доказательств судом исследовалась копия Интернет-сайта магазина «Х.М.» [4]. Статьей 188 ГПК Украины устанавливается порядок исследования товарами, однако процессуальным законодательством не урегулирован порядок исследования информации, содержащейся в компьютерной сети. Посему правильной, по нашему мнению, практика судов, проводящих исследования Интернет-сайта по правилам ст. 188 ГПК Украины. Ввиду того, что в прямых продажах присутствует, как правило, элемент неожиданности, психологического воздействия продавца или исполнителя (представителя продавца или исполнителя) на потребителя, потребитель часто не в состоянии сравнить качество и цену предложения с другими предложениями и, следовательно, является опасностью ограничения прав потребителя, необходимо предусмотреть в Законе право потребителей на отказ от таких договоров. Кроме того, в странах-членах Европейского Сообщества применяется указанное право, предусмотренное не только в Директиве 85/577/ЕЕС о договорах, заключенных вне мест обычного ведения торговли, но и в национальном законодательстве.

По высказанному в литературе мнению, в Перечень товаров, работ и услуг, которые не могут быть реализованы путем заключения договоров вне мест обычного ведения торговли, должны войти, например, продовольственные товары, лекарственные препараты, работы по строительству недвижимости, услуги по страхованию [2, с. 138]. Для создания указанного Перечня можно воспользоваться Директивой 85/577/ЕЕС [5], что исключает из сферы своего применения: договоры о строительстве, продаже или аренде недвижимости или договоры, касающиеся иных прав на недвижимое имущество; договоры страхования; договоры купли-продажи ценных бумаг; договоры на поставку товаров питания и напитков или другие договоры, предназначенные для текущего потребления домашних хозяйств; договоры на поставку товаров (услуг) по каталогу, если у потребителя есть возможность прочитать каталог в отсутствие представителя

продавца, так что встреча потребителя и представителя продавца фактически продолжением другой транзакции, а также если каталог и договор полностью информируют потребителя о его праве на возврат товара в течение семи дней после получения или иным способом расторгнуть договор в течение этого периода без каких-либо дополнительных обязательств, за исключением обеспечения сохранности товара.

Для создания Перечня товаров, работ (услуг), которые не могут быть реализованы путем заключения дистанционных договоров, можно воспользоваться директивой 97/7 ЕС, которая предусматривает такие договоры, к которым не применяются положения Директивы. К таковым отнесены договоры: о предоставлении финансовых услуг, заключенных через торговые автоматы; заключенных через телефониста звонком городской телефонной сети; касающихся недвижимости, за исключением договоров аренды. Кроме того, основные меры по защите потребителей, изложенные в указанной Директиве, не применяются к поставкам пищевых продуктов, напитков или других товаров повседневного спроса, осуществляемых регулярными поставщиками, а также к услугам, связанным с размещением в гостиницах, предоставлением транспорта, организацией банкетов и развлечений, если исполнитель обязан сделать такие услуги в строго определенное время [6].

Суть продажи через телемагазины выражается в том, что потребитель видит товар по телевизору и может принять решение о покупке, для этого он оформляет заказ по телефону и товар доставляется ему курьером или почтой. Продажа через Интернет и видеотелефон позволяет потребителю увидеть большой спектр товаров в то время, когда он захочет, и немедленно сделать заказ. Предметом такой продажи могут стать не только товары, но и работы или услуги (например, составление гороскопов, заочное обучение). Такая продажа, когда договоры заключаются сторонами на расстоянии (заочно) с помощью средств связи, получили название дистанционные продажи.

На сегодня особенно сложным является вопрос защиты прав потребителей при заключении договоров в соци-



альных сетях. Популярными социальными сетями Facebook, Twitter и ВКонтакте уже давно перестали быть просто каналом коммуникации и стали движущими инструментами для ведения бизнеса. Распространенными, например, в ВКонтакте есть паблик, посвященные продаже разнообразного хенд-мейда, одежды, секонд-хенда или оказанию услуг в сфере красоты. Таких групп множество, некоторые из которых, если брать только украинский сегмент, имеют более 20 тысяч фанов.

Сама по себе продажа товаров с использованием соцсетей не является неправомерным, поскольку отечественное законодательство не содержит нормативного акта, который бы запрещал продажу товаров через социальные сети. Учитывая систему законодательства в сфере электронной коммерции, то в данном случае происходит продажа товаров «на заказ вне офисного или торгового помещения». Такая продажа должна быть оформлена соответствующим образом. А поскольку самостоятельная, регулярная продажа через социальные сети с целью получения прибыли подпадает под определение предпринимательской деятельности и должна осуществляться субъектом предпринимательской деятельности физическим или юридическим лицом, зарегистрированным в установленном Законом Украины «О регистрации юридических лиц и физических лиц – предпринимателей», то только после этого по сути лицо, приобретает такую продукцию имеет право защищать свои права, предусмотренные Законом «О защите прав потребителей», поскольку в соответствии со ст. 1 указанного закона продавцом является субъект хозяйствования, который, согласно договору, реализует потребителю товары или предлагает их к реализации. Поэтому в случае, когда лицо, перечислив деньги продавцу, не получило товар, оно может обратиться только в органы внутренних дел с заявлением о мошенничестве, если при этом у нее сохраняется чек о переводе определенной суммы денег для продавца.

Правовое регулирование защиты прав потребителей в сфере коммуникации осуществляется в соответствии с Директивой 2002/22 Европейского парламента и Совета от 7 марта 2002 о совместных правовых рамках для элек-

тронных коммуникационных сетей и услуг (Рамочная Директива) [7], а также Директивы 97/66/ЕС Европейского парламента и Совета относительно обработки персональных данных и защиты права на невмешательство в личную жизнь в телекоммуникационном секторе от 15 декабря 1997 [8], Директивы 97/7/ЕС Европейского парламента и Совета о защите прав потребителей в дистанционных контрактах от 20 мая 1997 года. Целью последней Директивы является сближение законов, постановлений и административных положений государств-членов в сфере дистанционных контрактов, заключаемых между потребителями и поставщиками.

Понятие «дистанционный контракт», которое отсутствует в национальном законодательстве, означает любой контракт, предметом которого являются товары или услуги, заключенный между поставщиком и потребителем в соответствии с организованной дистанционной коммерции или схемы поставок услуг, которой занимается поставщик, с целью контракта удаётся к исключительного использования одного или более средств дистанционной связи. При этом понятие «потребитель» означает любое физическое лицо, в контрактах, которые регулируются этой Директивой, действует не в целях своей коммерческой или профессиональной деятельности, а понятие «поставщик» означает любое физическое или юридическое лицо, в контрактах, регулируемых настоящей Директивой, действует в целях своей коммерческой или профессиональной деятельности. Под средствами дистанционной связи понимаются любые средства, которые могут быть использованы с целью заключения контракта между поставщиком и потребителем при условии их одновременного физического отсутствия. Список средств, регулируемых настоящей Директивой, содержится в Приложении 1. Оператор средств связи означает любую государственную или частную физическое или юридическое лицо, коммерческая или профессиональная деятельность которой предусматривает предоставление поставщику доступа к одному или более средств дистанционной связи.

Потребитель должен получать письменное подтверждение или под-

тверждение с помощью любого другого надежного способа, доступного ему, информации в течение надлежащего периода времени при выполнении контракта и позже – на время доставки, если вовлечены товары не для доставки третьим сторонам в случае, если информация к тому ни была предоставлена потребителю до заключения контракта в письменной форме или иным надежным способом, ему доступным [1, с. 231]. В любом случае должна быть предоставлена следующая информация: письменная информация об условиях и процедурах реализации права выхода из контракта, фактическом адресе местонахождения предприятия поставщика, к которому потребитель может подавать любые свои жалобы, информация об обслуживании на дому работниками предприятия и о существующих гарантиях, условиях аннулирования контракта, если в нем не указан особый срок действия или срок его действия превышает один год.

Выводы. Проанализировав национальное законодательство, регламентирующее защиту прав потребителей в сфере коммуникаций, мы пришли к выводу, что несмотря на то, что на сегодняшний день торговля с использованием Интернет является довольно распространенной, соответствие национального законодательства правовым актам ЕС низкая, и в некоторых случаях национальное законодательство не отвечает и не учитывает положений *acquis* ЕС. В частности, нормами материального права национального законодательства не учтено право потребителя на заключение любого дистанционного контракта, на обеспечение информацией о существенных условиях дистанционного контракта. Национальным законодательством не предусмотрено, что потребитель должен получать письменное подтверждение или подтверждение с помощью любого другого надежного способа, доступного ему, информации о существенных требованиях дистанционного контракта.

Список использованной литературы:

1. Білоусов Ю. В. Цивільно-правовий статус споживача: у контексті



адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу [Текст] : монографія. – К. : НДІ ППП НАПрН України, 2010. – 288 с.

2. Черняк О. Ю. Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. – К., 2011. – 230 с.

3. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності : Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 року № 12 [Електронний ресурс] Верховна Рада України. Офіційний веб-портал. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12>.

4. Жайворонок Т. Є. Аналіз судової практики з розгляду цивільних справ про захист прав споживачів (2009-2012 рр.) [Електронний ресурс] / Т. Є. Жайворонок. Верховний Суд України. Інформаційний сервер. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adfd2d0e52f68d76c2256c080037bac9/cf16b389fdf2aaeac2257b25004550d7?OpenDocument>.

5. Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises [Text] // Official Journal. – L 372. – 31.12.1985. – P. 31–33.

6. Бареттини К. Регулирование прямых продаж в европейском законодательстве [Текст] / К. Бареттини // Регулирование прямых и дистанционных продаж в Европейском Сообществе и России : рабочие материалы. – М. : СПРОС КонфОП, 1999. – С. 9–36.

7. Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive) [Text] // Official Journal. – L 108. – 24. 04. 2002. – P. 51 – 77.

8. Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector // Official Journal. – L 24. – 30. 01. 1998. – P. 1–8.

УСЛОВИЯ ТРУДА КАК ЗНАЧИМЫЙ ЭЛЕМЕНТ ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ТВОРЧЕСТВА

И. БОГДАН,

аспирант кафедры трудового права и права социального обеспечения
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

SUMMARY

The article deals with the overall situation of legal ensuring of creativity in labor relations through setting appropriate and sufficient conditions for this work. It is noted the existence of artist discrimination by the character of labor. It is established that to provide the proper and sufficient working conditions for professional artists is the employer's duty. In its turn, providing the conditions for creativity of amateur employees is the right of the employer and can be stipulated in order to stimulate creativity during the execution of work. Offered to provide in labor legislation a minimum level of guarantees as to the working conditions of artists, and to amateur employees for whom creativity is an expression of a subjective right.

Key words: working conditions, creative employee, discrimination, freelance.

* * *

В статье исследуется общее состояние правового обеспечения творчества в трудовых отношениях путем установления надлежащих и достаточных для этого условий труда. Отмечается о наличии дискриминации творческих работников по характеру труда. Установлено, что для работодателя является обязанностью обеспечивать надлежащие и достаточные условия труда для профессиональных творческих работников. В свою очередь, обеспечение условий для проявления творчества работниками-любителями является правом работодателя и могут быть установлены с целью стимулирования творчества при выполнении работы. Предлагается в законодательстве о труде предусмотреть минимальный уровень гарантий условий труда как для творческих работников, так и для работников-любителей, для которых проявление творчества является субъективным правом.

Ключевые слова: условия труда, творческий работник, дискриминация, фриланс.

Вступление. Понятие «творчество» является универсальным, что дает возможность рассматривать его содержание в трудо-правовом аспекте.

Суть такого подхода заключается в том, что творчество следует определять как группу общественных отношений, которая, в частности, включает в себя: 1) отношения, связанные с правовым обеспечением реализации способности к творчеству субъектами трудовых отношений; 2) отношения, возникающие по поводу реализации субъектами трудовых отношений субъективного права на творчество и/или выполнения юридической обязанности творить; 3) отношения, связанные с правовым регулированием условий создания интеллектуальных творческих трудовых достижений работника [1, с. 67]. Кроме того, в эту группу отношений следует добавить группу отношений, которые также связаны с использованием таких достижений различными лицами.

Определение «творчества» в качестве круга общественных отношений соответствует методологической традиции, которая иллюстрируется тезисом А. И. Процевского о том, что необходимым условием проявления и существования труда являются общественные отношения, при которых и осуществляется процесс труда [2, с. 15].

Справедливость такого подхода и для определения условий творчества является очевидной. Во-первых, очевиден общественный характер творчества как труда, как деятельности, которая

проистекает в определенных условиях. Во-вторых, творчество как разновидность труда предполагает достижение конкретных общественно-значимых результатов.

И чем конкретнее ожидание результата, тем значительнее связь с ними условий их достижения и тем очевиднее те условия труда, которые необходимы для их достижения. Иными словами, творческий результат предполагает специальные средства его достижения.

Непосредственным специальным средством правового обеспечения



творчества как содержания трудовых отношений является установление необходимых для этого условий труда как для профессиональных творческих работников, так и для работников-«любителей» в творчестве.

Актуальность данной статьи обусловлена прежде всего необходимостью обеспечить работника необходимыми и надлежащими условиями труда для осуществления творчества. Отсутствие надлежащих условий труда создает работнику препятствия в реализации возможности воплотить свои творческие возможности (в итоге реализовать субъективное право на творчество), а значит выполнить трудовую функцию, предусмотренную трудовым соглашением.

В доктринальном плане это приводит к случайному и неоднозначному толкованию понятий «творческий работник», «право на творчество» и др., к противоречивому применению норм гражданского права, хозяйственного права, административного права к регулированию трудовых отношений, определению правового статуса субъектов творческого процесса, что в итоге лишает последних гарантий, предусмотренных трудовым законодательством.

Состояние исследования. Условия труда анализировались как российскими, так и украинскими учеными, такими как Л. Ю. Бугров, Ф. Громов, А. М. Лушников, М. В. Лушникова, Т. В. Парпан, О. Т. Панасюк, П. Д. Пилипенко, А. И. Процевский, Г. Черкасов, В. И. Щербина и др.

Относительно систематизации и анализа условий труда творческих работников, то они также были предметом исследования ученых-трудовиков: А. Ю. Антоновой, Ю. Б. Волегова, Ю. В. Леденёва, Н. М. Орловой, Л. Ю. Бугрова, С. С. Худяковой, Ю. В. Варламова, Гонцова Н. И., С. М. Кудрина, Ю. В. Васильевой, Н. С. Михайловой, С. Г. Воронцова, И. М. Басаргина, Р. А. Каримовой, С. В. Аристовой, И. В. Лагкуевой.

В доктрине трудового права Украины на сегодня нет единого комплексного исследования особенностей правового обеспечения творчества в трудовых отношениях.

Изложение основного материала. Парадоксом теории трудового права

является то, что процесс труда находит выражение в самостоятельном объекте - условиях труда, под которыми чаще всего подразумевают лишь физический (технический, технологический) аспект процесса труда, оставляя в стороне же остается его социальная форма. Такой подход в науке трудового права признается как «узкий».

Термин «условия труда» определяется в трудовом праве в узком и широком значении.

Так, Т. В. Парпан отмечает, что в юридической науке 60-х годов прошлого века понятием «условия труда» охватывалось как объем работ, так и ее распределение (изменения), физическая нагрузка, противопоказания по состоянию здоровья (горячие цеха, подземные работы, работы во влажном помещении или при низкой температуре и др.). По сути, речь шла о конкретных обстоятельствах, в которых работает работник, то есть об «условиях работы» [3, с. 14-16].

Альтернативой ему является «широкий» подход. Так, по мнению А. И. Процевского, в трудовом праве понятие «условия труда» должно применяться исключительно в широком смысле и охватывать различные элементы производственной и социально-психологической атмосферы на предприятиях, в учреждениях, организациях. Его нельзя сводить к охране труда, техники безопасности, исправного состояния машин, надлежащего качества инструментов и материалов, своевременного их представления и т. п. Это понятие воспроизводит более общий смысл. Оно шире понятия «охрана труда», поскольку включает права и обязанности работников, режим труда и отдыха, оплату труда, формы поощрения, виды премирования, возможности продвижения по работе, улучшение жилищных условий, то есть все то, с чем работник «сталкивается в процессе трудовой деятельности» [4, с. 205].

Л. Ю. Бугров, С. С. Худякова, Ю. В. Варламова, М. И. Гонцова считают, что условия труда включают пять групп факторов, охватывающих основные стороны процесса труда: 1) организационные формы функционирования рабочей силы; 2) социально-психологические условия проявления и развития личности; 3) техническую

оснащенность труда; 4) санитарно-гигиенические условия внешней трудовой среды; 5) эстетическое состояние процесса труда [5, с. 63].

В. И. Щербина в обоснование использования широкого понимания «условий труда» в трудовых отношениях утверждает, что такой подход имеет под собой юридическую основу. Так, согласно части 4 статьи 43 Конституции Украины (далее – КУ) каждый имеет право на надлежащие, безопасные и здоровые условия труда.

Во-первых, речь идет о выполнении работодателем требования статей 88 и 153 Кодекса законов о труде Украины (далее – КЗоТ), определяющих такую категорию как «нормальные условия труда» через перечень обстоятельств и факторов, обеспечивающих работнику возможность реально выполнять работу, обусловленную трудовым договором.

Во-вторых, безусловно, работодатель должен выполнять обязанности, предусмотренные статьей 141 КЗоТ относительно правильной организации труда работников и создание условий для роста производительности труда.

В-третьих, нормы труда установленные работодателем соответствуют критериям, определенным частью 3 статьи 85 КЗоТ, и установленные для работников в соответствии с достигнутым уровнем техники, технологии, организации производства и труда.

Кроме того, работодатель обязан: ознакомить работника с правилами внутреннего трудового распорядка и коллективным договором, определить работнику рабочее место, обеспечить его необходимыми для работы средствами, проинструктировать работника по технике безопасности, производственной санитарии, гигиене труда и противопожарной охраны [6, с. 134].

Исследуя содержание понятий «условия работы» и «условия труда», Л. Ю. Бугров отмечал, что в качестве условий труда фигурируют правила (требования), по охране труда, порядок выполнения трудовой функции, объема работы и т. п., а условиями работы будет их реальное воплощение в том или ином процессе труда [7, с. 48].

Таким образом, понятие «условия работы» характеризует исключительно определенные производственные условия труда работника и относится



к понятию «условия труда» как часть и целое соответственно.

При этом для целей настоящей статьи под условиями труда понимается вся совокупность факторов, влияющих на выполнение работником своей трудовой функции от социальных до производственных, т.е. в самом широком значении.

Среди актуальных задач, которые выявляют проблемность вопроса об условиях труда, следует выделить как самостоятельную задачу правового регулирования условий труда, необходимых и достаточных для проявления работником творчества. При этом следует обратить внимание на то, что проявление творчества работником обуславливается собственно содержанием давно устоявшихся социальных связей, наличие которых через свою очевидность, воспринимается как аксиома.

Во-первых, люди делают инвестиции в самих себя, когда посещают школу, получают специальную профессиональную подготовку, получают практические профессиональные навыки, развивают свои способности, в том числе и творческие.

Во-вторых, сам факт творчества, как и его результат, является желанной и общественно полезной деятельностью, свидетельством чего может служить государственный заказ при организации работы творческих коллективов, проведение научных исследований по определенной теме, проведение международных конференций, предоставление грантов на реализацию проектов и т.д. Воплощение полученного результата таких заказов происходит опять-таки в обществе и для удовлетворения требований общества.

В-третьих, общество так или иначе пытается обеспечить инфраструктуру творчества, то есть весь необходимый спектр государственных и частных учреждений и организаций, которые обеспечивают развитие и поддержку всех стадий творческого процесса (школы, университеты, научно-исследовательские центры, лаборатории, библиотеки, общественные фонды, творческие союзы, международные организации и т.д.).

В-четвертых, общество способствует творческому процессу не только через обеспечение его инфраструктурой, но и создавая благоприятную соци-

альную обстановку, повышая престиж творческих профессий, стимулируя творческое отношение к труду, обеспечивая необходимые бытовые условия субъектам творчества.

В-пятых, общество создало механизмы защиты субъекта творчества и результат творчества, осознавая его ценность для общества в целом [8, с. 39-44].

Социальные связи обуславливают наличие творчества, а правовое регулирование с помощью норм определяет конкретные организационно-правовые формы творчества через механизм их реализации и защиты.

Существующее законодательство фактически не имеет четкости в установлении разницы между «творческим работником» и работником в обычном смысле. Необходимость подобной четкости определяется связью с теми условиями труда, которые соответственно статусу работника должны обеспечиваться.

Нормативное определение понятия «профессиональный творческий работник», предусмотренное в ч. 2 ст. 1 Закона Украины «О профессиональных творческих работниках и творческих союзах», определяется как лицо, осуществляющее творческую деятельность на профессиональной основе, результатом которой является создание или интерпретация произведений в сфере культуры и искусства, публично представляет такие произведения на выставках, путем публикации, сценического исполнения, кино-, теле-, видеопозаказу и тому подобное и/или является членом творческого союза, и/или имеет государственные награды за деятельность в сфере культуры и искусства.

В соответствии с пунктом 1 раздела I «Рекомендаций о положении творческих работников», принятых Организацией Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) от 27 октября 1980 г., к творческим работникам относится любое лицо, которое создает или интерпретирует произведения искусства, участвуя таким образом, в их воссоздании, которое считает свою творческую деятельность неотъемлемой частью своей жизни, которое, таким образом, содействует развитию искусства и культуры и которое призна-

но или требует признания в качестве творческого работника, независимо от того, связано оно или нет какими бы то ни было трудовыми отношениями и есть ли оно или нет членом какой-либо ассоциации.

По мнению Р. А. Каримовой и Н. М. Саликовой, предоставленное в Рекомендациях ЮНЕСКО определение не является удачным поскольку излагается через тавтологию. По существу, в качестве творческого работника выступает любое лицо, которое занимается творческой деятельностью. При этом понятие «творческой деятельности» остается не раскрытым, равно как и понятие «произведение в сфере культуры и искусства». Значительно усложняет восприятие понятия «творческий работник» использование словосочетаний наподобие «лицо, которое считает свою творческую деятельность неотъемлемой частью своей жизни», которые не несут в себе юридического значения.

При этом ученые Р. А. Каримова и Н. М. Саликова справедливо отмечают, что подобного характера недостатки присущи для многих международных актов и, вероятно, обусловлены недостатками перевода [9, с. 142-146].

Анализ и сравнение указанных нормативных положений позволяет сделать следующие выводы.

Положения международных норм являются более универсальными в вопросе отнесения работника к категории «творческих» и устанавливает гарантии, предусмотренные в трудовом законодательстве для всех работников, независимо от того на каком правовом основании лицо выполняет работу, что по своему содержанию является творчеством, признавая за ней статус творческого работника.

Необходимость такой гибкости в правовом регулировании обусловлена развитием тенденции, которая господствует, воспринимать понятия «творчество» и «труд» как взаимоисключающие и противоположные друг другу явления, при этом игнорируется социальная природа этих явлений.

Как правило, лицо, которое относит себя к творческому работнику, по своему заблуждению или бессилию, соглашается на статус «свободного художника», деятельность которого сознательно не регулируется нормами трудового пра-



ва, а следовательно и не может быть защищена трудо-правовыми средствами.

Следовательно, среди довольно «стандартных» условий труда творческого работника, к которым фактически сводится договоренность с работодателем, можно выделить: 1) нестабильную/неполную занятость; 2) совмещение разных профессий, специальностей или несистематичность оплаты труда; 3) труд без заключения договора или на основании гражданско-правовых договоров; 4) отсутствие социального обеспечения; 5) самостоятельность в определении режима труда; 6) организационную отделенность от других работников [10] и тому подобное.

В свою очередь, труд «нетворческого» работника противопоставляется «творческому» и имеет следующие признаки: 1) постоянный характер; 2) труд на основании трудового договора; 3) работник, как правило, выполняет работу в пределах одной трудовой функции; 4) работник подлежит внутреннему трудовому рас порядку; 5) включенный в трудовой коллектив; 6) регулярная оплата труда; 7) уплата работодателем отчислений на социальное обеспечение работника; 8) распространение государственных гарантий и пр.

Отсутствие правового обеспечения надлежащими условиями труда творческих работников привело к развитию такого явления, как «фриланс», так сказать, индивидуальной трудовой деятельности, которое еще не регламентировано, но является востребованным через наличие очевидных преимуществ.

В частности, для фрилансера преимуществом является возможность создать максимально удобные условия труда, график работы, персонализировать рабочее место, одежду, температурный режим и тому подобное. Для работодателя фриланс предоставляет возможность платить лицу только за выполненную работу, а не за количество часов, в течение которых работник находился на рабочем месте, использование фрилансеров дает возможность работодателю привлекать специалистов высшего класса из разных сфер деятельности, экономя при этом на обеспечении рабочего места для работника [11].

Однако такое положение вещей

ведет к дискриминации работников по характеру труда, а, соответственно, создает самостоятельное направление правового регулирования труда творческих работников.

Основаниями для возникновения трудовых отношений с творческим работником могут быть как трудовой договор, так и заключаемые при этом авторский договор, договор подряда или договор о предоставлении услуг и тому подобное.

Соответственно, в договорах творческий работник может именоваться как «работник», «автор», «исполнитель», «физическое лицо-предприниматель»

Согласно статье 6 Закона Украины «О профессиональных творческих работниках и творческих союзах», профессиональный творческий работник может иметь статус как наемного работника, так и лица, которое не работает по найму.

Другими словами лицо может получить статус творческого работника на основании факта заключения трудового, гражданского, хозяйственного договора, или факта фактического выполнения трудовой функции при отсутствии любого из договоров.

Ключевым моментом является то обстоятельство, выполняет ли лицо работу определенного рода за соответствующей профессией, специальностью, квалификацией или нет. При этом второстепенное значение приобретает форма выражения других признаков трудовых отношений, так как сам вопрос о выполнении трудовой функции уже предоставляет этому лицу статуса работника.

С учетом содержания абзаца 4 статьи 24 КЗоТ, в соответствии с которым трудовой договор считается заключенным и тогда, когда приказ или распоряжение не были выданы, но работник фактически был допущен к работе и, учитывая положение статьи 9 КЗоТ о том, что условия договоров о труде, ухудшающих положение работников сравнительно с законодательством Украины о труде, являются недействительными, можно сделать соответствующий вывод.

Лицо, которое профессионально занимается творчеством, всегда является работником, независимо от основания возникновения трудовых отношений,

а следовательно, владеет общим объемом прав и обязанностей, который имеет работник согласно законодательству о труде.

Следует различать условия труда профессиональных художников, которые постоянно осуществляют творческую деятельность, и работников-любителей в творчестве, осуществляющих свою деятельность нерегулярно.

Для работодателя является обязанностью должным образом обеспечивать условия труда для профессиональных работников. В свою очередь, обеспечение условий творчества для работников-аматоров является правом работодателя и могут быть установлены с целью стимулирования творчества при выполнении работы.

С целью конкретизации и детализации статьи 41 КУ, которая предусматривает право каждого владеть, пользоваться и распоряжаться своей собственностью, результатами своей интеллектуальной, творческой деятельности, а также статьи 54 КУ, которая гарантирует гражданам свободу литературного, художественного, научного и технического творчества, защита интеллектуальной собственности, их авторских прав, моральных и материальных интересов, возникающих в связи с различными видами интеллектуальной деятельности, в законодательстве о труде должен быть прописан минимальный уровень гарантий условий труда для творческих работников, а также для работников, для которых проявление творчества является их субъективным правом.

Выводы. Таким образом, основываясь на базовой аксиоме трудового права [12, с. 201] и учитывая особенности творческого труда, следует признать необходимость их специального правового регулирования. Именно это позволит реализовать сущность, а, соответственно, определить значение условий труда при реализации субъективного права на творчество (при реализации потребности работника в творчестве, основанной на его способностях).

Список использованной литературы:

1. Богдан І. А. Поняття «творчість»



як категорія трудового права //Юридична Україна. – 2012. – № (113)2012. – С. 61–68.

2. Процевский А. И. Предмет советского трудового права. – М. : Юрид. лит., 1979. – 224 с.

3. Парпан Тетяна Валеріївна. «Істотні умови трудового договору» : дис. ... к. ю. н.; 12.00.05. – Львів 2004. – 203 с.

4. Трудове право : підручник [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / В. В. Жернаков, С. М. Прилипка, О. М. Ярошенко та ін.; за ред. В. В. Жернакова. – Х. : Право, 2012. – 496 с.

5. Бугров Л. Ю., Худякова С. С., Варламова Ю. В., Гонцов Н. И. Творчество и трудовое право / Под ред. Л. Ю. Бугрова – Пермь : Изд. Пермского университета, 1995 г. – 132 с.

6. Щербина В. І. Трудове право України : підручник / за ред. В. С. Венекітова. – К. : Істина, 2008. – 384 с.

7. Бугров Л. Ю. Советское законодательство о переводах на другую работу (Некоторые вопросы развития). – Красноярск, 1987. – 165 с.

8. Бугров Л. Ю., Худякова С. С., Варламова Ю. В., Гонцов Н. И. Творчество и трудовое право / Под ред. Л. Ю. Бугрова – Пермь : Изд. Пермского университета, 1995 г. – 132 с.

9. Каримова Р. А., Саликова Н. М. Понятие «творческие работники»: проблемные вопросы // Вестник Пермского университета. – Серия: Юридические науки. – № 1 (7). – Пермь : Изд-во Перм. ун-та, 2010. – С. 142–146.

10. Евгения Абрамова Условия труда творческих работников: итоги проекта от 30.09.2012 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://polit.ru/article/2012/09/30/altvorrobotnyki/>.

11. Понятие «фрилансер» Материалы из Википедии [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A4%D1%80%D0%B8%D0%BB%D0%B0%D0%BD%D1%81%D0%B5%D1%80>.

12. Актуальні проблеми регулювання відносин у сфері праці та соціального забезпечення : тези доповідей та наукових повідомлень учасників III Міжнародної науково-практичної конференції, 7-8 жовтня 2011 р. / За ред. к. ю. н., доц. В. В. Жернакова. – Харків : Кросроуд, 2011. – 540 с.

СОСТАВ КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ

М. БОГУШ,
аспирант кафедры хозяйственного права
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

SUMMARY

The present article deals with the issues of corporate relations based on their structure, which includes subjects, the object and the content. The author analyzes different theoretical approaches, the legislation of Ukraine and foreign countries on the basis of which the author presents his point of view on the corporate relations structure. Defended the view about the fact that among the founders of the corporation arise purely relations of obligation. Argued the existence of subjective rights from corporate governance and control of the corporation, officers, and its adjacency to the concept of «corporate rights in a subjective sense».

Key words: corporate relations, corporation, structure, subjects, object, subject corporate law.

* * *

В статье исследуется проблематика корпоративных отношений с точки зрения их состава: субъекты, объект и содержание. Анализируются существующие теоретические подходы, законодательство Украины и зарубежных стран, на основании чего предлагается авторское понимание корпоративных отношений с точки зрения их состава. Отстаивается точка зрения касательно того, что между учредителями корпорации возникают чисто обязательственные отношения. Аргументируется наличие субъективного корпоративного права у органов управления и контроля корпорации, должностных лиц и его смежность с понятием «корпоративные права в субъективном смысле».

Ключевые слова: корпоративные отношения, корпорация, состав, субъекты, объект, содержание, субъективное корпоративное право.

Постоянная эволюция юридической науки и доктрины хозяйственного права является движущей силой, влияющая на направленность научных взглядов относительно сложной комплексной проблемы корпоративных отношений.

Целью данной статьи является выяснение правовой природы корпоративных отношений с точки зрения их состава (структуры). Для достижения этой цели поставлены следующие задачи: исследовать субъектный состав корпоративных отношений, их объект и юридическое содержание; предложить собственное понимание «субъективного корпоративного права» и корпоративных отношений.

Актуальность исследования проблемы корпоративных отношений объясняется отсутствием четкого нормативного определения данной категории на уровне законодательства, а лишь фрагментарного определение определенных их признаков.

Среди ведущих как отечественных, так и зарубежных ученых, занимавшихся исследованиями проблемы корпоративных отношений, являются: М. М. Агарков, У. Э. Батлер, А. Г. Бобков, А. С. Васильев, О. М. Винник, О. Гирке, Н. С.

Глусь, В. А. Гуреев, Г. Л. Знаменский, Т. В. Кашанина, П. П. Цитович, Г. Ф. Шершеневич, Е. В. Щербина и другие.

Изложение основного материала исследования. В теории права, традиционно, под составом (содержанием, структурой) любых правовых отношений, в том числе и корпоративных, понимают единство трех составляющих (элементов): субъекты, объект и содержание таких отношений [1, с. 511-513]. Анализ в данной статье очертил корпоративными отношениями, возникающими в организационно-правовой форме хозяйственного общества – объединение капиталов (акционерное общество, далее – «АО»), общество с ограниченной ответственностью, далее – «ООО» и общество с дополнительной ответственностью, далее – «ОАО»), которые обобщенно назовем «корпорациями».

Среди ученых отсутствует единая точка зрения относительно субъектно-



го состава корпоративных отношений. По сфере действия последние делятся на внешние и внутренние [2, с. 31-32]. Внутренние отношения возникают в пределах самой корпорации в различных комбинациях: между ее структурными подразделениями, органами, должностными лицами, участниками между собой и т. д. В свою очередь, внешние отношения возникают между корпорацией и другими самостоятельными участниками хозяйственных отношений, которые обобщенно назовем «третьи лица». Поэтому сложилось два подхода к определению субъектного состава корпоративных отношений: узкий – базирующейся на теории внутренних корпоративных отношений и широкий, который включает в перечень субъектов также третьих лиц.

Так, представителем «широкого» подхода является О. М. Винник, по мнению которой, корпоративные отношения складываются при участии непосредственных участников как носителей корпоративных интересов (учредителей и участников хозяйственного общества, самого общества, его органов и должностных лиц) и косвенных (кредиторов, потребителей, наемных работников, облигационеров общества, ГКЦБФР – сегодня НКЦБФР), территориальной общины и государства в лице уполномоченных органов) [3, с. 35]. Подобной точки зрения придерживается и А. А. Данельян, который считает самостоятельными субъектами корпоративных отношений корпорации, управляющих корпорацией и участников корпорации. К участникам корпорации в широком смысле автор относит также носителей публичных интересов: органы и должностные лица, реализующие правоприменительную деятельность, лица, реализующие профессиональные интересы: регистраторы, депозитарии; кредиторы; партнеры компании и органы власти [4, с. 77-80].

В то же время представители узкой точки зрения считают, что корпоративные отношения на стадии создания общества складываются между учредителями, после его государственной регистрации – между участниками (акционерами), участниками (акционерами) и обществом, органами общества и участниками (акционерами) [5, с. 218].

Корпоративные отношения между

учредителями корпорации не возникают, а являются собственно докорпоративными отношениями, что объясняется следующим. Отношения между учредителями являются чисто обязательственным, поскольку учредители имеют взаимные права и обязанности по созданию корпорации; выполняют друг перед другом обязательства в пользу нового субъекта корпоративных отношений – корпорации. Данная точка зрения подтверждается на уровне законодательства, поскольку учредители несут солидарную ответственность по обязательствам, возникшим до государственной регистрации корпорации (ч. 1 ст. 12 ЗУ «Об акционерных обществах», далее – Закон «Об АО») [6]. Обязательственные отношения возникают из учредительного договора, договора о совместной деятельности по созданию корпорации (договор простого товарищества), что также может быть заключен и в устной форме [7, с. 14-16]. Хотя устав корпорации не признается собственно договором [8], однако связь между уставом и сделкой, несомненно, существует, поскольку устав как локальный нормативный акт возникает вследствие волеизъявления учредителей, что в свою очередь является сделкой. Даже отсутствие между учредителями договора в письменной форме еще не свидетельствует об отсутствии договорных отношений. К тому же сделка, договор не являются единственными основаниями возникновения обязательства.

Акцент на договорной природе устава, который в странах англосаксонского права называется «внутренний регламент», был осуществлен английским судом по делу Wood vs. Odessa Water Works, который отметил, что внутренний регламент по сути является контрактом (договором) между пайщиками, пайщиками и компанией [9, с. 54]. Такой подход является целесообразным, поскольку он дает возможность использовать дополнительные механизмы защиты прав и интересов участников корпоративных отношений, вытекающих именно из договорных отношений, например, требование принудительного исполнения обязанности в натуре, признание сделки недействительной, возмещение убытков и прочие способы возмещения

имущественного вреда, возмещение морального вреда и т. п. Основная цель основателей – это создание корпорации, после государственной регистрации которой учредители приобретают статус участников. Г. Ф. Шершеневич метко отметил, что пока действуют учредители, юридическое лицо еще не существует [10, с. 406].

Поэтому, спорной является позиция тех ученых, которые отмечают на существовании корпоративных отношений на этапе основания корпорации. Так, О. Гирке указывал на социально-обязательную силу правоотношений, возникавших при создании обществ. Он обращал внимание на то, что акты, которые направлены на создание юридического лица являются элементами творческого акта, что вызвали к жизни социального носителя свободы. Эти творческие акты являются индивидуальными и отличными от договорных отношений, поскольку представляют собой односторонний общий акт. Как следствие, отношения между учредителями приближенные к корпоративной жизни [11, с. 473]. Конечно, данная точка зрения заслуживает внимания, однако «односторонний общий акт», по сути, можно толковать как «однонаправленное совместное действие» учредителей на создание корпорации, что отнюдь не отрицает договорной природы отношений между последними, в том числе при наличии в действиях учредителей элементов творческого характера.

Корпорация является созданной с даты внесения в Единый государственный реестр юридических лиц и физических лиц-предпринимателей (ЕГРПОУ) записи о ее создании (ч. 4 ст. 25 Закона «О государственной регистрации юридических лиц и физических лиц-предпринимателей») [12]. Итак, с даты внесения записи в ЕГРПОУ о создании корпорации, возникают корпоративные отношения.

Однако, в законодательстве других стран существуют обоснованные случаи возникновения корпоративных отношений до момента создания корпорации, когда после принятия решения о создании корпорации, избрание ее органов, возникает частично дееспособное юридическое лицо. Так, в Кодексе торговых обществ Республики



Польша определен статус «общество в организации», которое уже имеет правосубъектность, но еще не является юридическим лицом [13, с. 34].

Некоторые ученые отрицают факт возникновения корпоративных отношений между собственно участниками. Например, Е. В. Щербина отметила, что акционеры между собой не вступают в корпоративные отношения, более того, между ними нету никакой юридической связи [14, с. 23]. Аналогичной точки зрения придерживался и Л. И. Петражицкий, который отстаивал позицию, что «акционеры, как таковые, не состоять друг к другу ни в каких обязательственных и даже ни в каких юридических отношениях» [15, с. 321]. По моему мнению, юридическая связь между участниками/акционерами бесспорно существует, ведь последние могут объединяться с целью реализации правомочия на участие в управлении корпорацией: при создании квалифицированного меньшинства, при заключении акционерных соглашений и т.п. Возможности признания органов и должностных лиц участниками корпоративных отношений, не имеющих статуса субъекта права, активно поддерживается представителями хозяйственно-правовой науки. Между тем представители гражданской концепции понимания правовой природы корпоративных отношений акцентируют внимание на возможности возникновения последних исключительно между самостоятельными субъектами права: корпорацией и участниками корпорации. Однако цивилистический подход не учитывает того, что участники вступают в отношения, прежде всего, именно с органами и должностными лицами корпорации при посредничестве корпорации как сложной системы. Только во внешних отношениях с третьими лицами органы и должностные лица корпорации действуют от имени самой корпорации, как бы отождествляясь с последней. В связи с этим точным является высказывание В. Н. Кравчука, что наружно действия органов управления считаются действиями юридического лица, однако в внутрикорпоративных отношениях каждый орган имеет свой статус [16, с. 13]. Таким образом, участниками корпоративных отношений являются участники корпо-

рации, собственно корпорация, органы управления и корпоративного контроля корпорации и их должностные лица.

Следующим элементом состава правовых отношений является объект, которым являются различные материальные и нематериальные блага, способные удовлетворить потребности субъекта правоотношений [17, с. 156-157]. Вопрос объекта корпоративных отношений является довольно спорным в правовой науке и, как правило, определяется принадлежностью ученых к определенной отрасли права. Так, Е. В. Щербина объектом корпоративных отношений считает акцию как ценную бумагу [14, с. 23]. Однако данное определение является слишком узким, поскольку не учитывает других организационно-правовых форм хозяйственных организаций, которые могут быть субъектами корпоративных отношений. М. А. Рожкова объектом корпоративных отношений считает организацию деятельности (обеспечение функционирования) юридических лиц корпоративного типа [18, с. 71-75]. Однако корпоративные отношения возникают не собственно по поводу обеспечения (организации) деятельности, а скорее по поводу результатов такой деятельности. По мнению О. М. Винник, объектом корпоративных отношений являются соответствующие блага – имущество организации корпоративного типа, в том числе полученная ею прибыль, порядок управления этим имуществом, который отражается и в корпоративных правах [3, с. 34].

Учитывая неоднозначный подход к возможности признания органов управления и должностных лиц участниками корпоративных отношений, которые не являются субъектами права, целесообразно определить объект правоотношений с участием последних. Таким объектом можно определить поведение уполномоченных лиц и/или действия, результаты действий обязанных субъектов. Например, при реализации функций ревизионной комиссией на проведение проверки финансово-хозяйственной деятельности между ней и исполнительным органом возникают корпоративные отношения, объектом которых является действие обязанного участника – исполнительного органа – обеспечить доступ к необходимой

информации (ч. 1 ст. 74 ЗУ «Об АО») уполномоченному участнику – членам ревизионной комиссии. Учитывая вышеизложенное, объект корпоративных отношений имеет сложный характер, им есть корпоративные права, которые определяются как доля в уставном капитале корпорации, корпоративная собственность и порядок управления ею, а также осуществление корпоративного контроля и управления, деятельность корпорации и результаты ее деятельности.

Наконец, юридическим содержанием корпоративных отношений является совокупность взаимных субъективных прав и обязанностей их участников. Прежде всего, необходимо выяснить, что представляет собой собственно субъективное право. Так, дореволюционный ученый Г. Ф. Шершеневич определял субъективное право как власть реализовывать интересы, обеспеченную и ограниченную нормами объективного права [10, с. 198]. В свою очередь, С. Н. Братусь, впервые в советской правовой науке определил субъективное гражданское право как предусмотренную и обеспеченную законом меру возможного поведения лица [19, с. 33].

В правовой науке отсутствует единая точка зрения относительно содержания понятия «субъективного корпоративного права». Некоторые ученые определяют субъективное корпоративное право через понятие корпоративные права, тем самым отождествляя последние. Так, Н. С. Глусь под корпоративным правом в субъективном смысле понимает совокупность прав, возникающих у акционера или участника корпорации вследствие приобретения ими соответствующего права собственности на акции, права собственности на долю в уставном фонде [20, с. 13]. Данная позиция вызывает возражения относительно корректности определения субъективного единичного права через категорию множественности прав, ведь право не может содержать в своей структуре другие права. Вторым направлением в правовой доктрине есть понимание корпоративного субъективного права не только в аспекте корпоративных прав в отношении существующей корпорации, но и прав, возникающих между учредителями до



момента создания самой корпорации [21, с. 10], что является дискуссионным вопросом, о чем уже шла речь.

Приведенные выше определения «субъективного корпоративного права» говорят о принадлежности последнего исключительно участникам/акционерам корпорации. А каким есть субъективное право других участников корпоративных отношений? Является ли оно корпоративным субъективным правом? Ведь корпоративные отношения могут возникать не только между участниками корпорации, но и между органами корпорации, участником и должностным лицом корпорации и т.п.

Проиллюстрируем это на следующем примере. Согласно пп. 2,3 ч. 1, ч. 2 ст. 47 ЗУ «Об АО», исполнительный орган, ревизионная комиссия вправе требовать созыва внеочередного общего собрания, а наблюдательный совет в течение 10 дней с момента получения такого требования обязан принять решение о созыве или об отказе в созыве собрания. В данном случае имеют место корпоративные отношения, которые являются производными от корпоративного субъективного права участников на управление корпорацией, поскольку органы корпорации формируются именно участниками и, соответственно, последние делегируют им определенный комплекс прав по принятию решений. В приведенном примере уполномоченным участником является исполнительный орган/ревизионная комиссия, что владеет субъективным правом на подачу требования о созыве внеочередного общего собрания. Считаю, что это субъективное право является корпоративным, так как возникает в предпринимательской хозяйственной организации корпоративного типа. В свою очередь, наблюдательный совет является обязанным участником, на который возложена обязанность обеспечить реализацию субъективного корпоративного права уполномоченного участника путем созыва внеочередного общего собрания в установленный срок. Особенностью корпораций – объединение капиталов является то, что участники реализуют свою правомочность на управление корпорации исключительно с помощью централизованной системы органов корпорации, компетенция которых определена на уровне законода-

тельства и уставных документах компании. Так, высшим органом управления корпорации является общее собрание участников (акционеров) (ст. 58 ЗУ «Об хозяйственных обществах», далее – ЗУ «Об ХО») [22]; ст.32 ЗУ «Об АО»); исполнительным – правление/дирекция (для ООО/ОДО только дирекция) как коллегиальный орган или директор/генеральный директор (для ООО/ОДО только директор) как единоличный орган (ч. 3 ст. 58 ЗУ «Об АО»); ч. 1 ст. 62 ЗУ «Об ХО»); контрольным – ревизионная комиссия, а в АО также ревизор (ст.63 ЗУ«Об ХО»; ч. 1 ст. 73 ЗУ«Об АО»); органом, осуществляющим защиту акционеров, который контролирует и регулирует деятельность исполнительного органа есть наблюдательный совет АО, комитеты наблюдательного совета: комитет по аудиту и комитет по вопросам информационной политики, служба внутреннего аудита/внутренний аудитор (ст.ст. 51, 56 ЗУ «Об АО») Вспомогательные органы в АО: счетная комиссия, предоставляет разъяснение относительно порядка голосования, подсчета голосов и других вопросов, связанных с обеспечением проведения голосования на общем собрании (ст. 44 ЗУ «Об АО»); регистрационная комиссия, осуществляющая регистрацию акционеров (их представителей), прибывших для участия в общем собрании (ч. 3 ст. 40 ЗУ «Об АО»); корпоративный секретарь, отвечающий за взаимодействие АО с акционерами и/или инвесторами (ч. 4 ст. 56 ЗУ «Об АО»).

Таким образом, управление корпорацией осуществляется участниками не непосредственно, а опосредованно, через систему органов управления и контроля корпорации и их должностных лиц. В связи с вышеизложенным вызывает частичное отрицание высказана точка зрения Н. С. Глусь, что участники корпорации принимают непосредственное участие в управлении корпорацией [20, с. 21], поскольку такое участие является непосредственным лишь в определенных случаях. Например, в случае создания АО в составе одного человека, полномочия общего собрания осуществляются акционером самостоятельно, а решение акционера по вопросам, относящимся к компетенции общего собрания, оформляется им письменно и имеет

статус протокола общего собрания АО (ч. 2 ст. 49 ЗУ «Об АО»). Итак, в случае создания АО одним лицом, управления корпорацией действительно является непосредственным.

Ввиду того, что участники корпорации реализуют правомочие на управление преимущественно все-таки через органы управления, в состав которых они входят, то имеет место делегирование участниками/акционерами составляющей корпоративных прав органам корпорации и их должностным лицам на участие в управлении корпорацией путем принятия управленческих решений большинством голосов. Это дает основания утверждать о существовании субъективного корпоративного права, которое принадлежит именно органам управления и должностным лицам корпорации, о существовании которого до сих пор не упоминалось в науке корпоративного права.

Фактически, субъективное корпоративное право органов корпорации возникает как производное от корпоративных прав участников корпорации. Поэтому, делегирование субъективного корпоративного права органам корпорации и их должностным лицам предусматривает, что они должны действовать в интересах корпорации и ее участников в четко установленных пределах, не превышая свои полномочия, под угрозой ответственности за причиненные убытки, понесенные как корпорацией, так и ее участниками.

Предлагаю рассматривать субъективное корпоративное право как меру должного (дозволенного) поведения уполномоченного участника корпоративных отношений (не только участников корпорации), обеспеченного корпоративными обязанностями других обязанных участников корпоративных отношений.

Учитывая вышеизложенный анализ состава корпоративных отношений, можно предложить собственную дефиницию последних. Корпоративные отношения – это внутренние отношения, которые возникают, изменяются и прекращаются в корпорации, по волеу реализации их участниками (корпорацией, участниками/акционерами корпорации, должностными лицами и органами управления и контроля корпорации) принадлежащего им субъек-



тивного корпоративного права с целью управления корпоративной собственностью, осуществление корпоративного контроля и управления, обеспечения надлежащей деятельности корпорации и получения прибыли.

Выводы. Подытожив все вышесказанное, можно сделать следующие выводы. Во-первых, корпоративные отношения существуют только как внутренние отношения. Во-вторых, участниками корпоративных отношений являются участники корпорации, собственно корпорация, органы управления и корпоративного контроля корпорации и их должностные лица. В свою очередь, третьи лица, деятельность которых влияет на интересы носителей корпоративных прав: НКЦБФР, АМК Украины, правопреемники, наследники, налоговые органы, кредиторы, потребители продукции/работ/услуг, депозитарии, хранители и т. п., не являются субъектами корпоративных отношений. В-третьих, между учредителями корпорации возникают чисто обязательственные отношения, так что они не являются участниками (субъектами) корпоративных отношений. В-четвертых, объект корпоративных отношений имеет сложный характер, им есть корпоративные права, которые определяются как доля в уставном капитале корпорации, корпоративная собственность и порядок управления ею, а также осуществление корпоративного контроля и управления, деятельность корпорации и результаты ее деятельности. В-пятых, понятие «субъективное корпоративное право» и «корпоративные права в субъективном смысле» являются смежными, однако не тождественными понятиями. Когда речь идет именно об участниках корпорации, то субъективным корпоративным правом и являются собственно корпоративные права. В-шестых, субъективное корпоративное право принадлежит не только участникам корпорации, но и другим участникам корпоративных отношений: должностным лицам, органам управления и контролю корпорации.

Список использованной литературы:

1. Скакун О.Ф. Теория государства и права : учебник / Пер. с рус. / О. Ф. Скакун. – Харьков : Консум, 2001. – 664 с.
2. Хозяйственное право : учебник / Под. общ. ред. академика Мамутова В. К. – К. : Юринком Интер, 2002. – С. 31–32.
3. Винник О. М. Проблемы правового регулирования корпоративных и партнерских отношений / О. М. Винник. – М. : Научно-исследовательский институт частного права и предпринимательства АПРн Украины, 2010. – 166 с.
4. Дanelьян А. А. Корпорация и корпоративные конфликты / А. А. Дanelьян. – М. : Изд-во «Камерон». – 2007. – 192 с.
5. Корпоративное управление : монография / И. Спасибо-Фатеева, Е. Р. Кибенко, В. Борисова. Под ред. проф. И. Спасибо-Фатеевой. – М. : Право, 2007. – 500 с.
6. Закон Украины от 17 сентября 2008 «Об акционерных обществах» // Официальный вестник Украины. – 2008. – № 81. – Ст. 7.
7. Козлова Н. В. Правосубъектность юридического лица / Н. В. Козлова // Законодательство. – 2003. – № 12. – С. 14–16.
8. О практике рассмотрения судами корпоративных споров : Постановление Пленума Верховного Суда Украины № 13 от 24.10.2008 года. – П. 14 // Вестник Верховного Суда Украины. – 2008. – № 11.
9. Половников Г. В. Английское право в компаниях: закон и практика : учебное пособие / Г. В. Половников. – М. : Изд-во «НИМП», 1999. – С. 54.
10. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права / Г. Ф. Шершеневич. – М., 2003. – Т. 1. – С. 406.
11. Каминка А. И. Акционерные компании. Юридическое исследование / А. И. Каминка. – С-Пб., 1902. – С. 473.
12. Закон Украины от 15 мая 2003 «О государственной регистрации юридических лиц и физических лиц-предпринимателей» // Официальный вестник Украины. – 2003. – № 25. – Ст. 12.
13. Кравчук В. Н. Механизм возникновения корпоративных правоотношений / В. Н. Кравчук // Юридический советник. – 2009. – № 4 (30). – С. 34.
14. Щербина Е. В. Правовое положение акционеров по законодательству Украины : дис. ... на соискание степе-
- ни канд. юрид. наук : специальность 12.00.03 / КНУ имени Тараса Шевченко. – М., 2000. – 223 с.
15. Каминка А. И. Очерки торгового права. Выпуск 1-й. Издание второе, исправленное и дополненное / А. И. Каминка. – С.-Петербург. Издание юридического книжного склада «Право», 1912. – С. 321.
16. Кравчук В. Н. Корпоративное право : научно-практический комментарий законодательства и судебной практики / В. Н. Кравчук. – М. : Правда, 2005. – Ст. 13.
17. Алексеев С. С. Общая теория права. В двух томах. Т. II в. / С. С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1982. – 360 с.
18. Рожкова М. А. Корпоративные отношения и возникающие из них споры / М. А. Рожкова // Вестник высшего арбитражного суда Российской Федерации. – 2005. – № 9. – С. 71–75.
19. Братусь С. Н. О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав / С. Н. Братусь // Советское государство и право. – 1949. – № 8. – С. 33.
20. Глусь Н. С. Корпорации и корпоративное право: понятие, основные признаки и особенности защиты : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : специальность 12.00.03 / КНУ имени Тараса Шевченко. – М., 2000. – 23 с.
21. Васильева В. А. По вопросу о понятии корпоративного права / В. А. Васильева // Правовое регулирование корпоративных отношений в Украине : материалы научно-практического семинара (28 февраля 2003). – Л., 2003. – С. 8–10.
22. Хозяйственный кодекс Украины от 16 января 2003 // Официальный вестник Украины. – 2003. – № 11. – Ст. 303.



ПОНЯТИЕ И ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ДОГОВОРА ССУДЫ

Н. БОЙКО,

соискатель кафедры гражданского права Юридического института
Прикарпатского национального университета имени Василия Стефаника

SUMMARY

This article defines the concept of loan agreement and examines the legal nature of the contract in terms of classifications of civil contracts. On the basis of the presence or absence of consideration in undertaking this contract is free of charge, basing the classification criteria of legal consequences, the creation of which members seek relationship, loan contract refers to a group of contracts on transfer of property for temporary use. Contract loans are real, bilateral, binding civil - legal agreement. Such an agreement can not be public affiliation or contract, but it may be made in favor of a third party.

Key words: contract loans, the legal nature of the contract loans, loan relationship.

* * *

В данной статье определяется понятие договора займа и исследуется юридическая природа этого договора с точки зрения классификационных признаков системы гражданско-правовых договоров. По признаку наличия или отсутствия встречного удовлетворения в обязательстве данный договор является безвозмездным; положив в основу классификации критерий правовых последствий, создания которых добиваются участники отношений, договор ссуды относится к группе договоров о передаче имущества во временное пользование. Договор ссуды является реальным, двусторонним, обязательственным гражданско-правовому договору. Такой договор не может быть публичным или договором присоединения, но он может заключаться в пользу третьего лица.

Ключевые слова: договор ссуды, юридическая природа договора ссуды, заемные правоотношения.

Постановка проблемы. Система договорного права Украины достаточно разветвленная. Так, Гражданский Кодекс Украины регламентирует возможность заключения как платных, так и бесплатных договоров. Реализуя принцип свободы договора субъекты договорных правоотношений вправе выбрать тот вид договора, который максимально удовлетворит их интересы.

Анализ научной литературы дает право утверждать, что на сегодняшний день нет основательного научного исследования договора ссуды, несмотря на то, что сегодня ссуда приобретает широкое распространение в бытовых отношениях. Договоры ссуды заключаются как по незначительных по стоимости предметов, так и по таким объектам гражданских прав, как здания, капитальные сооружения (их отдельные части), транспортные средства и т. д. Кроме того, ссуда приобретает все большее значение в отношениях в области культуры, например, пользование книгами из фондов библиотек, передача ценных вещей на выставки в музеи и т. д.

Отношения, возникающие из договора ссуды имеют особую юридическую природу, которая связана с характером самого же предмета договора, целью и порядком его заключения, изменения, расторжения и прекращения, особенностями субъектного состава договора ссуды и его содержанием, а также правовыми последствиями, следующих в случае

нарушения или несоблюдения условий последнего.

Состояние научной разработки проблемы. Основой для исследования особенностей юридической природы договора ссуды и определение понятия договора ссуды стали фундаментальные труды ученых: М. И. Брагинского, В. В. Витрянского, И. В. Елисеева, А. С. Иоффе, О. О. Красавчикова, Я. А. Куник, А. А. Маслова, Д. И. Мейера, В. А. Рясенцева и т. д.

Изложение основного материала. Гражданский кодекс Украины регламентирует возможность заключения различных договоров, например, по признаку наличия или отсутствия встречного удовлетворения в обязательстве – договоры возмездия и бесплатные, за правовыми последствиями – договоры о передаче имущества в собственность (купля-продажа, поставка, дарение, контрактация) договоры о передаче имущества и временное пользование (имущественный наем, ссуда, аренда, лизинг); договоры о выполнении работ (подрядные договоры, договор аудита) договоры о передаче

результатов творческой деятельности (авторские, лицензионные) договоры о предоставлении услуг (перевозка, страхование, поручения) договора о совместной деятельности (договор, о научно-техническом сотрудничестве) и т. д. [16, с. 576]. Выделение отдельных групп договоров, характеристика их существенных признаков необходимо для правильности выбора субъектами того или иного вида договора, который максимально удовлетворит потребности и интересы его участников.

Важное место среди договоров, содержащихся в ГК Украины, отводится договору ссуды. В бытовых отношениях между физическими лицами (например, предоставление в пользование одним лицом другому конспекта лекции), в сфере удовлетворения культурных потребностей физических лиц (например, предоставление библиотеками книг своим читателям), как форма спонсорских отношений (предоставления предприятием здания государственному учебному заведению для временного пользования) договор ссуды получает широкое применение.

Юридическая характеристика договора ссуды заключается в определении этого договора с точки зрения классификационных признаков системы гражданско-правовых договоров.

По договору ссуды одна сторона (ссудодатель) безвозмездно передает или обязуется передать другой стороне

(пользователю) вещь для пользования в течение установленного срока (ч. 1 ст. 827 ГК Украины).

Согласно содержанию ч. 1 ст. 827 ГК, по признаку наличия или отсутствия встречного удовлетворения в обязательстве, договор ссуды является безвозмездным договором.

Так, Гражданский кодекс Украины регламентирует возможность заключения как возмездных, так и бесплатных договоров. Возмездным являются двусторонние и многосторонние договоры, в которых каждая из сторон обязана предоставить друг другу определенное имущественное благо. В ч. 5 ст. 626 ГК Украины закрепляется общая концепция оплатности договоров, согласно которой, договор является возмездным, если иное не установлено договором, законом или не вытекает из сути договора. Договор считается возмездным, пока не доказана его бесплатность. Большинство договоров являются возмездными (договора купли-продажи, мены, поставки, найма и т. д.) [2, с. 31].

Однако И. В. Елисеев отметил, что достойное место в системе гражданско-правовых договоров отводится и бесплатным договорам и отметил, что бесплатные гражданско-правовые договоры не требуют никаких теоретических оправданий, поскольку такие договоры обслуживают наиболее высокие и благородные человеческие отношения [4, с. 26-30].

Гражданский кодекс Украины определяет следующие виды бесплатных договоров: договор дарения, договор займа, договор хранения, договор поручения, займа. Эти договоры можно разделить на две группы. К первой группе относятся договоры, которые могут быть только бесплатными, например, договор дарения и договор ссуды (безвозмездного пользования имуществом). Самостоятельность их обусловлена наличием особой юридической природы и нормативной базы [11, с. 180]. Каждому из них в Гражданском кодексе Украины выделена специальная глава, включает нормы, предназначенные для регламентации только бесплатных отношений. По этому поводу Я. А. Куник отметил: «В соответствии с правилами законодательной техники построения системы договоров, основанием для формирова-

ния обязательства как самостоятельно-го договорного типа является наличие существенных различий правоотношений, требующих принципиально иного правового регулирования. Необходимость формирования особой правовой базы для регламентации определенных правоотношений является основанием для выделения этих правоотношений в самостоятельный тип (вид) договора. Например, отношения по безвозмездной передаче имущества в собственность (дарение) существенно отличаются от отношений по передаче имущества в собственность на возмездной основе (купли-продажи). Отличие этих правоотношений обусловило то, что большинство норм, регламентирующих купле-продажу, не применяются к договору дарения. Специфический характер отношений дарения потребовал создания особой правовой базы для регулирования данного обязательства» [5, с. 845].

Ко второй группе бесплатных договоров относятся договоры, которые могут быть и бесплатными и платными. К ним можно отнести договоры хранения, поручения, займа [11, с. 180]. Ч. 1 ст. 946 ГК Украины отмечает, плата за хранение и сроки ее внесения устанавливаются договором хранения, указывает на оплатность этого договора. Ч. 4 ст. 946 ГК - учредительными документами юридического лица или договором может быть предусмотрено бесплатное хранение вещи, указывает на безвозмездный характер договора хранения.

Согласно ст. 1002 ГК Украины – поверенный имеет право на плату за выполнение своей обязанности по договору поручения, если иное не установлено договором или законом. Игак, самим же договором может и предусматриваться его бесплатность.

Договор займа тоже может быть возмездным или безвозмездным (ст. ст. 1046, 1048 ГК Украины). Действует правило возмездности займа, если иное не предусмотрено договором или законом. Право на получение процентов как платы за кредит является новеллой в правовом регулировании заемных отношений. Закон не устанавливает верхнего предела их размера. Размер и порядок получения процентов предусматривается самим договором. Пла-

та за услугу займа может иметь лишь денежное выражение в процентном отношении к сумме займа денег или стоимости имущества при займы других вещей, определенных родовыми признаками. Проценты могут начисляться за каждый день, месяц, квартал или год и выплачиваться заемщиком полностью одновременно с получением или возвратом предмета займа, или периодически частями. Если стороны не оговорили этого условия и не отметили бесплатного характера займа, то проценты должны выплачиваться ежемесячно до дня возврата одолженной суммы, исходя из их годового размера на уровне учетной ставки Национального банка Украины [10, с. 1088].

В условиях, указанных в ч. 2 ст. 1048 ГК Украины, заем является бесплатной, если договором не предусмотрено иное. Эта норма касается лишь займы других вещей, определенных родовыми признаками, а не денег.

Все вышесказанное дает возможность выделить ряд признаков, которые присущи бесплатным договорам. В частности:

1. Ограниченность сферы заключения и сферы действия этих договоров. Они не укладываются в сфере рыночных отношений, а потому не являются коммерческим договорам.

2. Субъектами бесплатных договоров, в первую очередь, выступают физические лица. Участие в них юридических лиц, государственных образований не исключается, но ограничена.

3. Бесплатные договоры обычно заключаются между физическими лицами на основе ранее сформированного взаимного отношения друг к другу. Чаще такие договоры заключаются между родственниками, соседями, знакомыми.

4. Своеобразные мотивы заключения безвозмездных договоров. Обычно сторона действует бесплатно, желает помочь другой стороне, сделав для нее доброе дело. Не случайно во французском Гражданском кодексе эти договоры названы благотворительными. «Даритель, заимодавец творят благо, передавая имущество в дар или во временное пользование, ничего за это не требуя» [14, с. 1101].

5. Как правило, бесплатный договор не может быть публичным. Кроме



договоров хранения в гостиницах, санаториях и т.д. Они не могут быть и договорами присоединения. Однако, некоторые из них могут быть заключены в пользу третьего лица. Например, право требования по договору займа может принадлежать не займодавца, а третьему лицу.

6. Защита нарушенных гражданских прав в бесплатных отношениях осуществляется, в основном, неюрисдикционными способами. Граждане редко прибегают к судебной защите своих прав, ограничиваясь, зачастую, самозащитой [7, с. 63-70].

7. Существуют особенности и при решении вопроса об ответственности сторон в случае нарушения или несоблюдения условий безвозмездного договора. Как правило, за нарушение, неисполнение или ненадлежащее исполнение условий безвозмездного договора виновная сторона возмещает материальный ущерб, а не моральный вред [12, с. 210].

Как мы уже отметили, договор ссуды является безвозмездным договором (ч. 1 ст. 827 ГК). Однако в ч. 2 ст. 827 ГК указывается, пользование вещью считается безвозмездным, если стороны прямо договорились об этом или если это вытекает из сути отношений между ними, то есть получается, что не является исключением и то, что стороны могут четко указать оплатность договора ссуды, или же это может быть следствием из содержания самого обязательства. Ч. 3 ст. 827 ГК Украины – к договору ссуды применяются положения главы 58 настоящего Кодекса, то есть правовые положения договора найма (аренды) ГК Украины. Причем, ч. 3 ст. 827 ГК не устанавливает никаких ограничений относительно возможности применения определенных норм главы 58 ГК Украины к договору ссуды, а в полном объеме распространяет их на кредитные отношения. Итак, можно предположить, что руководствуясь нормами главы 58 ГК, в частности статьей 762 ГК Украины стороны договора ссуды вправе предусмотреть в нем плату за пользование вещи.

По нашему мнению, договор ссуды является безвозмездным договором. Бесплатность договора ссуды является его квалифицирующим признаком.

Фактор бесплатности и признак на-

правленности договора на передачу в пользование таких объектов гражданских прав, как вещи, дает возможность отграничить его от других смежных договоров, например, договора найма, займа и т. д.

Во избежание сомнений о том, что договор займа является исключительно безвозмездному договору, считаем необходимым внести изменения в ч. 2 ст. 827 ГК Украины, где указать, договор ссуды является безвозмездным договором и внести изменения в ч. 3 ст. 827 ГК Украины, где указать, к договору ссуды применяются положения главы 58 настоящего Кодекса за исключением статей 759, 760, 761, 762, 765, 766, п. 2 ч. 2 ст. 768, ч. 2 ст. 769, ст. 775, п. 1 ч. 3 ст. 776, ст. 777, ч. 3 ст. 778, ст. 782, ч. 2 ст. 785.

Относительно реальности и консенсуальности договора ссуды, то в юридической науке длительный период времени велись дискуссии.

Договор консенсуальный – договор, для заключения которого требуется согласие (договоренность) сторон договора по всем существенным его условиям. Договор считается заключенным с момента достижения сторонами согласия.

В отличие от договоров реальных, считающиеся заключенными с момента передачи имущества, в договоре консенсуального права и обязанности сторон возникают с момента заключения договора.

В работе В. В. Витрянского и М. И. Брагинского «Договорное право» подходы к пониманию консенсуальности и реальности договора ссуды менялись. Сначала, договор ссуды рассматривался фактически как разновидность договора найма и относился к реальным договорам. Со временем авторы учебника определили договор ссуды, как самостоятельный и указали, что договор займа может быть как реальным так и консенсуальным в зависимости от характера предмета, передается одной стороной другой и момента его передачи [3, с. 800].

А. А. Маслов определил договор ссуды, как консенсуальный, учитывая тот факт, что он регулирует мелкие, бытовые общественные отношения [8, с. 825].

О. О. Красавчиков опроверг мне-

ние А. А. Маслова, указав, что договор займа является исключительно реальным, ведь то, что займодавец обещает передать дело, не означает, что он ее передаст в пользование пользователю, а, следовательно, договор не имеет юридической силы с момента достижения согласия между сторонами «[13, с. 544].

Е. Я. Лаасик рассматривая ссуду как консенсуальный договор, одновременно учитывая его бесплатность, подчеркивал невозможность истребовать вещь у ее владельца [6, с. 572].

К. Н. Анненков категорически возражал против консенсуального характера договора ссуды, объясняя это тем, что закон ставит его наряду с договором займа в сочетании и часто размещаются эти договоры в одной главе закона, «поэтому без сомнения этот договор – реальный» [1, с. 51-68].

Такой же точки зрения придерживался Д. И. Мейер, отмечая, поскольку договор займа очень схож с договором найма, то его следует считать реальным [9, с. 290].

Согласно ч. 1 ст. 827 ГК Украины договор займа может быть как реальным так и консенсуальным. Но, учитывая то, что договор ссуды предусматривает передачу вещи пользователю во временное пользование и его безвозмездный характер мы согласны с мнением О. О. Красавчикова – договор ссуды является исключительно реальным, ведь действительно то, что займодавец обещает передать дело, не означает, что он ее передаст в безвозмездное пользование пользователю, а следовательно договор не имеет юридической силы с момента достижения согласия между сторонами. Момент заключения договора ссуды следует сводить до момента передачи вещи в пользование.

В связи с вышеуказанным предлагаем ч. 1 ст. 827 ГК изложить в следующей редакции: «По договору ссуды одна сторона (ссудодатель) безвозмездно передает другой стороне (пользователю) вещь для пользования в течение установленного срока».

Правовая конструкция реального договора ссуды отражается и на распределении обязанностей между его сторонами. Некоторые авторы, например, В. А. Рясенцев, А. Красавчиков рассматривали договор ссуды как дву-



сторонний, некоторые, например, Е. А. Зинчук – как односторонний. Мы разделяем мнение авторов, которые считают договор ссуды двусторонним, поскольку и по реальной конструкции данного договора не только пользователь, но и займодавец имеет определенные встречные обязанности: предупредить пользователя об особых свойствах и недостатках вещи (ч. 2 ст. 767 ГК) или сообщить о всех правах третьих лиц на вещь, передаваемую в ссуду (ч. 2 ст. 769 ГК). Такой договор не может быть публичным, поскольку публичным является договор, в котором одна сторона – предприниматель – взяла на себя обязанность осуществлять продажу товаров, выполнение работ или оказание услуг каждому, кто к ней обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, медицинское, гостиничное, банковское обслуживание и т. д. ч. 1 ст. 633 ГК), не может быть и договором присоединения, договором присоединения является договор, условия которого установлены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах, который может быть заключен лишь путем присоединения второй стороны к предложенному договору в целом. Вторая сторона не может предложить свои условия договора (ч. 1 ст. 634 ГК). Однако договор ссуды может заключаться в пользу третьего лица (ч. 1 ст. 636 ГК), например, право требования по договору займа принадлежит не займодавца, а третьему лицу.

По правовым последствиям – договор ссуды относится к группе договоров о передаче имущества во временное пользование, о чем мы уже говорили.

В соответствии со ст. 317 ГК Украины содержание права собственности составляет триада правомочий: право владения, право пользования, право распоряжения. Право пользования – это юридически закрепленная возможность собственника по хозяйственному, предпринимательскому, культурно-бытовому использованию имущества и извлечения из него полезных свойств [15, с. 960].

Пользоваться имуществом означает возможность использовать свойства вещи для своих нужд или потреб-

ностей других лиц, присваивать плоды и доходы, которые приносит вещь [17, с. 560].

Выводы. Подытоживая сказанное, можем сделать следующие выводы:

1. Определить понятие договора ссуды как договора, по которому одна сторона (ссудодатель) безвозмездно передает другой стороне (пользователю) вещь для пользования в течение установленного срока.

2. Договор ссуды является безвозмездным, реальным, двусторонним, обязательственным гражданско-правовым договором. Такой договор не может быть публичным (ст. 633 ГК) или договором присоединения (ст. 634 ГК), но он может заключаться в пользу третьего лица. Положив в основу классификации критерий правовых последствий, создание которых добиваются участники отношений, договор ссуды относится к группе договоров о передаче имущества во временное пользование.

Список использованной литературы:

1. Анненков К. Н. Система русского гражданского права. Т. IV.: Отдельные обязательства. – СПб., 1904. – С. 51–68.
2. Бару М. И. Возмездность и безвозмездность в советском гражданском праве : автореф. дис ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. – М., 1957. – С. 31.
3. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. – М.: Статут, 2000. – С. 800.
4. Елисеев И. В. безвозмездные договора в гражданском праве. – М.: Статут, 1968. – С. 26–30.
5. Куник Я. А. Гражданско-правовые сделки. Представительство. Общие ученые об обязательстве. – М., 1960. – С. 845.
6. Лаасик Э. Я. Советское гражданское право. Часть особенная. – Таллинн, Валгус, 1980. – С. 572.
7. Литвинов Н. Н. Понятие договора безвозмездного пользования и сфера его применения. – М.: Изд-ство РГСУ, 2007. – С. 63–70.
8. Маслов А. А. Советское гражданское право. Ч. 2. – Киев, 1978. – С. 825.
9. Мейер Д. И. Русское гражданское право. По исправленному и дополнен-

ному 8-м изд., 1902. Изд. 2-е, испр. (В 2-х частях. Часть 2). – М.: Статут, 1997. – С. 290.

10. Научно-практический комментарий Гражданского кодекса Украины: В 2 т. Т.2 /По ответств. Ред. А. В. Дзери (рук. авт. Кол.), Н. С. Кузнецовой, В. В. Луца. – М.: Юридическая литература, 2005. – С. 1088.

11. Пергамент А. И. Виды гражданско-правовых договоров. – М.: Юрист, 1997. – С. 180.

12. Симолин А. А. Влияние момента безвозмездности в гражданском праве. – Казань, 1916. – С. 210.

13. Советское гражданское право : учебник. В 2-х томах. Т. 2 / Под ред. О. О. Красавчикова. 3-е изд. – М.: Высшая школа, 1985. – С. 544.

14. Французский гражданский кодекс / Науч. редактирование и предисловие канд. юрид. наук Д. Г. Лаврова, перевод с французского А. А. Жуковой, Г. А. Пашковской. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 1101.

15. Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право Украины : учебник. – Харьков, Одиссей, 2004. – С. 960.

16. Гражданское право Украины (в вопросах и ответах) : учебное пособие. Издание третье, переработанное и дополненное / Под ред. Е. А. Харитонova, А. И. Дришлюка, А. М. Каличенко. – М.: ООО «Одиссей», 2005. – С. 576.

17. Шварц Х. М. Советское гражданское право. – М.: Госгориздат, 1965. – С. 560.

18. Гражданский кодекс Украины : Закон Украины от 16 января 2003 № 435 - IV // Ведомости Верховной Рады Украины. – 2003. – № 40–44. – С. 356.



К ВОПРОСУ ОБ ИСПОЛЬЗОВАНИИ СПЕЦИАЛЬНЫХ ЗНАНИЙ АДВОКАТОМ, ПРЕДСТАВЛЯЮЩИМ ИНТЕРЕСЫ ПОТЕРПЕВШЕГО

М. БОЙКОВА,
аспирант Академии адвокатуры Украины

SUMMARY

In the article analyses norms of Criminal procedural code of Ukraine, which regulate the question of usage the special knowledge by advocate. The author made a conclusion about great widening the possibilities of carrying out expert examination by legislator both prosecution and defense team. The author proposes supply article 244 of the Criminal procedural code of Ukraine concerning granting right to attorney resort to investigating magistrate with request for examination, and sure assignment the advocate to minor complainant. The author proves the necessity of further research the role of advocate, who deputizes the rights of complainant and procedural facilities for problems to solve.

Key words: special knowledge, expert examination, defense team, prosecution.

* * *

В статье проанализированы нормы Уголовного процессуального кодекса Украины, которыми урегулирован вопрос использования специальных знаний адвокатом. Автором сделан вывод о значительном расширении законодателем возможностей проведения экспертизы как стороной обвинения, так и стороной защиты. Внесены предложения дополнить ст. 244 КПК относительно предоставления права представителю потерпевшего обращаться к следственному судье с ходатайством о проведении экспертизы, а также об обязательном предоставлении адвоката несовершеннолетнему потерпевшему. Обоснована необходимость дальнейшего исследования роли адвоката, представляющего права потерпевшего, а также процессуальных средств, имеющихся в его распоряжении, для решения поставленных перед ним задач.

Ключевые слова: специальные знания, экспертиза, сторона защиты, сторона обвинения.

Постановка проблемы. Принятие в 2012 г. нового Уголовного процессуального кодекса Украины является значительным шагом к гуманизации уголовной юстиции. Государство продемонстрировало неизменность курса на имплементацию европейских стандартов соблюдения прав и человека и гражданина в национальное законодательство. Тем не менее, с целью выполнения обязательств, взятых Украиной в сфере реформирования уголовного судопроизводства, проводится тщательная работа по обобщению судебной практики с целью ее усовершенствования. Особое внимание уделяется роли адвоката – представителя потерпевшего.

Актуальность темы исследования подтверждается тем, что в настоящее время практически нет ни одной фундаментальной работы, посвященной процессуальным гарантиям деятельности адвоката, который представляет интересы потерпевшего. Как правило, внимание ученых привлекает адвокат-защитник подозреваемого, обвиняемого, что, по нашему мнению, не способствует соблюдению равенства в уголовном судопроизводстве.

Состояние исследования. Научный анализ проблем, связанных с процессуальным обеспечением деятельности адвоката, осуществляется учеными-процессуалистами, среди которых Т. В. Варфоломеева, В. Г. Гончаренко, В. Т. Маляренко, В. Т. Нор, создавшие фундаментальные знания в этой сфере.

Целью и задачей статьи является исследование норм Уголовного процессуального кодекса Украины на предмет их соответствия европейским стан-

дартам создания механизма равенства сторон в уголовном процессе. Новизна работы заключается в том, что автор на основе проведенного анкетирования адвокатов и судей делает выводы о необходимости внесения существенных изменений и дополнений в действующее законодательство.

Изложение основного материала. В соответствии со ст. 3 Конституции Украины, человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются наивысшей социальной ценностью. Права и свободы человека и их гарантии определяют содержание и направленность деятельности государства. Государство отвечает перед человеком за свою деятельность. Утверждение и обеспечение прав и свобод человека является главной обязанностью государства [1].

С целью реализации данного конституционного принципа в Украине

законодателем создана значительная правовая база, отвечающая европейским стандартам. Особого внимания заслуживает принятие Уголовного процессуального кодекса Украины [2] и Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» [3], поскольку наряду с очевидным прогрессом в расширении прав адвокатов, наблюдаются отдельные аспекты, требующие дальнейшего усовершенствования. Актуальность данной темы исследования обусловлена также статистическими данными о количестве потерпевших от преступных посягательств в Украине. Так, по данным Государственной судебной администрации Украины, судами рассмотрены уголовные дела, по которым признано потерпевшими 71 678 мужчин, 54 570 женщин, значительное количество детей – 4326. Поскольку потерпевшими могут быть не только физические, но и юридические лица, следует отметить, что в 2012 году по уголовным делам, рассмотренным в судах, было признано 13 399 юридических лиц в качестве потерпевших от преступных посягательств. Общая сумма причиненного ущерба от преступлений, установленная судами, составила 2 568 659 044 грн. (больше 300 млн. долларов), из которой ущерб физическим лицам составил 1 196 327 002 грн. (150 млн. долларов) [4].

В соответствии со ст. 55 УПК Укра-



ины, потерпевшим в уголовном производстве может быть физическое лицо, которому уголовным правонарушением причинен моральный, физический или материальный ущерб, а также юридическое лицо, которому причинен материальный вред. Права и обязанности потерпевшего возникают у лица с момента подачи заявления о совершении в отношении него уголовного правонарушения или заявления о признании его потерпевшим. Потерпевшему вручается памятка с указанием его прав и обязанностей лицом, принявшим заявление о совершенном уголовном правонарушении. При этом законодатель определил, что потерпевшим не может быть лицо, которому причинен моральный вред как представителю юридического лица или определенной части общества.

При наличии очевидных и достаточных оснований полагать, что заявление, сообщение об уголовном правонарушении или заявление о признании в качестве потерпевшего подано лицом, которому не причинен ущерб, следователь или прокурор выносит мотивированное постановление об отказе в признании потерпевшим, которое можно обжаловать следственному судье.

В случае наступления смерти лица или же нахождения его в состоянии, препятствующем подаче соответствующего заявления, это могут сделать его близкие или члены семьи. При этом потерпевшим признается одно лицо из числа близких родственников или членов семьи, подавшее заявление о признании его потерпевшим, а при наличии соответствующего ходатайства – потерпевшими могут быть признаны несколько человек. После того как лицо, находившееся в состоянии, препятствующем подаче заявления, приобретает такую возможность пользоваться процессуальными правами, оно может подать заявление о признании его потерпевшим.

Если лицо не подало заявление о совершении в отношении него уголовного правонарушения либо заявления о признании его потерпевшим, то следователь, прокурор, суд имеют право признать данное лицо потерпевшим только по его письменному согласию. При отсутствии такого согласия лицо в случае необходимости может быть привлече-

но для участия в уголовном производстве в качестве свидетеля.

Лицо, вступившее в конфликт с законом, нуждается в квалифицированной правовой помощи. Однако, и потерпевший, испытывающий на себе тяжесть причиненного вреда, самостоятельно в полной мере не в состоянии представить свои интересы, собрать доказательства, подтверждающие факт причиненного ущерба, его размер, сумму, подлежащую компенсации. Поэтому законодатель особое значение придал регламентации прав защитника подозреваемого, обвиняемого, а также представителя потерпевшего. С целью сопоставления предоставленных прав проанализируем нормы действующего Уголовного процессуального кодекса, что послужит базой для внесения предложений по усовершенствованию данных вопросов.

Согласно ст. 242 КПК Украины, экспертиза проводится на обращение стороны уголовного производства или по поручению следственного судьи или суда, если для установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного производства необходимы специальные знания. Что ж представляют собой специальные знания? Ганс Гросс достаточно убедительно проиллюстрировал это на примере следственного судьи: «Ему приходится решать вопросы по всем без исключения, отраслям человеческого знания, он должен знать различные языки, уметь рисовать и должен знать, что ему может ответить судебный врач. Он должен быть знаком с уловками браконьеров, равно как и с приемами биржевого спекулянта; он должен ясно представлять себе, каким образом совершен был подлог духовного завещания, как именно произошло железнодорожное крушение, как действовали в известной карточной игре шулера, как произошел взрыв котла и каким образом продавец лошадей обманывал покупателей; он должен быть осведомлен в счетоводстве торговых книг, должен понимать воровской жаргон, уметь разобрать шифрованное и, наконец, понимать работу и орудия всех ремесел» [5, 8].

По мнению Н. И. Порубова, Г. И. Грамовича, А. Н. Порубова, Г.Ф. Федорова, специальные знания – это система сведений, понятий, представлений

в науке, технике, искусстве, ремесле и других отраслях человеческой деятельности, полученных в результате специальной подготовки или профессионального опыта и применяемых для собирания, исследования, оценки и использования доказательств [6, 306]. Однако не все отрасли человеческой деятельности следует признать таковыми. Законодатель четко определил, что не допускается проведение экспертизы для установления вопросов права (ч. 1 ст. 242 КПК Украины).

Значительный вклад в исследование данных проблем внесли украинские ученые В.Г. Гончаренко, Т.В. Варфоломеева, Ю.П. Аленин, С.А. Альперт, В.П. Бахин, Н.И. Клименко, В.Е. Коновалова, М.В. Салтевский, Н.С. Карпов, В.Ю. Шепитько и др. Созданная ими научная база продолжает расширяться с учетом изменений правовой регламентации и современных достижений науки и техники. Однако, следует отметить, что преимущественно речь в научных работах на эту тему идет об использовании специальных знаний следователями, прокурорами на стадии досудебного расследования при расследовании отдельных видов преступлений. Например, И.В. Пыриг тщательно исследовал использование специальных знаний при расследовании хищений на транспорте [7], Н. Космина – при расследовании преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков [8]. Другая группа ученых занимается исследованием использования специальных знаний отдельными субъектами уголовно-процессуальных отношений. Так, И. Озерский раскрыл возможности использования психологических знаний прокурором [9, 8-10], Н.Н. Ахтырская – судом [10, 3-5]. Следовательно, с принятием нового Уголовного процессуального кодекса Украины возникла необходимость рассмотреть возможности адвоката использовать специальные знания вообще, и с целью доказывания причиненного ущерба потерпевшему, в частности.

Согласно п. 10 ч. 1 ст. 56 КПК Украины потерпевший имеет право на возмещение причиненного уголовным правонарушением ущерба в порядке, предусмотренном законом. С целью предоставления ему качественной правовой помощи законодатель также



предусмотрел право иметь представителя и в любое время уголовного производства отказаться от его услуг (п. 8 ч. 1 ст. 242 КПК). Поскольку защитником подозреваемого, обвиняемого может быть только адвокат, внесенный в Единый реестр адвокатов Украины, и при этом его деятельность не прекращена и не приостановлена, то законодатель с целью уравнивания возможностей стороны защиты и обвинения закрепил в ст. 58 УПК Украины положение, согласно которому потерпевшего в уголовном производстве может представлять представитель – лицо, которое в уголовном производстве имеет право быть защитником, то есть адвокат.

Однако, следует обратить внимание то обстоятельство, что в ст. 243 УПК указано, что сторона обвинения привлекает эксперта при наличии оснований для проведения экспертизы, в том числе по ходатайству стороны защиты или потерпевшего. При этом сторона защиты имеет право самостоятельно привлекать экспертов на договорных условиях для проведения экспертизы, в том числе обязательной. Как видно, законодатель указал в этой статье только сторону защиты, то есть подозреваемого обвиняемого и их защитника, ограничив тем самым права потерпевшего и его представителя. Хотя такая формулировка, назовем ее «усеченной», не согласуется с положениями других статей. Так, в ч. 2 ст. 101 УПК определено, что каждая сторона уголовного производства имеет право предоставить суду заключение эксперта, основанное на его научных, технических либо иных специальных знаниях. Очевидно, что адвокат, представляющий интересы потерпевшего может привлекать эксперта самостоятельно без согласования с правоохранительными органами. При этом конфиденциальность обеспечивается тем, что заключение передается экспертом стороне, по ходатайству которой она проведена (ч. 9 ст. 101 УПК).

Состязательность сторон закреплена в предоставлении каждой стороне права обращаться к суду с ходатайством о вызове эксперта для допроса во время судебного рассмотрения или дополнения его выводов (ч. 7 ст. 101).

Следующим положением нового Уголовного процессуального кодекса Украины, вызывающим вопросы, яв-

ляется то, что в ст. 244 предусмотрено право стороны защиты, обратившейся с ходатайством о проведении экспертизы к следователю или прокурору, и получившей отказ, заявить соответствующее ходатайство следственному судье. Согласно принятым классификациям субъектов уголовно-процессуальных отношений, потерпевший относится к стороне обвинения, а поэтому законодатель ограничил право потерпевшего и его представителя на обращение к следственному судье.

Дискуссионным является положение, согласно которому обязательное предоставление адвоката-защитника предусматривается только по особо тяжким преступлениям. К тому же, среди иных случаев, указанных в ч. 2 ст. 52 УПК не упоминается потерпевший. Это значит, что со стороны защиты (подозреваемого, обвиняемого) обязательно будет принимать участие профессиональный адвокат, а со стороны потерпевшего – нет. К тому же, если потерпевшим является несовершеннолетний или лицо, признанное в установленном законе порядке невменяемым либо ограничено вменяемым, к участию в процессуальных действиях вместе с ним привлекается законный представитель (ч. 1 ст. 59 УПК). А согласно ст. 44 УПК, законными представителями, в частности, могут быть родители (усыновители), а в случае их отсутствия – опекуны или попечители, иные совершеннолетние близкие родственники или члены семьи. Таким образом, уровень профессиональной правовой помощи со стороны обвиняемого (например, по тяжкому преступлению) будет значительно выше правовой помощи, оказываемой несовершеннолетнему потерпевшему членом его семьи, не имеющим юридического образования и опыта такой деятельности.

Формы применения специальных знаний подразделяются на две большие группы: процессуальные (закрепленные в уголовно-процессуальном законодательстве) и не имеющие уголовно-процессуальной регламентации. Процессуальные формы применения специальных знаний представляют собой систему правовых норм, регулирующих порядок применения таких знаний конкретными субъектами уголовного процесса.

Адвокат, представляющий интересы потерпевшего, имеет право использовать специальные знания путем обращения с ходатайством о проведении экспертизы к следователю, прокурору; путем проведения экспертизы на договорных началах за счет средств потерпевшего. По нашему мнению, следует дополнить этот перечень, в случае отказа в ходатайстве следователем, прокурором, обращением адвоката-представителя потерпевшего к следственному судье, при отсутствии возможности провести экспертизу за счет средств потерпевшего.

Представитель потерпевшего имеет право получать консультации, разъяснения специалистов в определенной сфере знания.

Среди экспертиз, которые наиболее часто проводятся для определения ущерба причиненного потерпевшему судебно-медицинская, судебно-психиатрическая, судебно-психологическая, судебно-товароведческая, судебно-бухгалтерская и др. Остановимся на некоторых из них.

При освидетельствовании потерпевших с целью определения тяжести телесных повреждений, повлекших у них психические расстройства, приходится учитывать ряд особенностей, характеризующих данный вид экспертного исследования. По мнению Ю. Л. Метелицы, в рамках подобного освидетельствования приходится сталкиваться с задачами ретроспективного, презентального и прогностического характера, специфика которых раскрывается при анализе основных этапов экспертного исследования, представляющих алгоритм, состоящий из ряда промежуточных тезисов экспертного доказывания [11, с. 183]. В следственной практике отмечаются случаи, когда при проведении судебно-медицинской экспертизы потерпевшего на предмет установления характера и тяжести телесных повреждений, приходят к выводу о наличии легких телесных повреждений, повлекших кратковременное расстройство здоровья. Однако, через определенное время у потерпевшего начинаются головные боли. Он слышит «треск», ему «трудно думать», «мысли разбегаются», утратил интерес к окружающему миру. После проведения повторной экспертизы была диагно-



стирована шизофрения, время начала болезни совпало с моментом совершения в отношении потерпевшего преступления (избиения). Казалось бы, что в данном случае нет проблем с установлением причинно-следственной связи между преступлением и последствиями, которые квалифицируются как тяжкие. Но адвокаты должны учитывать то обстоятельство, что сама по себе диагностика шизофрении независимо от того, началась она до или после каких-либо телесных повреждений, снимает вопрос о возможности определения причинной связи, поскольку в настоящее время вопрос о происхождении этого заболевания остается открытым.

Таким образом, для проведения экспертизы по определению степени тяжести телесных повреждений, повлекших психические расстройства, существуют ограничения, обусловленные современным состоянием научных знаний в области этиологии психических заболеваний.

Адвокаты, представляющие интересы потерпевших, должны тщательнее подходить к вопросу о возможности установления причиненного ущерба путем проведения экспертизы. Как свидетельствует статистика, судебно-психологическая экспертиза в 96% назначается подозреваемому, обвиняемому и лишь в 4% потерпевшему. Основной задачей психологической экспертизы является определение у подэкспертного лица: индивидуально-психологических особенностей, черт характера, ведущих черт личности; мотивировочных факторов психической жизни и поведения; эмоциональных реакций и состояний; закономерностей протекания психических процессов, уровня их развития и индивидуальных свойств. На разрешение данной экспертизы возможно поставить следующие вопросы: является ли ситуация, которая исследуется, психотравмирующей для лица? Если так, то причинены ли лицу страдания (моральный вред)? Причинены ли страдания лицу при обстоятельствах, указанных в материалах дела? Если лицу причинен моральный вред, то каким может быть размер денежной компенсации за причиненные страдания?

Выводы. Из изложенного следует, что использование адвокатом спе-

циальных знаний для определения ущерба, причиненного потерпевшему преступлением, является самостоятельным направлением научного исследования. По нашему мнению, оно состоит из общетеоретической части, раскрывающей процессуальные возможности их применения, и специальной, посвященной отдельным отраслям знаний, специфики применения их в отдельных категориях дел, к определенным субъектам (несовершеннолетние). Круг этих вопросов является открытым, поскольку они зависят от уровня развития науки, и воли законодателя (криминализации или декриминализации деяний).

Список использованной литературы:

1. Конституція України, прийнята Верховною Радою України від 28.06.1996 // Відомості Верховної Ради України від 23.07.1996, № 30.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України, прийнятий Верховною Радою України від 13.04.2012 р. // Відомості Верховної Ради України від 08.03.2013р., № 9–10.
3. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 // Урядовий кур'єр від 05.09.2012, № 159.
4. Стан здійснення судочинства судами України за 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.court.gov.ua.
5. Ганс Гросс. Руководство для судебных следователей как система криминалистики. – Новое изд., перепеч. С изд. 1908 г. – М. : ЛексЭст, 2002.
6. Криминалистика: учебник / Н. И. Порубов, Г. И. Грамович, А. Н. Порубов, Г. Ф. Федоров; под. общ. ред. Н. И. Порубова, Г. В. Федорова. – Минск : Выш. шк., 2011. – С. 306.
7. Пиріг І. В. Теорія і практика використання спеціальних знань при розслідуванні розкрадань вантажів на залізничному транспорті : автореф. дис. ... к. ю. н. – К. : Київський національний університет внутрішніх справ, 2006.
8. Косміна Н. М. Використання спеціальних знань при розслідуванні злочинів, пов'язаних з незаконним обігом наркотиків : автореф. дис. ... к.

ю. н. – Х. : Харківський національний університет внутрішніх справ, 2011.

9. Озерський І. Використання прокурором спеціальних психологічних знань у судових справах поза кримінально-правовою сферою // Віче. – 2010. – № 8.

10. Ахтирська Н. Методологія судового пізнання у справах, пов'язаних із жорстоким поводженням щодо дітей // Віче. – 2011. – № 18.

11. Метелица Ю. Л. Судебно-психіатрическая экспертиза потерпевших. – М. : Юридическая литература, 1990.



КОНТРОЛЬ РЕАЛИЗАЦИИ ДИСКРЕЦИОННЫХ ПОЛНОМОЧИЙ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ОРГАНОВ ВНУТРЕННИХ ДЕЛ

М. БОЙЧУК,

адъюнкт Львовского государственного университета внутренних дел

SUMMARY

The article explains the nature, characteristics and purpose of control of the implementation of the discretionary powers of the employees of the interior affairs bodies. It details the main types of the discretionary powers controls. The article discloses existing relationships of the types and differences between the control and supervision in the context of discretionary powers. The relevance of article no doubt related to the lack of control of the implementation of the discretionary powers of the employees of the interior affairs bodies. That is why it is caused by certain public interest, which requires an unambiguous understanding of the rule of law by all employees of the interior affairs bodies in accordance of all the actions of employees of the interior affairs bodies requirements of the law, the maintenance of discipline among the employees of the interior affairs bodies.

Key words: control, supervision, types of control, state control social control internal control, control of the discretionary powers in the internal affairs bodies.

* * *

Статья посвящена раскрытию сущности, особенностей и назначения контроля реализации дискреционных полномочий в деятельности органов внутренних дел в целом и основных видов контроля, раскрытия существующих связей, а также установления расхождений между контролем и надзором в контексте реализации дискреционных полномочий. Актуальность статьи без сомнения связана с недостаточным контролем за реализацией работниками органов внутренних дел своих дискреционных полномочий. Именно поэтому она обусловлена определенным общественным интересом, который предполагает однозначное понимание соблюдения законности всеми работниками ОВД, в соответствии всех действий работников ОВД требованием законов, в поддержание строгой дисциплины среди работников ОВД и т. д.

Ключевые слова: контроль, надзор, виды контроля, государственный контроль, общественный контроль, внутриведомственный контроль, контроль реализации дискреционных полномочий в деятельности органов внутренних дел.

Постановка проблемы. Надлежащая реализация дискреционных полномочий органами внутренних дел (ОВД) зависит от своевременного выявления и устранения правоприменительных ошибок в работниках ОВД. Такие ошибки подрывают веру граждан в право и справедливость, нарушают их права, противоречат принципам правоприменения и могут привести вместе с другими факторами к неэффективности функционирования всей правоохранительной системы. В связи с этим актуальным есть своевременное выявление и устранение ошибок в процессе реализации дискреционных полномочий работниками ОВД, что возможно лишь при условии надлежащей организации и осуществления контроля за их деятельностью.

Цель статьи заключается в выяснении сущности, особенностей и назначения контроля реализации дискреционных полномочий в деятельности органов внутренних дел, основных видов контроля, раскрытия существующих связей, а также установления расхождений между контролем и надзором в контексте реализации дискреционных полномочий.

Состояние исследования. В юридической литературе вопросы относительно контроля за деятельностью органов государственной власти и в частности дискреционных полномочий освещались в трудах таких исследователей, как А. Андрийко, А. Бандурка, Н. Витрук, В. Гарашук, А. Куракин, Н. Кучерявенко, Л. Коваль,

Н. Тищенко, В. Шестак и другие. Отдельные вопросы контроля как способа обеспечения безошибочной правоприменительной деятельности, выявление и устранение правоприменительных ошибок затрагивали и исследовали М. Гультай, Т. Маритчак, В. Пахомов, В. Перчиков и др.

Изложение основных положений. В юридическом понимании контроль является важным условием эффективной организации правоприменительной деятельности и одним из средств обеспечения законности в ОВД. В самом общем понимании контроль определяется как способ обеспечения не только законности, но и дисциплины в этих органах. Такое его свойство проявляется в том, что на каком бы этапе работы, за ка-

ким бы ее направлением не осуществлялся контроль, какие бы непосредственные вопросы, которые подлежат изучению, не стояли перед лицом, которое его осуществляет, обязательно должно оцениваться соответствие деятельности работников подконтрольных органов требованиям закона и подзаконным актам.

Определяя влияние контрольных органов на правоприменение, следует согласиться с Н. Вопленко, который подчеркивает, что факт их существования и возможность контрольной деятельности осуществляет общее предупредительное влияние на правоприменение, стабилизирует его [1, с. 178]. В свою очередь, Ф. Селиванов отмечает, что существование контрольных органов вынуждает работников ОВД быть осторожными, а осторожность как определенно позитивное качество способствует предотвращению ошибок [2]. В. Гарашук, под контролем понимает совокупность действий по наблюдению за функционированием соответствующего объекта с целью получения объективной и достоверной информации о состоянии дел на нем, применение мер по предупреждению правонарушений (с правом прямого вмешательства в оперативную дея-



тельность объекта контроля), установление причин и условий, которые способствуют нарушению требований правовых норм, принятия мер по привлечению к правовой ответственности виновных лиц и тому подобное [3, с. 14]. Именно право прямого вмешательства в оперативную или хозяйственную деятельность подконтрольного объекта и самостоятельность привлечения правонарушителей к юридической ответственности контролирующим органом, в то время как субъект надзора лишен этого права, по мнению В. Коноплева, и является основным критерием разграничения контроля от надзора [4, с. 295]. Следовательно, понятие контроля является шире надзора (задание надзора есть лишь выявление и предупреждение правонарушений).

Предел (расхождение) между контролем и надзором можно провести также и по объему компетенции контролирующих органов. Скажем, органы внешнего контроля имеют более широкую компетенцию: она содержит в себе проверку не только правильности, но и целесообразности контролируемой деятельности, в то время, как надзор проверяет лишь законность действий конкретного объекта. Вместе с тем, главной чертой, которая разграничивает понятие «контроль» и «надзор» есть ярко выраженный свехведомственный характер контроля и невмешательства в оперативную или хозяйственную деятельность подконтрольного объекта, что является характерным для надзора. То есть цель контроля сводится в основном к выявлению и предупреждению правонарушений, устранению их последствий и привлечения виновных, к юридической ответственности. Цель же надзора – к обеспечению законности действий конкретного объекта.

В Законе Украины «О милиции» вопросам контроля и надзора посвящен отдельный раздел, который имеет название «Контроль и надзор за деятельностью милиции», в ст. 26 которого «Контроль за деятельностью милиции» отмечено, что «контроль за деятельностью милиции осуществляют Кабинет Министров Украины, Министр внутренних дел Украины,

и в пределах своей компетенции совета». В ст. 27 «Надзор за соблюдением законности в деятельности милиции» указанного Закона подчеркивается: «... надзор за соблюдением законности в деятельности милиции осуществляют Генеральный прокурор Украины и подчиненные ему прокуроры» [5]. Считаем, что приведенный в ст. 26 Закона Украины «О милиции» число субъектов, которые могут осуществлять контроль, нуждается в определенном уточнении такими субъектами, как: Верховная Рада Украины; Уполномоченный Верховной Рады Украины по правам человека; Президент Украины; судебные органы Украины. Кроме государственных структур, субъектами контроля над деятельностью милиции могут быть и негосударственные структуры, в частности, средства массовой информации (далее – СМИ), граждане Украины и общественные организации. Однако, следует отметить, что приведенное положение уже нашло свое отображение в ч. 1 ст. 43 предложенного на рассмотрение Верховной Рады Украины законопроекта Украины «Об органах внутренних дел» [6], где число субъектов, которые осуществляют контроль за деятельностью милиции расширяется. В частности, к контролирующим субъектам предлагается отнести: Президента Украины, Верховную Раду Украины, Кабинет Министров Украины, Министра внутренних дел Украины, и в пределах своей компетенции органы местного самоуправления. Общественный контроль за деятельностью милиции могут осуществлять, соответственно, граждане Украины, общественные организации, которые образуются согласно Конституции Украины и СМИ относительно защиты прав и свобод людей и удовлетворения их политических, экономических, социальных и культурных интересов.

Особенностью контроля реализации дискреционных полномочий в деятельности органов внутренних дел является то, что он осуществляется с целью проверки правильности принятых решений, надлежащим выбором одного из нескольких разрешенных вариантов решений и

правовых последствий, а также дает оценку процессу управленческой деятельности в целом, целью которой является приведение деятельности органов внутренних дел в соответствие с действующими правовыми нормами и принятыми согласно ним правовыми решениями. К тому же, владея специальной компетенцией, ОВД несут повышенную ответственность за последствия своих действий.

При нарушении работником ОВД (вследствие ненадлежащего использования предоставленных ему дискреционных полномочий) прав и законных интересов граждан орган внутренних дел обязан принять все меры к возобновлению этих прав, возмещению материальных убытков, по требованию гражданина публично принести извинение. Таким образом, соблюдение законности в деятельности органов внутренних дел обеспечивается осуществлением контроля, надзором прокуратуры, контролем судебных органов, обжалованием незаконных действий работников органов внутренних дел.

Рассмотрим основные виды контроля реализации дискреционных полномочий в деятельности органов внутренних дел, а именно: государственный, общественный и внутриведомственный.

Государственный контроль. Рассматривая государственный контроль дискреционных полномочий работников ОВД можно выделить следующие подвиды:

1) общий государственный контроль: контроль законодательного органа (Верховная Рада Украины), президентский контроль, контроль со стороны Кабинета Министров Украины, который проверяет выполнение своих постановлений относительно охраны общественного порядка, борьбы с преступностью и тому подобное; и контроль Счетной палаты Украины;

2) специализированный государственный контроль: прокурорский контроль, судебный контроль, контроль Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека (омбудсмена).

Так, в соответствии с Конституцией Украины [7] высший надзор за



соблюдением законов в Украине осуществляется прокуратурой. В Законе Украины «О милиции» [5] закреплено положение о том, что надзор за соблюдением законности в деятельности милиции осуществляется Генеральным прокурором вместе с подчиненными ему прокурорами.

Криминально-процессуальный и Гражданско-процессуальный кодексы Украины согласно требованиям действующего законодательства наделяют суды полномочиями одновременно с вынесением приговора или решением по уголовному или гражданскому делу при наличии оснований обращаться с отдельным постановлением к тем или другим органам, в том числе, и органов внутренних дел [8; 9].

Эффективной формой обеспечения контроля реализации дискреционных полномочий в деятельности органов внутренних дел является рассмотрение судами (судьями) материалов о совершенных правонарушениях. Результатом такого рассмотрения является обязательные для выполнения указания судов (судей) об устранении обнаруженных нарушений законности. С целью предупреждения нарушений законности и злоупотреблений дискреционными полномочиями в деятельности органов внутренних дел судебные органы постоянно изучают и обобщают практику работы милиции, обсуждая результаты этой работы на совместных заседаниях коллегий, оперативных сборах работников суда, прокуратуры или органов внутренних дел.

Еще одной важной формой обеспечения контроля реализации дискреционных полномочий в деятельности органов внутренних дел является рассмотрение судами (судьями) жалоб граждан и должностных лиц на постановления органов внутренних дел о наложении штрафа за совершенные правонарушения, а также жалоб водителей о лишении их права на управление транспортными средствами.

Обязательной составляющей частью цели контроля судебных органов является проверка правомерности реализации дискреционных полномочий работниками ОВД, в част-

ности в виде правоприменительных решений и актов работников ОВД, а также возобновление нарушенных прав физических и юридических лиц, выявления и устранения правоприменительных ошибок работников ОВД. Целью такого контроля является сведения количества ошибочной реализации дискреционных полномочий работников ОВД к нулю, а также компенсация гражданам в случае таких ошибок.

Важным способом обеспечения надлежащей реализации дискреционных полномочий в деятельности органов внутренних дел является также внутриведомственный контроль, реализация которого возложена как на специально созданные для этого подразделения и службы, так и на руководителей всех служб и подразделений.

Внутриведомственный контроль является важнейшим элементом руководства, составную часть организаторской работы органов внутренних дел, каждого отдельного аппарата и подразделения милиции. Основным стержнем внутриведомственного контроля является суровая субординация, то есть подконтрольность низших органов более высоким.

Контрольная внутриведомственная деятельность является постоянной, как одна из функциональных обязанностей руководителя обязанного осуществлять постоянный контроль за реализацией работниками ОВД своих дискреционных полномочий. Осуществляется такой контроль по вертикали от высшего по должности полномочий органа (руководителя) к самому низкому за званием решения руководителя, которое должно быть реализовано. Отдельно, следует заметить, что внутриведомственный контроль дает возможность непосредственным руководителям быстрее, чем иные контрольные органы обнаруживать и устранять уже принятые ошибочные решения. А это, в свою очередь, сводит к минимуму вероятность правоприменительных ошибок вследствие неадекватного применения дискреционных полномочий работниками ОВД.

Общественный контроль. Важную роль в деятельности органов

внутренних дел играет контроль, который осуществляется общественностью, а именно: общественными организациями, трудовыми коллективами, органами общественной деятельности населения, средствами массовой информации (СМИ).

Что касается СМИ, то, с одной стороны милиция предоставляет информацию СМИ, а с другой – применение дискреционных полномочий работниками ОВД рассматривается СМИ в контексте законности и задач, стоящих перед ОВД, обеспечивая обратную связь.

Особенное место в системе общественного контроля реализации дискреционных полномочий в деятельности органов внутренних дел занимают также обращения граждан в соответствующие органы, как заявления о преступлении, так и запросы о предоставлении публичной информации.

Органы общественного контроля (Общественные советы и мобильные группы, создаваемые при ОВД и представляющие общественные правозащитные организации) могут оценивать деятельность подконтрольных субъектов, как по собственной инициативе, так и по поручению соответствующих органов из широкого круга вопросов, в том числе, и не правового характера. Однако, не имея возможности вмешиваться в деятельность подконтрольных объектов, они могут лишь давать оценку целесообразности использования работниками ОВД дискреционных полномочий. В этом случае эффективность такого контроля зависит от желания начальника соответствующего ОВД прислушаться к результатам такого контроля и предложениям органов общественного контроля. В ином случае общественные советы могут обратиться в СМИ с изложением своей позиции. Отдельно следует отметить создаваемый при Уполномоченном Верховной Рады Украины по правам человека превентивный механизм, создаваемый при участии общественных организаций для предотвращения пыток и жестокого обращения.

Как один из способов общественного контроля дискреционных



полномочий работников ОВД а также механизм последующего совершенствования их деятельности большое значение имеет гарантированное Конституцией Украины право граждан обжаловать действия должностных лиц ОВД. При нарушении работником ОВД прав и законных интересов граждан орган внутренних дел обязан (как мы уже выше отмечали) принять все меры к возобновлению этих прав, возмещения материальных убытков, за требованием гражданина публично принести извинение и так далее.

К причинам и условиям, которые способствуют злоупотреблению дискреционными полномочиями работниками ОВД можно отнести: низкий уровень заработной платы; непрофессионализм; некачественное изучение кандидатов на службу, в частности, их морально-деловых качеств и психофизиологических особенностей; неподобающая проверка и реагирование на имеющуюся негативную информацию относительно них; отсутствие надлежащего контроля со стороны непосредственных руководителей (начальников) за поведением своих подчиненных, выполнением ими служебных обязанностей и заданий в рабочее время; большая нагрузка; недоразумение с руководством и тому подобное.

Выводы. Таким образом, под контролем реализации дискреционных полномочий в деятельности органов внутренних дел следует понимать систематическое наблюдение, которое осуществляется уполномоченными лицами или представителями институтов гражданского общества на основании и в пределах, предусмотренных законом проверки правильности принятых решений, надлежащим выбором одного из нескольких разрешенных вариантов решений и правовых последствий. Следовательно, надлежащая организация контроля реализации дискреционных полномочий в деятельности органов внутренних дел, в целом, и его видов, в частности, способствует выявлению и устранению правоприменительных ошибок работников ОВД и, в конечном итоге, повышает эффективность правоприменения в целом.

Отдельные виды контроля взаимодействуют и взаимодополняют друг друга и являются элементами единственной системы, которые соединены общей целью. Контроль также осуществляет предупредительное, профилактическое влияние на правоприменение и вынуждает работников ОВД быть осторожными в процессе применения ими дискреционных полномочий.

Список использованной литературы:

1. Вопленко Н. Н. Социалистическая законность и применение права / Н. Н. Вопленко ; [под ред. М. И. Байтина]. – Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1983. – 184 с.
2. Селиванов Ф. А. Проблемы теории ошибок / Ф. А. Селиванов // Проблемы методологии и логики наук. – Вып. 6. Учен. зап. № 85. – Томск, 1970. – С. 59–63.
3. Гаращук В. М. Теоретико-правовые проблемы контроля и надзора в государственном управлении : автореф. дис. ... на получение наук. степени доктора юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теория управления; административное право и процесс; финансовое право» / В. М. Гаращук. – Х., 2003. – 35 с.
4. Коноплев В. В. Организационно-правовой механизм подготовки и принятия управленческих решений в административной деятельности органов внутренних дел: дис.. д-ра юрид. наук: 12.00.07. / В. В. Коноплев; Харьковский национальный ун-т внутренних дел. – Харьков, 2006. – 424 с.
5. Закон Украины «О милиции» от 20 декабря в 1991 г. № 565 // Сведения Верховной Рады. – 1991. – №. 4. – Ст. 20.
6. Об органах внутренних дел Украины: Проект закона Украины / внесенный народным депутатом Г. Г. Москалем (реестр. № 1376 от 18.01.2008 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://gska2.rada.gov.ua>.
7. Конституция Украины: Принятая на пятой сессии Верховной Рады Украины 28 июня в 1996 г. – К. : Атика, 2006. – 63 с.
8. Криминально-процессуальный кодекс Украины: принятый Верховной Радой Украины 13 апреля в 2012 г. /

Верховная Рада Украины. – Офиц. вид. – К. : Парлам. изд-во, 2012. – 356 с. (Библиотека официальных изданий).

9. Гражданский процессуальный кодекс Украины от 18 марта 2004 года (с наст. изменениями и дополнениями) // Известности Верховной Рады Украины. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <www.rada.kiev.ua>.



ПРАВОВОЙ ПРЕЦЕДЕНТ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА В СТРАНАХ РЕЛИГИОЗНОЙ ПРАВОВОЙ СЕМЬИ

Е. БОНДАРЕНКО,

ассистент кафедры конституционного и административного права
Киевского национального экономического университета имени Вадима Гетьмана

SUMMARY

The article deals with the role and place of the legal precedent among the other sources of law in the countries of religious legal family, established its legal force and practical value for the regulation of social relations. Analyzing the features of the development of sources of religious law legal family, also focused on its four major legal systems, namely the system of Muslim, Hindu, Jewish and canon law. Herewith special attention is paid to the historical retrospective the development of the system of sources of law of countries belonging to the religious legal family. Also considered difference concepts of «Islamic law» and «Muslim states law», «Israeli law» and «Jewish law».

Key words: source of law, legal precedent, law, custom, religious rule, legal family.

* * *

В статье исследовано роль и место правового прецедента среди прочих источников права в странах религиозной правовой семьи, установлено его юридическую силу и практическое значение для регулирования общественных отношений. Анализируя особенности развития источников права религиозной правовой семьи, акцентировано внимание на ее основных четырех правовых системах, а именно: системе мусульманского, индуистского, иудейского и канонического права. При этом отдельное внимание уделено исторической ретроспективе развития системы источников права стран, принадлежащих к религиозной правовой семье. Также рассмотрено отличие понятий «мусульманское право» и «право мусульманских государств», «израильское право» и «иудейское право».

Ключевые слова: источник права, правовой прецедент, закон, обычай, религиозная норма, правовая семья.

Постановка проблемы. Близкие по своему происхождению народы имеют непохожую ментальность, что обусловлено влиянием ряда факторов, среди которых уникальность исторического развития страны, культура, урбанистические процессы и тенденции и т. д. Как следствие, формируются различные способы управления этими обществами, включая и правовые, что не может не отобразиться на системе источников права.

Как считают украинские ученые, важным фактором, влияющим на развитие общества, права и государства в целом, является наличие экспансии. При этом, завоеватели сами могут принять образ жизни и право покоренных народов, а могут навязывать свои нормы, стандарты жизни и правовую систему. Территориальная характеристика права, то есть ограниченность его действия в пространстве, является характерной чертой и основным фактором, который обуславливает вариативность различных правовых систем. Также, следует отметить, что государство (федеральное, унитарное), проводя свою правовую политику, не может не учитывать особенности исторического опыта, наработанного или существующего в том или ином регионе, а также, особенностей его правовой системы [1, с. 236].

изменение юридической силы источников права, взаимовлияние правовых систем друг на друга. Отсутствие комплексного научного труда, посвященного исследованию роли и места правового прецедента среди других источников права в странах религиозного права, установлению его юридической силы и практического значения для регулирования общественных отношений и определяет актуальность выбранной темы.

Целью данной статьи являются исследование роли и места правового прецедента среди прочих источников права в странах религиозной правовой семьи, установление его юридической силы и практического значения для регулирования общественных отношений.

Изложение основного материала исследования. Среди компаративистов нет единства в вопросе выделения и классификации систем религиозного права. Так, Р. Давид, К. Цвайгерг и Х. Кетц выделяют только две системы религиозного права: мусульманское (исламское) и индуистское [2, с. 339; 3, с. 117]. Отечественные и российские авторы в основном также используют это разделение. Однако, приведенная классификация является неполной, поскольку не охватывает всех правовых систем, основанных на религиозных нормах. Нельзя также

Дискуссии относительно роли и места правового прецедента среди прочих источников права продолжают среди украинских и зарубежных ученых. Значительный вклад в исследование данного вопроса сделали Ж.-Л. Бертель, Д. Ллойд, Р. Уолкер, И. Ю. Богдановская, Е. Н. Трубецкой, О. Л. Жидков, Н. Н. Онищенко, Т. И. Бондарук, М. Д. Ходаковского, Н. Н. Пархоменко и другие. Исследованию юридической силы правового прецедента как источника права в странах религиозной правовой семьи посвящены работы Р. Давида, К. Цвайгерг,

Х. Кетц, Л. Р. Сюкиййнен и других, однако дискуссионный характер данного вопроса, а также динамика правовых систем обуславливают потребность исследования этого вопроса.

Актуальность темы исследования. Темпы международных, политических, культурных контактов разных стран способствуют активной ассимиляции правовых систем, изменению юридической силы разных источников права внутри одной правовой семьи. Именно поэтому, исследуя различные правовые семьи, необходимо обращать внимание на их динамику,



рассматривать отдельные религиозные системы, например, мусульманское право как правовую семью, поскольку в ее состав не входят другие правовые системы. Поэтому необходимо согласиться с учеными, которые отмечают, что религиозная правовая семья объединяет четыре правовые системы, а именно: системы мусульманского, индусского, иудейского и канонического права [4, с. 194].

Характерными чертами религиозных правовых систем Д. В. Лукьянов выделяет: неразрывную связь с религией; рассмотрение права как результата божественного открытия, а не как следствие рациональной деятельности личности и государства; персональный характер действия права, признание социальной ценности права и отказ от принципа формального равенства прав человека [4, с. 195].

Современная юридическая наука не содержит унифицированного определения мусульманского права. Акцентируя внимание на его характерных чертах, компаративисты приводят различные определения. Так, Л. Р. Сюкияйнен трактует мусульманское право как систему действующих юридических норм, поддерживаемых государством и выражающих интересы господствующих социально-политических сил [5, с.5]. В свою очередь К. Цвайгерт и Х. Кетц определили его иначе: «Исламское право (шариат) представляет собой совокупность норм или правил, полученных из божественного открытия, которыми обязан руководствоваться верующий мусульманин, если он хочет правильно исполнять свой религиозный долг» [3, с. 447]. В энциклопедическом справочнике «Правовые системы стран мира» мусульманское право формулируется как одна из основных правовых систем (правовых семей) современности, как комплекс социальных норм, фундаментом и главной составной частью которого являются религиозные установления и предписания ислама, а также органически связанные с ними и проникнутые религиозным духом моральные и юридические нормы [6, с. 831]. Украинский ученый Д. В. Лукьянов определяет мусульманское право как религиозно-правовую систему, регуливающую общественные

отношения внутри общины, исповедующей ислам [4, с. 196].

Переходя к рассмотрению прецедента как источника мусульманского права, необходимо отметить, что существенно отличаются взгляды ученых в мусульманских странах по определению элементарного состава правовой системы (по сравнению с мнениями ученых англо-американской и романо-германской правовых семей) [7, с.38]. Несмотря на интенсивное развитие капиталистических производственных отношений и рост общеобразовательного уровня, во многих странах мусульманского мира основой права остается религия, и прежде всего четыре основных источника: Коран, Сунна, Иджма, Кияс. В теории права этих стран понятие «правовая система» фактически отсутствует, оно отождествляется с правом, которое развивается в рамках, определяемых религией [8].

Одним из характерных признаков мусульманского права является его архаичный, казуальный и формальный характер. Мусульманское право сформировалось в период средневековья в VII-X веках и рассматривается как результат божественного откровения, в результате чего оно не опирается на авторитет любого земного создателя права. Именно поэтому мусульманское право, как право божественное, является, в принципе, неизменным. В западных правовых системах общепризнано, что содержание права меняется, поскольку законодатель, судьи и все другие силы общества, участвующих в процессе правотворчества, приспособляют его к меняющимся потребностям общества. Ислам исходит из постулата о богоданном характере всего сущего права, которое Аллах открыл людям через Пророка Мухаммеда. Поэтому исламская юриспруденция не знает исторического подхода к праву, в связи с чем право не адаптируется к существующим в обществе отношениям. Более того, право даровано человеку Аллахом раз и навсегда. Общество приспособляется к праву, а не порождает его, с целью использования в качестве инструмента для решения новых жизненных проблем, которые ежедневно возникают. Кроме того, форме изложения многих

норм мусульманского права присуща казуальность, то есть они рассчитаны на регулирование отдельных случаев и не охватывают своим действием группы однородных общественных отношений, как это делает абстрактная норма в романо-германском праве. Эта характеристика права объясняется спецификой источников, главные из которых, Коран и Сунна, являются сборниками разрозненных высказываний и поступков пророка Мухаммеда [4, с. 203].

В современном мусульманском праве решающее значение придается единой согласованной мысли ученых, поскольку в конечном итоге она определяет, какую норму Корана или Сунны конкретно или по аналогии следует применить как действующее право. Непосредственно к Корану или Суннам могут обращаться лишь отдельные наиболее известные ученые. Более того, как указывает Л. Р. Сюкияйнен, именно в форме доктрины была создана большая часть действующего мусульманского права [5, с. 69].

Ученые отмечают, что ни обычай, ни судебная практика не признаются официально источниками права. Судебная практика никогда не связывает действия судьи (кади). Его решения, многочисленны и разнообразны, никогда не рассматривались мусульманскими юристами в качестве источника права, потому что это только суждения морального плана, которые могут подвергнуться всевозможным просмотрам с целью улучшения. Формально, мусульманские юристы не считают источником права и обычай, но иногда используют его для дополнения или уточнения применяемого принципа права или правовой нормы. Обычаи, соответствующие догмам мусульманского права, фактически расширяют сферу его действия и дополняют его [4, с. 204].

Кроме того, ученые отмечают, что решение судей и других органов государственной власти во многом ориентируются на взаимосвязь нормы права с религиозным правосознанием населения, что обеспечивает правомерность поведения и во многих случаях избавляет от необходимости применения принудительных мер воздействия. Правовое решение, как и норма пра-



ва, воспринимается верующими как выражение справедливого и необходимого, а его ориентация на шариат придает ему легитимность на уровне с мусульманским правом [1, с. 319].

Необходимо отметить, что правовое мышление исламских юристов, сформированное под влиянием общей культуры ислама, обуславливает собственное (специфическое) понимание права как социального явления. В связи с этим В. И. Лубской и В. Д. Борис отмечают, что в странах англосаксонской правовой семьи право в массовом сознании ассоциируется с правом в субъективном смысле, с правами и свободами, которые могут быть защищены судом; для стран континентальной (романо-германской) системы, право созвучно понятию «закон»; в то время как для мусульманской правовой системы право, в формальном смысле, понимается как мнение основателей крупных правовых школ и их последователей, как сотни «правовых книг», в которых доктринально изложены основные юридические принципы и решения конкретных дел. В духовном аспекте право – это универсальное религиозно-правовое учение, показатель оценки любого поступка [9, с. 105].

Интересная ситуация о признании юридической силы правового прецедента сложилась в индуистском праве, которое является составной частью индуизма - религии, представляет собой комплекс разнообразных религиозных, философских и социальных взглядов.

Отметим, что самая большая община приверженцев индуизма (около 1 млрд.) проживает в Индии, где они составляют около 83 процентов населения. Как религиозные меньшинства они представлены в Палестине, Бирме, Сингапуре, Малайзии, Танзании, Уганде и Кении. В судебной практике Индии сложилось правило, согласно которому индуистское право действует в отношении лиц, исходя из двух критериев - рождение в семье индуистов или принадлежность к религии. Оно не распространяется на лиц, перешедших в веру, несовместимую с индуизмом [4, с. 209].

Классическое индуистское право не признавало правового прецедента как

источника права, однако, например, в Индии, такая ситуация в корне изменилась с началом господства Англии (XVII и XVIII вв.), что значительно повлияло на развитие индуистского права. Р. Давид отмечает, что это влияние имело двойной характер. Прежде всего, необходимо отметить его положительное воздействие, связанное с официальным признанием авторитета индуистского права (в отличие от периода мусульманского владычества), т. е. англичане признали равное значение мусульманского и индуистского права, а английским судам было предоставлено право рассматривать на их основе все споры, при условии, что они не касались интересов англичан. Однако, с другой стороны, английское господство имело и отрицательное влияние на индуистское право, поскольку повлекло его глубокую трансформацию. Следствием этого влияния было ограничение действия индуистского права лишь регламентацией узкого круга общественных отношений, тогда как важнейшие сферы общественной жизни подпали под действие нового территориального права, применявшегося ко всем гражданам Индии независимо от их религиозной принадлежности [2, с. 335].

Как справедливо отмечают К. Цвайгерт и Х. Кетц, применение индуистского права английскими судами привело к его «коррозии» [3, с. 467]. Устаревшие нормы, регулирующие право собственности, были вытеснены общим правом. И, наоборот, в области семейного и наследственного права действовал принцип, согласно которому все дела, касающиеся наследства, браков, каст, других религиозных обычаев или институтов, решались в соответствии с нормами индуистского права.

Со временем английские судьи получили необходимый опыт в специфике правоприменения индуистского права, кроме того, появилось больше переведенных на английский язык юридических книг, а самое главное – количество судебных решений достигло уровня, необходимого для того, чтобы судьи смогли применять их как прецеденты. Таким образом, в результате деятельности судов индуистское право в период британского колониального правления стало отличаться от перво-

начального нормативного содержания дхармашастр. Это объясняется, с одной стороны, отсутствием литературы по классическому индуистскому праву, т. к. судьям была доступна только незначительная часть, переведенная на английский язык, а это привело к тому, что они могли опираться только на эти работы, хотя было много других источников. А с другой стороны, судьи часто заполняли пробелы и неясности в традиционных текстах, используя, как правило, принципы общего права и создавая при этом, по сути, самостоятельные юридические нормы. В судебной практике место классического индуистского права постепенно заняло так называемое англо-индуистское право, у которого вскоре уже не было необходимости опираться непосредственно на традиционные источники писаного права. Таким образом, право приобрело прецедентный характер и начало широко применяться индийскими судами [3, с. 467, 468, 202].

В течение второй половины XX века правовая система Индии развивалась, опираясь одновременно на ценности традиционного индуистского и адаптированного общего права, а также широко используя позитивный опыт других правовых систем. При этом влияние английской правовой культуры оставалось преобладающим, именно поэтому закон и судебный прецедент приобретают статус основных источников права современной Индии. При этом необходимо отметить, что в современной Индии законодательство и решения судов должны соответствовать Конституции. В свою очередь, контроль за конституционностью законов осуществляет Верховный суд, а важнейшим источником индийского национального права является судебный прецедент. Конституция Индии (ст. 141) установила, что суды страны должны действовать согласно с прецедентом, созданным Верховным судом. Решение Высокого суда штата обязательны для всех нижестоящих судов соответствующего штата. Высокий суд, в отличие от Верховного суда, связан собственными решениями, тогда как решение Высокого суда одного штата необязательны для Высокого суда другого [4, с. 216].

Итак, хотя правовые прецеденты



(судебная практика) и законы официально не признавались источниками индусского права, однако, как справедливо отмечает украинский ученый Д. В. Лукьянов, они рассматривались как оправданное для управления явление, имеющее временный характер, и поэтому не могли содержать норм права, поскольку нормы права должны иметь постоянный характер. Таким образом, источником классического индусского права доколониального периода были в основном работы богословов и правоведов, отражали также существующие в обществе обычаи [4, с. 216].

Нельзя обойти вниманием правовой прецедент в иудейском (еврейском) праве, которое на сегодняшний день, как отмечают ученые, рассматривается как одна из подсистем израильского права. Однако, еврейское право и право Израиля – это разные правовые системы. Имея смешанный характер, правовая система Израиля сочетает в себе черты почти всех правовых семей (романо-германской, англо-саксонской и религиозной). Это объясняется тем, что территория современного Израиля на протяжении веков переходила от разных стран друг к другу, а именно, была провинцией Турции (1517-1917). Закономерно, что в этот период применялось мусульманское право. Затем, вследствие экспансии Великобритании (1918-1947), которая правила там согласно мандата Лиги Наций, широко применялось (и даже навязывалось) общее право и право справедливости.

Решение еврейских судов всегда признавались отдельным источником иудейского права. Формированию этого источника способствовало наличие судебной автономии еврейских общин, которую они во многих странах имели. На протяжении веков суды решали самые важные проблемы, возникавшие повседневно в практической жизни общества, используя все источники иудейского права (законы, подзаконные акты, судебные прецеденты и правовые обычаи) [4, с. 227-228]. Необходимо отметить, что постепенно сложился принцип, согласно которому суды имели право принимать решения, отличавшееся от тех, которые были предусмотрены в других источниках права, если считали, что его

буквальное применение будет нарушением справедливости. Таким образом, благодаря деятельности еврейских судов в течение веков менялись нормы иудейского права.

Однако, влияние английского права не прошло бесследно, и проявилось в признании судебного прецедента полноправным источником израильского права. Сейчас суды Израиля ориентируются больше не на английскую, а на американскую судебную практику. Кроме того, согласно действующему израильскому законодательству, суд обязан руководствоваться судебным прецедентом, установленным вышестоящим судом. Прецедент, установленный Верховным судом, является обязательным для всех судов, кроме него самого. Вследствие этого в Израиле сложился особый свод прецедентного права на базе решений Верховного суда. Сборники различных судебных решений составляют часть юридической литературы. Примером такого сборника является сборник «Вопросы и ответы». Он содержит судебные решения по всевозможным жизненным проблемам, которые решали выдающиеся еврейские правоведы, жившие в разных странах во все времена. В рамках этого сборника исследователи насчитывают почти триста тысяч таких решений [10, с. 947].

Выводы. Проанализировав юридическую силу прецедента странах религиозной правовой семьи, можно сделать вывод, что в последнее время все чаще отмечается сближение правовых систем, в том числе и за счет повышения значения прецедента в странах, преемствующих право англо-американской правовой семьи, а также в связи со своего рода взаимодействием или взаимопроникновением различных элементов юридической техники, присущих этим системам. Вместе с тем рост роли статутного права в странах англо-американской правовой системы, объясняется потребностями развития и усложнения различных аспектов общественных отношений. Таким образом, очевидно, что причины изменения соотношения различных источников права в рамках одной правовой системы оцениваются по-разному: если в отношении прецедента ведущая роль принадлежит вли-

янию каких-либо внешних факторов, то по отношению к статутному праву можно выделить определенные внутренние особенности развития правовых систем.

Динамичное развитие источников права наблюдается и в религиозной правовой семье, которая объединяет четыре правовые системы, а именно: системы мусульманского, индусского, иудейского и канонического права. При этом необходимо отметить, что нельзя также рассматривать отдельные религиозные системы, например, мусульманское право, как правовые семьи, поскольку в их состав не входят другие правовые системы.

Характеризуя правовые системы государств, которые входят в семью стран религиозного права, можно выделить такие отличительные особенности как: неразрывная связь с религией; рассмотрение права как результата божественного открытия, а не как следствие рациональной деятельности личности и государства; персональный характер действия права; признание социальной ценности права и отказ принципа формального равенства прав человека.

Кроме того, необходимо различать понятия «мусульманское право» и «право мусульманских государств». В мусульманских государствах применяется как собственно мусульманское право (Коран, Суна, Иджма и Кийас), так и светское право этих государств (нормативные акты, обычаи, прецеденты). Таким образом, в пределах одного государства могут сосуществовать несколько систем права.

Правовые системы государств, принадлежащих к религиозному типу, не имеют однозначного отношения к правовому прецеденту. Это обусловлено влиянием ряда факторов, среди которых уникальность исторического пути страны, культура, урбанистические процессы и тенденции и т. д. В результате чего сформировалась специфическая систем источников права.

Кроме того, многие государства религиозного типа развивались, испытывая агрессивное воздействие соседей или других стран, которые реализовывая свою экспансивную политику, навязывали им свою систему права, как это произошло в Индии. Также



следует отметить, что государство, проводя свою правовую политику, не может не учитывать особенностей исторического опыта, приобретённого тем или иным регионом. В результате чего происходит взаимопроникновение правовых систем, путем рецепции новых для колониального государства институтов, например, правового прецедента в случае, когда речь идет о колонии Англии.

Список использованной литературы:

1. Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження) : монографія / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : «Видавництво «Фенікс», 2007. – 430 с.
2. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с франц. – М. : Междунар. отношения, 1996. – 399 с.
3. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: Пер. с нем. – В 2 т. – М. : Междунар. отношения, 2000. – Т. 1: Основы. – 480 с.
4. Порівняльне правознавство: підручник / С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов, І. О. Біля-Сабадаш та ін; за ред. О. В. Петришина. – Х. : Право, 2012. – 272 с
5. Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. – М. : Наука. – 1986. – 256 с.
6. Правовые системы стран мира : энциклопедический справочник / Отв. ред. А. Я. Сухарев. – 2-е изд. – М. : Норма-Инфра-М, 2001. – 840 с.
7. Оніщенко Н. М. Принцип верховенства права: теоретичні засади та практичний вимір : матеріали міжнародної конференції «Верховенство права: питання теорії і практики». – Київ, 5–6 грудня 2005 р.
8. The Effect of Islamic Legislation of Crime Prevention in Saudi Arabia.– Rome, 1980. – 600 p.
9. Лубський В. І., Борис В. Д. Мусульманське право : навч. посіб. – К. : Вільбор, 1997. – 256 с.
10. Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. – М. : ООО «Городец-издат», 2002. – 1068 с.

ГЕНЕЗИС ТЕОРЕТИЧЕСКИХ ПРЕДСТАВЛЕНИЙ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОТНОСИТЕЛЬНО УГОЛОВНОЙ ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ КОМПЕТЕНЦИИ РУКОВОДИТЕЛЯ СЛЕДСТВЕННОГО ПОДРАЗДЕЛЕНИЯ ОРГАНА, КОТОРЫЙ ОСУЩЕСТВЛЯЕТ КОНТРОЛЬ ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ НАЛОГОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Р. БОТВИНОВ,

соискатель кафедры уголовного процесса
Донецкого юридического института МВД Украины

SUMMARY

Theoretical representations and provisions of the legislation of rather criminal procedural competence of the head of investigative division of body who exercises control of observance of the tax legislation are considered. As a result of the carried-out analysis the conclusion about lack of uniform approach to understanding of criminal procedural competence of the head of investigative division of body who exercises control of observance of the tax legislation that doesn't promote the solution of the problems connected with regulation of criminal procedural activity of bodies of pre-judicial investigation of specified department becomes and slows down creation of purposeful, scientifically reasonable methodological basis of development of bodies of criminal justice.

Key words: competence, power, status, procedural situation, head of investigative division.

* * *

Рассматриваются теоретические представления и положения законодательства относительно уголовной процессуальной компетенции руководителя следственного подразделения органа, который осуществляет контроль за соблюдением налогового законодательства. В результате проведенного анализа делается заключение об отсутствии единого подхода к пониманию уголовной процессуальной компетенции руководителя следственного подразделения органа, который осуществляет контроль за соблюдением налогового законодательства, что не способствует решению проблем, связанных с регулированием уголовной процессуальной деятельности органов досудебного расследования указанного ведомства и тормозит создание целенаправленной, научно обоснованной методологической основы развития органов уголовной юстиции.

Ключевые слова: компетенция, полномочие, статус, процессуальное положение, руководитель следственного подразделения.

Вводная часть (введение). Отсутствие научных разработок относительно стандартов деятельности органов досудебного расследования не способствует качественному и эффективному применению нового Уголовного процессуального кодекса Украины (далее – УПК 2012 г.). Потребность реформирования уголовной юстиции подтверждается не столько утверждением государственных программ и концепций, сколько уровнем преступности в государстве, очевидным отсутствием доверия общества к этим органам и низкой эффективностью их деятельности.

Среди органов досудебного расследования не последнее место занимают следственные подразделения органа, который осуществляет контроль за соблюдением налогового законодательства. Важность выполня-

емых ими задач обуславливается связью с наполнением государственного бюджета страны.

Поэтому исследование генезиса теоретических представлений и законодательства относительно уголовной



процессуальной компетенции руководителя следственного подразделения органа, который осуществляет контроль за соблюдением налогового законодательства является довольно актуальным.

Отдельные аспекты уголовной процессуальной компетенции руководителя следственного подразделения исследовались в работах О. В. Баулина, В. Н. Батищева, А. А. Власова, Е. И. Воронина, Ю. М. Денежного, А. П. Гуляева, П. И. Минюкова, А. П. Минюкова, З. Г. Онищука, Р. Д. Рахунова, Б. В. Романюка, Г. П. Химичовой, О. В. Химичовой, В. В. Шимановского и др. Однако ученые-процессуалисты в основном исследовали отдельные элементы уголовной процессуальной компетенции руководителя следственного подразделения органа внутренних дел, не обращая необходимого внимания на генезис теоретических представлений и законодательства относительно уголовной процессуальной компетенции руководителя следственного подразделения органа, который осуществляет контроль за соблюдением налогового законодательства.

Целью статьи является исследование генезиса теоретических представлений и законодательства относительно уголовной процессуальной компетенции руководителя следственного подразделения органа, который осуществляет контроль за соблюдением налогового законодательства.

Изложение основного материала исследования. Проблемы и пути повышения эффективности уголовной процессуальной деятельности органов уголовного преследования обсуждаются среди авторитетных представителей научной среды и находят свое отображение в государственных программных документах. Так, на II Всеукраинском фестивале науки, который прошел в Харькове 15 мая 2009 года, эффективности правоприменительной деятельности органов досудебного расследования были посвящены доклады академиков Ю. Баулина, Ю. Денежного, В. Зеленецкого и других ученых-процессуалистов [1].

Вопрос о необходимости повышения эффективности и реформирования органов уголовной юстиции, конечно, не был поставлен впервые. Свое ото-

бражение он нашел еще в Концепции реформирования уголовной юстиции Украины, утвержденной Указом Президента Украины вот 8 апреля 2008 года № 311/2008 (далее – Концепция 2008 года) Одними из задач в данной Концепции 2008 года являются реорганизация системы органов досудебного расследования, функциональное отделение их деятельности от деятельности разведывательных и контрразведывательных органов с целью повышения эффективности уголовной юстиции для обеспечения прав и свобод человека [2, с. 23]. Среди предпосылок для реформирования системы уголовной юстиции в Концепции 2008 года указано то, что «деятельность ее субъектов характеризуется дублированием полномочий, отсутствием четкого определения и разграничения их компетенции, предоставления приоритета задач, которые на самом деле являются второстепенными, применением неоправданно усложненных формальных процедур» [2, с. 21].

Для решения задачи относительно четкого определения и разграничения компетенций субъектов уголовной юстиции необходимой будет разработка научной основы исследования.

Определению служебной компетенции большое значения в своих исследованиях управленческих структур общества и их эффективности уделял известный социолог Г. Вебер. Чертами рациональной бюрократии по мнению Г. Вебера являются разделение труда среди членов бюрократической структуры, суровая иерархичность, наличие свода суровых правил и инструкций, подчиненность суровой единой служебной дисциплине и контролю, подчиненность между собой разных бюрократических органов [3, с. 144-145].

Как верно отмечает М. С. Городецкая, служебной компетенцией органов уголовной юстиции является их уголовная процессуальная компетенция, поскольку их «службой» является уголовная процессуальная деятельность [4, с. 15].

Указом Президиума Верховного Совета Украинской ССР от 18 января 1966 года Уголовно-процессуальный кодекс был дополнен статьей 114-1 «Полномочия начальника следственного отдела». С предоставлением в 1966 году процессуальных полномо-

чий начальнику следственного отдела в отечественном (тогда еще советском) уголовном процессе появился новый субъект, а в теории уголовного процесса – новый повод для дискуссий, которые не утихают и до сих пор.

В теории уголовного процесса с такой фигурой как руководитель следственного подразделения связаны дискуссии относительно процессуального контроля, ведомственного контроля, процессуального руководства, управления органами досудебного следствия, организации деятельности следственных подразделений, функций контроля, организационных функций [5; 6; 7; 8; 9].

Проанализируем, насколько этот возможно в пределах научной статьи, развитие теоретических представлений и законодательства относительно уголовной процессуальной компетенции руководителя следственного подразделения органа, который осуществляет контроль за соблюдением налогового законодательства (далее – руководитель следственного подразделения).

Вести речь относительно законодательного регламентирования и теоретических представлений об уголовной процессуальной компетенции этого субъекта уголовного процесса можно лишь со второй половины 90-х годов.

Подразделения по борьбе с уголовным утаиванием прибыли от налогообложения, которые входили в состав МВД Украины, передавались в подчинение Государственной налоговой администрации Украины (далее – ГНА Украины) постановлением Кабинета Министров Украины от 15 ноября 1996 года № 1385 «Об обеспечении деятельности Государственной налоговой администрации Украины» [10], в которой была создана налоговая полиция в количестве 4700 единиц [11, с. 230].

Позднее, с принятием Закона Украины «О внесении изменений и дополнений в Закон Украины «О государственной налоговой службе в Украине» от 5 февраля 1998 года налоговую полицию переименовали в налоговую милицию [12].

Со временем, 30 июля 1998 года приказом ГНА Украины № 374 было утверждено «Положение о следственных подразделениях налоговой милиции органов государственной налоговой службы» [13].



К указанному Положению о следственных подразделениях налоговой милиции органов ДПС позднее приказом ГНА Украины от 25 января 2000 года № 29 «О внесении изменений и дополнений в некоторые нормативные акты ГНА Украины» были внесены дополнения и изменения, но основные задачи не были изменены [14].

Принимая во внимание довольно «молодой возраст» такого субъекта уголовного процесса как руководитель следственного подразделения органа, который осуществляет контроль за соблюдением налогового законодательства, теория уголовного процесса еще не успела обогатиться относительно него результатами научных исследований даже в количественном плане. Преимущественно исследования осуществлялись относительно уголовной процессуальной компетенции руководителя следственного подразделения органов внутренних дел или относительно ведомственного контроля на досудебном расследовании вообще.

В 60-70 годах прошлого столетия процессуалистами обсуждались на полосах периодических изданий и исследовались на монографическом уровне процессуальные полномочия начальника следственного отдела [15], вопросы организации его работы [16] и его роль в организации следственной работы [17], положение начальника следственного отдела в советском уголовном процессе [18], ведомственный контроль на досудебном следствии [19].

В 80-х годах в теории уголовного процесса исследователи в своем большинстве уделяли внимание именно контролю, осуществляемому начальником следственного отдела [7; 20; 21].

Тогда как с 90-х годов и по сегодняшний день научные работы характеризуются разносторонними интересами исследователей относительно ведомственного процессуального контроля [22], процессуального положения начальника следственного отдела [9], его функций [5] и полномочий [23].

Рассматривая процессуальные полномочия начальника следственного отдела (отделения) органов внутренних дел, П. И. Минюков и А. П. Минюков первый раздел монографического исследования посвятили его компетенции относительно руководства досудебным

следствием. Учитывая, что по общему смыслу авторы исследовали полномочия начальника следственного отдела, то под его компетенцией они понимают именно полномочие [23].

Относительно работников налоговой милиции в литературе встречаются исследования их правового статуса, к элементу которого относят юридические государственно-властные полномочия и юридическую ответственность [24].

Компетенцию начальника следственного отдела рассматривают при исследовании управления органами досудебного следствия.

Исследование управленческой деятельности презентовано работами относительно управления в подразделениях органов внутренних дел [25], органов безопасности [26] и налоговой милиции [27].

В законодательстве, к сожалению, не прослеживается четкости в определении терминов. Согласно пункту 6-а ст. 32 УПК 1960 г. начальник следственного отдела, в том числе и налоговой милиции, действует в пределах своей компетенции. В то же время ст. 114-1 УПК 1960 г. определяет совсем не компетенцию, а его полномочия [28].

Авторы научно-практического комментария к УПК 1960 г., комментируя ст. 114-1 относительно полномочий начальника следственного отдела, пишут о процессуальном положении начальников следственных отделов [29, с. 25]. Т. е., авторы отождествляют полномочие начальника следственного отдела (в том числе и налоговой милиции) с его процессуальным положением и, соответственно, его компетенцией.

В УПК 2012 г. начальник следственного отдела назван руководителем органа досудебного расследования. Согласно п. 8 ч. 1 ст. 3 УПК 2012 г. руководитель органа досудебного расследования, в том числе органа, который осуществляет контроль за соблюдением налогового законодательства действует в пределах своих полномочий [30]. В ст. 39 УПК 2012 г. речь также идет о полномочии руководителя органа досудебного расследования. А термин «компетенция» используется относительно следователя, прокурора (п. 17 ч. 1 ст. 3, ст. 25 УПК 2012 г.) [30].

В то время как теория уголовного процесса использует такие термины

как компетенция, полномочие, функции, статус как равнозначные, анализ УПК 1960 г., УПК 2012 г. и соответствующих ведомственных подзаконных нормативно-правовых актов показывает, что указанные понятия не совпадают по смыслу.

В теории уголовного процессуального права термин компетенция приобретает распространение. Так, Л. Н. Лобойко на монографическом уровне исследовал уголовную процессуальную компетенцию [31]. Основываясь на разработках теоретика права Ю. О. Тихомирова относительно теории компетенции [32], он рассмотрел понятие уголовной процессуальной компетенции, ее структуру и произвел анализ уголовной процессуальной компетенции субъектов уголовного процесса.

Российский ученый-процессуалист О. В. Мичурина, обратив внимание на термин «компетенция», который раньше использовался относительно управленческих органов, отмечает, что, принимая во внимание распространенность данного термина в уголовном процессуальном законе, едва ли можно сомневаться в его уголовной процессуальной природе. По ее мнению, является недопустимым отождествление компетенции и деятельности, поскольку стирается граница между фактической деятельностью и той, что определена законом. Компетенция является правовой характеристикой деятельности должностного лица или государственного органа – задач, содержания и границ. Определяет компетенцию О. В. Мичурина как совокупность полномочий, установленных уголовно-процессуальным законом в пределах конкретно для каждого органа и должностного лица [33, с. 28].

Заключение. Как видно из изложенного в статье материала, в юридической теории и законодательстве от советского периода их развития до сих пор нет единого подхода к пониманию не только уголовной процессуальной компетенции начальника следственного подразделения налоговой милиции, а и его «коллег» в других ведомствах. Более того, такой участник уголовного процесса появился лишь во второй половине 1990-х годов. Поэтому, если в законодательстве его компетенция как-



то еволюціонувала, то в теорії уголовного процесу вона залишається практично не дослідженою.

Дослідження кримінального процесуальної компетенції керівника слідчого підрозділу дозволить вирішити ряд питань, які виникають при регулюванні кримінального процесуальної діяльності органів досудового розслідування, і внесуть свій вклад в створення цілеспрямованої, науково обґрунтованої методологічної основи розвитку органів кримінальної юстиції, і в процес чіткого визначення кримінального процесуальної компетенції в законодавстві. В частині, потребує в дослідженні кримінальний процесуальний компетентність керівника слідчого підрозділу органу, який здійснює контроль за дотриманням податкового законодавства.

Список использованной литературы:

1. Ілляк Ф. У Харкові пройшов II Всеукраїнський фестиваль науки [Електронний ресурс] / Федір Ілляк // Юридичний вісник України. – 2009. – № 21 (673). – Режим доступу : http://www.yuricom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine/publications/?aid=2529&rid=147.
2. Концепція реформування кримінальної юстиції України, схвалена Указом Президента України від 8 квітня 2008 року №311/2008 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 27. – С. 21–29.
3. Кравченко С. А. Соціологія: парадигми через призму соціологічного уявлення / Кравченко С. А. – М. : Екзамен, 2003. – 512 с.
4. Городецька М. С. Кримінально-процесуальна компетенція слідчого органів внутрішніх справ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Городецька Марина Сергіївна. – Дніпропетровськ : Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ, 2010. – 271 с.
5. Ашитко В. П. Функції процесуального контролю начальника слідчого управління / В. П. Ашитко // Процесуальні та криміналістичні проблеми виробництва по кримінальних справах : збірн. науч. трудов. – М. : Академія МВД Росії, 1995. – С. 128–136.
6. Иванов А. В. Правовые основы организации и деятельности следственных частей в системе министерств и управлений внутренних дел : автореф. дис. ... на соискание научн. степени канд. юрид. наук : 12.00.09 «Уголовный процесс и криминалистика; судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / А. И. Иванов. – М., 1999. – 46 с.
7. Кальницький В. В. Ведомственный процессуальный контроль за деятельностью следователей органов внутренних дел : автореф. дис. ... на соискание научн. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, судостроительство, прокурорский надзор, криминалистика» / В. В. Кальницький. – М., 1982. – 24 с.
8. Кулагин Н. И. Управление следственными аппаратами органов внутренних дел (функционально-структурный анализ) : автореф. дис. ... на соискание научн. степени д-ра юрид. наук : спец. 05.13.10 «Управление в социальных и экономических системах (юридические науки)» / Н. И. Кулагин. – М., 1990. – 36 с.
9. Мешков М. В. Процесуальное положение начальника следственного отдела в советском уголовном процессе : автореф. дис. ... на соискание научн. степени канд. юрид. наук : 12.00.09 «Уголовный процесс и криминалистика; судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / М. В. Мешков. – М., 1992. – 27 с.
10. Про забезпечення діяльності Державної податкової адміністрації України: Постанова Кабінету Міністрів України від 15 листопада 1996 р. № 1385.
11. Василькевич Я. І. Основні напрямки реформування діяльності податкової міліції Державної податкової адміністрації України / Я. І. Василькевич // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – К., 2001. – № 4. – С. 230–238.
12. Про внесення змін і доповнень до Закону України «Про державну податкову службу в Україні» : Закон України від 5 лютого 1998 року // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 29. – С. 190.
13. Положення про слідчі підрозділи податкової міліції органів державної податкової служби, затверджене наказом ДПА України від 30 липня 1998 р. № 374.
14. Про внесення змін та доповнень до деяких нормативних актів ДПА України : Наказ ДПА України від 25 січня 2000 року № 29.
15. Гуткин И. М. Начальник следственного отдела и его процессуальные полномочия / И. М. Гуткин // Сов. милиция. – 1967. – №4. – С. 68–69.
16. Гаврилов А. К. Организация работы начальника следственного отделения: учебное пособие / А. К. Гаврилов. – Волгоград : Высшая следственная школа МВД СССР, 1972. – 78 с.
17. Кукушкин Ю. А. Общие вопросы организации следственной работы / Ю. А. Кукушкин. – Волгоград, 1975. – 124 с.
18. Асриев Б. В. Начальник следственного отдела в советском уголовном процессе : автореф. дис. ... на соискание науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовный процесс» / Б. В. Асриев. – М., 1974. – 24 с.
19. Бакрадзе А. Прокурорский надзор и ведомственный контроль за расследованием преступлений органами МВД / А. Бакрадзе // Соц. Законность. – 1970. – № 3. – С. 39–41.
20. Дубровин А. П. Проблемы процессуального контроля за деятельностью следователей органов внутренних дел по расследованию преступлений : автореф. дис. ... на соискание научн. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс и криминалистика; судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / А. П. Дубровин. – М., 1989. – 23 с.
21. Меглицкий Г. Н. Совершенствование системы контроля в следственном аппарате органов внутренних дел : дис. ... канд. юрид. наук / Меглицкий Георгий Николаевич. – М., 1984. – 230 с.
22. Лементя П. В. Ведомственный процессуальный контроль за предварительным следствием в органах внутренних дел : автореф. дис. ... на соискание научн. степени канд. юрид. наук : 12.00.09 «Уголовный процесс и криминалистика; судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / П. В. Лементя. – Волгоград, 1999. – 25 с.
23. Мінюков П. І. Процесуальні повноваження начальника слідчого відділу (відділення) органів внутрішніх справ і проблеми керівництва досудовим слідством : навчальний посібник / П. І. Мінюков, А. П. Мінюков. – К. : Кондор, 2004. – 214 с.
24. Кузнецов В. Правовой статус



працівника податкової міліції України [Електронний ресурс] / В. Кузнецов // Науковий вісник Національного університету державної податкової служби України. – Режим доступу : http://www.asta.edu.ua/vidan/nau_visn/Menu/gubpravо.php.

25. Петков С. В. Менеджмент в органах внутрішніх справ України : монографія / С. В. Петков. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ ; ПП «Ліра ЛТД», 2007. – 280 с.

26. Махинин В. И. Основы управления в органах безопасности : учебник / Отв. ред. д-р юрид. наук, проф. Б. С. Тетерин. – М. : Изд-ль Шумилова И. И., 2001. – 183 с.

27. Касьяненко М. М. Організація роботи та управління органами державної податкової служби України : навч. посібник / М. М. Касьяненко, М. В. Гринюк., П. В. Цимбал. – Ірпінь : Академія ДПС України, 2001. – 229 с.

28. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=3&nreg=1001-05>.

29. Уголовно-процесуальний кодекс України : научно-практический комментарий / Под общ. ред. В. Т. Малиаренко, Ю. П. Аленина. – Х. : Одиссей, 2005. – 944 с.

30. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/ed20120413/paran2#n2>.

31. Лобойко Л. М. Кримінально-процесуальна компетенція : монографія / Л. М. Лобойко. – Дніпропетровськ : Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ, 2006. – 188 с.

32. Тихомиров Ю. А. Теория компетенции : монография / Тихомиров Ю. А. – М. : Издание г-на Тихомирова М. Ю., 2005. – 355 с.

33. Мичурина О. В. О компетенции государственных органов и должностных лиц в уголовном судопроизводстве и ее разграничение на примере органов дознания / О. В. Мичурина // Российский судья. – 2006. – № 6. – С. 28–31.

ВВЕДЕНИЕ ИНСТИТУТА УГОЛОВНОГО ПРОСТУПКА В УГОЛОВНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО УКРАИНЫ

О. БРЫНЗАНСКАЯ,

кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры криминального права и процесса Киевского университета права Национальной академии наук Украины

SUMMARY

The article deals with appropriateness and problems of implementation into Ukrainian criminal law the institute criminal misdemeanor as a branch of reforming of policy of criminal law with object of its humanization. The author devotes historical development of differentiation of crimes and misdemeanors in the criminal law of Ukraine, also in the criminal laws of foreign states which has Ukrainian territories. It is examined an origin of the institute criminal misdemeanor in the criminal law of The Russian empire and The Avstro-Hungarian empire. The criterions for differentiation of crimes and misdemeanors in modern criminal law in Ukraine, Poland and Austria are analyzed.

Key words: crime, criminal misdemeanor, policy of criminal law, reforming of criminal law, differentiation of crimes and misdemeanors, humanization, depenalization, criminalization, punishment, limitation of using imprisonment.

* * *

В статье рассматриваются целесообразность и проблемы введения в уголовное законодательство Украины института уголовного проступка как одного из направлений реформирования уголовно-правовой политики Украины с целью ее гуманизации. Автор исследует историческое развитие дифференциации преступных деяний в уголовном праве Украины, а также в уголовных законах государств, в составе которых находилась территория Украины. Рассматривается возникновение института уголовного проступка в уголовных законодательствах Российской и Австро-Венгерской империй, действующих на территории Украины. Анализируются критерии для дифференциации преступных деяний в уголовных законодательствах Украины, Республики Польша и Австрийской Республики на современном этапе.

Ключевые слова: преступление, уголовный проступок, уголовно-правовая политика, реформирование уголовного законодательства, дифференциация преступного деяния, гуманизация, депенализация, криминализация, наказание, ограничение применения наказаний, связанных с лишением свободы.

Постановка проблемы. Согласно Концепции реформирования уголовной юстиции, утвержденной Указом Президента Украины 8 апреля 2008 года № 311/2008 (далее – Концепция), одно из направлений реформирования законодательства Украины составляет введение в уголовное законодательства Украины института уголовного проступка. С этой целью было разработано два проекта закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Украины о введении института уголовного проступка», однако ни один из этих законопроектов не был одобрен Комитетом Верховной Рады Украины по вопросам верховенства права и правосудия и вследствие этого законопроекты были отозваны. Распоряжением Президента Украины от 30 мая 2012 года № 98/2012-рп «О рабочей группе по вопросам реформирования законодательства об административных правонарушениях и введении института уголовных проступков» с целью подготовки согласованных предложений по реформированию законодательства об административных правонарушениях, введению института уголовных проступков с учетом общепризнанных международных демократических стандартов была создана рабочая группа ученых и юристов – специалистов в сфере уголовного права, которая в настоящее время ведет работу.



Кроме этого, 19 ноября 2012 года вступил в силу Криминальный процессуальный кодекс Украины № 4651-VI от 13 апреля 2012 года (далее – КПК Украины), который предусматривает особенности досудебного расследования и судебного производства уголовных проступков (гл. 25, § 1 гл. 30). Таким образом, институт уголовного проступка, будучи не предусмотренным уголовном законодательством Украины, уже имеет четко регламентированную процедуру досудебного расследования и судебного производства, предусмотренную УПК Украины, что само по себе есть нелогичным. Одновременно, слудует обратить внимание, что согласно п. 1 Заключительных положений КПК Украины, положения, касающиеся уголовного производства в отношении уголовных проступков, вводятся в действие одновременно со вступлением в силу закона Украины об уголовных проступках.

Целесообразность введения в уголовное законодательство Украины институт уголовного проступка есть дискуссионной и не однократно становилась предметом исследований украинских ученых О. А. Банчука, И. П. Голосниченка, Н. О. Гуторовой, І. Б. Колиушка, В. К. Колпакова, В. М. Куца, А. А. Музыки, Е. Л. Стрельцова, И. Ю. Романюка, П. Л. Фриса, Н. И. Хавронюка и др. Несмотря на значительный объем научной разработки, отдельные вопросы, связанные с институтом уголовного проступка, в юридической литературе освещены недостаточно. В частности, это относится к вопросам является ли введение института уголовного проступка средством гуманизации уголовного законодательства, а также к историческому опыту введения данного института в уголовные законодательства Российской и Австро-Венгерской империй, в состав которых на определенных исторических этапах входила Украина.

Целью статьи является исследование целесообразности введения института уголовного проступка в контексте реформирования уголовного законодательства Украины с целью его гуманизации, а также результатов введения данного института в уголовные законодательства, действовавшие на территории Украины ранее. В процессе

работы использовались системный, логический, исторический и сравнительно-правовой методы.

Изложение основных положений. Понятие уголовного проступка было впервые определено Концепции. В частности, к уголовным проступкам в Концепции относятся отдельные деяния, которые согласно действующему Криминальному кодексу Украины (далее – КК Украины) составляют преступления небольшой тяжести, которые в контексте политики гуманизации уголовного законодательства должны определяться законодателем такими, которые не имеют значительной степени общественной опасности, а также предусмотренные действующим Кодексом об административных правонарушениях деяния, которые подлежат судебной юрисдикции и не являются управленческими (административными) по своей сути. Задание Концепции составляет создание научно обоснованной методологической основы, определение содержания и направлений реформирования уголовной юстиции, в том числе и гуманизации уголовного законодательства Украины [1]. Учитывая изложенное выше, отдельное направление уголовно-правовой политики Украины, выраженной в Концепции, и нормативно закрепленной в действующем КПК Украины, составляет гуманизация уголовного законодательства, к путям осуществления которой авторы Концепции относят трансформацию части преступных деяний, предусмотренных КК Украины, в уголовные проступки и ограничение сферы применения наказаний, связанных с лишением свободы, заменив их более мягкими наказаниями. Одновременно направленность введения института уголовного проступка на гуманизацию уголовного законодательства неоднозначна исходя из следующего.

Во-первых, Концепцией предлагается отнести к уголовным проступкам деяния, предусмотренные КК Украины, которые относятся к преступлениям небольшой тяжести, то есть, которые согласно ч. 2 ст. 12 КК Украины не имеют значительной степени общественной опасности и за совершение которых установлено наказание в виде лишения свободы на срок не более двух лет или иное, более мягкое

наказание, за исключением основного наказания в виде штрафа в сумме, превышающей три тысячи необлагаемых налогом минимумов доходов граждан. Таким образом, Концепция фактически предлагает депенализировать отдельные преступления небольшой тяжести. С одной стороны, это соответствует такому принципу уголовного права, как экономия уголовной репрессии, и есть проявлением гуманизации уголовного законодательства. С другой стороны, Концепция предусматривает отнесение к уголовным проступкам тех административных правонарушений, на которые распространяется судебная юрисдикция и которые по своей сути не являются управленческими. Таким образом, фактически предложено осуществить криминализацию части административных правонарушений, что, в свою очередь, противоречит принципу экономии уголовной репрессии, поскольку увеличивается количество деяний, не имеющих значительной степени общественной опасности, за совершение которых лицо может подлежать уголовной ответственности, пусть даже при отсутствии такого уголовно-правового последствия как судимость.

Во-вторых, как правильно указывает украинский ученый П. Л. Фрис, основную социальную цель отрасли уголовного права составляет охрана наиболее важных общественных ценностей путем применения к виноватым лицам специфической меры влияния – наказания, главным заданием которого есть кара за совершенное деяние [4]. Вследствие этого уголовная ответственность наступает за совершение исключительно общественно опасных деяний, которые из-за своей тяжести, ведут за собой крайнюю меру негативной реакции общества – предусмотренное уголовным законом наказание.

В-третьих, согласно Концепции одним из заданий введения института уголовного проступка есть ограничение сферы применения наказаний, связанных с лишением свободы. Административные правонарушения, которые предлагается отнести к уголовным проступкам, не караются лишением свободы в его значении как уголовного наказания. Как и предлагается в Концепции, совершение административного правонарушения не ведет за



собой судимости, поскольку она не предусмотрена законодательством об административных правонарушениях. Одновременно для ограничения сферы применения наказаний, связанных с лишением свободы, а также применения административного взыскания в виде административного ареста, целесообразнее внести изменения в соответствующие положения о назначении наказания (КК Украины) и наложении взыскания (Кодекс Украины об административных правонарушениях).

В-четвертых, неоднозначные попытки введения института уголовного проступка в уголовные законодательства, действующие на территории Украины уже имели место, а именно – в законодательствах Российской империи («Уложение о наказаниях уголовных и исправительных» 1845 г., «Уголовное уложение» 1903 г.) и Австро-Венгерской империи (Уголовный кодекс «Францишкана» 1803 г. в редакции 1852 г.). Следует обратить внимание, что дифференциация караемого уголовным законом деяния наблюдается в уголовных законах отдельных западноевропейских государств уже с конца XVIII века – в Уголовном кодексе Франции от 25 октября 1795 г. (3 брюмера IV г.) [3, 23]. Впервые целесообразность введения института уголовного проступка («уголовной неправды») аргументировалась графом Н. Н. Сперанским в проекте изменений к Уголовному уложению 1824 г., но не было отображено в Своде законов Российской империи [4]. Несмотря на это, в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (далее – Уложение 1845 г.) уголовно-наказуемые деяния разделялись на преступления и проступки. В разделе 1 главы 1 Уложения 1845 г. указано, что любое нарушение закона, при котором осуществляется посягательство на неприкосновенность прав верховной власти или права и безопасность частных лиц есть преступлением. Проступок определялся как нарушение правил, установленных для охраны определенных законами прав, общественной или личной безопасности или пользы [5]. Таким образом, критерием разделения уголовно наказуемых деяний по Уложению 1845 г., был объект посягательства. В свою

очередь, такое разделение стало предметом научной дискуссии. По мнению известного российского ученого, обер-прокурора Уголовного кассационного департамента Правящего Сената Н. А. Неклюдова, именно благодаря разделению уголовно наказуемого деяния на преступление и проступок, посягательство и соучастие при осуществлении проступка ненаказуемы. Позицию Н. А. Неклюдова поддерживал профессор и адвокат А. В. Лохвицкий. Противоположного мнения придерживался российский юрист и государственный деятель Н. С. Таганцев: в Уложении 1845 г. отсутствует четко определенная терминология, вследствие чего не сформулированы четкие понятия «преступление» и «проступок» в их видовом значении. При этом Н. С. Таганцев ссылался на постановления суда при назначении наказания, в которых речь идет исключительно об уголовной ответственности за преступления, а не за проступки. Со вступлением в действие в 1864 г. Устава о наказаниях, которые назначаются мировыми судьями, термин «проступок» стал использоваться в значении мало-значительного преступного деяния. Кроме того, в Уложении 1845 г. в редакциях от 1866 и 1885 гг. разделение уголовных деяний на преступления и проступки отсутствует [6].

В Уголовном уложении 1903 г. преступные деяния разделялись на тяжкие преступления, преступления и проступки, причем, критерием разделения был вид наказания, налагаемый за то или иное действие. Преступные действия, за совершение которых законом предусмотрено смертную казнь, каторгу или ссылку, являлись тяжкими преступлениями. Преступные действия, за которые предусматривались наказания в виде заключения в исправительном доме, крепости или тюрьме, были отнесены к преступлениям. Преступные действия, за которые предусматривались наказания в виде ареста или штрафа, считались проступками [7, с. 275]. Следует обратить внимание, что Уголовное уложение 1903 г. действовало в полном объеме исключительно на территориях Латвии, Литвы и Эстонии, а основным нормативно-правовым актом в сфере уголовного права оставалось Уложение 1845 г. [8, с. 21]. Совет-

ское уголовное законодательство предусматривало единый уголовно-правовой институт – преступление, а менее тяжкие и менее общественно опасные деяния были отнесены к административным правонарушениям.

В уголовных законах Австро-Венгерской империи дифференциация преступного деяния наблюдается, начиная с Уголовного уложения императрицы Марии-Терезии 1768 г. (Терезианы). В указанном нормативно-правовом акте преступные действия были разделены на преступления против частных и публичных интересов. В 1787 г. было принято Кодекс «О преступлениях и наказаниях» императора Йосифа II (Йосефина). В этом законодательном акте впервые в истории австрийского уголовного права преступные действия были разделены на уголовные преступления, которые рассматривались судами, и менее серьезные правонарушения, которые рассматривались административными органами. В 1796 г. в Галичине был введен в действие новый Уголовный кодекс (Францишкана), подготовленный известным австрийским юристом Йозефом фон Зонненфельсом. В этом кодексе преступные деяния разделялись на преступления и тяжкие полицейские проступки. В 1803 г. действия Францишканы было распространено на всю территорию Австрийской империи. В редакции Францишканы от 1852 г. дифференциация преступных деяний на преступления и тяжкие полицейские проступки была заменена на разделение на преступления и проступки по критерию наказуемости деяния определенными видами наказаний. За совершение преступления была предусмотрена смертная казнь путем повешения или тюремное заключение на разные сроки. За совершение проступка Францишкана предусматривала имущественные наказания, арест до шести месяцев, запрет на проживание в отдельных местностях и телесные наказания, отмененные в 1867 г. [9, с. 46].

Таким образом, применение критерия наказуемости преступного деяния определенными видами наказаний было распространено в уголовных законодательствах Российской и Австро-Венгерской империй, а также в законодательствах других государств Западной Европы – Прусском уголов-



ном уложении 1851 г., Баварском уголовном уложении 1861 г., Уголовном кодексе Королевства Бельгии 1867 г. и т.д. В то же время, применение выше указанного критерия неоднократно подавалось критике. По мнению итальянского юриста А. Росси, разделение преступных деяний на преступления, проступки и иные правонарушения на основе критерия применения определенных видов наказаний базируется на произволе государства относительно гражданина и ограничивает исследование внутренней природы человека, совершенно не принимая во внимание форму вины [4].

Уголовный кодекс Францискана действовал в Австрии (Цислейтании), в т. ч. Галичине и Буковине, до принятия в 1932 г. Уголовного кодекса и закону про уголовные проступки Республики Польша (II Речь Посполита), в состав которой вошла Галичина. В Уголовном кодексе Польши 1932 г. преступления делились на две категории: тяжкие преступления («zbrodnie»), совершение которых каралось лишением свободы на срок свыше пяти лет или смертной казнью, и проступки («występki»), которые карались лишением свободы на срок свыше трех месяцев или штрафом свыше трех тысяч злотых [10, 40].

В действующем Уголовном кодексе Республики Польша также закреплены два уголовно-правовых института – преступление и проступок. Как справедливо обращает внимание П. Л. Фрис, понятие преступления в уголовном праве и уголовном законодательстве Республики Польша синтетическое и охватывает (ст. 7 УК Республики Польша) два вида деяний – преступление (przestępstwo) и проступок (występek). Критериями для дифференциации служат: 1) вид и размер (срок) предусмотренного наказания; 2) характеристика субъективной стороны состава преступления, а именно форма вины в виде неосторожности (ст.ст. 7 и 8 УК Республики Польша) [11].

В действующем законодательстве Австрийской Республики также сохранились оба института – и преступления, и проступка. Уголовный кодекс Австрийской Республики признает преступлениями умышленные деяния, которые караются пожизненным лишением свободы или лишением свободы

на определенный срок, иные деяния – характеризующиеся формой вины в виде неосторожности или караются более мягкими наказаниями, являются уголовными проступками [12, с. 161].

Таким образом, действующие законодательства Республики Польша и Австрийской Республики определенным образом унаследовали институт уголовного проступка от уголовного законодательства Австро-Венгерской империи, дополнив такой критерий дифференциации преступных деяний как наказуемость деяния определенными видами наказаний, критерием, базирующимся на признаках субъективной стороны преступления. В Концепции предложены иные критерии дифференциации преступных деяний:

1) Степень общественной опасности – к уголовным проступкам Концепция относит отдельные деяния, которые согласно действующему УК Украины отнесены к преступлениям небольшой тяжести и которые, в контексте политики гуманизации уголовного законодательства определяются законодателем такими, которые не имеют значительной степени общественной опасности;

2) Судебная юрисдикция – уголовными проступками считаются предусмотренные действующим Кодексом Украины про административные правонарушения действия, которые находятся под судебной юрисдикцией и не есть управленческими (административными) по своей сути.

Таким образом, положения Концепции о введении института уголовного проступка недостаточно разработаны, в том числе и в мере изучения как исторического опыта, так и опыта уголовных законодательств зарубежных стран, для которых, в отличие от украинского уголовного законодательства, как и уголовных законодательств иных постсоветских государств, нехарактерен институт административного правонарушения.

На основании изложенного можно сделать следующие выводы:

1. Введение института уголовного проступка в действующем уголовном законодательстве путем отнесения к уголовным проступкам тех административных правонарушений, которые находятся под судебной юрисдикцией и не являются управленческими по

своей сути, не соответствуют такому направлению уголовно-правовой политики Украины как гуманизация уголовного законодательства.

2. Для ограничения сферы применения наказаний, связанных с лишением свободы, а также применения административного взыскания в виде административного ареста целесообразнее внести изменения в соответствующие статьи Криминального кодекса Украины, и Кодекса Украины об административных правонарушениях).

3. Попытки введения института уголовного проступка уже имели место в истории уголовного законодательства, действующего на территории Украины. Тщательное изучение исторического и зарубежного опыта, позитивных и негативных тенденций развития уголовного законодательства позволяет предотвратить возможные недостатки введения института уголовного проступка в украинское уголовное законодательство.

Список использованной литературы:

1. Концепція реформування кримінальної юстиції, затверджена Указом Президента України від 08 квітня 2008 р. № 311/2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/311/2008>.
2. Фріс П. Л. Деякі відмінності карної провинності від злочину [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.yurincom.com/ua/consultation/faq/?id=11166>.
3. Історія держави і права України : підручник / А. С. Чайковський, В. І. Батрименко, Л. О. Зайцев. – К. : Юрінком Інтер. 2006. – 459 с.
4. Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции: в 2 т. / Таганцев Н. С. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravoznavec.com.ua/books/36/2104/28/#chapter>.
5. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.history.ru/content/view/1114/87/>.
6. Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции: в 2 т. / Таганцев Н. С. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravoznavec.com.ua/books/36/2104/28/#chapter>.



7. Российское законодательство Х–ХХ веков : в 9 т. / под ред. О. И. Чистякова. – М., 1994. – Т. 9.

8. Курс уголовного права. Общая часть. Том 1 : Учение о преступлении / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. – М., 2002.

9. Кульчицкий В. С. Джерела права в Галичині за часів австрійського панування. // Проблеми правознавства. – Львів. – 2001. - Вип. 19.

10. Липитчук О. До питання по соціологічні дослідження в кримінальному судочинстві: досвід польських вчених у міжвоєнний період // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2010. – Вип. 51. – С. 40–50.

11. Фріс П. Л. Карна провинна: як удосконалити чинне законодавство? [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.yuricom.com/ua/consultation/faq/?id=11166>.

12. Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи. Порівняльний аналіз, проблеми гармонізації. / Хавронюк М. І. – Київ : Юрисконсульт, 2006. – 1048 с.

ПРОБЛЕМА ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРАВ И СВОБОД МУСУЛЬМАН ВО ФРАНЦИИ

Я. БУГА,

ассистент кафедры международной информации
Черновицкого национального университета имени Юрия Федьковича

SUMMARY

The author investigates the problem of Muslims' rights and liberties legislative regulation in France in the framework of its own and European legislation. The main attention is paid to the Islam problem in France and in the way French legislation governs legal relationships between the state and Muslims as French citizens. The problem consists in the adoption of certain laws that contradicts in some way with international law in the field of human rights and freedoms. That's why in this article is analyzed in details the domestic legislation of France in accordance with European Unions' and international legislations.

Key words: Islam, hijab, Muslim, human rights and liberties, legislation.

* * *

Автор изучает проблему законодательного регулирования защиты прав и свобод мусульман во Франции в рамках внутреннего и европейского права. Основное внимание уделяется исламской проблеме во Франции и каким способом законодательство Франции регулирует взаимоотношения между государством и мусульманином, который является гражданином Франции. Проблема заключается в том, что принятие некоторых законов определенным образом вступает в противоречие с международным законодательством в сфере прав и свобод человека. Поэтому в статье подробно проанализировано внутреннее законодательство Франции в соответствии с законодательством Европейского Союза и международным законодательством.

Ключевые слова: ислам, хиджаб, мусульмане, права и свободы человека, законодательство.

Постановка проблемы. Довольно часто действия Французской Республики противоречат убеждениям и традициям представителей ислама и провозглашенному Францией принципу светскости, что приводит к обвинению властей страны в дискриминации мусульман касательно их религиозных прав. Поэтому необходимо проанализировать законодательство Франции в контексте не нарушения прав и свобод человека по отношению к французским мусульманам.

Актуальность темы исследования. Сегодня сложно представить существование любого государства без признания им основных прав и свобод человека, хотя несколько веков назад идеи прав и свобод считались утопическими. Уже довольно продолжительное время во Франции существует проблема интеграции мусульманского населения во французское общество. Проблема усугублена тем, что мусульманам сложно практиковать религию в немусульманском обществе. Мусульманское население Франции насчитывает 5-6 млн. человек, что составляет около 8% населения страны. Несовместимость традиций ислама и республиканских цен-

ностей светской Франции приводят к появлению проблем внутри французского общества. Этот процесс порождает ряд проблем между французским государством и мусульманами, как представителями другой культуры, традиций и вероисповедания. С такой ситуацией рано или поздно столкнется любая немусульманская страна, поэтому, для использования опыта Франции в предотвращении появления подобной проблемы следует остановиться на исследовании соотношения норм внутреннего права Франции с международным гражданским правом.

Целью статьи является анализ законодательства Франции, которое регулирует правовые отношения



между государством и ее гражданами, которые исповедуют ислам.

Изложение основного материала исследования. Франция, была одним из первых государств, которая сделала первые попытки закрепить основные права и свободы человека на законодательном уровне, а именно путем провозглашения 26 августа 1789 Декларации прав и свобод человека и гражданина. Интересен тот факт, что данная Декларация, будучи отдельным документом, сегодня, является действующей составляющей Конституции Французской Республики. Поэтому следует подробнее рассмотреть внутреннее право Франции.

Исторически сложилось так, что основные положения прав и свобод человека содержатся в Конституции государства. Основным законом Французской Республики является Конституция 1958 г., особенность которой заключается в том, что она состоит из 3 частей, которые были приняты в разное время, а именно: сама Конституция 1958 г., Преамбула к Конституции 1946 г. и Декларация прав и свобод человека и гражданина 1789 г. Несмотря на общепринятую международную практику, где права и свободы человека четко определяются Конституцией государства, во Франции эти вопросы регулируются не Конституцией, а историческими документами, такими как Преамбула, к Конституции 1946 г. и Декларация прав и свобод человека и гражданина 1789 г. Сама же Конституция 1958 г. регулирует только вопросы организации власти, структуру и порядок формирования государственной власти. С одной стороны, это хорошо, ведь права и свободы человека регулируются отдельными документами, но с точки зрения конституционного права – плохо, так как права и свободы человека – это важнейший элемент конституции любого государства и должны быть четко вписаны в ней.

Вопрос о нарушении прав и свобод мусульман возник еще в 2004 г. После принятия закона о запрете ношения религиозных символов в учебных заведениях Франции [7]. Еще большее обострение он получил в 2010 г., когда Парламентская комиссия Франции приняла рекомендации о запрете ношения хиджаба (с арабского означает

любую одежду, однако в современном мире под хиджабом понимают традиционный платок, который носят мусульманские женщины). В докладе, в частности, отмечалось, что хиджаб является традиционным предметом туалета мусульманской женщины и является символом покорности и проявлением сексизма, а потому не может быть совместим с французскими ценностями. Доклад был подготовлен группой из 32 парламентариев, которые длительное время исследовали эту проблему и выяснили, что во Франции с каждым годом растет недовольство населения – эмигрантов из арабских стран, которые сохраняют мусульманскую идентичность и строго придерживаются канонов ислама [13]. Говоря о запрете ношения хиджаба, стоит отметить, что французские власти исходят, прежде всего, из уважения к достоинству женщины, а также по причине общественной безопасности, ведь не раз террористки-смертницы прятали взрывчатку под длинной одеждой, а это – прямая угроза обществу.

Лидер праворадикальной партии «Союз за народное движение» Жан-Франсуа Копе требовал внести запрет ношения хиджаба во всех общественных местах, включая улицы, отказывать в обслуживании женщин в хиджабе в государственных учреждениях, транспорте, школьных и медицинских учреждениях, почтовых отделениях, пляжах, в общественных парках и местах, предназначенных для прогулок [13]. Сначала парламентская комиссия решила не принимать такое кардинальное решение, ведь полный запрет хиджаба мог вступить в противоречие с законами Евросоюза о правах человека и принципами международного права. В статье 9 Европейской конвенции о защите основных прав и свобод от 4 ноября 1950 говорится о свободе мысли, совести и религии. В ней четко определено, что каждый человек имеет право на свободу мысли, совести и религии. Данное право включает свободу менять свою религию или убеждения, свободу исповедовать свою религию или убеждения как самостоятельно, так и коллективно, в публичном или частном порядке в богослужении, обучении, совершении религиозных и культовых обрядов.

Свобода исповедовать религию или убеждения подлежит лишь тем ограничениям, которые предусмотрены законом и необходимы в демократическом обществе по причине общественной безопасности, для охраны общественного порядка, здоровья и нравственности или защиты прав и свобод других людей. Данная конвенция гарантирует осуществление прав и свобод, без какой-либо дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, социального положения, рождения или иных обстоятельств (ст. 14) [2, р. 13].

Другой европейский договор, Консолидированная версия договора о Европейском Союзе (2008/С115/1), в статье 2 определяет, что Союз основан на ценностях уважения человеческого достоинства, свободы, демократии, равенства, верховенства права и уважения к правам человека, в частности лиц, принадлежащих к меньшинствам. Эти ценности являются общими для всех государств-членов в обществе, где царит плюрализм, не дискриминация, толерантность, правосудие, солидарность и равенство женщин и мужчин. Союз предоставляет своим гражданам пространство свободы, безопасности и правосудия без внутренних границ, в котором обеспечено свободное передвижение лиц, убежище, иммиграция, предотвращение и борьба с преступностью. Союз борется против социального исключения и дискриминации, поддерживает социальную справедливость и защиту, равенство женщин и мужчин, связь между поколениями, защиту прав ребенка [11].

В основе фундаментального права ЕС лежит Хартия основных прав Европейского Союза, в которой достоинство человека нужно уважать и защищать (ст. 1) [3, р. 9]. 10 статья Хартии определяет свободу мысли, совести и религии для каждого человека. В статье 20 Хартии идет речь о признании людей равных в правах, причем запрещается дискриминация любого вида, особенно по признаку пола, расы, цвета кожи, этнического или социального происхождения, генетических характеристик, языка, религии или убеж-



дений, политических или иных взглядов, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, происхождения, ограничений дееспособности, возраста или сексуальной ориентации. При этом Европейский Союз уважает культурные, религиозные и языковые различия (ст. 22). И наконец, в статье 23 говорится, что равенство мужчин и женщин должно быть обеспечено во всех сферах жизни, в том числе трудоустройства, работы и оплаты труда [3, р. 13]. Однако среди мусульман эти принципы, как правило, не учитываются. Такая ситуация создает условия полного неравенства между мужчиной и женщиной во французском обществе, так как является ежедневной практикой среди мусульман и не воспринимается как дискриминация. При этом европейское законодательство позволяет и гарантирует соблюдение традиций верующих.

Предложение запрета ношения хиджаба в общественных местах вызвало активные дебаты, обсуждения общественно и СМИ. Национальное Собрание Франции 335 голосами против одного приняло закон, запрещающий ношение одежды, полностью закрывающей лицо в общественных местах и на улицах. В поддержку принятого закона выступил на тот момент Президент Франции Николя Саркози. Согласно закону нарушители будут обязаны заплатить штраф в размере 150 евро или пройти курсы добродетельного гражданина. Для мужчин, которые заставляют женщин носить хиджаб, предусмотрен штраф в размере 30 тыс. евро или год пребывания в тюрьме. За подобное давление на несовершеннолетних размер штрафа увеличится вдвое [12].

Закон был принят 12 октября 2010 по инициативе Президента. Положения закона менялись неоднократно, главным образом из названия было исключено упоминание о хиджабе или о других предметах женской одежды мусульманок. Официально закон направлен на запрет закрытия лица в общественных местах [8]. Однако уточнение понятий в законе в целом ситуации не меняет, ведь запрет напрямую касается именно мусульманских женщин, поскольку во Франции больше никто не прячет лицо в силу религиозных убеждений. Поэтому принятие этого зако-

на вызвало недовольство со стороны мусульманского населения Франции, а представители мусульманской общины предупреждали о возникновении конфликтов между мусульманами и полицией. В результате 9 апреля 2011 в Париже была сделана попытка провести манифестацию протеста. В итоге, полицией было арестовано более 60 манифестантов [14]. Опасения властей по поводу возникновения протестов со стороны мусульман задержало введение закона в действие на шесть месяцев, поэтому Закон вступил в силу 11 апреля 2011 [14].

В 8 статье Европейской конвенции о защите прав и свобод человека говорится о том, что каждый человек имеет право на уважение его личной и семейной жизни, жилища и тайны переписки. Однако в то же время во втором параграфе данной статьи указывается, что государство не может вмешиваться в осуществление этого права кроме случаев, предусмотренных законом, а также в целях национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, предотвращения беспорядков и преступлений, для защиты здоровья и нравственности, защиты прав и свобод других людей [2]. Защищая эти положения, власти Франции оправдывают свои действия.

Еще одним договором международного права, который регулирует данную сферу, является Международный пакт ООН об экономических, социальных и культурных правах [9]. Подписав данный пакт, Франция вне зависимости от расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства (ст. 2). Государства, участвующие в Пакте, обязуются обеспечить равное для мужчин и женщин право пользования всеми экономическими, социальными и культурными правами, предусмотренными в нем (ст. 3).

Во внутреннем праве Франции вопрос о религии регулируется Законом от 9 декабря 1905 об отделении церкви и государства, в котором сказано, что Республика обеспечивает свободу сознания, гарантирует свободное развитие вероисповедания, кроме ограниче-

ний принятых в целях общественного порядка (ст. 1) [4]. Закон еще в начале XX в. определил Францию светским государством, которое уважает и признает религию, как неотъемлемое обстоятельство, которое объединяет людей и относится к данному явлению толерантно.

Провозглашенные Конституцией Франции от 4 октября 1958 принципы неделимости, светскости, демократичности и социальности Республики актуальны и поныне. Она гарантирует равенство перед законом всем гражданам государства без дискриминации относительно происхождения, расовой принадлежности и вероисповедания. Права и свободы человека чрезвычайно важная сфера французского конституционного законодательства, ведь согласно ей люди рождаются и остаются свободными в правах (ст. 1) [5]. То есть равенство в правах и свобода – это естественное и неотъемлемое право человека, и заключается оно в том, чтобы делать все не нанося вреда другим.

В Декларации 1789 г. и преамбуле к Конституции 1946 г. зафиксированы те права и свободы, которые были актуальными 200 и 60 лет назад. Сегодня же указанные в нем права и свободы человека не соответствуют требованиям времени. Данные нормативные документы не могут быть изменены или дополнены, а со времен их принятия появились новые социальные, трудовые, экологические и др. права. Тем не менее, несмотря на определенные недостатки, во Франции исторически сложился именно такой оригинальный порядок регулирования прав и свобод человека: два нормативных акта включенные в Конституцию.

В Декларации прав и свобод человека и гражданина 1789 г. закреплены следующие принципы и свободы: свобода и равенство с рождения, право на собственность; суверенитет народа, право на сопротивление унижению; право делать все, что не запрещено законом, право доступа к государственным должностям всех без исключения граждан; свобода слова, свобода мысли, свобода совести; презумпция невиновности; ответственность власти перед народом [4]. Данные права дополнены и прописаны в преамбуле Конституции 1946 г. более современ-



ными, в основном, социальными правами и свободами, такими как: равенство мужчин и женщин, право на труд и одновременно обязанность работать, свобода профессиональной деятельности, право на забастовку, право на отдых и досуг, социальное обеспечение, право на развитие личности [10].

Вопрос равенства во французском конституционном законодательстве можно толковать по-разному. Ведь часто, рассматривая вопрос равенства, люди находятся в неодинаковом положении, поэтому необходимо объяснение данного явления. С юридической точки зрения, деятельность Конституционного совета выглядит как практика защиты равенства и свободы в том виде, в котором его понимали юристы времен Французской революции 1789 г. Однако, если неодинаковое положение людей в обществе оправдывает необходимость дифференциации подхода, то в условиях социальной республики оправдано наличие норм, которые призваны регулировать социальные противоречия общества или проводить посягательство на формальное равенство с целью приближения общества к реальному равенству. Таким образом, можно сказать, что принцип равенства во Франции является формальным. Например, Конституционный Суд утверждает, что законодатель не может ни произвольно рассматривать то, что в основном является равноправным с неодинаковых позиций, ни произвольно рассматривать то, что в основном является неравноправным с позиций принципа равенства. При этом равенство может проявляться в любой форме: от равенства граждан перед законом до равенства в условиях труда независимо от происхождения, расовой принадлежности и религии (ст. 1 Конституции) [5]. Условия реализации свободы и равенства должны быть одинаковыми на всей территории Франции, а самовольные действия являются посягательством на принцип равенства (ст. 7 Декларации 1789 и ст. 66 Конституции 1958 г.).

Стоит отметить, что принципам свободы и равенства противоречит любая дискриминация человека в обществе. То есть данное утверждение можно толковать не как посягательство на права, а как различия в правах, которые

ставят данную категорию граждан в менее благоприятные условия существования по отношению к другим, хотя при этом люди находятся в равных условиях, и в данном случае закон должен учитывать этот факт.

В ситуации с мусульманскими женщинами официально их права не нарушаются, но в силу их вероисповедания и традиций, на практике все выглядит наоборот. Это и побуждает Конституционный суд выступать против любой законодательной регламентации привилегий для одних, при этом вредя другим [1]. В данном случае речь идет о различии в происхождении, расы и религии, при этом к данному перечню можно добавить и верования, ведь в преамбуле к Конституции 1946 г. признается уважение Францией ко всем верованиям.

Преамбула ставит всех людей в одинаковые условия, провозглашая, что каждый человек независимо от расы, религии и вероисповедания обладает неотъемлемыми и священными правами, и никто не может быть ущемленным за свои взгляды, в том числе и за религиозные [10]. Говоря о свободе можно утверждать, что закон не предоставляет ее непосредственным образом, ведь в Декларации говорится, что свобода является естественным и неотъемлемым правом каждого человека, принадлежащего ему с рождения [4]. Однако, некоторые законы, как, например, в нашем случае Закон о запрете ношения религиозных символов и Закон, запрещающий носить одежду, закрывающую лицо и тело, могут все-таки ограничивать свободы, ведь согласно той же Декларации от 1789 г. свободу нельзя ограничивать на основе закона, поэтому все, что не запрещено законом – разрешено (ст. 5). При этом законом также возможно предусматривать и меры принуждения. В Декларации это изложено так: «Никто не может быть вынужден делать то, что не предусмотрено законом». При этом Декларация не определяет четко, что именно закон может предписывать, полезное или необходимое для общества в целом, или человеку в частности. Но общая картина разоблачается в четвертой статье, согласно которой реализация естественных прав каждого человека может быть ограничена лишь теми пре-

делами, которые обеспечивают другим представителям общества пользование теми же правами.

Выводы. Таким образом, можно сделать вывод, что конституционное законодательство Франции регламентирует права и свободы человека достаточно неоднозначно и часто противоречиво. Права граждан, прописанные в двух дополнительных правовых актах, которые являются частью Конституции Франции, прописанные в них нормы и положения являются несколько устаревшими и часто не соответствуют современным условиям жизни, поэтому могут трактоваться двояко. Любые споры, возникающие на почве ущемления прав мусульман, оправдываются тем, что данные действия являются необходимыми для всех граждан Франции в целях обеспечения равенства, свободы и безопасности каждого. Однако если обратиться к положениям международных договоров, Франция нарушает права и свободы мусульман. Международное сообщество может осуждать и не поддерживать государство в решениях относительно собственного народа, но непосредственные действия по отношению к власти применимыми быть не могут, в силу того, что нормы внутреннего права во Франции имеют силу первоочередного действия, а международного – второстепенного. Поэтому французские мусульмане, будучи гражданами Франции, могут не только пользоваться предоставленными им правами и свободами, но и обязаны соблюдать нормы законодательства, утвержденные в стране.

Список использованной литературы:

1. Moussaoui M. Pour le droit du culte musulman en France à l'identiféance/ Mohammed Moussaoui// Le Monde. – 11.02.2011. – P. 17.
2. Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. – Strasbourg: CEDDH. – 2002. – 31 p.
3. Charte des droits fondamentaux de l'union européenne // Journal officiel des Communautés européennes. – 18.12.2000. – 22 p.
4. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://>



www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp.

5. La Constitution du 4 Octobre 1958 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/constitution2.htm#titre1>.

6. Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070169&dateTexte=20110414>.

7. Loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.communautarisme.net/Loi-du-15-mars-2004-encadrant-en-application-du-principe-de-laicite-le-port-de-signes-ou-de-tenues-manifestant-une_a575.html.

8. Loi n 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (1) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911670&dateTexte=&categorieLien=id>.

9. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www2.ohchr.org/french/law/cescr.htm>.

10. Préambule de la Constitution de 1946 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/const02.htm>.

11. Version consolidée du traité sur l'Union européenne [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0013:0045:FR:PDF>.

12. Cachez moi cette loi que je ne saurais voir [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.maitre-eolas.fr/post/2010/10/13/Cachez-moi-cette-loi-que-je-ne-saurais-voir>.

13. La guerre contre la burqa [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.slate.fr/story/21605/la-guerre-la-burqa-en-europe>.

14. Lieux publics. Le voile intégral désormais banni [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://letelegramme.com/ig/generales/france-monde/france/lieux-publics-le-voile-integral-desormais-banni-11-04-2011-1264279.php>.

ЗАЩИТА ТРУДОВЫХ ПРАВ ГРАЖДАН УКРАИНЫ ЕВРОПЕЙСКИМ СУДОМ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

С. БУРАК,

юрисконсульт в КУ ЛОС «Госпиталь инвалидов войны
и репрессированных имени Ю. Липы»

SUMMARY

The article examines the legal nature of the acts of the European Court of Human Rights. It is stated that its solutions are the sources of law in Ukraine. It is concluded that the relatively labor rights by the European Court of Human Rights often violate Article 4, 6 and 11 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The author points out that the judgment of the European Court of Human Rights to be applied in dealing with similar cases. They are also an occasion to review the judgments of newly discovered circumstances.

Key words: European Court of Human Rights, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Labour human rights.

* * *

В статье рассмотрена правовая естественная актов Европейского суда по правам человека. Констатируется, что его решение является источниками права Украины. Сделан вывод о том, что в отношении трудовых прав в практике Европейского суда по правам человека чаще всего нарушают в 4, 6 и 11 Конвенциях о защите прав человека и основных свобод. Сделан вывод о том, что постановления Европейского Суда по правам человека подлежат применению при решении аналогичных дел. Они также являются поводом для пересмотра судебных постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам.

Ключевые слова: Европейский суд по правам человека, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, трудовые права граждан.

Постановка проблемы. Защита прав и основных свобод является важной категорией в теории права и отраслевых правовых науках. Основным актом в Европейской системе права, который регулирует этот вопрос, является Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Она обязывает соблюдать и развивать уважение к правам человека без какой-либо дискриминации и является основой для развития внутреннего законодательства любого государства. Органом, который призван применять положения Конвенции и толковать их является Европейский суд по правам человека.

Степень исследования темы.

Проблемы решений Европейского суда по правам человека и их применение в судебной практике исследуются в научной литературе достаточно широко. Это касается, в том числе и проблемы защиты прав и свобод граждан. Отдельные аспекты деятельности Европейского суда по правам человека исследовали Е. С. Алисиевич, Г. Арнольд, Р. Антропов, Д. В. Афанасьев, В. Д. Зорькин, и другие. Решение Европейского суда по правам человека исследовали Вильдхабер, П. В. Волосюк, А. В. Деметьева, А. А. Корнилина, М. Лобов, М. Н. Марченко, О. И. Кит, М. Я. Висытак и другие. Однако вне поля зрения авторов остались проблемы защиты трудовых прав граждан.

Постановка задачи.

На основе анализа решений Европейского суда по правам человека исследовать правовую природу его актов и их значение для правоприменительной практики в Украине.

Изложение основного материала исследования. Согласно ч. 4 ст.55 Конституции Украины, каждый имеет право после использования всех национальных средств правовой защиты обращаться за защитой своих прав и свобод в соответствующие международные судебные учреждения или в соответствующие органы международных организаций, членом или участником которых является Украина.

17 июля 1997 Украина ратифицировала Конвенцию о защите прав челове-



ка и основных свобод. Именно с этого времени граждане Украины получили возможность обращаться с индивидуальными жалобами в Европейский Суд по правам человека.

Конвенция состоит из трех разделов, а также 11 протоколов, которые рассматриваются как дополнительные статьи к Конвенции.

Ратификация Конвенции и признание юрисдикции Европейского Суда по правам человека необходимо рассматривать в качестве обязательного требования для членства украинского государства в Совете Европы.

Конвенция о защите прав человека и основных свобод является гарантией соблюдения прав человека на международном уровне, а потому ее инструментарий является наиболее развитым и эффективным средством защиты прав и свобод человека, а также является источником международных судебных прецедентов по правам человека [1].

Как отмечается в научной литературе, Конвенция устанавливает правила общего характера, а функционирует она по модели, присущие общему праву, - через практику Европейского суда по правам человека [2].

Как отмечает Н. Н. Марченко, «если Конвенция и судебная практика ограничивают суд по формулировке общих норм о соответствии национального законодательства и судебной практики Конвенции, то это означает, что суд лишен (не только в процессе правоприменения, но и в процессе толкования Конвенции и Протоколов к ней) возможности принимать акты, которые содержали бы в себе четко сформулированные правила и которые можно было бы рассматривать в качестве прецедентов, относящихся к категории нормоустанавливающих актов. [3]

Будучи исключительно правовой по своему характеру и получая судебное толкование в течение нескольких десятилетий, Европейская конвенция послужила основой формирования наиболее обширного и подробного свода судебных решений по сравнению с другими международными судебными органами [4].

Юрисдикция Европейского суда обязательной для всех государств, которые ратифицировали конвенцию и протоколы к ней и распространяется на

все вопросы о толковании и применении Конвенции.

Законом Украины «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» Конвенцию и практику суда признано источником права. Так, в ст. 17 этого закона речь идет о том, что суды применяют при рассмотрении дел Конвенцию и практику суда как источник права [5].

Согласно суды Украины должны руководствоваться и использовать нормы Конвенции, Протоколов, а также решения Европейского Суда по правам человека.

Анализ решений Европейского Суда по правам человека свидетельствует, что одной из причин нарушений прав человека в Украине является несовершенство действующего законодательства, а также практики его применения. Следствием этого являются многочисленные обращения граждан Украины в Европейский суд.

Однако при этом необходимо отметить, что Европейский суд по правам человека не наделен полномочиями отменить или признать национальный акт таким, что не соответствует Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Европейский суд также не может обязать государство изменить национальное законодательство.

Закон Украины «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» решениями Европейского суда по правам человека называет:

а) окончательное решение Европейского суда по правам человека по делу против Украины, которым признано нарушение Конвенции о защите прав человека и основных свобод;

б) окончательное решение Европейского суда по правам человека относительно справедливой сатисфакции в деле против Украины;

в) решение Европейского суда по правам человека относительно дружеского урегулирования в деле против Украины;

г) решение Европейского суда по правам человека об одобрении условий односторонней декларации по делу против Украины.

С точки зрения формы решениями

Европейского суда по правам человека в соответствии с Конвенции являются решения палаты суда, которые образуются в составе семи судей, а также решение Большой Палаты из семнадцати судей.

В соответствии с Конвенцией Европейский Суд по правам человека может принимать жалобы от любого физического лица, любой неправительственной организации или группы лиц, которые считают себя жертвами нарушения одной из Высоких Договаривающихся Сторон их прав, признанных в настоящей Конвенции или в Протоколах к ней. Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются никоим образом не препятствовать эффективному осуществлению этого права.

При этом условиями приемлемости таких заявлений Конвенция называет исчерпание лицом всех национальных средств правовой защиты, в соответствии с общепризнанными принципами международного права и устанавливает срок обращения - шесть месяцев с даты вынесения окончательного решения на национальном уровне.

Как минимум нарушение трех статей названной Конвенции может стать достаточным поводом для обращения в Европейский Суд по правам человека.

Так, в ст. 4 Конвенции говорится о запрете принудительного или обязательного труда. Понятия «принудительный или обязательный труд» не включает в себя: 1) любую работу, которую обычно должно лицо, находящееся в заключении или условно освобожденное от такого заключения; 2) любую службу военного характера, а в тех странах, в которых признается отказ от военной службы на основании убеждений, службу, назначенную вместо обязательной военной службы; 3) любую службу, обязательную в случае чрезвычайного положения или бедствия, угрожающего жизни или благополучию населения, 4) любую работу или службу, являющуюся частью обычных гражданских обязанностей. Очевидно, что привлечение военнослужащих срочной службы к работе на гражданских объектах, для которых они не предлагали добровольно свои услуги, является нарушением данной статьи Конвенции. В связи с чем лица, привлеченные к данному виду принудительного или обязательного труда,



имеют право на защиту в Европейском Суде по правам человека, если они не смогли восстановить нарушенное право с использованием внутригосударственных средств правовой защиты, например когда государство не смогло должным образом обеспечить их право на справедливый суд, или же они не получили достаточной моральной компенсации за данное нарушение.

Так, по делу «Грациани-Вейс» против Австрии заявитель утверждал, что назначение его опекуном душевнобольного является принудительным трудом и дискриминацией [6]. Заявитель является практикующим адвокатом. В июле 2005 г. окружной суд Линц сообщил заявителю о том, что он намерен назначить опекуном лица, страдающего психической болезнью. Заявитель отметил, что его жена возражала против этого, поскольку для выполнения обязанностей опекуна его могли вызвать и в выходные дни, что могло негативно отразиться на семейной жизни. Однако решение окружного суда Линц заявителем был назначен опекуном. Европейский суд, изучив материалы дела, пришел к выводу, что представление интересов лица в судах и других органах, а также управление имуществом лица не являются услугами, которые выходят за пределы деятельности практикующего адвоката. В связи с этим Суд пришел к выводу о том, что услуги, которые заявитель должен был выполнять, будучи опекуном, не являются принудительным или обязательным трудом. Соответственно нормы Конвенции в данном случае не были нарушены.

В ст. 11 Конвенции о защите прав человека и основных свобод говорится о праве на свободу мирных собраний и на свободу объединения, включая право создавать профессиональные союзы и вступать в них для защиты своих интересов. Осуществление этих прав не подлежит никаким ограничениям, кроме тех, которые предусмотрены законом и необходимы в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, в целях предотвращения преступлений и беспорядков, для охраны здоровья и нравственности или защиты прав и свобод других лиц. Названная статья не препятствует введению законных ограничений на осуществление этих

прав лицами, входящими в состав вооруженных сил, полиции или административных органов государства.

Следовательно, ограничение права на объединение в профессиональные союзы для защиты трудовых прав может стать предметом рассмотрения в Европейском Суде по правам человека, если исчерпаны внутригосударственные способы его защиты. Ограничением данного права может быть создание работодателем профсоюза с целью прекращения деятельности действующей в организации профсоюза, представляющего интересы ее работников.

В ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод провозглашено право каждого в случае спора о его гражданских правах и обязанностях на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Как известно, основным Законом Украины является Конституция Украины. Поэтому состав суда, рассматривающего гражданские дела, в том числе в сфере трудовых отношений, должен отвечать требованиям Конституции Украины. Так, по делу Васильчук против Украины заявитель пожаловался в Европейский суд по правам человека на то, что продолжительность четырех судебных разбирательств о восстановлении его на работе в Чернобаевском сельском коммунальном хозяйстве «Источник» Херсонского областного производственно-кооперативного объединения сельского коммунального хозяйства «Облселькомхоз», а также о выплате заработка за время вынужденного прогула несовместимы с гарантиями, закрепленными в пункте 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод о разумном сроке рассмотрения гражданских дел. Суд отметил, что заявитель инициировал решение спора путем подачи четырех судебных исков в августе 1999 года, апреле 2002 года, сентябре и октябре 2005 года соответственно. Окончательные решения по данным делам были вынесены 6 ноября 2001, 24 мая 2005, 2 ноября 2006 года и 14 декабря 2006 соответственно. Таким образом, продолжительность стадии судебного разбирательства составляла от одного года и двух месяцев до трех лет и одного месяца в судах

двух инстанций. С даты, когда решения, вынесенные в пользу заявителя, стали обязательными для исполнения, государственные органы отвечают за обеспечение обновления заявителя на работе и за выплату присужденных ему средств. Однако ни одно из решений не было выполнено в полном объеме, период невыполнения длится от трех до восьми лет. Исходя из материалов дела, Европейский суд отметил, что в связи с этим были нарушены права заявителя на рассмотрение гражданского спора в разумный срок. Суд обязал государство Украина выплатить ущерб, причиненный гражданину Васильчуку, – задолженность по заработной плате за период до полного расчета [7].

Согласно ч. 4 ст. 124 Конституции Украины народ непосредственно принимает участие в осуществлении правосудия через народных заседателей и присяжных. Данное правило в силу требований ст. 2 февраля Конституции Украины корреспондирует обязанности государства обеспечить участие граждан Украины в осуществлении правосудия, в том числе и по трудовым делам. Данное правило должно быть соблюдено как в суде первой, так и в судах апелляционной и кассационной инстанций. Невыполнение государством указанной обязанности позволяет признать наличие нарушения требований Конституции Украины при создании состава суда по рассмотрению гражданских дел, в частности трудовых споров. Невыполнение этой обязанности также может стать поводом для обращения в Европейский Суд по правам человека. Естественно, перечень возможных нарушений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, которые могут стать предметом рассмотрения в Европейском Суде по правам человека, не является исчерпывающим. Другие нарушения также могут стать основанием для обращения в этот суд с целью защиты нарушенных прав в сфере трудовых отношений.

Согласно п. 1 ст. 35 Конвенции о защите прав человека и основных свобод Европейский Суд по правам человека может принимать дело к рассмотрению только после того, как были исчерпаны все внутренние средства правовой защиты, в соответствии с общепризнанными принципами международного



права, и в течение шести месяцев с даты вынесения окончательного решения на национальном уровне. Таким образом, для обжалования решения украинских судов этот срок начинает свое действие с момента вынесения соответствующего решения Высшим специализированным судом Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел, или Верховного суда Украины в случае пересмотра этого решения Верховным судом Украины при неодинаковом применении практики. Восстановление данного срока не предусмотрено.

Как уже отмечалось, право на обращение в Европейский Суд по правам человека возник у наших граждан с 5 мая 1998 года. По этой причине к его рассмотрению принимаются дела, которые не получили своего разрешения в суде кассационной инстанции на эту дату. Кроме того, жалоба в Европейский Суд по правам человека должна быть признана им приемлемой с точки зрения нарушения требований Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Таким образом, при подаче жалобы в Европейский Суд по правам человека следует представлять доказательства, подтверждающие следующие юридически значимые обстоятельства: 1) прохождение предусмотренных внутренним законодательством процедур, то есть рассмотрении в суде первой и апелляционной и кассационной инстанции; 2) вынесения окончательного постановления по делу после 5 мая 1998; 3) соблюдение шестимесячного срока, исчисляемого с момента вынесения постановления судом кассационной инстанции; 4) приемлемость жалобы с точки зрения положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Причем о нарушении, послужившие поводом для обращения в Европейский Суд по правам человека, должно быть заявлено в суде первой, апелляционной или кассационной инстанции. Предметом рассмотрения в Европейском Суде по правам человека не могут стать нарушения Конвенции о защите прав человека и основных свобод, которые не были заявлены в суде первой, апелляционной или кассационной инстанции.

Постановления Европейского Суда по правам человека имеют значение, как для решения аналогичных дел, так

и для дела, которое стало предметом рассмотрения в данном суде. В п. 12 Постановления Пленума Верховного Суда Украины от 18 декабря 2009 № 14 «О судебном решении» говорится, что в мотивировочной части каждого решения должны быть приведены также ссылка закон и другие нормативно-правовые акты материального права (название, статья, ее часть, абзац, пункт, подпункт закона), в соответствующих случаях – на нормы Конституции Украины, на основании которых определены права и обязанности сторон в спорных правоотношениях, статьи 10, 11, 60, 212 и 214 ГПК (статьи 224-226 ГПК – при принятии заочного решения) и другие нормы процессуального права, руководствуясь которыми суд установил обстоятельства дела, права и обязанности сторон. В случае необходимости имеют быть ссылка на Конвенцию решения Европейского суда по правам человека, которые, согласно Закону Украины от 23 февраля 2006 года «О выполнении решений и применения практики Европейского суда по правам человека», является источником права и подлежат применению в данном деле.

Постановление Европейского Суда по правам человека имеет значение и в деле, на основании которого оно вынесено. Хотя в ст. 361 ГПК Украины постановления Европейского Суда по правам человека прямо не указаны в качестве оснований для пересмотра, однако там содержится ссылка на существенные для дела обстоятельства, которые не были и не могли быть известны лицу, обратившемуся с заявлением, на время рассмотрения дела.

Такие обстоятельства не могли быть известны суду на момент рассмотрения дела, поскольку суд априори не может спрогнозировать или предугадать появление постановления Европейского Суда по правам человека.

Однако считаем необходимым отметить, что отсутствие такого основания для пересмотра судебного решения, как решение Европейского суда по правам человека может создавать поводы для неправильного правопонимания и право толкования соответствующих норм судами общей юрисдикции.

Таким образом, постановления Европейского Суда по правам человека подлежат применению при решении

аналогичных дел, а также поводом для пересмотра по вновь обстоятельствам судебных постановлений, вынесенных по делам, на основании которых принято решение Европейского Суда по правам человека.

Выводы. Практика Суда свидетельствует, что в отношении трудовых прав чаще всего нарушаются в 4, 6 и 11 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Граждане Украины чаще обращаются к Европейский Суд по правам человека о применении ст. 6 Конвенции в отношении права на справедливый суд. В то же время редко встречаются обращения о применении ст. 4 и 11 Конвенции, касающиеся собственно трудовых прав граждан. И в Европейском суде нет никакого дела о защите от дискриминации в трудовых правоотношениях. Постановления Европейского Суда по правам человека подлежат применению при решении аналогичных дел. Они также являются поводом для пересмотра судебных постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам.

Список использованной литературы:

1. Гук П. А. Судебный прецедент: теория и практика. – М. : Издательство «Юрлитин-форм», 2009. – С. 122.
2. Ярошенко А. Н. Теоретические и практические проблемы источников трудового права Украины : монография. – М. : Издатель СПД ФЛ Ванярчук Н. М., 2006. – С. 79.
3. Марченко М. Н. Юридическая природа и характер решений Европейского Суда по правам человека / Государство и право. – 2006. – № 2. – С. 19.
4. Закон Украины «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» от 23 февраля 2006 № 3477-IV / Ведомости Верховной Рады Украины. – 2006. – № 30. – Ст. 260.
5. Дело «Грациани-Вейс» против Австрии [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://roseurosud.org/44-delo-graciani-veyss-graziani-weiss-protiv-avstrii.htm>.
6. Дело Васильчук против Украины [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.pozovna.com.ua/132-vasilchuk-vs-ukraine>.



КЛАССИФИКАЦИЯ МОДЕЛЕЙ РАЗРЕШЕНИЯ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ (КОММЕРЧЕСКИХ) СПОРОВ В СТРАНАХ ВОСТОЧНОЙ ЕВРОПЫ

А. БУТЫРСКИЙ,

кандидат юридических наук, судья хозяйственного суда Черновицкой области

SUMMARY

In the article the author investigated mechanisms for resolving economic (commercial) disputes in Eastern Europe. The factors that predispose to the formation of the model settlement of economic (commercial) disputes in a single country are analyzed. The evolution of the state arbitration in the countries where they exist is reviewed. Analyzed judicial institutions mandated to resolve economic disputes in Ukraine, Bulgaria, Poland, Romania, Slovakia, Moldova, Russia, and Belarus. Examined the existing approaches to model settlement of economic (commercial) disputes and offers the author's classification of models of commercial disputes in Eastern Europe, according to several criteria.

Key words: economic dispute, the court system, the model resolution of commercial disputes.

* * *

В статье автором исследованы механизмы разрешения хозяйственных (коммерческих) споров в странах Восточной Европы. Определены факторы, которые предопределяют формирование модели разрешения хозяйственных (коммерческих) споров в отдельно взятой стране. Исследовано эволюцию Государственных арбитражей в странах, где они существовали. Проанализированы судебные учреждения, уполномоченные решать экономические споры в Украине, Болгарии, Польше, Румынии, Словакии, Молдове, России, Беларуси. Исследованы существующие подходы к моделям разрешения хозяйственных (коммерческих) споров и предлагается авторская классификация моделей разрешения коммерческих споров в странах Восточной Европы по нескольким критериям.

Ключевые слова: хозяйственный спор, судебные системы, модели разрешения коммерческих споров.

Введение. Хозяйственные споры, как необходимый элемент экономической жизни, возникают в каждой стране. Порядок разрешения таких споров обусловлен многими факторами, а именно: принадлежностью к определенной правовой семье, историческими традициями, экономическими условиями, административно-территориальным устройством страны и т. д. Однако отсутствует прямая зависимость состава судебной системы от приведенных критериев. Характерным является пример Китая, где система разрешения споров носит смешанный характер, представляет собой сочетание древних традиций и современного законодательства, основанного на идеях «социализма с китайской спецификой» [1, с. 36]. Княжество Монако также отличается от других стран тем, что, несмотря на небольшой размер, судебная система является достаточно сложной (мировая юстиция, суд по уголовным делам, суд первой инстанции, суд апелляции, Наблюдательный суд) [2, с. 27-30].

Современный порядок разрешения хозяйственных споров в странах Восточной Европы исследовали: К. Кочев, С. Герасимова, С. Георгиев, Н. Златарева, Т. Еречиньски, В. Каменков, М. Клеандров, А. Коленко, В. Петров, Б. Ланджев, Н. Мадунин, Д. Малова, Б. Пунев, Ж. Сталевим, Ф. Чутак, Е. Дудзинский, С. Гузенда, Ф. Мегуряну, Л. Молдован, В. Москва, П. Зданьковський.

Комплексное исследование современного решения хозяйственных споров в странах Восточной Европы не проводилось, однако имели место общие исследования судебных систем современности, к которым следует отнести следующие работы: Саидов А. Х. «Сравнительное правоведение (основ-

ные правовые системы современности)» (2000 г.), «Судебные системы западных стран» (ответственный редактор В. А. Туманов) (1991 г.), Р. Давид, К. Жофре-Спинозе «Основные правовые системы современности» (1997 г.).

Целью статьи является анализ современных моделей разрешения хозяйственных (коммерческих) споров в странах Восточной Европы, их сравнение и формирование авторской классификации моделей разрешения коммерческих споров в странах Восточной Европы.

Изложение основного материала. А. Х. Саидов разделяет страны Европы на две группы: право в первой группе стран – Венгрии, Польши, Чехословакии, Хорватии, Словении – развивалось

почти так же, как в Германии, Австрии и Франции; в этих странах существовала сильно укорененная юридическая традиция (право рассматривалось как одна из фундаментальных основ общества); во второй группе стран – в Албании, Болгарии, Румынии, Сербии – право исторически развивалось иначе: как и Россия, эти страны долгое время испытывали на себе влияние Византии, а не Западной Европы [3, с. 225-226].

Механизмы разрешения хозяйственных споров следует называть моделями, которые определяют основные черты системы и порядка такого разрешения. «Модели разрешения хозяйственных споров» является достаточно широким понятием, в состав которого входит не только сам механизм разрешения хозяйственных споров, но и содержание судебной системы определенной страны, место Конституционного суда в судебной системе, правовой статус судьи и т. д.

И. В. Назаров справедливо отмечает, что исторический анализ формирования судебных систем европейских стран свидетельствует об отсутствии какой-либо единой модели судостроительства для всех государств. Попытки введения такой модели были всегда. За образец бралось судостроительство страны, которая имела преимущественное военное политическое и экономическое положение в регионе [4, с. 559].



Данный тезис в полной мере касается и моделей по решению хозяйственных споров. Для стран, которые не входили в состав СССР (Болгария, Польша, Румыния и Словакия), существование отдельных судов для разрешения хозяйственных споров не присуще. Это следует из того, что Государственные арбитражи (прообразы хозяйственных судов) образовывались в упомянутых странах в конце 40-начале 50-х гг. под давлением СССР, а после ослабления позиции последнего, Государственные арбитражи начали ликвидироваться. Р. Давид и К. Жоффре-Спинозе указывают, что по примеру СССР и другие социалистические страны создали для рассмотрения споров в обобществленном секторе специальный орган, не связанный с общей судебной системой, а именно Государственный арбитраж, в названии которого в разных странах существуют нюансы. Существуют и некоторые отличия от советской системы. Эволюция института Государственного арбитража имела место в Югославии, Албании и Венгрии. В этих странах, соответственно, в 1955, 1969 и 1972 гг. Государственный арбитраж был ликвидирован [5, с. 186].

В Югославии вместо Государственного арбитража были образованы хозяйственные суды, которые считались специализированными. Компетенция хозяйственных судов в этой стране была достаточно широкой. В частности, помимо традиционного для хозяйственных судов рассмотрения хозяйственных споров, хозяйственные суды в Югославии назначали наказание и другие меры воздействия для виновных в хозяйственных преступлениях. Высшие хозяйственные суды республик в качестве суда первой инстанции разрешали административно-финансовые споры. При этом статус судей хозяйственных судов был одинаковым со статусом судей общих судов. [6, с. 40].

Необходимо заметить, что судебные системы стран Восточной Европы в период социализма включали в себя специализированные суды. Например, в Болгарии до 1960 г. существовал транспортный суд, который рассматривал дела о совершении действий, нарушающих нормальное функционирование и безопасность на различных видах транспорта. В Венгерской народной

республике также существовали транспортные суды, которые рассматривали дела о преступлениях против нормальной работы всех видов транспорта. В ПНР также существовали специализированные суды – суды социального страхования, которые рассматривали жалобы на решения отделов пенсий и социальных удержаний.

На смену государственным арбитражам, осознавая необходимость особого порядка разрешения хозяйственных споров, в странах Восточной Европы был введен особый порядок разрешения хозяйственных споров общими судами. Но и такие специальные порядки со временем были отменены (кроме Болгарии и частично Румынии, где новый гражданский процессуальный кодекс не вступил в действие).

Таким образом, в Болгарии, Польше, Румынии и Словакии существует тенденция к унификации процессуальных основ решения всех споров, независимо от специализации.

Однако, в первую очередь на модель решения хозяйственных споров влияет наличие специализированного суда для решения подобных споров. Среди специализированных судов наиболее распространены административные, существование которых является признаком демократического общества. По мнению А. В. Бурак, в большинстве стран, где существует романо-германская модель судебной системы, наиболее значительной из систем, сосуществующих с системой общих судов (которые рассматривают главным образом гражданские и уголовные дела), и наиболее похожей на нее является система административной юстиции, основной задачей которой является решение жалоб частных лиц на решения и действия органов государственного управления и должностных лиц [7].

Как пример административной юстиции обычно берут Францию и ФРГ. Так, во Франции в 1953 году была создана значительная сеть административных судов первого уровня, а в 1988 г. – сеть апелляционных административных судов – второй уровень [8, с. 44]. В судебной системе Франции действует еще один специальный суд – Суд по решению конфликтов. Этот суд стал связующим звеном между двумя системами в плане распределения компетенций

и связан с системой административных судов и выступает как «регулятор» в вопросах распределения компетенции [9, с. 45]. В Австрии действует лишь один общегосударственный Административный суд. Это учреждение относится к специализированным судам [10, с. 58].

Разрешение хозяйственных споров в странах Европы происходит довольно разными способами, начиная от существования коммерческих судов, специализирующихся на решении коммерческих споров (Франция, Бельгия), и заканчивая общим порядком разрешения таких споров без учета каких-либо особенностей (Словацкая Республика).

Особое место в порядке разрешения хозяйственных споров занимают европейские страны бывшего СССР (Украина, Российская Федерация (далее – РФ), Республика Беларусь (далее – РБ)), где решение упомянутых споров осуществляется специальными судами (хозяйственными и арбитражными), которые полноценно входят в судебные системы своих стран. Следует отметить, что в РФ и РБ система хозяйственных (арбитражных) судов существует параллельно с системой общих судов, а кроме того упомянутые суды решают административные дела, заменяя тем самым административный суд.

Многообразие моделей разрешения хозяйственных споров вызывает необходимость их классификации с целью определения оптимальной модели для Украины. Единой классификации моделей решения хозяйственных споров в странах Восточной Европы на сегодня не существует.

С. В. Глушенко с точки зрения существования специализированных судов различает: 1) относительно автономные специализированные системы судебных органов (подход Украины, ФРГ), 2) отдельные суды в составе общей (обычной) юрисдикции (подход Италии, Польши), 3) только специализированные суды административной юстиции (подход Литвы, Латвии), 4) негосударственные институты по разрешению споров в определенных сферах правоотношений (подход Великобритании, Франции) [11].

Н. Н. Хамник отмечает, что наряду с судами общей юрисдикции во многих странах мира действует подсистема



ма специализированных судов. Такая подсистема специализированных судов по-разному присоединяется к системе судов общей юрисдикции. Такое присоединение осуществляется через возможность пересмотра решений специализированного суда в суде общей юрисдикции, в частности, такое присоединение может быть выполнено и на уровне местного суда, апелляционного или на уровне кассационной инстанции [12].

Что касается именно моделей решения хозяйственных споров, то такую классификацию предложил А. И. Осетинский. Однако данный автор предложил классификацию указанных выше моделей в национальных правовых системах европейских стран в целом. Данный автор, в зависимости от исторических традиций и современных экономико-правовых условий, предлагает применять три основные модели механизма разрешения споров из торговых (коммерческих) отношений: функционирование специализированных органов, деятельность специализированных отделений в общих судах соответствующего территориального уровня и смешанная модель, при которой, по некоторым категориям или в зависимости от территориального признака, споры, связанные с коммерцией, подлежат разрешению или в специальных подразделениях общих судов, или в отдельном специализированном органе [13, с. 168].

Учитывая, что в странах Восточной Европы существуют самые разные модели решения хозяйственных споров, их классификацию следует осуществлять по различным критериям. При осуществлении классификации моделей разрешения хозяйственных споров следует учитывать многие факторы, в том числе: содержание судебной системы, правовое регулирование статуса судей, наличие кодифицированного акта, регламентирующего порядок разрешения хозяйственных споров.

Так, в Украине систему судов общей юрисдикции составляют: местные суды; апелляционные суды, высшие специализированные суды; Верховный Суд Украины. Суды общей юрисдикции специализируются на рассмотрении гражданских, уголовных, хозяйственных, административных дел, а также дел об административных право-

нарушениях (ч. 1 ст. 18 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей»). Хозяйственные суды являются специализированными судами. К хозяйственным судам относятся хозяйственные суды Автономной Республики Крым, областей, городов Киева и Севастополя. Систему судов общей юрисдикции образуют три отдельные подсистемы специализированных судов, а высшим судебным органом является Верховный Суд Украины.

Арбитражные суды в РФ входят в судебную систему с особым статусом (Высший Арбитражный Суд РФ является высшей судебной инстанцией по разрешению экономических споров). Арбитражные суды в РФ составляют четырехступенчатую систему (Высший Арбитражный Суд РФ, Федеральные арбитражные суды округов, арбитражные апелляционные суды, арбитражные суды республик, краев, областей, городов федерального значения, автономной области и автономных округов).

Судебную систему РБ составляют:

- Конституционный Суд РБ – орган судебного контроля за конституционностью нормативных правовых актов в государстве, реализующий судебную власть путем осуществления конституционного судопроизводства;

- общие суды, осуществляющие правосудие в форме гражданского, уголовного и административного судопроизводства;

- хозяйственные суды, осуществляющие правосудие в форме хозяйственного и административного судопроизводства.

В системе общих судов могут создаваться специализированные суды: по делам несовершеннолетних, семейные, административные и др.

Правосудие в Республике Молдова (далее по тексту – РМ) осуществляется Высшей судебной палатой, Апелляционной палатой и судами, а для отдельных категорий судебных дел действуют специализированные суды, в частности Окружной коммерческий суд. Порядок разрешения споров Окружным коммерческим судом регламентируется ГПК РМ, согласно которому такие споры рассматриваются в общем порядке, без каких-либо особенностей.

В Болгарии действуют суды общей и административной юрисдикции. Конституционный суд Болгарии не относится ни к одной из ветвей власти, а является органом, который осуществляет толкование Конституции Болгарии и дает заключения о конституционности законов и подзаконных актов. В Болгарии существует трехинстанционная судебная система: первая инстанция – районный суд, апелляционная инстанция – окружной суд, кассационная инстанция – Верховный кассационный суд. Если же дело в первой инстанции рассматривает окружной суд, то апелляционной инстанцией является Апелляционный суд, а кассационной – Верховный кассационный суд.

В Болгарии отсутствуют специализированные суды, которые решают исключительно торговые споры. Такие споры разрешаются районными (окружными) судами на основании Гражданского процессуального кодекса Болгарии, который содержит отдельные нормы по решению торговых споров.

В Румынии действует четырехступенчатая судебная система, в которую входят: суды, трибуналы, апелляционные суды, Верховный суд Кассации и Юстиции (в первой инстанции дело рассматривается суды и трибуналы, апелляционная инстанция – суды и апелляционные суды, кассационная инстанция – Верховный суд Кассации и Юстиции). Коммерческие споры в Румынии решаются общими судами по специальной процедуре согласно нормам Гражданского процессуального кодекса Румынии.

В судебной системе Республики Польша (далее по тексту – РП) существует три инстанции с внутренней (гражданский, уголовный отделы как обязательные, и семейный, в отношении несовершеннолетних, трудовой, хозяйственный как факультативные) и внешней специализацией (административные и военные суды). Особое место занимает Конституционный Суд, который не является судом в общепринятом понимании, но относится к органам судебной власти, осуществляя правосудие.

В Словацкой Республике (далее – СР) действует трехступенчатая судебная система (районный суд, окружной



суд, Верховный суд), в составе которой действует Специализированный уголовный суд. Судебная система СР содержит элементы как внешней, так и внутренней специализации.

Выводы. Проанализировав содержание судебных систем стран Восточной Европы и процессуальное законодательство, регламентирующее порядок разрешения хозяйственных споров, предлагается следующая классификация моделей решения данных споров.

1. По признаку наличия суда, который специализируется исключительно на разрешении хозяйственных споров модели делятся на:

а) модели, в которых существуют хозяйственные, арбитражные и коммерческие суды (Украина, РФ, РБ, РМ);

б) модели, в которых отсутствуют специальные суды для разрешения хозяйственных споров (Болгария, Румыния, РП, СР).

Существование специализированных хозяйственных (арбитражных, коммерческих) судов необходимо, поскольку только судьи этих судов смогут качественно и своевременно решить хозяйственный спор.

2. По признаку наличия особого порядка разрешения хозяйственных споров модели делятся на:

а) модели, в которых существуют отдельные процессуальные кодексы для разрешения хозяйственных споров (Украина, РФ, РБ);

б) модели, в которых существуют отдельные положения в гражданских процессуальных кодексах по разрешению хозяйственных споров (РМ, Болгария, Румыния);

в) модели, в которых отсутствуют отдельные положения по решению хозяйственных споров (РП, СР).

Наличие отдельных процессуальных кодексов для разрешения хозяйственных споров является необходимым условием, так как указанные споры имеют свои особенности и нельзя все споры решать в едином порядке. Характерным является пример ФРГ, где судебные специализации имеют собственные правила процедуры.

3. По признаку наличия вертикали специальных судов для разрешения хозяйственных споров модели делятся на:

а) модели, в которых существуют полные вертикали судов для разреше-

ния хозяйственных споров (Российская Федерация, Республика Болгария);

б) модели, в которых существуют сокращенные вертикали судов для разрешения хозяйственных споров (Украина, Республика Молдова);

в) модели, в которых отсутствуют вертикали судов для разрешения хозяйственных споров (Болгария, Румыния, Республика Польша, Словацкая Республика).

Список использованной литературы:

1. Литвинова С. Ф. Примирение как традиционный метод разрешения споров в КНР / С. Ф. Литвинова // Арбитражный и гражданский процесс. – 2011. – № 3. – С. 36–39.

2. Бирюков П. Н. Судебная система Княжества Монако / П. Н. Бирюков // Арбитражный и гражданский процесс. – 2010. – № 7. – С. 27–32.

3. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) : учебник / Под ред. В. А. Туманова. – М. : Юристъ, 2004. – 448 с.

4. Назаров И. В. Судові системи європейських країн: історичні аспекти формування / І. В. Назаров // Держава і право : збірник наукових праць. – № 47. – С. 555–560.

5. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности : Пер. с фр. В. А. Туманова / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М. : Междунар. Отношения, 1997. – 400 с.

6. Судебные системы социалистических стран / Под ред. И. С. Власова. – М. : ВНИИ советского права, 1973. – 46 с.

7. Бурак О. В. Організаційно-правові засади діяльності спеціалізованих судів в контексті європейських стандартів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / [Электронный ресурс] / О. В. Бурак. – Режим доступа : http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis64r_81/cgiirbis_64.exe.

8. Шишкін В. Система установ адміністративної юрисдикції у Франції / В. Шишкін // Право України. – 1996. – № 7. – С. 43–46.

9. Шишкін В. Суд у розв'язанні конфліктів – особлива інституція правосуддя у Франції / В. Шишкін // Право

України. – 1996. – № 11. – С. 45–46.

10. Шишкін В. Адміністративний суд Австрії / В. Шишкін // Право України. – 1997. – № 5. – С. 58–61.

11. Глущенко С. В. Принципи спеціалізації та інстанційності в діяльності Вищого спеціалізованого суду [Електронний ресурс] / С. В. Глущенко. – Режим доступа : <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaa/2012-4/12gsvvss.pdf>.

12. Хамник М. М. Формування і розвиток господарських судів в Україні (історико-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 [Електронний ресурс] / М. М. Хамник. – Режим доступа : http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis64r_81/cgiirbis_64.exe.

13. Осетинський А. Й. Перспективи запровадження комерційних судів в аспекті судового реформування в Україні / А. Й. Осетинський // Вісник господарського судочинства. – 2006. – № 6. – С. 161–173.



НЕПОСРЕДСТВЕННЫЙ ОБЪЕКТ ПРЕСТУПЛЕНИЯ, ПРЕДУСМОТРЕННОГО СТАТЬЕЙ 222-1 КРИМИНАЛЬНОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ

А. ВИТКО,

аспирант Национальной академии управления

SUMMARY

There is a scientific concept that a target of crime is social relations protected by the Criminal law. On the ground of the thesis, the author defines particular social relations to be protected by Article 222-1 of the Criminal Code of Ukraine. He considers social relations concerning price formation at the stock exchange as an example of ones. The author also analyzes the structure of such social relations and gives the examples of entities, a target of crime (involved in such relations) and social interaction between them as a matter of relations. He reveals the mechanism to cause a financial loss sustained by the target of crime and also gives his own point of view on the direct target of crime envisaged by Article 222-1 of the Criminal Code of Ukraine.

Key words: a target of crime, a direct target of crime, securities, stock exchange.

* * *

В статье автором на основе научных положений о том, что объектом преступления являются охраняемые уголовным правом общественные отношения, определяются те общественные отношения, которые поставлены под охрану ст. 222-1 КК Украины. По мнению автора, это общественные отношения в сфере ценообразования на фондовых биржах. Проводится анализ структуры указанных общественных отношений. Приводятся примеры субъектов, предмета и социальной связи как содержания такого рода общественных отношений. Определяется механизм причинения вреда объекту данного преступления. Излагается собственная точка зрения относительно непосредственного объекта преступления, предусмотренного ст. 222-1 КК Украины.

Ключевые слова: объект преступления, непосредственный объект преступления, ценные бумаги, фондовый рынок.

Введение. Криминальным кодексом Украины (далее – КК Украины) в статье 222-1 «Манипулирование на фондовом рынке» предусмотрена уголовная ответственность за умышленные действия служебного лица участника фондового рынка, имеющая признаки манипулирования на фондовой бирже, установленные в соответствии с законом относительно государственного регулирования рынка ценных бумаг, которые привели к получению профессиональным участником фондового рынка или физическим лицом либо третьими лицами прибыли в значительных размерах, или сделали возможным избежание такими лицами убытков в значительных размерах, или если это повлекло значительный вред охраняемым законом правам, свободам и интересам отдельных граждан или государственным либо общественным интересам, или интересам юридических лиц.

Исследуемый состав преступления является новеллой в КК Украины, в связи с чем в науке уголовного права Украины относительно уголовно-правовой характеристики данного преступления до сих пор не проведено ни одного диссертационного исследования. Более того, на данный момент в правовой литературе не было сделано основательного исследования объекта указанного преступления.

Отдельными авторами без основательного анализа данной проблемы были высказаны некоторые точки зрения относительно непосредственного объекта исследуемого преступления. Так, Е. Л. Стрельцов считает, что данное преступление наруша-

ет стабильность фондового рынка, причиняет вред его участникам и третьим лицам [1, с. 421]. А. Г. Григоренко и Ю. И. Руснак утверждают, что объектом данного преступления является установленный действующим законодательством порядок функционирования фондового рынка в части государственного регулирования рынка ценных бумаг [2, с. 110].

Однако при определении непосредственного объекта этого преступления указанными авторами не проводился анализ структуры его объекта, не фиксируется механизм причинения вреда объекту данного преступления, не раскрывается значение определения объекта для квалификации преступления. Исходя

из изложенного выше, тема нашего исследования наделена новизной и актуальностью. В связи с чем целью настоящей статьи является исследование и определение непосредственного объекта преступления по статье 222-1 КК Украины.

Методы и использованные материалы. Нами были использованы системный, исторический, лингвистический, диалектический и логический научные методы, а также материалы научных трудов по общей проблеме объекта преступления В. Я. Тация, Н. Й. Коржанского, Б. С. Никифорова и др.

По результатам анализа последних публикаций возможно утверждать, что в науке уголовного права представлено множество концепций относительно понятия объекта преступления. При этом доминирующей точкой зрения считается точка зрения, в соответствии с которой объектом преступления являются охраняемые уголовным законом общественные отношения [3, с. 3-21]. Мы поддерживаем такую позицию и при дальнейшем исследовании будем на ней основываться.

Основная часть работы. Для определения непосредственного объекта данного преступления прежде всего



необходимо установить те общественные отношения, на которые посягает данный состав преступления, а также произвести анализ структуры таких общественных отношений.

Норма права, предусматривающая уголовную ответственность за совершение анализируемого преступления, является бланкетной, вследствие чего она не раскрывает сущности манипулирования на фондовой бирже.

Признаки понятия манипулирования на фондовой бирже определяются в ряде действующих нормативно-правовых актов Украины, исходя из чего для установления общественных отношений, поставленных под охрану статьи 222-1 КК Украины, а также для характеристики структуры анализируемых общественных отношений необходимо исследовать законодательство, регулирующее, во-первых, порядок обращения ценных бумаг на фондовом рынке, во-вторых, порядок функционирования фондовых бирж Украины.

Порядок обращения ценных бумаг на фондовом рынке и порядок функционирования фондовых бирж урегулированы Законом Украины «О ценных бумагах и фондовом рынке», Законом Украины «О государственном регулировании рынка ценных бумаг в Украине», Положением о функционировании фондовых бирж, утверждённым Решением Национальной комиссии по ценным бумагам и фондовом рынке № 1688 от 22 ноября 2012 года.

Статьей 10-1 Закона Украины «О государственном регулировании рынка ценных бумаг в Украине» определены признаки манипулирования ценами на фондовом рынке. В частности, манипулированием ценами на фондовом рынке является:

- осуществление или попытка осуществить операции или предоставление заявки на покупку либо продажу финансовых инструментов, которые создают или могут создать представление относительно поставки, приобретения либо цены финансового инструмента, не отвечающие действительности, и совершаются единолично либо по предварительному сговору группой лиц и приводят

к установлению иных цен, чем те, которые существовали бы при отсутствии таких операций либо заявок;

- осуществление или попытка осуществить операции или предоставление заявки на покупку либо продажу финансовых инструментов путем совершения преднамеренных противоправных действий, в том числе мошенничества либо использования инсайдерской информации;

- распространение информации через средства массовой информации или любыми другими способами, которые приводят либо могут привести к введению в заблуждение участников рынка относительно цены, спроса, предложения или объемов торгов финансовых инструментов на фондовой бирже, которые не отвечают действительности, в частности – распространение недостоверной информации, в случае когда лицо, которое распространило такую информацию, знало либо должно было знать, что такая информация была недостоверной; - и другое.

Кроме того, действующим законодательством Украины предусмотрено, что деятельность по организации торговли на фондовом рынке является деятельностью фондовых бирж (фондовой биржи) по созданию организационных, технологических, информационных, правовых и других условий для сбора и распространения информации относительно предложения ценных бумаг, других финансовых инструментов, и спроса на них, проведение регулярных биржевых торгов ценными бумагами, а также другими финансовыми инструментами, централизованное заключение договоров относительно ценных бумаг и других финансовых инструментов согласно правилам, установленным такой фондовой биржей, зарегистрированным в установленном законом порядке.

Таким образом, на основе изложенного выше можно сделать вывод о том, что преступление, предусмотренное статьёй 222-1 КК Украины, посягает на общественные отношения, складывающиеся на фондовых биржах Украины, а именно – в сфере ценообразования на фондовых биржах Украины.

По результатам системного логического анализа указанных выше нормативно-правовых актов можно установить также характерные признаки и структуру данных общественных отношений, элементами которой являются их субъекты, предмет, а также социальная связь как содержание анализируемых общественных отношений.

Так, к субъектам указанных общественных отношений, с нашей точки зрения, следует отнести фондовые биржи, членов фондовых бирж, которые в обязательном порядке должны иметь статус торговца ценными бумагами и выступать участниками биржевых торгов, клиентов членов фондовых бирж (инвесторов в ценные бумаги, покупателей ценных бумаг, продавцов ценных бумаг, эмитентов, ценные бумага которых размещаются на фондовой бирже).

Кроме торговцев ценными бумагами, участниками биржевых торгов в случаях, предусмотренных законодательством Украины, также могут быть и иные лица и государственные органы, которые согласно с правилами фондовой биржи получают право подавать заявки и заключать биржевые контракты (договора). Когда такие лица выступают участниками биржевых торгов, они становятся участниками рассматриваемых общественных отношений. В некоторых случаях участниками исследуемых общественных отношений являются депозитарии и банки.

Следует также отметить особого участника указанных выше отношений – Национальную комиссию по ценным бумагам и фондовому рынку (далее – НКЦБФР). НКЦБФР является государственным органом, осуществляющим надзор за соблюдением на фондовом рынке положений законодательства Украины.

По результатам исследования данных общественных отношений мы можем определить их предмет. Так, между указанными выше субъектами общественные отношения складываются:

- по поводу обеспечения создания и реализации условий конкурентного ценообразования касательно ценных бумаг и иных финансовых инстру-



ментов путём сосредоточения на бирже спроса и предложения на их куплю-продажу;

- относительно введения справедливых и равных для всех участников биржевых торгов правил поведения;

- по поводу обеспечения прозрачности рынка ценных бумаг и других финансовых инструментов;

- по поводу обеспечения информирования участников биржевых торгов и инвесторов относительно эмитентов, их ценных бумаг, а также других финансовых инструментов;

- относительно обеспечения защиты участников биржевых торгов и инвесторов от злоупотреблений;

- по поводу обеспечения условий размещения ценных бумаг на первичном рынке и осуществления вторичной купли-продажи ценных бумаг (оборота ценных бумаг) по правилам фондовой биржи.

Из анализа исследуемых общественных отношений можно также определить социальную связь, составляющую их содержание. При этом следует отметить, что социальная связь как содержание общественных отношений может быть статической (проявляется в правах и обязанностях субъектов отношений) и динамической (выражается в общественно значимой деятельности субъектов отношений).

Так, указанных выше участников общественных отношений в сфере функционирования фондовых бирж в динамическом плане объединяют социальные связи, проявляющиеся в общественно полезной деятельности, видами которой, например, являются:

- проведение биржевых торгов (организованная подача участниками торгов заявок на покупку-продажу ценных бумаг и других финансовых инструментов с целью заключения на фондовой бирже контрактов (договоров) относительно ценных бумаг и других финансовых инструментов в соответствии с законодательством Украины и правилами фондовой биржи);

- проведение листинга – совокупности процедур по включению ценных бумаг в реестр фондовой биржи и осуществлению контроля за соответствием ценных бумаг и эмитента

условиям и требованиям, установленным в правилах фондовой биржи;

- проведение делистинга – процедуры исключения ценных бумаг из реестра фондовой биржи, если они не соответствуют правилам фондовой биржи, с последующим прекращением их обращения на фондовой бирже или переводом в категорию ценных бумаг, допущенных к обращению без включения в реестр фондовой биржи;

- проведение процедур допуска к торговле – совокупности процедур внесения ценных бумаг и других финансовых инструментов в биржевой список;

- подача адресных и безадресных заявок участниками биржевых торгов по правилам фондовой биржи, и представляющих собой предложения на покупку или продажу ценных бумаг либо других финансовых инструментов, с условиями, на которых предлагается осуществить заключение биржевого контракта (договора);

- осуществление деятельности по проведению клиринга и расчетов по договорам относительно деривативов, заключенных на фондовой бирже;- и др.

В статическом плане социальная связь как содержание этих общественных отношений проявляется в правах и обязанностях (функциях, полномочиях) участников отношений, а также в их социально-правовых позициях относительно друг к другу.

Так, фондовая биржа занимает императивную позицию относительно участников фондовой биржи (участников фондовых торгов) и относительно эмитентов, ценные бумаги которых размещаются на фондовой бирже, относительно инвесторов в ценные бумаги, а также относительно покупателей и продавцов ценных бумаг в рамках вторичного обращения ценных бумаг.

В свою очередь, НКЦБФР занимает императивную позицию как относительно фондовой биржи, так и относительно участников фондовой биржи (участников фондовых торгов), эмитентов, инвесторов в ценные бумаги, покупателей и продавцов ценных бумаг.

Инвесторы, покупатели и продавцы ценных бумаг занимают диспозитивную позицию друг к другу и наделены взаимными правами и обязанностями. Фондовые биржи между собой, а также относительно депозитариев и банковских учреждений, занимают диспозитивные позиции.

Фондовые биржи наделены функциями по организации и проведению регулярных биржевых торгов. Они устанавливают правила проведения биржевых торгов ценными бумагами и другими финансовыми инструментами. Данные правила обязаны соблюдать участники фондовой биржи (участники биржевых торгов). В полномочия фондовых бирж входит осуществление контроля за соблюдением членами фондовой биржи (участниками биржевых торгов) правил фондовой биржи. Фондовые биржи также уполномочены принимать меры реагирования на выявленные нарушения законодательства о ценных бумагах, правил фондовой биржи, а также уполномочены на осуществление финансового мониторинга в соответствии с требованиями законодательства и др.

С другой стороны, фондовые биржи обязаны осуществлять, например, организационное, технологическое и техническое обеспечение биржевых торгов, предоставлять в установленном порядке информационные услуги по организации торговли ценными бумагами и другими финансовыми инструментами. Они также обязаны обнародовать информацию в соответствии с законодательством Украины. В свою очередь, участники фондовых бирж (участники биржевых торгов) имеют соответствующие права, например, участвовать в проведении биржевых торгов и др.

И, наконец, органы НКЦБФР наделены полномочиями по осуществлению общего контроля за соблюдением требований законодательства в сфере функционирования фондовых бирж относительно всех участников такого рода отношений.

По результатам исследования структуры данных общественных отношений мы можем определить механизм причинения ущерба анализируемым общественным от-



ношениями в случае совершения преступления, предусмотренного ст. 222-1 КК Украины.

Считаем, что совершением данного преступления в первую очередь причиняется вред предмету общественных отношений, охраняемых ст. 222-1 КК Украины, поскольку от совершения манипулирования на фондовом рынке возникает угроза достижения или вовсе не достигаются общественно полезные результаты, являющимися предметами указанных выше отношений. Например, не устанавливается конкурентное ценообразование на ценные бумаги и иные финансовые инструменты, не формируются справедливые и равные для всех участников биржевых торгов правила поведения, не достигается прозрачность рынка ценных бумаг.

Кроме того, в результате манипулирования на фондовом рынке формируются общественно вредные условия, например, для осуществления, размещения ценных бумаг на первичном рынке, вторичной купли-продажи ценных бумаг (оборота ценных бумаг) не на конкурентных, справедливых началах и не по правилам фондовой биржи.

Наряду с указанным выше, вследствие манипулирования на фондовом рынке непосредственный вред наносится также эмитентами, продавцам или покупателям ценных бумаг или же инвесторам в ценные бумаги. Поскольку в результате необоснованного снижения цены на ценные бумаги их продавцы (в отдельных случаях также эмитенты) испытывают материальный ущерб. В свою очередь, от необоснованного повышения цены на ценные бумаги материальный ущерб несут уже инвесторы в ценные бумаги либо покупатели ценных бумаг.

Далее, от совершения преступления, предусмотренного ст. 222-1 КК Украины, косвенно терпит ущерб социальная связь как содержание такого рода правоотношений, ведь в этом случае она разрывается или же заменяется на общественно вредную. В частности, например, от совершения деяний, имеющих признаки манипулирования на фондовом рынке,

не возникает нормальное, законное проведение биржевых торгов. Также не осуществляется нормальное заключение контрактов (договоров) с ценными бумагами (другими финансовыми инструментами) в соответствии с законодательством и правилами фондовой биржи и по действующим рыночным ценам, которые могли бы установиться на основании конкуренции.

Вследствие совершения преступного манипулирования на фондовом рынке не имеет места подача участниками биржевых торгов нормальных, направленных на достижение обусловленными ими общественно полезных результатов, заявок на покупку или продажу ценных бумаг (других финансовых инструментов).

Выводы. Установив характерные черты анализируемых общественных отношений, исследовав их структуру, а также зафиксировав механизм причинения им преступного вреда, мы можем определить непосредственный объект преступления, предусмотренного ст. 222-1 КК Украины. По нашему мнению, преступление по ст. 222-1 КК Украины посягает на нормируемые правом общественные отношения, обеспечивающие нормальные условия функционирования фондовых бирж на основании конкурентного ценообразования касательно ценных бумаг (других финансовых инструментов), а также на основании справедливого и равного для всех участников биржевых торгов их проведения и в соответствии с требованиями прозрачности рынка ценных бумаг (иных финансовых инструментов).

Считаем, что дальнейшим перспективным направлением исследований по данной проблеме является углублённый анализ содержания общественных отношений, охраняемых ст. 222-1 КК Украины.

Список использованной литературы:

1. Кримінальний кодекс України : науково-практичний коментар. Видання 9-те, перероблене та доповнене / Відп. ред. Є. Л. Стрельцов. – Х. : Одісей, 2013. – 912 с.

2. Науково-практичний коментар до статей 199–233 Розділу VII «Злочини у сфері господарської діяльності» Особливої частини Кримінального кодексу України [текст]: З урахуванням змін, внесених Законом України № 4025-VI від 11 листопада 2011 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за впропорювання у сфері господарської діяльності» / А. Г. Григоренко, Ю. І. Руснак. – К. : «Центр учбової літератури», 2013. – 358 с.

3. Тацій В. Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. / В. Я. Тацій – Харьков : Выща шк., 1988. – 198 с.



INFORMATIONAL RIGHTS' PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW

P. VOITOVICH,

lecturer of the department of International law and international relations
of National University «Odessa Academy of Law»

SUMMARY

The article is devoted to the analysis of informational rights' definition and meaning, analysis of the rules of international law regulating the informational rights' realization and protection. The analysis of international legal instruments estimating the freedom of information and the right to information is carried out. On the basis of legal literature the definition and peculiarities of informational rights are given. The problems of Internet legal regulation and the right to access to Internet as one of informational rights are viewed. The analysis of international organs' activity on the protection of informational rights is carried out. The directions of international cooperation in the sphere of informational rights' protection are defined.

Key words: right to information, freedom of information, informational rights, informational rights' protection, Internet, human rights.

* * *

Статья посвящена анализу понятия и содержания информационных прав человека, анализу норм международного права, касающихся реализации и защиты информационных прав человека. Осуществляется анализ международно-правовых документов, закрепляющих свободу информации и право на информацию. На основании юридической литературы дается определение понятия информационных прав человека, определяются их особенности. Раскрываются проблемы международно-правового регулирования Интернета, права доступа к Интернету как одного из информационных прав человека. Осуществляется анализ деятельности международных органов по защите информационных прав человека. Определяются направления международного сотрудничества в сфере защиты информационных прав.

Ключевые слова: право на информацию, свобода информации, информационные права человека, защита информационных прав, Интернет, права человека.

Resolution of the problem. Informational rights are the basis of the democratic society and many international legal instruments confirm this. A person has some inalienable rights from his birth in particular the right to information. A state has no right to violate human rights, the informational rights' observance is a necessary condition of deserving person's life, and they are guaranties for all other human rights' realization. It is stressed in UN Resolution 59 (I) 1946, where underlines that freedom of information is the main human right and it is also a criterion for all other kinds of freedom which are under defense of UNO.

Globalization, informational society development and Ukrainian integration in the world informational space cause the necessity for a scientific research of theoretical and methodological grounds of informational sphere in international law, in particular the sphere of informational rights' realization and protection.

Relevance of the research topic is also confirmed by the following. Free access to information has a defining character for guaranteeing of democratic relations between a state and its citizens who should influence the state organs' decisions adoption and realization effectively. This influence will provide all human rights and freedoms appropriate realization, because informational rights can be characterized as all human rights' guarantee. Despite some positive changes human rights situation in Ukraine remains insoluble. Such a conclusion was made by American law-defense organization «Human Rights Watch» in its review published 29.04.2011 in New-York. However a complex research of informational rights' protection in the sphere of human rights protection was not made.

State of research. Informational relations development caused an interest of

many scientists including the representatives of international law doctrine. Some aspects of the problem were researched by such scientists as I.L. Bachilo, Ju.M. Baturin, B. Gogol, A. Grischenko, O. Ermishina, Ju. Kolosov, V. Kopilov, O. Kohanovska, O. Nesterenko, A. Pazjuk, D. Saveljev, M. Cherkes, K. Shahbazjan, T. McDonag, M. Frumkin, D. Mente and some others. Their works were the fundamental basis for research of the issues examined in this article.

The main purpose of the article is to discover and generalize theoretical and practical grounds of informational rights' protection in international law on the basis of complex and comprehensive analysis of doctrine, legal acts and practice concerning informational rights' realization and protection.

Basic material. Informational rights' protection in international law became

an independent trend in human rights development. It is connected with the principle of democracy fixation in international law. The meaning of this principle is rather wide and it includes the international law principles' functioning characteristic and some criteria for a national legal and political system development. International human rights standards can be realized only in a democratic state. Democracy and the right to information cannot exist in isolation from one another. The right to information, including information about personal rights and the mechanisms of their realization and protection, is the main «stone» of human rights' protection mechanism.

For many centuries a society has discussed and debated issues related to freedom. This freedom is represented by freedom of a person and an individual. They are economic, political and social freedoms. They are freedoms for different political system and at different times.

The freedom of information, its receiving and spread and information change is of great importance too. Information is vital to man, because without it he cannot make a choice, and use his freedom.

The right to information and its interpretation and realization in today's society originates from the freedom of information. The freedom of information is not limited by the function only to receive information. The freedom of information is a part of human freedom and affects its



realization. For this freedom's realization a person fills up the available information, for example, by sharing it with other people, producing new information [1, p. 3-4].

UN Resolution 59 (1) 1946 stresses that the freedom of information is a basic human right and it is a criterion for all other kinds of freedom which are under defense of UNO.

Human rights are defined and normatively structured features and peculiarities of an individual that express his freedom, they are also integral and necessary means and conditions of his life, relationship with a society, state and other individuals [2, p. 1].

Informational rights are special and specific kind of human rights because informational society poses the problems of finding more appropriate mechanisms of relations regulation at all levels [3, p. 71].

As Afanasjeva O. and Afanasjev M. [4] underline, the sphere of human rights is characterized by significant change and it is a reply for the modern crisis of democracy. The realization of democratic ideas is restricted by the individuals' selfishness and by the specialization and professionalization of politics, significant manipulations of public opinion. And a subjective right to information resists these phenomena. The right to information has a public, state-civil nature and plays a state-building and society-building role [5, p. 156]. This right is the real guarantee of political domination transparency [6, p. 6].

As it is rightly noted by L. Tereschenko, the access to information is important not only for individuals, it is also of great interest for business structures, because it is important for them to receive information on a wide range of issues in time [7, p. 46].

Marhgeim M. and Gavrishov D. underline that it is difficult to include informational rights in one of the generations of human rights, because they can be considered as the rights of the first generation, so as the rights of the fourth generation of human rights [8, p. 4].

In the process of informational rights' legal regulation it is necessary to observe the rules and principles of international law and take into account that the right to information meaning has changed together with the civilization development.

It should be also taken into account that information is not just data, but it is connected with the individual's possible behavior, the probability of individual's self-expression, the necessity of the establishment of certain guarantees and protection of the right to information.

Informational rights can include such elements:

- the right to access to the documents and other materials, information resources and informational systems,

- the right to appeal for information to certain entities,

- the right to receive information from certain subjects,

- the right to record information, including through technical means,

- the right to reproduce the information obtained in a lawful way,

- the right to bring information to specific entities through its publication and spread through data exchange network (including Internet), transmission it through the mass media in the mode of messages [9, p. 127-132].

International fixation of the right to realize informational rights not only in the territory of one country, but also in foreign countries, became the basis for a number of constitutions and a condition of international informational exchange development [10, p. 107].

Informational rights can be represented by the rights of mass media, the right of access to Internet, the right to ecological information, the right to access to public, legal information, the right to protect private information (privacy) etc.

The fulfillment of informational rights and freedoms should not violate the rights and freedoms of other individuals. That is why there should be one more informational right in legislation, that is the right to protection from information, and the issues of informational rights restriction should be clearly regulated. However, the limitations of informational rights should apply only as an exception, and the governmental agencies can use such measures only if they are really necessary in the situation and it is impossible to solve the task by any other legal means [11, p. 26].

An informational society that was usually thought as a product of the future is a reality now. Nowadays Internet is developing quickly and it is covering a wide range of participants of international informational change. It is obvious that Internet became a significant factor of public, political and economic life. This explains the different scientists' interest to informational rights, to the global network, however the issue of legal regulation of Internet and of international legal regulation particularly, are opened for research.

Information and communication technologies are among the main factors that influence the modern society formation. For many people Internet became a common phenomenon, as print media, television or radio.

International law also regulates the activities connected with the global network. International law regulates the issues concerning the rights and freedoms in Internet, some kinds of activities in Internet, and also the functioning of Internet. The observance of the general and special principles of international law by the participants of informational change is of great importance.

The issues of personal rights and freedoms protection, e-commerce, intellectual property protection, labor in Internet are mostly studied. International community is interested in the development of these issues regulation and the results of the activity of a number of universal and regional international organizations prove this.

Though Internet has many advantages, it also has some negative aspects which should be taken into account in order to be regulated, for example censorship is necessary as for some materials that threaten morals of society.

The possibility to use informational wars by some developed countries is one of the problems when enormous potential of informational and cybernetic technologies is used in the interests of military and political advantage and violent confrontation.

The problem of the invisible web is also worth of being regulated by international law. Such invisible mobile Internet-systems are established on the territories of foreign states with the aim to prepare the actions of disobedience, to organize mass anti-government activities and so on. In fact these are the programs for the «revolutions» in invisible web independent from the state power. In such a way the situations arise that are contradictory to the principles of international law, such as sovereignty, territorial integrity of a state, rule of law, human rights and democratic standards observance.

One of the discussible issues is the creation of the «closed Internet» by some countries or the creation of the safe domain zones. They violate the above mentioned principle of the freedom of information and human rights.

In some countries there were made some attempts to restrict informational rights by means of access to Internet limitation. That is why the Resolution was adopted 03.06.2011, under which some regions disconnection from



a Global network is a breach of informational rights. The spread of information should be maximum free.

The next and one of the most important issues concerning the legal regulation of Internet is its classification and interpretation as the common heritage of mankind (by analogy with space, sea, air space). The result of such a classification would be the appropriate international legal regulation and it would provide proper informational rights realization.

International control under the observance of human rights including informational rights is the main judicial means able to protect certain individuals' rights and assist the legislature development and practice of states in accordance with international standards.

International mechanisms of human rights protection, including informational rights, are represented by international legal instruments and organs, organizations which have the aim to protect these rights and realize the instruments.

These mechanisms can be subdivided into universal acting all over the world and regional acting in the grounds of some regions.

Surely the central organization in the system of informational rights' protection is the UNO, whose Charter estimates an obligation of UN to assist general respect and observance of human rights.

The United Nations Organization pays considerable attention to informational rights. Within the UN an organizational system for the informational rights' protection exists, which includes the Council on Human Rights, Human Rights Commission, UN Working Group on arbitrary detention, UNESCO Committee on Conventions and Recommendations, The UN Special Rapporteur on freedom of speech and expression, The UN High Commissioner for Human Rights. Altogether their activity in the sphere of informational rights' protection is quite effective.

Alongside the universal mechanisms of human rights' protection the regional conventions and organs exist. These regional mechanisms are united on the basis of relative historical, religious and cultural traditions, the same level of political and economic development and human rights' protection can be more efficient at regional level. This concerns informational rights also.

Regional cooperation in the sphere of informational rights' protection can be an

addition to the universal system of human rights protection and it can give an opportunity to fill all the gaps and lacks, to take into account the region's specificity and to improve a general level of informational rights' protection. There are regional cooperation in the sphere of human rights' protection in Arabian, African, American states, states of the Commonwealth of Independent States and European community [12, p. 314].

It is generally recognized that the system of the Council of Europe is the most developed and judicially effective. It is based on the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 and its «main control» organ – The European Court of Human Rights.

European system of human rights' protection includes also Council of Europe Commissioner for Human Rights who has an initiative in analyzing of legislation and practice of the Council of Europe states-members.

The European Court of Human Rights has heard a big number of cases concerning informational rights, including the role of Mass-media in democratic society, informational rights' restrictions, critic of political leaders in the context of the right to information etc.

Conclusions. Informational rights' protection in international law became an independent trend in human rights development. International human rights standards can be realized only in a democratic state. Democracy and the right to information cannot exist in isolation from one another.

Informational rights can be represented by the rights of mass-media, the right of access to Internet, the right to ecological information, the right to access to public, legal information, the right to protect private information etc.

Mechanism of human rights realization and protection, including informational rights, has such elements: a) international and regional standards in the sphere of human rights and freedoms; b) international and regional standards' implementation in national law; c) international and regional organs for the protection of human rights; d) international and regional organs' protection of human rights standards.

International community's activity in the sphere of informational rights' protection can have such ways: efforts on ratification, international informational law rules' implementation, conclusion of new treaties,

international legal responsibility's mechanism and control improvement, because they guarantee international informational law rules fulfillment.

List of reference links:

1. Кротов А.В. Свобода информации и право на информацию человека // Адвокатская практика. – 2007. – № 2. – С. 2 – 5.
2. Права человека: Учебник для вузов / Отв. ред. чл.-корр. РАН, д.ю.н. Е. А. Лукашева. – М.: Издательство НОР-МА, 2003. – 573 с.
3. Проскурников Р.И. Конституционно-правовое регулирование реализации прав граждан на получение информации (опыт Федеративной Республики Германия) // Конституционное и муниципальное право. – 2010. – № 11. – С. 70 – 72.
4. Афанасьева О., Афанасьев М. Наш доступ к информации, которой владеет государство. – М.: Фонд «Либеральная миссия», 2010.
5. Холодковский К.Г. Доступ к информации как демократический институт // Полис. – 2010. – № 5. – С. 155 – 160.
6. Федосеева Н.Н. Право граждан на доступ к информации в Российской Федерации // Гражданское право. – 2007. – № 3. – С. 6 – 11.
7. Терещенко Л.К. Доступ к информации: правовые гарантии // Журнал российского права. – 2010. – № 10. – С. 46 – 53.
8. Мархгейм М.В., Гавришов Д.В. Проблемы развития юридического содержания права граждан на информацию // История государства и права. – 2008. – № 10. – С. 4 – 5.
9. Пілат Є. Право на доступ до інформації як елемент правового статусу особи // Вісник Львівського Університету. Серія юрид. – 2010. – Вип. 50. – С. 127 – 132.
10. Ковалева Е. Международно-правовое регулирование права доступа к информации // Власть. – 2010. – № 7. – С. 107 – 110.
11. Кормич Б.А. Організаційно-правові основи політики інформаційної безпеки: Автореф. ... д.ю.н.: 12.00.07 / Національний університет внутрішніх справ МВС України. – Х., 2004. – 41 с.
12. Мицик В.В. Права людини у міжнародному праві. Міжнародно-правові механізми захисту: підручник для ВУЗів / Київ.нац.ун.ім.Тараса Шевченка, Ін.міжн.відносин. – К.: Видавничий дім «Промінь», 2010. – 722 с.

INTERPRETATION OF CONTRACT: ENGLISH-UKRAINIAN CONVERGENT PARALLELS

O. GAYDULIN,

associate Professor (Docent) at the Chair of International and European Law,
the Faculty of Law, Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman-self-governing (autonomous) research
university; Candidate of Philosophical Sciences (1994); Candidate of Juridical Sciences (2010)

SUMMARY

The article deals with the problem of contractual interpretation in the Ukrainian civil law. Findings of investigation demonstrate that the main cause of conflict between the legislation and judicial practice is the absolutization of the literal interpretation doctrine in Ukraine. Encouraged to promote the convergence of the English and Ukrainian jurisprudences. The comparative analyses leads to the conclusion that in order to harmonise the contract interpretation rules in force in Ukraine with European law, first of all it is necessary to remove the found differences.

Key words: Ukrainian civil law, judicial practice in Ukraine, contractual interpretation, literal interpretation doctrine.

* * *

В статье рассматривается проблема интерпретации договоров в украинском гражданском праве. Результаты исследования показывают, что основной причиной конфликта между законодательством и судебной практикой является абсолютизация доктрины буквального толкования в Украине. Рекомендуется содействовать сближению доктрин английского и украинского права. Сравнительный анализ приводит к выводу, что в целях гармонизации действующих в Украине правил толкования договора с европейским правом, в первую очередь, необходимо устранить выявленные различия.

Ключевые слова: гражданское право Украины, судебная практика в Украине, интерпретация договоров, доктрина буквального толкования.

A. Introduction: Interpretation-free Contracts

According to the historical tradition in Ukraine and other post-Soviet countries, the concept of 'Legal Interpretation' means statutory interpretation of only law not that of contracts.

This thesis is confirmed by the most authoritative in Ukraine 6-volume 'Juridical Encyclopaedia' (editor-in-chief - academician Iuriy S. Shemshuchenko; 1998—2004). The entry 'Interpretation of Contracts' or 'Contractual Interpretation' is absent from the edition. This makes an impressive case in favour of the reality of the legal interpretation tradition now.

Like in other countries there are three basic interpretation theories in Ukraine: (1) literalism, (2) objectivism, (3) subjectivism [1, p. 17-34]. It is the first (literalism) that is leading. Let us examine this using the material of Ukrainian legislation.

B. Transactional Interpretation **Rules: Legal novelsor 'Old Maid'**

Notes of historical interest are appropriate here. It is generally known, that the previous Ukrainian codified civil acts, namely the Civil Code of the Ukrainian Soviet Socialist Republic (Ukr.SSR) of December 16, 1922 (brought into force on February 1, 1923) and Civil Code of the Ukr.SSR of July 18, 1963 (brought into force on 1 January 1964) did not contain principles and rules of contractual interpretation.

For the first time during the Soviet period, the order of contractual interpretation was provided for by Soviet Model Civil Code, that was entitled as 'Fundamentals of Civil Legislation

of the USSR and the republics' (May 31, 1991). The term 'interpretation of contract' was given in article 59 of this Act. As a result of the collapse of the Soviet Union, 'Fundamentals - 1991' were not officially implemented in the legislation of Ukraine.

Ukrainian legislative terms 'interpretation of the contents of a transaction' and 'interpretation of the agreement provisions' were introduced by the creators of the Civil Code of Ukraine on January 16, 2003, which came into force on 1 January 2004. So this Code establishes very important legislative innovations - the rules of interpretation of transactions (Article 213) and contracts (Article 637, which makes reference to art. 213) [2].

Parts One and Two of Article 213 outline a range of persons who are competent to interpret transactions (contracts):

1. The contents of a transaction can be interpreted by a party (parties).

2. At the request of one or both parties, a court may take a decision on the interpretation of the contents of a transaction.

Analysis of the follow content of this article (parts 3 and 4) clearly indicates that this norm is based on the literalism theory.

3. In the interpretation of the contents of a transaction, the meaning of words and expressions uniform for the whole content of the transaction and the meaning of terms generally accepted in the appropriate field of relations shall be taken into account.

In case the literal meaning of words and expressions as well as the meaning of terms generally accepted in the appropriate field of relations does not allow establishing the content of certain parts of the transaction, the content shall be established by comparing the relevant part of the transaction with the content of other parts thereof, its general content and intentions of the parties.

4. Where it is impossible to establish the true will of the person that concluded the transaction on the basis of regulations set forth in paragraph 3 of this Article, the



purpose of the transaction, the contents of previous transactions, the established practice of relations between the parties, business circulation customs, subsequent conduct of the parties, the text of a typical contract and other circumstances that are of considerable importance shall be taken into account.

For reasons of space we omit the proof of the true sources of these legislative approaches to the interpretation of contracts. Suffice it to say that Article 213 of the Civil Code of Ukraine nearly verbatim et literatim (word for word) duplicates Article 426 ('Interpretation of a contract') of the model of Civil Code for the States of CIS, which was adopted by the Inter-Parliamentary Assembly of the Commonwealth of Independent States in 1994-1995 and then enacted by most States, sometimes with certain modifications.

Other acts of the Ukrainian legislation do not regulate the interpretative process. For example, the Economic Code of Ukraine (January 16, 2003 # 436-IV) does not contain any rules of interpretation.

It is fair to it has to add that principles and rules of interpretation of contracts have a different conceptual basis in the current legislation of Moldova, which, unlike Ukraine, is an official member of the Commonwealth of Independent States (CIS).

Thus, the Civil Code of the Republic of Moldova, which contains specific Chapter VI ('Interpretation of a contract' art. 725-732), states that (1) The contract must be interpreted in accordance with the principle of good faith. (2) The contract shall be interpreted according to the common intent of the parties, without confining them to the literal meaning of the terms used. (Article 725. Principles of Contract Interpretation) [3].

C. Brief theoretical notes: The formal resemblance

There is one remark of particular significance – literality is the first criterion for the authentic understanding of the legal text in English law too.

Nothing can be said against it. As early as the 17th century, in Confession of Faith Ratification Act 1690 (law in force) was prescribed:

AN oath is to be taken in the plain

and common sense of the words without equivocation or mental reservation. It cannot oblige to sin but in any thing not sinfull being taken it binds to performance although to a mans own hurt nor is it to be violated although made to hereticks or infidels [4].

Whatever the appearances, such legislative innovations (as those in the Ukrainian Civil Code) give rise to questions, rather than answers.

The fact is that the Ukrainian *literal interpretation rule* is not balanced by other principles, the *golden rule* [5] and *mischief rule* [6] in particular as is the case in English law.

Such a coherence of these three ways combines modes of contextual and purposive interpretations on the basis of common sense. As is often the case a combination of different rules compensates for the main drawback of the principle of literal or textual interpretation – its tolerance for absurdity [7].

There is no need to delve into the theoretical aspects of the choice of the dominant interpretation theory. But there is a nature-imposed necessity for investigation of the applicability of the literal interpretation doctrine in the context of Ukrainian reality.

D. Alarm situation: Litigation v. Legislation

It is a safe bet, that among all the contractual issues of hermeneutics the interpretation of the arbitration clause by the courts of Ukraine is the most difficult problem.

What is the reason for that?

It appears that the similar situation develops for one simple reason. In accordance with the prevailing legal doctrine in Ukraine, epy jurisdictional monopoly is the exclusive competence of the state and traditionally refers to the sphere of vital interests of the government.

In this connection it should be noted that in 2005 the Ukrainian Legal Group for the World Bank under the grant of the Government of the Netherlands proposed many amendments, which should be made to the Civil Code, primarily the following:

- to add provisions that allow for the protection of civil rights not only in the

courts of the state court system, but also in arbitration tribunals and international commercial arbitration;

- to limit the right of the courts (the state court system), stipulated in Article 213 of the Civil Code, to make decisions concerning the interpretation of the contents of a production-sharing agreement [8].

These proposals have already been implemented, but only partially.

Cautious optimism is largely related to a set of laws introducing amendments to the procedural legislation of Ukraine in arbitration-related matters.

These laws were adopted by The Ukrainian Parliament at the beginning of 2011 and the amendments have filled many gaps in Ukrainian legislation.

Ukrainian lawyers point out that the provisions of the laws raise certain concerns: 'The imperfect wording of the said laws provides an opportunity for ambiguous interpretation of their provisions. Only with progression of time and through formation of court practice in this regard will real meaning and significance of these provisions for arbitration in Ukraine be established' [9].

However, there is conflicting case law on this issue in our country, as noted by Ukrainian experts and practitioners in the field of arbitration.

The illustrative cases for that are controversial decisions of the Supreme Court of Ukraine and one of the Regional Commercial Court. Back in October 2010, the highest court in Ukraine refused to recognize an award because of ambiguities in the wording of the arbitration clause. On the other hand, just several weeks before the Supreme Court's decisions came out, the Regional Commercial Court of Cherkassy upheld an arbitration clause providing for arbitration 'at the claimant's location' [10].

This thereby introduces doubts about sufficient predictability of judicial decisions by the Ukrainian courts on recognition and enforcement of foreign arbitral awards.

In these cases the unification of legislative acts does not help, because the state courts in our country have the opportunity to hide behind the letter of the law and the contract and to realize



their own interests legally, calling that 'protection of the public interests of the state'.

Thus the problem of application of law is not just a matter of legal technique, but a question of legal interpretation or understanding of the law.

E. Conclusion: How could it be otherwise?

Ukrainian civil and procedure laws are certainly changing and will change, but a more modernistic view of legislators and the judicial community does not seem to be developing in the near future in our country. At least, it is not to happen by itself, without any influences or interference from the outside.

Of course, there is an all-sufficient way, which was given by the great Confucius: 'It does not matter how slowly you go so long as you do not stop'. Unfortunately, it requires unlimited resources of time and people.

However, there is a proven way toward Supreme Justice, which gives the necessary result just now. That is the use of common case law by Ukrainian persons.

So, English law provides all the necessary procedural grounds for consideration of international contractual disputes in the courts of common law. In this context we must refer to the ancient general legal principle *jura novit curia* (the court knows the law) and the three modern common law *presumptions of the foreign law* [11]. Thus in a deeper sense, this principle and the presumptions allow any combination of foreign and English laws to resolve conflicts of jurisdiction and qualifications.

Incidentally, the Ukrainian legislator recognizes the unpopular in continental Europe, but implemented in Britain, idea of 'legal biotechnology', meaning the possibility of 'dividing' a legal act into parts, these to be governed by different legal systems [12]. This technique is provided by Law of Ukraine 'On Private International Law' (Article 5) [13].

Oscar Wilde cleverly said: 'Experience is simply the name we give our mistakes'. European experience of justice shows that the English courts are more suitable for merchants than consumers. This attitude contrasts

with the Ukrainian courts and arbitral practice and it should be interesting for our business. It is surprising why this interest is not realized widely enough? The unconscious behavior is caused by the *path dependence* of Ukrainian businessmen. Threats and difficulties cause people to do what they repeatedly did in the past.

This leads to the conclusion that there is a need for more study and promotion of the English law in Ukraine. This should be joint work for the British and Ukrainian lawyers. That is not 'child's play', but it can give a solid, fundamental result - the real coming into effect of the contractual freedom in our country.

And finally, one of the first steps in this direction is the establishment of the new academic discipline 'European contract law' at Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman in 2008. Of course, the English law of contracts is a common thread in this course.

List of reference links:

1. Steven J. Burton, 'Elements of contract interpretation' [2009] Oxford University Press. 236 pp.

2. Civil Code of Ukraine of January 16, 2003 (brought into force on 1 January 2004) [in Ukrainian] <<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>>

3. Codul Civil al Republicii Moldova (Cod Nr. 1107-XV din 06.06.2002) // Publicat : 22.06.2002 in Monitorul Oficial Nr. 82-86 art Nr : 661.

4. Confession of Faith Ratification Act <http://www.bailii.org/uk/legis/num_act/1690/115062.html> accessed 21 June 2012

5. John Grey v William Pearson [1857] 6 HLC 106.

6. Heydon's Case [1584] EWHC Exch J36 (01 January 1584) <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1584/J36.htm>> accessed 20 June 2012.

7. The Queen v The Judge of the City of London Court [1892] 1 QB 273, 290.

8. Report 'Application of Production Sharing Agreements (PSA) Regime for the Use of Subsoil on Ukraine's Continental Shelf' / Prepared by Ukrainian Legal Group for the World Bank under the grant of the Government of the Netherlands <www.rulg.com/...>

PSA_Report_Dec_23_05> accessed 19 June 2012.

9. Perepelynska O, 'New Procedural Rules for Arbitration-Related Matters in Ukraine' [June 2011] The Association for International Arbitration Newsletter 3. <<http://cisarbitration.com/2011/12/20/new-rules-for-interim-measures-related-to-enforcement-of-arbitral-awards-in-ukraine/>>

10. Vorobey Dmytro, 'Upholding Arbitration Agreements in Ukraine: A Long Way to Go?' [Apr. 13, 2012] JURIST <<http://jurist.org/deline/2012/04/dmitrii-vorobey-ukraine-arbitration.php>> accessed 19 June 2012.

11. Gregory S. Alexander, The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts: Variations on a Theme of Alexander Nekam (Cornell Law Faculty Publications 1975) 260 <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/260>> accessed 20 June 2012

12. Dovgert A, 'Codification of Private International Law in Ukraine' in Petar Sarcevic, Paul Volken, Andrea Bonomi (eds), Yearbook of Private International Law (Munich vol VII 2005) 131.

13. Law of Ukraine 'On Private International Law' of June 23, 2005, No. 2709-IV (brought into force on September 1, 2005) [in Ukrainian] <<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>>



INTELLECTUAL PROPERTY PROTECTION IN TIME AND SPACE

A. GONCHAROVA,
PhD, senior lecturer the Faculty of Law
Sumy State University

SUMMARY

The article is devoted to the current stage of development of intellectual property. Referring to the concept of intellectual property and its contents, it is noted that this category has a fairly long history of its development, as, in effect, and any other civil institution owes its appearance to the general laws of development of society, having a dominant evolutionary path. Stages of development of the institution of intellectual property are explained primarily by economic conditions and legal traditions of each country and are caused by them. Intellectual property protection promotes the use and further development of local inventive and creative talents and accomplishments, the maintenance and preservation of national capacities in the field of intellectual property, investment attraction.

Key words: intellectual property, patent, copyright, lawsuit, criminal liability.

* * *

Статья посвящена современному этапу развития права интеллектуальной собственности. Обращаясь к понятию интеллектуальной собственности и его содержанию, отмечено, что данная категория обладает достаточно длительной историей своего развития, как, в сущности, и любой иной гражданско-правовой институт, обязанный своим появлением общим закономерностям развития общества, имеющим доминантой эволюционный путь. Этапы развития института интеллектуальной собственности объясняются прежде всего экономическими условиями и правовыми традициями каждой конкретной страны и обусловлены ими. Охрана интеллектуальной собственности способствует использованию и дальнейшему развитию местных изобретательских и творческих талантов и достижений, поддержанию и сохранению национального потенциала в сфере интеллектуальной деятельности, привлечению инвестиций.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, патент, авторское право, иск, уголовная ответственность.

Statement of the Problem. Issues of intellectual property rights in the world today came to the fore and become not just a legal or commercial matter. Due to the comprehensive intellectualization of the world economy, they are increasingly becoming a political issue related to economic security and require strategic approaches to their solution. The processes of intellectualization reached extremely high intensity unthinkable a decade ago.

In Ukraine, the increased attention to the protection of intellectual property rights associated with obtaining its independence. Relations in the field of intellectual property are governed by separate provisions of the Constitution, civil, economic, customs and the Criminal Code, the Code of Administrative Offences, the procedural codes and special laws. In addition, Ukraine is a party to many international treaties on intellectual property.

During the transition of the country to a market economy legal system has undergone a sea change. This applies to the legal standards governing the creation, legal protection and use of the products of intellectual creativity, in particular copyright and related rights.

Nowadays, innovations account for most of human life. Innovations has become a profitable commodity, because they can pass on certain conditions for the use of others, or even to sell. This often leads to violations of intellectual property rights, and therefore it needs to be protected and the protection of that in the future we, and consider [1].

According to Art. 54 of the Constitution guarantees the freedom of literary, artistic, scientific and technical creativity, intellectual property protection of their copyrights, moral and material interests resulting from various types of intellectual activity. Every citizen has the right to the results of their intellectual and creative activity, no one can use or distribute them without their consent, except as provided by law [2].

their rights. In order to prevent further infringement and compensate for the losses arising from the violation of these rights, they should be able to defend their rights.

After an object is created and intellectual property protection document attached to his right, there comes an important stage in its life cycle - inclusion into the economy [3]. At this stage the object of intellectual property rights holder brings profit or other benefit, in fact something for which he was created. However, once the information about the object of intellectual property becomes known unscrupulous competitors, they are tempted to use it to their advantage. In this case, the rights of the offender is in a more favorable terms than the right holder: it does not bear the costs at the stage of creation and protection of intellectual property. In addition, it can be finished production base for the study of intellectual property, while the franchisor must spend more time and resources to create it. Therefore infringer can quickly produce products with the use of intellectual property and promote it on the market at a lower price than the holder of the intellectual property. This development not only violates the rights of a particular copyright holder, but it also has serious implications for society in general, slowing its

From the first sources, it can be assumed that the premises of intellectual property rights in Ukraine already contained in the Bible - the ancient monument of literature, among other things, to date, has become the most common book in the world. The Bible indicates millennial development

of legal ideology and contains legal to install a fully material world.

There is no point in creating a complex security system and protection of the rights and the dissemination of information about the protective rights of intellectual property, if the owners of these rights will not be able to protect



social and economic development and complicating the civilized cooperation with other countries.

Relevance. Nowadays protection factor is particularly important, since the rapid development of technology, it is possible rights violations in such volumes that were not possible before. Therefore, without the proper law enforcement infrastructure to provide both protection and restricting access to other similar rights, the system of intellectual property protection can not be effective.

Disputes relating to the infringement of intellectual property under the jurisdiction of the courts of general jurisdiction, and the Supreme Economic Court.

In case of violation of the rights of the victim files a claim - a statement addressed to the court, sending the right - the judge in order to protect personal or property rights. In the search application must contain a form of protection (prohibition to do any act, damages, etc.), the size of the damage, are evidence of the validity of claims, any action, damages, etc.), the size of the damage, are evidence of the validity of claims .

As a general rule of civil procedure specific civil case is generally seen at the location of the defendant. In any proceedings for infringement of intellectual property rights addressed two main issues. The first is connected with the establishment or failure to the fact of use of intellectual property, protected. Second - the definition of the amount of damages to be recovered from the defendant to the plaintiff.

The owner of the rights under copyright may require the receiver:

- recognition of the rights of the owner;
- restore the situation that existed before the law;
- cessation of the acts that infringe or threaten to infringe;
- damages, including lost profits like.

If as a result of illegal use of intellectual property rights violator received the income, the victim has the right to claim compensation for loss of profits in the amount not less than the amount of such income.

If at the same time with the

violation of property rights violated the moral rights of the author, it may require property compensation for moral damages, the amount of which is determined by the court. Violation of the rights of authorship is to assign the results of someone else's creative work and an attempt to present the results of its own development.

The use of civil penalties for taking the time right under intellectual property rights are possible within the general term of the claim, that is, within three years from the date on which the holder knew or should have known about the violation of their rights.

In the UK, Germany and several other countries have specialized patent courts. This allows you to focus or center the experience of solving patent disputes, to create conditions for the proper and uniform application of the regulations to reduce the number of instances that are considered controversial.

In Ukraine there is no patent court, but there is a practice of creating judicial boards for intellectual property, for example, the Supreme Economic Court of Ukraine. In these colleges are working judges with special training in intellectual property and can therefore competent to settle disputes on intellectual property.

Along with the rules of civil rights under copyright, the legislation also provides for criminal liability

Ukraine's legislation also provides for criminal-law penalties for illegal encroachment on commercial secrets. Criminal offense is the illegal collection for the use of information constituting a trade secret (industrial espionage), if it causes damage to a business entity. As punishment, provided the use of a fine of 200 to 2000 tax-free minimum incomes, or imprisonment from 2 to 5 years, and so on.

Bringing to justice the perpetrators of specific crimes does not preclude claims for damages.

A special case - the protection of rights to "intellectual property object when crossing the border. Customs Code of Ukraine goods and other items made from the infringement of intellectual property rights can not be both imported and exported through the customs border of Ukraine.

In the judicial dispute resolution occupy an important place of proof. There are three forms of evidence, "documentary evidence" - evidence provided in writing or in the form of a document, "physical evidence" - evidence that exists in the form of objects, "witness" - the oral testimony of witnesses and experts. The presence of a title of protection - patent or certificate is an important proof.

So, the whole system of mutually agreed rules on the protection of intellectual property rights of current legislation of Ukraine does not. A significant drawback of the system of protection of intellectual property is also its very low efficiency. Infringers of intellectual property rights are not afraid to use them by the applicable laws of the sanctions. Sometimes proceeds from the misuse of someone else's work or object of related rights within the established penalties in the hundreds, if not thousands of times, and more than cover the costs incurred.

Want a more rigid system of intellectual property protection, the use of which has ever discourage the offender desire to use the product incorrectly or object of related rights.

The disadvantages of the current system of intellectual property protection is the lack of specialized courts and judges, there is a shortage of qualified professionals in this field, resulting in relatively long processing times even very complex cases concerning infringement of intellectual property rights.

Another reason for the lack of effective protection of intellectual property rights are numerous opportunities to avoid the responsibility of the offender for failure to have the court's decision on the case in favor of the plaintiff, which gives him the opportunity to delay implementation for many years.

Finally, it should be noted that among the main causes of insufficient effectiveness of intellectual property protection Ukrainian individuals and businesses is the lack of state funds for patenting and implementation of registration procedures abroad, a low level of legal culture in the country, lack of knowledge and information



on the procedure for the protection of intellectual establishments abroad [4].

Ukraine is a relatively young independent state, so we have some inconsistent legislation that regulations governing the same public relations contain contradictions in its standards. However, based on the experience of more developed countries, we have to overcome these gaps and inconsistencies and bring national legislation in the field of copyright and related rights in accordance with international law.

To resolve these problems we would like to identify the main areas of improvement:

Providing an international legal environment:

- To do this, add the existing program of Ukraine's integration into the European Union with regard to specifying the institutional and financial resources necessary for the implementation of measures aimed at protecting intellectual property;

- It is necessary to examine the feasibility of Ukraine's accession to several international conventions and agreements;

- It is necessary to develop a set of long-term measures to adapt the national patent system to the parameters of the European patent system and European trademark system.

2) Ensuring the development of the domestic legal framework:

- In this area, the number one priority - work to eliminate inconsistencies between different laws and regulations on intellectual property;

- A necessary and adopting a law on the establishment of the Patent Court of Ukraine as a body of special competence competent to deal with controversial issues in the field of intellectual property rights in administrative proceedings, including the protection against unfair competition related to intellectual property rights.

3) The organization of management and infrastructure development in the field of intellectual property:

- Important tasks in this area is to ensure an appropriate level of coordination between ministries and agencies through regular meetings of the Inter-Ministerial Committee on the protection of intellectual property,

as well as the adoption of a resolution on the establishment of ministries and departments of the divisions on issues of intellectual property rights;

- Necessary measures to expand the network of regional organizations in the provision of a wide range of services in the field of intellectual property, as well as measures to harmonize national statistics on intellectual property rights in accordance with international standards in this area;

- Intensify the process of creating non-governmental organizations for the protection of intellectual property.

Conclusions. Summarizing all the above, it should be noted that the implementation of these proposals will contribute to the further development and improvement of the system of protection of intellectual property rights in Ukraine, boost economic development and improve the international image of our country [5].

In Ukraine the right to intellectual property is a relatively new legal phenomenon, although based on the same principles as in other countries, but not yet secured properly either materially or structurally. One should not forget the reality: a significant criminalization of all branches of power, corruption, poor law-abiding population, low level of wealth of the general population, in particular young people and the problems of her employment, which leads to the forced purchase of counterfeit goods. Basically, the practice shows that violators of copyright and related rights are young people who know how to copy the technical features of the carriers. In addition, weakened public legal ways of protecting intellectual property rights.

The current legislation of Ukraine in the sphere of intellectual property principles laid a solid enough legal protection of intellectual creativity. However, in assessing the legislation was generally positive, though it should be noted some of its shortcomings.

List of reference links:

1. Потехіна В. Інтелектуальна власність. Навч. посібник. Київ: ЦУЛ, 2008.

2. Конституція України. – Х.: Одісей, 2003.

3. Peloso J. Intellectual property. – Bronx, NY.: H.W. Wilson Co., 2003.

4. Gallini N. The Economics of Patents: Lessons from Recent U.S. Patent Reform. // Journal of Economic Perspectives 16(2). – 2002.

5. Віра Валле. Спадок Джеймса І та королеви Анни: охорона інтелектуальної власності у часі й просторі. – К.: ДУХ І ЛІТЕРА, 2010.



ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ РЕАЛИЗАЦИИ СОСТОЯНИЯ ПОЖАРНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ ЛЕСОВ В УКРАИНЕ

Е. ГУЛАК,

кандидат юридических наук, доцент кафедры административного и финансового права
Национального университета биоресурсов и природопользования Украины

SUMMARY

In the article there is an analysis of separate aspects of realization of the state of fire safety of the forests in Ukraine on the modern stage of development of our state. Factors, features and tendencies that influence on forming of state mechanism of providing of safety in the necessary sphere. There is described an activity of department fire prevention, the basic structure of that is the forest fire station. There is analyzed a material and technical base that includes facilities of exposure and extinguishing of fires, stages of preparation to the fire dangerous period. Realization of fire safety is examined through the prism of whole complex of the organizational events, sent to prevention, prophylaxis and liquidation of spunking in forest regions.

Key words: fire safety of the forests, forest fire prevention, realization of fire safety of the forest.

* * *

В статье осуществлен анализ отдельных аспектов реализации состояния пожарной безопасности лесов в Украине на современном этапе развития нашего государства. Исследованы факторы, особенности и тенденции, влияющие на формирование государственного механизма обеспечения безопасности в указанной сфере. Описывается деятельность ведомственной пожарной охраны, основной структурной единицей которой является лесная пожарная станция. Анализируется материально-техническая база, которая включает средства обнаружения и тушения пожаров, этапы подготовки к пожароопасному периоду. Реализация пожарной безопасности рассматривается через призму целого комплекса организационных мероприятий, направленных на предотвращение, профилактику и ликвидацию пожаров в лесных массивах.

Ключевые слова: пожарная безопасность, пожарная безопасность лесов, лесная пожарная охрана, реализация пожарной безопасности леса.

Введение. Разумное пользование дарами природы – неотъемлемое право человека.

Огромный вред лесам наносят пожары. Это страшное бедствие не только для древесной растительности, но и для всего живого. Основная причина их возникновения – нарушение противопожарных правил отдыхающими и другими людьми, которые находятся в лесу. Гибнут не только деревья, но и птицы, звери, выгорает лесная подстилка и верхний слой почвы. За несколько минут огонь может уничтожить то, что выросло за несколько десятилетий. Пожар наносит огромный ущерб даже тогда, когда он распространяется только по земле и не переходит на кроны деревьев.

С каждым годом проблемные вопросы, связанные с пожарной безопасностью лесных массивов становятся все острее в целом в мире. Глобальное потепление, которое становится для человечества все актуальнее из года в год, их только обостряет. Неудовлетворительное состояние дел с пожарами и их последствиями свидетельствует о необходимости решения проблемы охраны жизни людей, национального богатства и окружающей природной среды, требует усиления противопожарной защиты лесных массивов.

Целью статьи является анализ отдельных аспектов и поиск наиболее оптимальных путей реализации состояния пожарной безопасности лесов в Украине на современном этапе развития нашего государства через призму научного анализа, современной статистики, существующей материально-технической и организационно-правовой основы исследуемой сферы.

Изложение основного материала. Согласно требованиям действующего законодательства в сфере обе-

спечения пожарной безопасности отечественных лесов, с целью предотвращения, обнаружения и тушения лесных пожаров действует ведомственная пожарная охрана, основной структурной единицей которой является лесная пожарная станция. В тех структурных подразделениях лесхозов – лесничествах, где она целесообразна, создаются пункты сосредоточения противопожарного оборудования и инвентаря. В лесхозах существуют диспетчерские пункты для приема, обработки и переда-

чи информации о лесных пожарах. К работникам государственной лесной охраны предъявляются строгие требования по реагированию на пожар: руководитель лесохозяйственного предприятия или лесничий, который получил сообщение о пожаре, должен срочно принять меры по его тушению.

Обеспечение надежной охраны лесов от пожаров становится невозможным без надлежащей материально-технической базы, которая бы включала высокоэффективные средства обнаружения и тушения пожаров. Отчасти этим требованиям отвечают лесные пожарные станции (пожарное депо), которые подчинены Государственному лесному агентству Украины [1, 2]. Сейчас в Украине работает 226 таких пожарных станций. Их оснащение составляет: 437 пожарных автомобилей, 17 пожарных агрегатов ВПЧ-149 и 1 – ТЛП-55, 9 грунтометов ГТ-3 и 73 АЛФ-10, 8 автомобильных лесных пожарных поездов АЛП-15, 38 съемных цистерн (ЦОС), более 1700 ранцевых огнетушителей различных типов, 599 мотопомп и почти 50 тысяч погонных метров пожарных рукавов, 3036 радиостанций. Для своевременного обнаружения лесных пожаров построено 402 наблюдательные вышки и мачты,



из которых 30 оснащены телевизионными установками ПТУ-59 [3].

Каждой пожарной охраной [4, 5] проводится подготовка к пожароопасному периоду: вместе с местными советами разрабатываются и утверждаются оперативно-мобилизационные планы на случай возникновения крупных лесных пожаров, гослесхозами прокладываются противопожарные разрывы и минерализованные полосы, осуществляется уход за полосами и разрывами, которые были проложены ранее.

В целях улучшения взаимодействия подразделений пожарной охраны в случае возникновения крупных и сложных лесных пожаров в свое время была разработана «Инструкция о порядке взаимодействия подразделений Минлесхоза Украины и Государственной пожарной охраны Украины во время тушения лесных пожаров» [3].

Реализация пожарной безопасности леса представляет собой значительный комплекс организационных мероприятий, направленных на предотвращение, профилактику и ликвидацию пожаров в лесных массивах. Для этого лес очищают от хвороста, устраивают специальные противопожарные разрывы, минерализованные полосы. Кроме этого, агитационно-просветительская работа является неотъемлемой составляющей каждого лесохозяйственного подразделения. Для своевременного обнаружения пожаров в лесах регламентирована необходимость осуществления специального мониторинга лесов, планирования мероприятий по предупреждению и тушению лесных пожаров, функционирования авиационной охраны, проведения наземного патрулирования массивов, строительства специальных наблюдательных башен, на которых, в последнее время, устанавливаются телевизионные системы наблюдения за лесными массивами. Лесохозяйственные предприятия должны быть оборудованы и снабжены специальной противопожарной техникой и инвентарем.

С целью обеспечения пожарной безопасности лесов осуществляется и авиационное патрулирование самолетом соответствующих массивов со-

гласно маршруту, который проходит над насаждениями с высоким классом природной пожарной опасности по согласованию с Департаментом воздушного транспорта и Администрацией Государственной пограничной службы Украины. Во время патрулирования при обнаружении очагов возгораний пилот-наблюдатель передает сообщение диспетчеру авиаотделения, который срочно связывается с теми дежурными лесохозяйственных предприятий, на территории которых возник пожар [6].

При проведении наземного патрулирования в лесных массивах работниками государственной лесной охраны проводится регистрация физических лиц и транспортных средств, которые находятся в лесу на момент патрулирования. При регистрации работники лесной охраны знакомят посетителей с Правилами пожарной безопасности в лесах Украины, время и место пребывания фиксируется в журнале. Нарушители Правил пожарной безопасности привлекаются к административной ответственности.

За нарушение требований пожарной безопасности в лесах Украины для граждан нашего государства предусмотрен штраф в размере от одного до трех необлагаемых минимумов доходов граждан (от 17 до 51 грн.). Для должностных лиц сумма измеряется от трех до десяти необлагаемых минимумов доходов граждан (от 51 до 170 грн.) [7].

Стационарное визуальное наблюдение за пожарной безопасностью леса осуществляется в светлое время суток пожарными сторожами непосредственно с пожарных вышек. На многих из них установлены телевизионные системы, которые дают возможность вести визуальное наблюдение за лесными насаждениями в радиусе до 20 километров в ручном и автоматическом режимах с диспетчерского пункта лесничества. Использование телевизионных систем позволяет более оперативно и точно определить место возгорания и оптически приблизить объект наблюдения [6].

С целью недопущения пожаров в местах массового отдыха населения,

вдоль автомобильных дорог должны создаваться рекреационные пункты со стоянками для автотранспорта. Кроме беседок, детских площадок, мест для разведения костров, в местах отдыха должны быть оборудованы уголки с агитационными материалами о правилах пребывания в лесу.

Посещение леса и въезд транспортных средств в хвойные насаждения запрещается при 5-м классе пожарной опасности. Законодательство предоставляет право органам исполнительной власти устанавливать данный запрет на посещение всех лесов. Как правило, подобные решения выдаются ежегодно в июне-августе. Но в последние годы, в связи с более ранним наступлением жаркой погоды, соответствующие распоряжения председателями областных государственных администраций выдаются значительно раньше, в частности в текущем 2013 году – еще до начала майских праздников. На основе данных гидрометцентра, информирования населения о запрете доступа граждан в леса проводят лесохозяйственные предприятия и областное управление лесного и охотничьего хозяйства.

Оперативность тушения лесных пожаров, а также координацию работы авиационных и наземных служб должна обеспечивать специальная диспетчерская служба. Ее задачей является сбор и передача информации о лесных пожарах, поступающей из лесничества в специальный центральный орган исполнительной власти.

Выводы. Улучшение финансирования отрасли, организация на вновь созданных лесных массивах противопожарных станций, замена морально устаревшего оборудования – те меры, которые помогут уберечь наши леса от огня.

В связи с тем, что проблема пожарной безопасности является составной частью национальной безопасности, она требует осуществления первоочередных мероприятий, на выполнение которых должны быть разработаны соответствующие программы общегосударственного и регионального значения, с учетом предложений заинтересованных органов



местного самоуправления, включающих территориальные особенности.

На сегодняшний день актуальными остаются такие задачи: обеспечение защиты жизни и здоровья населения, окружающей природной среды и объектов от воздействия опасных последствий пожара, усиление пожарной безопасности в лесных хозяйствах, создание и оснащение пожарной охраны во всех лесных хозяйствах, разработка нормативно-правового, инженерно-технического и методического обеспечения указанных подразделений по их деятельности по предупреждению и ликвидации пожаров в лесах; приведения системы противопожарного водоснабжения лесных массивов в соответствие с требованиями нормативно-правовых актов.

Решение проблемы обеспечения пожарной безопасности лесных массивов заключается в комплексном, поэтапном решении проблемных вопросов в сфере пожарной безопасности лесных массивов, гарантированной защиты общества и окружающей среды от пожаров и их последствий, внедрение организационных основ функционирования системы обеспечения пожарной безопасности органов власти всех уровней, укрепление правовой, научно-технической и ресурсной базы, что позволит существенно уменьшить в государстве количество пожаров и чрезвычайных ситуаций в лесах.

Совокупность таких составляющих, как своевременное выявление очагов возгораний, оповещения о них людей и подразделений пожарной охраны, удаление продуктов горения; минимальное время прибытия пожарных подразделений к месту пожара, обеспечение своевременного оперативного реагирования на пожары для их успешной локализации и ликвидации путем подачи воды к очагам пожаров от естественных и искусственных водоемов, в комплексе будет способствовать уменьшению в лесных массивах количества пожаров, гибели и травмирования на них людей, экономических потерь и материального ущерба от их последствий.

Общеизвестно, что любую про-

блему легче и дешевле предупредить, чем применять значительные меры для борьбы с ее последствиями. Да, и в вопросах обеспечения пожарной безопасности леса, а затем обеспечения жизни и здоровья людей, нормальных условий их жизнедеятельности вследствие недопущения пожара, разница между потенциально возможными затратами материальных и финансовых ресурсов на проведение работ противопожарной защиты в случае осуществления таких мероприятий и в случае их отсутствия часто чрезвычайно велика. Ведь все убытки как прямые, так и косвенные, связанные с экологическими потерями, подсчитать достаточно сложно, поскольку они несут свой негативный отпечаток в течение еще достаточно длительного времени.

Таким образом, обеспечение пожарной безопасности леса является неотъемлемой частью государственной деятельности по охране жизни и здоровья людей, национального богатства и окружающей природной среды, которая в последние годы приобретает особенную актуальность и остроту для человечества в целом.

Список использованной литературы:

1. Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади: Указ Президента України від 9 грудня 2010 р. № 1085 : [Електронний ресурс] – Режим доступу: – <http://rada.gov.ua/>.

2. Про деякі заходи з оптимізації системи центральних органів виконавчої влади : Указ Президента України від 24 грудня 2012 р. № 726 : [Електронний ресурс] – Режим доступу: – <http://rada.gov.ua/>.

3. Лісова пожежа: Причини виникнення : [Електронний ресурс] – Режим доступу: – <http://uk.wikipedia.org/>.

4. Про затвердження Положення про державну лісову охорону: Постанова Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2009 р. № 976 : [Електронний ресурс] – Режим доступу: – <http://dklg.kmu.gov.ua/forest/control/uk/>.

5. Щодо забезпечення охорони

лісів від пожеж: Наказ Державного комітету лісового господарства України від 1 серпня 2010 р. № 248: [Електронний ресурс] – Режим доступу: – <http://dklg.kmu.gov.ua/forest/control/uk/>.

6. Сергій Цюриць. Пожежа у лісі – лихо для країни. – 15 травня 2012 р. // [Електронний ресурс] – Режим доступу: – <http://dklg.kmu.gov.ua/forest/control/uk/>.

7. Збережемо ліси від пожеж. – 9 червня 2011 р. // [Електронний ресурс] – Режим доступу: – <http://www.gorod.cn.ua/>.



К АНАЛИЗУ ПРАВОВОГО СТАТУСА УЧАСТНИКОВ ПРАВООТНОШЕНИЙ С НЕМАТЕРИАЛЬНЫМИ АКТИВАМИ

А. ГУСЬ,

аспирант Института экономико-правовых исследований
Национальной академии наук Украины

SUMMARY

On the basis of the relationship between the concepts of «subject of law» and «participants of legal relations» literature, the positions and attitudes of specialists in the field of commercial law, as well as the current legislation was analyzed to determine the circle of participants relationship with intangible assets. On this basis, the author of suggestions was made for changes in the existing tax laws. In addition the approach was formulated in which participants of commercial legal relations can be divided into subjects of the law on intangible assets and the participants of relationships with intangible assets.

Key words: intangible assets, economic entities, separate divisions, the participants of legal relations, the consumers.

* * *

В научной статье рассмотрена роль субъектов хозяйственного права в отношениях по поводу нематериальных активов. Исходя из соотношения понятий «субъект права» и «участник правоотношений», проанализирована литература, позиции и подходы специалистов в сфере хозяйственного права, а также нормы действующего законодательства относительно проблемы определения круга участников отношений с нематериальными активами. На этой основе автором были внесены предложения относительно изменений в действующем налоговом законодательстве. Также был сформулирован подход, в соответствии с которым участники хозяйственных отношений могут быть подразделены на субъекты права на нематериальные активы и участники отношений с нематериальным активом.

Ключевые слова: нематериальные активы, субъекты хозяйствования, обособленные подразделения, участники правоотношений, потребители.

Постановка проблемы. В современной юридической науке, как и в советское время, в основном высказывается мнение относительно отождествления категорий «субъект права» и «участник правоотношений» и предлагается для устранения терминологической путаницы отказаться от использования понятия «субъект правоотношения» [1, с. 84]. Вместе с тем высказывается и иная точка зрения, согласно которой категория «субъект правоотношения» является более узкой, чем «субъект права», она позволяет лишь охарактеризовать соответствующий аспект реального бытия субъекта права, т.е. его участие в конкретных общественных правоотношениях [2, с. 116]. Понятие субъект шире и выражает совокупность всех участников правоотношений, составляющих предмет конкретной отрасли права. То есть участник правоотношений с нематериальным активом в сфере хозяйствования является субъектом хозяйственного права, при этом не каждый субъект хозяйственного права может быть участником таких правоотношений.

Цель статьи. Согласно теории соотношения категорий «субъект права» и «участник правоотношений» необходимо исследовать, какие именно субъекты хозяйствования могут быть участниками правоотношений с нематериальными активами.

Изложение основного материала. В действующем Хозяйственном кодексе Украины отсутствует определение понятия «субъект хозяйственного права». Законодательство Украины использует такие понятия как «предприятие», «субъект хозяйственной деятельности», «участник хозяйственных правоотношений», так или иначе имеющих отношение к категории субъект

хозяйственного права. В.С. Щербина отмечает [3, с. 100], что понятие «субъект хозяйственного права» обосновано теорией хозяйственного права, которая исходит из того, что субъектами хозяйственного права являются участники хозяйственных отношений.

Субъекты хозяйствования составляют наибольшую и важнейшую для отношений в сфере хозяйствования группу, которая имеет несколько характерных признаков:

во-первых, они являются участниками хозяйственных отношений;

во-вторых, они непосредственно осуществляют хозяйственную деятельность, что качественно отличает его от

органов государственной власти и органов местного самоуправления;

в-третьих, они наделены хозяйственной компетенцией (совокупностью хозяйственных прав и обязанностей), которые реализуются при осуществлении хозяйственной деятельности;

в-четвертых, предприятие имеет обособленное от других субъектов (в том числе и от собственника) имущество.

в-пятых, предприятие несет ответственность по своим обязательствам в пределах закрепленного за ним имущества [4, с. 11-16].

Виды субъектов определены в ч. 2 ст. 55 ХК Украины: хозяйственные организации и граждане Украины, иностранцы и лица без гражданства, которые осуществляют хозяйственную деятельность и зарегистрированы в соответствии с законом как предприниматели.

Субъекты хозяйствования делятся также на коллективные (хозяйственные организации и их структурные подразделения) и индивидуальные (граждане предприниматели). Кроме того, исходя из положений ст. 3 Закона Украины «О внешнеэкономической деятельности» [5], также следует признавать субъектами хозяйствования объединения физических и (или) юридических лиц, которые не являются юридическими лицами согласно законам Украины, но имеющих постоянное местонахождение



ние на территории Украины и которым гражданско-правовые законы Украины не запрещают осуществлять хозяйственную деятельность.

Такая точка зрения обусловлена вполне логичным вопросом о возможности отнесения филиалов, представительств и других обособленных подразделений хозяйственных организаций (структурных единиц), образованных ими для осуществления хозяйственной деятельности, к субъектам хозяйствования.

Прежде всего, следует отметить, что это положение было закреплено в ч. 2 ст. 55 ХК Украины, однако Законом Украины от 4 февраля 2005 [6] филиалы и представительства без надлежащих к этому оснований и научного обоснования были исключены из числа субъектов хозяйствования [7]. Между тем обособленные подразделения субъектов хозяйствования продолжают играть существенную самостоятельную роль в сфере хозяйствования как с экономической, так и с правовой точки зрения. Например, согласно ч. 4 ст. 15 Хозяйственного процессуального кодекса Украины (далее ГПК Украины) [8], если юридическое лицо представляет уполномоченное им обособленное подразделение, территориальная подсудность спора определяется в зависимости от его местонахождения. Распространение обособленных подразделений обусловлено тем, что они позволяют расширить географию деятельности субъектов хозяйствования без создания новых субъектов. Филиалы и представительства не являются юридическими лицами и, в соответствии с Положением Кабинета Министров Украины [9] и Закона Украины «О государственной регистрации юридических лиц и физических лиц-предпринимателей» [10], который пришел ему на смену, не подлежат государственной регистрации. Обязательная регистрация установлена для представительств иностранных субъектов хозяйствования, которые осуществляют внешнеэкономическую деятельность на территории Украины.

Обособленные подразделения отвечают всем указанным выше признакам отнесения субъектов к субъектам хозяйствования, в частности они включаются в Единый государственный реестр предприятий и организаций Украины с

собственным идентификационным кодом, действуют на основе положений, имеют собственные банковские счета, печати, собственный баланс и налоговую отчетность. И.А. Щербак в своем диссертационном исследовании обосновывает, что введение обязательного учета имущества обособленного подразделения предприятия на отдельном балансе позволит ему принимать участие во внешних хозяйственных отношениях от имени предприятия (собственника имущества), а во внутренних – от своего имени, оптимизировать внутрихозяйственные отношения по ответственности за результаты деятельности, а также организационно-хозяйственные отношения предприятия с органами публичной власти, предприятию позволит осуществлять мониторинг эффективности функционирования обособленного подразделения и т.д. [11, с. 10].

Таким образом, можно утверждать о необоснованности исключения положений ХК относительно обособленных подразделений как субъектов. Вместе с тем, мы можем говорить об их привлечении в круг участников правоотношений по нематериальным активам.

Граждане, как участники отношений с нематериальными активами, могут быть предпринимателями (учредителями и (или) участниками хозяйственного общества, членами кооператива) или частными лицами – работниками, в том числе научно-исследовательскими работниками, изобретателями, потребителями. Они могут создавать такие активы собственноручно, или получать их в наследство или дар. Наиболее полно различия между правовым статусом указанных лиц можно исследовать в ходе анализа положений Налогового кодекса относительно порядка налогообложения доходов физических лиц. Согласно Налоговому кодексу Украины физические лица-предприниматели, которые подают декларацию о своем имущественном состоянии и доходах, условно можно подразделить на:

1. В зависимости от страны регистрации:

- физические лица резидентов;
- физические лица нерезидентов.

2. В зависимости от вида деятельности:

- физические лица-предприниматели,

осуществляющие хозяйственную деятельность;

- физические лица, осуществляющие независимую профессиональную деятельность (самозанятые лица).

3. В зависимости от системы налогообложения:

- физические лица-предприниматели, которые используют упрощенную систему налогообложения;
- физические лица-предприниматели, использующие общую систему налогообложения.

Особенность правосубъектности граждан-предпринимателей состоит в объеме их имущественной ответственности: перед кредиторами они отвечают всем своим имуществом, за исключением имущества, на которое, согласно действующему законодательству, взыскание не обращается. Имущество в сфере хозяйствования производится или используется субъектами хозяйствования и отражается на их балансе или других предусмотренных законом формах учета имущества, в том числе граждане-предприниматели подают декларацию об имущественном состоянии и доходах. Интересным представляется тот факт, что налоговая декларация об имущественном состоянии и доходах, утвержденная приказом Министерства финансов Украины [12] не содержит в себе граф для отражения нематериальных активов в составе имущества граждан.

Согласно п. 164.2.3, базу налогообложения физического лица в том числе составляют доходы от продажи объектов имущественных и немущественных прав, в частности интеллектуальной (промышленной) собственности, и приравненные к ним права, доходы в виде сумм авторского вознаграждения, другой платы за предоставление права на пользование или распоряжение другим лицам нематериальным активом (произведениями науки, искусства, литературы или другими нематериальными активами), объекты права интеллектуальной промышленной собственности и приравненные к ним права (далее – роялти), в том числе полученные наследниками владельца такого нематериального актива. В целях налогообложения законодатель выделяет следующие объекты в отдельную группу – «объекты коммер-



ческой собственности»: ценные бумаги (кроме депозитного (сберегательного), ипотечного сертификата), корпоративное право, собственность на объект бизнеса как таковой, то есть собственность на целостный имущественный комплекс, интеллектуальная (промышленная) собственность или право на получение дохода от нее, имущественные и неимущественные права. Расчет получения доходов от объектов коммерческой собственности происходит в приложении 2 к декларации об имущественном состоянии и доходах.

Из вышеизложенного видно, что сегодня законодатель предлагает отражать нематериальные активы граждан косвенно, не выделяя их в отдельную учетную группу. Такой подход, по нашему мнению, не является удачным, поскольку сегодня мы говорим об активизации глобализационных процессов, в частности в экономике, в которых использование нематериальных активов объективно занимает важное место. Не является секретом и тот факт, что для эффективного использования объектов имущества необходимо их четкое определение, идентификация, и отражение в составе имущества того или иного предприятия в целях налогообложения и, в случае необходимости, возможностью обращения взысканий кредиторов на такое имущество. Поэтому, на наш взгляд, необходимо внести изменения, связанные с налогообложением нематериальных активов граждан-предпринимателей, включив их в единую учетную группу «Нематериальные активы», а именно имущественные права, которые, в соответствии с действующим законодательством, признаны объектом права собственности (интеллектуальной собственности), которые не имеют материальной формы, соответствующие требованиям стоимостной оценки и немонетарности.

Далее рассмотрим ситуацию, при которой владельцем нематериального актива выступает физическое лицо – работник предприятия. Понятно, возникает тот факт, что объектом права собственности в таком случае может выступать не всякий нематериальный актив, а только объекты права интеллектуальной собственности. На сегодня недостаточно исследованным и урегулированным кажется вопрос соз-

дания таких объектов именно при исполнении служебных обязанностей.

Согласно общему принципу трудового права результат труда принадлежит работодателю. Решение этого вопроса отечественные ученые видят в пределах договорного права: то отдельным договором между изобретателем и работодателем, то в трудовом договоре (контракте), то на основании гражданско-правового договора [12, с. 35]. С таким утверждением нельзя не согласиться, ведь защита прав изобретателей и стимулирования изобретательской деятельности в производстве видится весьма актуальным в рамках инновационного развития государства. Регулирование отношений между работником и работодателем с помощью именно частноправовых инструментов свидетельствует об укреплении основ рыночной экономики в Украине.

С точки зрения налогового учета в таком случае между указанным лицом и предприятием состоит лицензионный договор, в соответствии с которым определяется объем, сроки, порядок использования нематериального актива и размер платы (роялти) за такое использование.

Кроме того, нематериальный актив может быть получен физическим лицом в наследство или в дар. В таком случае лицо имеет право распоряжаться полученным объектом только после переоформления права собственности. Нематериальный актив, в зависимости от его вида может использоваться гражданином как источник дохода, для удовлетворения собственных потребностей и т.д. В таком случае между гражданином и лицом (физическим или юридическим), которому он передает право на использование нематериального актива, также заключается лицензионный договор.

Важное место в отношениях с нематериальными активами играют потребители. На сегодня в теории хозяйственного права не существует единого мнения относительно определения понятия «потребитель». По мнению, Г.Л. Знаменского, поскольку ХК не дает определения этого понятия, следует воспользоваться тем определением, которое содержится в другом акте законодательства – Законе Украины «О естественных монополиях» [13], ст. 1 кото-

рого определяет потребителей товаров как физическое или юридическое лицо, приобретающее товар производится (реализуется) субъектами естественных монополий. Исходя из этого, становится понятным, считает автор, Кодекс, назвав потребителей участниками отношений в сфере хозяйствования, подразумевает юридические лица – организации, которые потребляют результаты хозяйственной деятельности, независимо от того, являются ли они хозяйствующими или хозяйствующими субъектами. Поэтому являются участниками отношений в сфере хозяйствования потребители – физические лица, права которых определены Законом Украины «О защите прав потребителей» [14], [15, с. 10-11]. Противоположное мнение имеет Н.А. Саниахметова, которая под потребителями, как участниками хозяйственных отношений, понимает именно дефиницию, определенную Законом Украины «О защите прав потребителей» [16, с. 7].

Обе точки зрения по своей логике имеют право на существование, вместе с тем основываясь на особом объекте хозяйственных отношений – нематериальном активе, мы можем утверждать, что субъектный состав понятия «потребитель» должен предусматривать, как физическое или юридическое лицо. В отношении по нематериальным активам именно потребители играют одну из важнейших ролей – они, то прямо, то косвенно влияют на создание того или иного объекта, формирование экономической и социальной привлекательности, рост рыночной стоимости, спроса и предложения. В таких отношениях нет места разделению потребителей на юридических или физических лиц, все они имеют равные, с организационно-правовой точки зрения, права на использование нематериальных активов. Интересно, что такую идею поддерживает и отечественный законодатель. Так, Закон Украины «Об издательском деле» [17] относит к потребителям издательской продукции частных лиц, предприятия, учреждения и организации. В Законе Украины «О жилищно-коммунальных услугах» [18] потребителем жилищно-коммунальных услуг выступает физическое или юридическое лицо, которое получает или намеревается получить жилищно-коммунальную услугу. Так



же определяет потребителя и Закон Украины «О теплоснабжении» [19].

Следует отметить, что исследование круга участников с нематериальными активами не будет полным без определения в них места органов государственной власти и органов местного самоуправления. Участие указанных субъектов в правоотношениях по нематериальным активам обусловлено специфичностью их характера:

Во-первых, они не являются субъектами хозяйствования как таковыми.

Во-вторых, с помощью их деятельности государство реализует свои властные функции.

В-третьих, их хозяйственная компетенция реализуется через соответствующее учреждение государственной или коммунальной формы собственности.

В хозяйственном обороте государство представлено различными должностными лицами и государственными органами, между которыми распределена компетенция по отдельным видам государственного имущества и по управлению им, например, земля, недра, жилой фонд, бюджетные средства и т.п.. В таком случае органы государственной власти и органы местного самоуправления выступают своеобразным посредником между владельцем отдельного имущества и предприятием, которому предоставляется производное от него имущественное право. Например, право пользования недрами. Кроме того, органы государственной власти и местного самоуправления могут предоставлять отдельные виды нематериальных активов в собственность субъектов, например права на пользование налоговыми льготами, права на пользование хозяйственными льготами, право пользования монопольным положением на рынке.

Другой момент, по которому органы государственной власти и местного самоуправления могут участвовать в правоотношениях с нематериальными активами, – это когда государство в лице уполномоченного им лица контролирует использование нематериальных активов субъектами хозяйствования. Например, Государственная служба интеллектуальной собственности Украины, Государственная налоговая инспекция Украины.

Выводы. В ходе проведенного ана-

лиза категорий участников хозяйственных отношений было установлено, что они могут быть разделены на две большие группы: субъекты права на нематериальные активы и участники отношений по нематериальным активам. Таким образом, органы государственной власти и местного самоуправления, потребители выступают участниками правоотношений с нематериальными активами. При этом субъектами права на нематериальные активы выступают субъекты хозяйствования: хозяйственные организации, граждане-предприниматели и обособленные подразделения; работники, в том числе научно-исследовательские работники, изобретатели.

С учетом вышеизложенного предлагается:

1. Внести изменения в п. в) ч. 174.1 ст. 174 Налогового кодекса Украины и изложить ее в следующей редакции:

«в) ценные бумаги (кроме депозитного (сберегательного), ипотечного сертификата).

2. Дополнить ч. 174.1 ст. 174 Налогового кодекса Украины п. д) и изложить ее в следующей редакции:

«д) нематериальные активы, а именно имущественные права, которые в соответствии с действующим законодательством признаны объектом права собственности (интеллектуальной собственности), которые не имеют материальной формы, соответствующие требованиям стоимостной оценки и немонетарности».

3. Внести изменения в Приказ Министерства финансов Украины от 07 ноября 2011 года № 1395 «Об утверждении формы налоговой декларации об имущественном состоянии и доходах и Инструкции по заполнению налоговой декларации по имущественному состоянию и доходах», в подпункте 3.1:

дополнить новым абзацем следующего содержания:

«К нематериальным активам относятся: имущественные права, которые в соответствии с действующим законодательством признаны объектом права собственности (интеллектуальной собственности), которые не имеют материальной формы, соответствующие требованиям стоимостной оценки и немонетарности».

исключить абзац:

«К объектам коммерческой соб-

ственности относятся: ценные бумаги (кроме депозитного (сберегательного), ипотечного сертификата), корпоративное право, собственность на объект бизнеса как таковой, то есть собственность на целостный имущественный комплекс, интеллектуальная (промышленная) собственность или право на получение дохода от нее, имущественные и неимущественные права».

дополнить новым абзацем такого содержания:

«Ценные бумаги (кроме депозитного (сберегательного), ипотечного сертификата)».

Список использованной литературы:

1. Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. – М.: Изд-во АН СССР, 1958. – 185 с.
2. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. – М.: Юрид. лит., 1974. – 340 с.
3. Щербина В.С. Господарське право: підручник / В.С. Щербина. – 4-те вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 640 с.
4. Щербина В.С. Суб'єкти господарського права: монографія / В.С. Щербина. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 264 с.
5. Закон України від 16 квітня 1991 року «Про зовнішньоекономічну діяльність» // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 29. – Ст. 377.
6. Закон України від 04 січня 2002 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 11. – Ст. 205.
7. Щербина В.С., Ющик О.І. Хотіли як краще... а вийшло як завжди // Юридичний вісник України. – 2005. – № 45. року [Електронний ресурс] / Юрінком Інтер [сайт]. – Режим доступу: http://www.yuricom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine/archive/?aid=1059&jid=139.
8. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 року // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56.
9. Постанова Кабінету Міністрів України від 25 травня 1998 року № 740 «Про порядок державної реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності»



// Офіційний вісник України. – 1998. – № 21. – С. 33.

10. Закон України від 155 травня 2003 року «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 31-32. – Ст. 263.

11. Щербак І.А. Правове регулювання господарських відносин за участю відокремлених підрозділів підприємств [Текст] : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Щербак Ірина Анатоліївна ; НАН України, Інститут економіко-правових досліджень. – Донецьк, 2009. – 20 с.

12. Наказ Міністерства фінансів України від 07 листопада 2011 року № 1395 «Про затвердження форми податкової декларації про майновий стан і доходи та Інструкції щодо заповнення податкової декларації про майновий стан і доходи» // Офіційний вісник України. – 2011. – № 100. – С. 279. – Ст. 3689.

13. Закон України від 20 квітня 2000 року «Про природні монополії» // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 30. – Ст. 238.

14. Закон України від 12 травня 1991 року «Про захист прав споживачів» // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 30. – Ст. 379.

15. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / кол. авт. : Г.Л. Знаменський, В.В. Хахулін, В.С. Щербина [та ін.] ; за заг. ред. В.К. Мамутова. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – 688 с.

16. Хозяйственный кодекс Украины : ком. – Х. : ООО «Одиссей», 2004. – 232 с.

17. Закон України від 5 червня 1997 року «Про видавничу справу» // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 32. – Ст. 206.

18. Закон України від 24 червня 2004 року «Про житлово-комунальні послуги» // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 47. – Ст. 514.

19. Закон України від 2 червня 2005 року «Про тепlopостачання» // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 28. – Ст. 373.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НАЦИОНАЛЬНОГО ТРЕХСТОРОННЕГО СОЦИАЛЬНО- ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОВЕТА В УКРАИНЕ

Ю. ДАНИЛИНА,
аспирант кафедры гражданско-правовых дисциплин,
хозяйственного и трудового права Харьковского национального
педагогического университета имени Г.С. Сковороды

SUMMARY

The author analyzes the legislation governing the basis of the National Tripartite Social and Economic Council in Ukraine. Outlines the problematic issues that exist in the current legislation, and identifies the contradictions of the provisions of relevant laws and regulations. The author presents a comparative analysis of the norms of the Ukrainian and Russian authorities investigated range of legal relations. According to the analysis substantiates the need for a separate legal instrument for the legal regulation of all activities of the National Tripartite Social and Economic Council in Ukraine. The author proposed a number of changes in the relevant legislation of Ukraine.

Key words: social dialogue, the National Tripartite Social and Economic Council, an advisory body, the socio-economic and labor relations, laws of Ukraine.

В статье автор анализирует законодательство, регулирующее основы деятельности Национального трехстороннего социально-экономического совета в Украине. Очерчивает проблемные вопросы, существующие в действующем законодательстве, и определяет имеющиеся противоречия положений соответствующих нормативно-правовых актов. Автором проводится сравнительный анализ норм украинского и российского законодательства исследуемого круга правоотношений. По результатам анализа обосновывается необходимость принятия отдельного нормативно-правового акта для законодательного урегулирования всех направлений деятельности Национального трехстороннего социально-экономического совета в Украине. С целью устранения противоречий между отдельными положениями законодательства и решения проблемных вопросов деятельности Национального трехстороннего социально-экономического совета, автор предлагает ряд соответствующих изменений в законодательство Украины.

Ключевые слова: социальный диалог, Национальный трехсторонний социально-экономический совет, консультативно-совещательный орган, социально-экономические и трудовые отношения, законодательство Украины.

Постановка проблеми. С прийняттям в 1993 з. Закону України «О колективних договорах и соглашениях» [1] и созданием в соответствии с Указом Президента Украины от 27.04.1993 г. «О Национальном совете социального партнерства» постоянно действующего консультативно-совещательного органа при Президенте – Национального совета социального партнерства [2], в основном было завершено формирование национальной трехуровневой системы социального партнерства в сфере договорного регулирования коллективных трудовых отношений.

Однако, как отмечает А.Смирнова, Национальный совет социального партнерства не всегда срабатывал достаточно эффективно. Неоднократно поднимались вопросы увеличения его роли в формировании политики в сфере социально-трудовых отношений, содействия активному поиску взаимоприемлемых решений сложных проблем государственной социальной политики [3].

В конце 2005 г. Указом Президента Украины «О развитии социального диалога в Украине», которым впервые было введено в законодательство понятие «социальный диалог», вместо Национального совета социального партнерства был создан новый консультативно-совещательный орган в сфере социального диалога – Национальный трехсторонний социально-экономический совет и



утверждено Положение о его деятельности [4].

С целью обеспечения ведения социального диалога, и в соответствии с Законом Украины «О социальном диалоге в Украине» [5], Указом Президента от 02.04.2011 г. «О Национальном трехстороннем социально-экономическом совете» был отменен вышеупомянутый Указ Президента и принято решение о создании Национального трехстороннего социально-экономического совета (далее по тексту – Совет) как постоянно действующего органа [6].

Однако, вместе с этим, не было принято новое Положение или другой нормативно-правовой акт, который определял бы принципы деятельности Совета, порядок его образования и другие вопросы его полномочий.

Анализ последних исследований и публикаций. Исследованием существования и развития института социального диалога в Украине занимаются ученые в сфере трудового права, социологии, политологии и государственного управления, в частности, В. Вареница, В. Давыденко, А. Куртакова, И. Лосица, Н. Нечитайло, О. Трюхан и другие. Однако на сегодняшний день отдельного исследования о деятельности Совета нет. Все вышесказанное обусловило актуальность данного исследования.

Цель статьи – определить проблемные вопросы деятельности Совета и предложить способы их решения путем внесения соответствующих изменений в законодательство Украины, регулирующее исследуемый круг правоотношений. Для достижения указанной цели автором используются, в частности, описательный, сравнительный и формально-юридический методы.

Изложение основного материала. Отдельные положения порядка создания и состава Совета, задачи, функции и его права, а также организации деятельности регулируются Законом Украины «О социальном диалоге в Украине», в частности, статьями 11, 12, 13, 14. Однако, по нашему мнению, эти положения являются настолько общими, что не способны быть единой правовой базой деятельности Совета.

Данный Закон впервые легализо-

вал понятие «социального диалога» в Украине и заложил основы для его развития на законодательном уровне. На сегодняшний день, по сути, это единый нормативно-правовой акт, регулирующий именно социальный диалог как процесс согласования интересов между работником, работодателем и правительством, а не социальное партнерство как систему отношений между сторонами. Не вызывает сомнения, что одним законом невозможно урегулировать и принципы осуществления социального диалога, и определить полномочия его органов.

Таким образом, представляется необходимость принятия отдельного нормативно-правового акта для законодательного урегулирования всех направлений деятельности Совета. По нашему мнению, принятие отдельного нормативного правового акта станет еще одним шагом развития социального диалога в Украине, а деятельность Совета станет значительно эффективнее и более четкой.

Следует отметить, что правовое регулирование деятельности Совета предусмотрено и проектом Трудового кодекса Украины [7]. Правда, все нормы дублируют положения Закона Украины «О социальном диалоге в Украине». Конечно, такая позиция законодателя является несколько неуместной, ведь даже в случае принятия Трудового кодекса Украины, проблемы деятельности Совета не будут урегулированы.

В качестве примера можно привести Закон Российской Федерации «О Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений» от 01.05.1999 г., который определяет порядок формирования и правовые основы деятельности Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений (далее по тексту – Комиссия) [8]. Данный Закон закрепляет состав и правовую основу Комиссии, принципы и порядок ее формирования, цели, задачи и права Комиссии, порядок принятия ею решений, порядок назначения и полномочия Координатора Комиссии, координаторов сторон и членов Комиссии. Кроме указанного Закона, правовое регулирование обеспечения

деятельности Комиссии осуществляется Постановлением Правительства Российской Федерации от 05.11.1999 г. «О порядке обеспечения деятельности Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений» [9].

По мнению автора, приведенные нормативно-правовые акты Российской Федерации не являются безусловным примером для принятия подобных положений с целью урегулирования деятельности Совета в Украине. Однако не вызывает сомнения, что наличие отдельного нормативно-правового акта, который детально определяет принципы функционирования главного органа социального диалога, положительно влияет не только на его деятельность, но и на развитие и совершенствование системы социально-трудовых отношений в целом.

Ст. 11 Закона Украины «О социальном диалоге в Украине» определяет, что Национальный трехсторонний социально-экономический совет – постоянно действующий орган, который создается Президентом Украины для ведения социального диалога [5].

Следует обратить внимание, что ст. 11 указанного Закона противоречит ч. 2 ст. 9 этого же Закона и Конституции Украины. Так, ст. 106 Конституции Украины определены полномочия Президента Украины [10]. Анализ указанной статьи свидетельствует об отсутствии такого полномочия у Президента Украины как образование Совета. Ст. 8 Конституции Украины определяет, что Конституция Украины имеет высшую юридическую силу. Законы и другие нормативно-правовые акты принимаются на основе Конституции Украины и должны соответствовать ей.

Таким образом, *ст. 11 Закона Украины «О социальном диалоге в Украине» не соответствует положениям Конституции Украины. Следовательно, существует необходимость внесения соответствующих изменений в законодательство Украины. В частности, возможностью урегулировать противоречия в действующем законодательстве является дополнение ст. 106 Конституции Украины положением о полномочии*



Президента Украины образовывать Совет. Конечно, позиция «приспосабливать» Конституцию к уже принятым законам является неверной. Но в данном случае уже был принят ряд нормативно-правовых актов, направленных на создание и урегулирование деятельности Совета. Следовательно, разумным видится лишь дополнение ст. 106 Конституции Украины.

Кроме того, ч. 2 ст. 9 Закона Украины «О социальном диалоге в Украине» отмечает, что трехсторонние или двусторонние органы социального диалога образуются по совместному решению сторон соответствующего уровня по инициативе любой стороны социального диалога соответствующего уровня. Это положение опять же входит в противоречие с определением, что Совет как трехсторонний орган социального диалога образуется только Президентом Украины.

Следовательно, необходимо внести изменения в ч. 2 ст. 9 Закона Украины «О социальном диалоге в Украине», определить, что отраслевые (межотраслевые) и территориальные трехсторонние или двусторонние социально-экономические советы образуются по совместному решению сторон соответствующего уровня по инициативе любой стороны социального диалога соответствующего уровня.

Согласно ст. 12 Закона Украины «О социальном диалоге в Украине», основными задачами Совета является выработка консолидированной позиции сторон социального диалога относительно стратегии экономического и социального развития Украины и путей решения существующих проблем в этой сфере, а также подготовка и предоставление согласованных рекомендаций и предложений Президенту Украины, Верховной Раде Украины и Кабинету Министров Украины по вопросам формирования и реализации государственной экономической и социальной политики, регулирования трудовых, экономических, социальных отношений.

Совет состоит из равного количества полномочных представителей сторон социального диалога национального уровня и объединяет 60 членов, которые осуществляют свои

полномочия на общественных началах. Срок полномочий членов Совета составляет шесть лет. Вопрос лишения полномочий члена Совета в связи с ненадлежащим исполнением им обязанностей или по другим причинам относится к компетенции каждой из сторон [5].

Вместе с этим, данные положения на сегодняшний день остаются неурегулированными. Действующее законодательство не дает разъяснения определения «ненадлежащее исполнение обязанностей члена Совета», не содержит перечня других причин, позволяющих лишить члена Совета его полномочий, не закрепляет процедуры лишения члена полномочий, а также объема прав при этом каждой из сторон. Конечно, отсутствие конкретных норм негативно отражается на деятельности Совета.

Таким образом, крайне необходимо принятие законодательных положений для урегулирования порядка не только лишения члена его полномочий, но и четкого механизма назначения полномочных представителей сторон социального диалога.

Совет, в соответствии с возложенными на него задачами, выполняет совещательные, консультативные и согласительные функции путем выработки общей позиции и представления рекомендаций и предложений сторон социального диалога относительно:

- формирования и реализации государственной экономической и социальной политики, регулирования трудовых, экономических, социальных отношений, проектов законодательных и других нормативно-правовых актов по вопросам социальной и экономической политики и трудовых отношений, государственных программ экономического и социального развития, других государственных целевых программ;

- государственных социальных стандартов и уровня оплаты труда;

- создания благоприятной среды для развития социального диалога, эффективной деятельности субъектов хозяйствования, профессиональных союзов, организаций работодателей и их взаимодействия с другими институтами гражданского общества;

- других вопросов, которые стороны считают значимыми для обеспечения конституционных прав и гарантий граждан, общественного благополучия, социально-экономического развития государства [5].

По нашему мнению, с целью развития социального диалога в Украине и его эффективного осуществления на всех уровнях уместно возложить на Совет более конкретных и четких полномочий, которые позволят практически реализовать поставленные перед ней задачи. По своей сути Совет является консультативно-совещательным органом, который только способствует выработке общей позиции сторон социального диалога по социально-экономическим и трудовым вопросам, готовит предложения и рекомендации по решению существующих проблем в этих сферах, но это возможно реализовать только путем внедрения и выполнения более точных задач.

Как пример, при осуществлении своих совещательных функций Совет по экономическим и социальным вопросам Румынии выполняет следующие задачи:

- дает заключения по проектам правительственных постановлений и распоряжений, по законопроектам, до их принятия парламентом, а также по проектам программ и стратегий, не воплощенных в законодательных актах, до их принятия;

- предоставляет информацию Правительству и Парламенту об экономических и социальных явлениях, которые требуют новых регуляторных мер;

- готовит аналитические материалы и исследования по экономическим и социальным вопросам по требованию Правительства или Парламента, или по собственной инициативе;

- осуществляет контроль над выполнением обязательств, изложенных в Конвенции МОТ 144/1976 о трехсторонних консультациях, с целью усиления соблюдения международных стандартов в области труда [11].

Считаем, что законодательное закрепление более конкретных полномочий Совета позволит действительно способствовать развитию социального диалога в Украине и повысит эффек-



тивность деятельности Совета. Ведь, как показывает анализ деятельности Совета и решений, которые принимаются, на сегодняшний день его работа остается больше теоретической.

Исходя из анализа официального сайта Совета, который является основным источником информации о его деятельности, усматриваются результаты его работы в виде документов и материалов, которые готовятся к пленарным заседаниям, проходят очередные заседания Президиума Совета, публикуются отчеты о деятельности Совета, ответы на обращения государственных органов [12]. Однако не хватает более практических действий. К сожалению, очень редко проводятся семинары, конференции, круглые столы, на которых стороны социального диалога имели бы возможность не только осуществлять анализ и обсуждение по определенным вопросам, но и воспроизводить это в конкретной печатной литературе, которую можно распространять на предприятиях, учреждениях, в организациях.

Можно было бы на такие конференции приглашать специалистов или других заинтересованных лиц, которые использовали бы полученную информацию в своей деятельности, или приглашать представителей средств массовой информации для широкого освещения конкретных вопросов развития социального диалога в Украине. Не менее важным было бы и участие представителей государственной власти, активистов общественности. Совет мог бы иметь собственный периодический печатный журнал, который содержал бы консультации на распространенные вопросы работников по оплате труда, нормированию рабочего времени, условий труда и т.д., ответы на публичные обращения государственных органов. Кроме этого, новости и анонсы деятельности Совета, предложения к законопроектам, меры по развитию социального диалога.

Считаем, что такие меры будут максимально способствовать осведомленности работников по развитию социального диалога и деятельности его органов, а также помогут изменить менталитет отношений

между работником и работодателем в Украине, сделав их более доверительными, взаимными и партнерскими.

Согласно ч. 3 ст. 12 Закона Украины «О социальном диалоге в Украине» предложения и рекомендации, принятые в пределах компетенции Совета и одобренные ее решением, являются обязательными для рассмотрения органами государственной власти и органами местного самоуправления, которым они адресованы.

По нашему мнению, данная норма является не совсем эффективной, ведь обязанность органов государственной власти и местного самоуправления рассмотреть решение Совета еще не свидетельствует о его применении в работе. А в таком случае, деятельность Совета может вообще «сойти на нет». *Считаем, что данную норму Закона стоит изложить в следующей редакции: «предложения и рекомендации, принятые в пределах компетенции Совета и одобренные ее решением, являются обязательными для рассмотрения органами государственной власти и органами местного самоуправления, которым они адресованы, и после рассмотрения должны быть учтены в их деятельности. Результаты рассмотрения в 10-дневный срок должны быть направлены в адрес заинтересованных сторон, а также опубликованы на официальном веб-портале Совета».*

Выводы. Учитывая вышеизложенное, можно утверждать, что действующее законодательство Украины, регулирующее деятельность Совета остается несовершенным. Крайне необходимым является принятие отдельного нормативно-правового акта, который подробно урегулировал бы деятельность Совета с целью устранения противоречий между отдельными положениями законодательства Украины и решения проблемных вопросов, которые на сегодняшний день не позволяют в полной мере не только максимально эффективно работать Совету, но и развивать социальный диалог в Украине в целом.

Список использованной литературы:

1. Закон Украины «О коллектив-

ных договорах и соглашениях» от 01.07.1993 № 3356-XII / [Электронный доступ] <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3356-12>.

2. Указ Президента Украины от 27.04.1993 № 151/93 «О Национальном совете социального партнерства» / [Электронный доступ] <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/151/93>.

3. Анна Смирнова. Социальный диалог: тенденции и перспективы развития в Украине / [Электронный доступ]

4. О развитии социального диалога в Украине: Указ Президента Украины от 29.12.05 № 1871/2005 // Правительственный курьер. – 2006. – 25 января.

5. Закон Украины «О социальном диалоге в Украине» от 23 декабря 2010 № 2862-VI / Ведомости Верховной Рады Украины (ВВР), 2011, N 28, ст. 255.

6. Указ Президента Украины от 02.04.2011 № 347/2011 «О Национальном трехстороннем социально-экономическом совете» / [Электронный доступ] <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/347/2011>

7. Проект Трудового кодекса Украины от 04.12.2007 № 1108 / [Электронный доступ] http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=30947

8. Закон Российской Федерации «О Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений» от 1 мая 1999 № 92-ФЗ // [Электронный доступ] <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc; base=LAW; n=22938>

9. Постановление Правительства РФ от 05.11.1999 № 1229 «О порядке обеспечения деятельности Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений» / [Электронный доступ] <http://base.garant.ru/181149/>

10. Конституция Украины от 28.06.1996 № 254к/96-ВР / [Электронный доступ] <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр/page>

11. http://www.ntser.gov.ua/assets/files/Exprience/Soc_dialog_organs.doc

12. <http://www.ntser.gov.ua>



ИНФОРМАЦИОННОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ОРГАНОВ ПУБЛИЧНОГО УПРАВЛЕНИЯ

Ю. ДЕЛИЯ,

кандидат юридических наук, доцент, преподаватель кафедры конституционного и международного права
Донецкого юридического института МВД Украины

SUMMARY

The article deals with the issues of information security of public administration, analyzes the legal and information aspects of the designated issues, identifies ways to improve the existing legislation in the field of information provision of public administration, with the author's interpretation of the term «information support of public administration». The author draws attention to the functioning of the information system of public administration, as well as the importance of information provision in the activities of this institution, that information provision is a reserve to attract the general public to address local issues.

Key words: information security, rule of law, public administration, municipal law-making process.

* * *

В статье рассматриваются вопросы информационного обеспечения публичного управления, анализируются правовой и информационный аспекты обозначенной проблематики, определяются пути улучшения действующего законодательства в сфере информационного обеспечения публичного администрирования, предлагается авторское трактование термина «информационное обеспечение публичного администрирования». Автором обращается внимание на систему информационного обеспечения функционирования органов публичного администрирования, а также на важность информационного обеспечения в деятельности данного института, а именно информационное обеспечение является резервом для привлечения широких слоев населения к решению вопросов местного значения.

Ключевые слова: информационное обеспечение, правовое государство, публичное управление, муниципальное право-творческий процесс.

Постановка проблемы. Развитие национального государства и правотворчества ставит перед современной юридической наукой сложные задачи, от эффективности и оперативности решения которых зависит будущее человека, общества и государства в целом. Смысл задач заключается, прежде всего, в своевременном теоретико-методологическом обеспечении конституционных, правотворческих, правоприменительных процессов и информированности общества.

Актуальность темы исследования. Среди актуальных задач в построении правового государства, стоящих на сегодня перед страной и обществом, приоритетной является развитие публичного управления, в частности его исторические, политические, экономические и социальные составляющие. В свете реализации данных задач требуют дальнейшего исследования вопросы, относящиеся к методам и формам информационного обеспечения. В современной публицистической литературе все чаще встречаются мнения, что не существует универсальных методов построения и управления тем или иным государством. В тоже время шаги, направленные на объединение экономики нескольких государств, безвизовый режим при

прохождении границ, попытка ратифицировать Европейскую Конституцию, дают основание считать более чем перспективным развитие данного направления.

Состояние исследования. Некоторые аспекты обозначенной проблематики исследовали в своих трудах российские и украинские ученые разных времен, среди них: В.Б. Аверьянов, О.Ф. Андрийко, М.С. Бондарь, М.О. Баймуратов, О.В. Батанов, М.А. Васильев, Н.К. Исаева, В.М. Кампо, М.И. Корниенко, Т.А. Костецкая, В.И. Курило, С.Н. Лопатин, М.В. Потоцкая, В.Ф. Погорилко, В.В. Таболин, Ю.М. Тодыка, В.И. Фадеев, О.Ф. Фрицкий, В.Л. Федоренко, В.В. Черников, К.С. Шугрина и другие.

Цель данной статьи состоит в исследовании правовых основ ин-

формационного обеспечения органов публичного управления, его возможностей и перспектив, а также в разработке предложений, направленных на практическое применение. Для достижения цели были исследованы теоретические истоки обозначенной тематики.

Изложение основного материала. Термины развития правового, демократического государства с социально ориентированной рыночной экономикой, активно действующими институтами публичной власти и управления зависят от различных факторов, регулирующих осуществления нормотворчества субъектами публичного управления и являющегося одним из решающих условий в осуществлении публичности – эффективного информационного обеспечения самоуправленческой деятельности. Следует подчеркнуть, что именно информационное обеспечение имеет существенное значение в решении вопросов местного значения, а также в реализации принципа народовластия.

События 1990-х годов прошлого века наглядно продемонстрировали, что падение коммунистического



режима и последующие политические преобразования не обязательно приведут к установлению прогнозируемых форм демократического устройства. В частности, пути развития Украины и других государств, входивших в состав СССР, оказались более сложными и драматическими, чем пути стран Центральной и Восточной Европы. Эволюция постсоветских политических режимов, несмотря на значительные внешние изменения, демонстрирует принципиальную преемственность некоторых базовых положений организации власти, первичных и более определяющих для функционирования формальных демократических механизмов.

Изменение власти в стране стало предпосылкой возникновения треугольника управления на местах «органы государственной власти – органы местного самоуправления – публичная администрация». В котором публичная администрация является, по мнению административистов, новым субъектом, объединяющим исполнительные органы государственной власти и исполнительные органы местного самоуправления.

Одной из функций органов публичного управления, а также должностных лиц является нормотворческая деятельность, при реализации данной функции органы публичного управления должны доводить о решениях, которые они принимают. В случае недоведения в установленном порядке о принятых решениях органами публичного управления, такие решения, согласно действующему законодательству, являются непринятными.

Ряд исследований в научной литературе посвящен механизму реализации права граждан на участие в самоуправлении (управлении) и правотворческой деятельности исполнительной власти на местах [1].

Результат нормотворчества и эффективность его исполнения зависят от информационного обеспечения. С помощью информационного обеспечения члены территориальной громады приобщаются к решению вопросов местного значения, тем

самым к самоуправлению привлекаются широкие слои населения. В свою очередь, проводимые в Украине административная и муниципальная реформы охватывают важнейшие блоки вопросов: законодательное регулирование правотворческой деятельности субъектов публичной администрации, создание материально-технической базы для развития данной институции и правотворческой деятельности самоуправляющихся субъектов, информационное обеспечение публичной администрации и деятельности органов и должностных лиц данных институтов, подготовку кадров для работы в органах публичной власти.

Одним из основополагающих принципов управления является принцип взаимной ответственности государства и человека, который, в свою очередь, означает, что государство и личность связаны взаимокорреспондирующими правами и обязанностями. Обеспечивать выполнение данного принципа призвано публичное управление. В научных разработках отечественных и зарубежных ученых под термином «публичная администрация», понимают любое учреждение публичного права (включая государство, региональные и местные органы государственной власти, органы местного самоуправления, независимые публичные предприятия и любых физических лиц при исполнении ими полномочий официальных органов).

История убедительно доказывает, что в длительной борьбе украинского народа за создание национального государства идея формирования эффективной модели управления на местах всегда выступала фундаментальным интеграционным фактором, которая, следует заметить, за годы независимости претерпевала изменения неоднократно.

Политические, экономические, социальные процессы последнего времени дают повод с уверенностью говорить, что именно в институте публичного управления закладываются резервы для развития государства и общества в целом. Для того чтобы в будущем предотвратить политическую нестабильность, проблемам

конституционного построения государства нужно противопоставить реформы, приблизить к участию в управлении членов территориальной громады и предоставить больше возможностей для решения местных вопросов на уровне громады.

Право, с помощью которого строятся общественные отношения, настолько универсальное и одновременно сложное явление, что и сегодня научный интерес к вопросу публичного управления не уменьшается. Желание упорядочения социального бытия, созидания нового, уменьшение количества непознанного – свойство человеческого разума, которое имеет свое воплощение в постоянном процессе выработки конструктивных реформаторских идей. Такое постоянство, по мнению академика В.Я. Тация, «обусловлено не только сложностью человеческого бытия, но и тем, что еще никому и никогда не удавалось в процессе познания, исследования различных сторон бытия увидеть его в заключительном виде, дойти до абсолютных выводов и результатов» [2, с. 9]. Именно поэтому украинскому государству и обществу следует строить собственную модель общественного управления, а не брать готовые модели, даже несмотря на то, что они эффективно работают в развитых европейских и мировых государствах. Главная цель создателей суверенной Украины – гуманизация национального законодательства, внедрение в юридическую науку и практику человекоцентристской идеологии, когда нравственное развитие и ответственность не только за судьбу государства, но и за будущее всей планеты, должны стать приоритетными социальными ценностями. В данном контексте целесообразно процитировать профессора М.О. Баймуратова, который в своей разработке «Местное самоуправление в Украине: к вопросу формирования национальной модели» отмечает, что «феномен местного самоуправления должен быть учтен в процессе создания национальной модели местного самоуправления посредством выбора оптимальных форм самоорганизации и самоуправления населения» [3, с. 8].



Вопрос о значении публичного управления чрезвычайно важен как в теоретическом, так и практическом смысле. Уяснение категории местного самоуправления является необходимым условием разработки теории и практики применения его инструментов.

Информация, являясь одним из инструментов функционирования системы публичного управления, на современном этапе развития общества играет все большую роль. Рассматривая правовые проблемы и раскрывая сущность информационного обеспечения органов публичного управления, прежде всего, следует сформулировать определение термина «информационное обеспечение», в специальной литературе это – совокупность единой системы классификации и кодирования информации унифицированных систем документации, систем информационных потоков, циркулирующих в организации, а также методология построения базы данных; создание информационных условий функционирования системы, обеспечение необходимой информацией, включение в систему средств поиска, получения, хранения, накопления, передачи, обработки информации и создание баз данных.

В свете решения проблем в деятельности органов публичного управления особое значение приобретают вопросы эффективности информационного обеспечения. На сегодня информационное обеспечение публичного управления все больше приобретает атрибуты самостоятельности – со специфическими отношениями, субъектами (объектами) этих отношений, их правами и обязанностями, наиболее значительные элементы которого уже нашли правовую регламентацию. Закон Украины «Об информации» [4], в частности, определяет информацию государственных органов и органов местного самоуправления как основные объекты информационных отношений в обществе и государстве (ст. 21), а обязанность этих органов информировать о своей деятельности и принятых решениях – как гарантию права на информацию (ст. 10).

Для информационного обеспечения публичного администрирования следует определить основную его цель – создание условий для решения вопросов местного значения, налаживание эффективного управления территориями. Исходя из приоритетных задач, организационные усилия органов публичного управления должны направляться на:

- централизацию информации, т.е. создание банка данных, подлежащих доведению до сведения граждан; определение его оптимального объема для каждого вида информационных связей; определение оптимального режима использования форм и методов обработки самой информации;

- установление соответствующей информационной системы в рамках организационных структур совета;

- разработку и внедрение механизма обсуждения населением проектов решений, процедуры учета высказанных при этом замечаний и предложений (принимаемые соответствующим органом или ее председателем, должны отражать интересы как определенных социальных групп, так и всей территориальной громады), а соответственно определять содержание направлений информационных потоков и их структуру.

Имеющиеся информационные связи полиморфны, громоздки и требуют своего упорядочения. Уровень упорядочения конкретной системы зависит от информационного разнообразия; от информационного обеспечения также зависит скорость преобразований, происходящих в системе. Удачно выбранная структура информационных связей приобретает большое значение не только для проведения конкретных мероприятий, но и для функционирования всей системы публичного управления.

Одним из объектов анализа в нашем исследовании являются решения рад базового уровня публичного управления. Именно рады регионального уровня выступают центром в системе местного самоуправления в Украине. Исследователь Т.А. Костецкая предлагает разделять информационное обеспечение на два направления: деятельность по информаци-

онному обеспечению отношений в системе самоуправления и усилия по информационному обеспечению деятельности местных советов [5].

Охватывая систему информационных взаимоотношений, следует выделить некоторые важные аспекты, касающиеся информационных связей в обеспечении системы самоуправления, что объясняется многими факторами. А именно: реализация принципа гласности в деятельности органов публичного управления опосредует информационные отношения с государственными органами, предприятиями, учреждениями, организациями, органами самоорганизации граждан и населения. Так, принятие местным советом решения регистрируются в исполнительном комитете совета с дальнейшей публикацией в средствах массовой информации. Например, ч. 2 ст. 46 Регламента Донецкого городского совета определено, что решения нормативного характера обязательно печатаются в газете «Наш дом +» либо на сайте городского совета [6].

Законом Украины «О Национальной программе информатизации» определено стратегическое направление решения вопросов обеспечения информационных потребностей и информационной поддержки деятельности во всех сферах жизнедеятельности общества. Национальная программа информатизации включает в себя Концепции Национальной программы информатизации, совокупность государственных, региональных и отраслевых программ информатизации, программы и проекты информатизации органов местного самоуправления. Этими документами установлены основные цели национальной программы информатизации, а именно создание необходимых условий для обеспечения граждан и общества своевременной, достоверной и полной информацией путем широкого использования информационных технологий [7, с. 8].

К трактовке термина «информационное обеспечение» как общей категории можно отнести определение этого понятия в нормативно-правовых документах, где информационное обеспечение рассматривается как:



– совокупность форм документов, нормативной базы и реализованных решений по объемам, размещению и формам существования информации, которая используется в информационной системе при ее функционировании (ГОСТ 34.003-90);

– обеспечение необходимой информацией, организация банков данных.

Выводы. Из вышеизложенного можно сделать вывод, что информационное обеспечение органов публичного управления – это система концепций, методов и средств, предназначенных для обеспечения пользователей (потребителей) информацией. К пользователям информации относятся любые субъекты, обращающиеся к средствам информационного обеспечения за необходимой им фактографической, документальной, аналитической и другой информацией и пользующиеся ею.

Система информационного обеспечения публичного управления состоит из конституционного регулирования, законодательного и подзаконно-правового регулирования, международного обеспечения в случае ратификации нормативно-правового акта, а также локального регулирования. Безусловно, локальное регулирование данного вопроса имеет огромное значение, так как количество актов локального уровня стремительно увеличивается, и они имеют самую высокую степень детализации по сравнению с иными уровнями регулирования. Также следует отметить, что при помощи информационного обеспечения, включая современные технологические информационные возможности, члены территориальной громады имеют возможность не только контролировать деятельность публичных органов управления, но и сами принимать более активное участие в жизни территориальной громады.

В функционировании органов публичного управления информационное обеспечение имеет важное значение, так, во-первых, открытость и публичность в функционировании органов публичного управления достигается при помощи средств информации, во-вторых, общество

имеет более широкие возможности информационного обеспечения в принятии решений вопросов местного значения, в-третьих, именно информационное обеспечение является резервом для привлечения широких слоев населения к решению вопросов местного значения.

Список использованной литературы:

1. Законодательный процесс. Понятие. Институты. Стадии: Научно-практическое пособие / [отв. ред. докт. юрид. наук., проф. Р.Ф. Васильев]. – М.: Юриспруденция, 2000. – 320 с.

2. Селиванов В.М. Право и власть суверенной Украины: методологические аспекты: [Монография] / В.М. Селиванов. – К.: Издательский Дом «Ин Юре», 2002. – 724 с.

3. Баймуратов М.А. Местное самоуправление в Украине: к вопросу формирования национальной модели / М.А. Баймуратов // Конституционные основы формирования правовой системы: Матер. междунар. науч.-практ. конф. (Одесса, 20 апреля 2012 г.) / Составители. З.В. Кузнецова, А.В. Левенец. – Одесса, 2012. – С. 8.

4. Об информации: Закон Украины от 6 апреля 2000 года // Ведомости Верховного Совета Украины. – 2007 – № 1642. – Ст. 10, 21.

5. Костецкая Т.А. Информационные основы развития местного самоуправления / Т.А. Костецкая // Материалы научно-практической конференции «Актуальные проблемы управления территориями в Украине». – 26-27 ноября 1992 Киев. [Выпол. Редакторы-составители сборника А.А. Воронько, М.И. Корниенко]. – К., 1992. – 378 с.

6. Донецк. Структура власти. Донецкий городской совет V созыва (2006-2011 гг.). – Донецк: Изд-во «Новый мир», 2007. – С. 230.

7. О Концепции Национальной программы информатизации: Закон Украины от 4 февраля 1998 г. //

Ведомости Верховного Совета Украины. – 1998. – № 27-28. – Ст. 182.

8. О Национальной программе информатизации: Закон Украины от 4 февраля 1998г. // Ведомости Верховного Совета Украины. – 1998. – № 27-28. – Ст. 181.



НЕДОБРОСОВЕСТНОСТЬ СТОРОНЫ МЕЖДУНАРОДНЫХ ЧАСТНЫХ ДОГОВОРНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ: ПРИЗНАКИ И ПОСЛЕДСТВИЯ

И. ДИКОВСКАЯ,

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

SUMMARY

The article analyzes possible expressions and consequences of bad faith behavior of international private contractual obligations parties from the standpoint of doctrine, international unified acts, national law of particular states; the subjective and objective aspects of bad faith has been described. It has been concluded that the bad faith behavior of the party of e international contractual obligation consists in the commitment of acts or omissions that are inherently abuse of rights, misrepresentation of the other party, dishonest use of party's advantages, creating obstacles to the performance of contractual rights and duties of the other party, and as a result aggrieve the other's party rights or legitimate interests.

Key words: bad faith, fault, illegality, Principles of International Commercial Contracts, Principles of European Contract Law.

* * *

В статье анализируются возможные проявления и последствия недобросовестного поведения участников международных частных договорных обязательств с точки зрения доктрины, международных унифицированных актов, национального законодательства отдельных государств; раскрываются субъективная и объективная стороны недобросовестности. Сделан вывод о том, что недобросовестное поведение стороны международного договорного обязательства заключается в совершении действий или бездействия, которые по своей сути являются злоупотреблением правами, введением в заблуждение другой стороны договора, нечестным использованием своих преимуществ, создают препятствия для реализации договорных прав и обязанностей другой стороны, и в результате наносят ущерб ее правам или законным интересам.

Ключевые слова: недобросовестность, вина, противоправность, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Принципы европейского договорного права.

Введение. Надлежащее исполнение сторонами международного частного договора своих обязательств напрямую зависит от соблюдения ими принципа добросовестности и честной деловой практики. Вместе с тем нередкими являются случаи недобросовестного поведения, причиняющего вред другой стороне договорного отношения и негативно влияющего на эффективность делового оборота. Даже вопросы недобросовестности сторон внутренних договорных правоотношений всегда были дискуссионными в правовых доктринах отдельных государств. На международном уровне вопрос осложняется тем, что необходимо применять такой подход к определению недобросовестных составов поведения и их последствий, которые были приемлемыми для представителей разных стран. Следовательно, важным является исследование теоретических, нормативно-правовых подходов, арбитражной и судебной практики отдельных стран к пониманию и последствиям недобросовестного поведения.

Целью данной статьи является выяснение правовой природы недобросовестности сторон международного частного договорного отношения, определение отдельных составов недобросовестного поведения, а также санкций, установленных международными унифицированными актами и национальным законодательством отдельных государств.

Актуальность темы исследования. Недобросовестность участников частноправовых отношений была предметом исследования представителей гражданского права отдельных стран (Т. Боднар, А. Волкова, Т. Дерюгиной, Н. Кузнецовой), и международ-

ного частного права (П. Шлехтрайма, А. Канелас и др.). Однако договорные отношения находятся в постоянном развитии, что обуславливает возникновение новых тенденций правового регулирования последствий недобросовестного поведения. Следовательно, изучение недобросовестности в международных частных договорных обязательствах является актуальным.

Методами исследования при написании этой статьи стали: анализ и синтез правовых явлений и сравнительно-правовой.

Изложение основного материала исследования. В юридической литературе распространенной является

точка зрения о том, что понятие «недобросовестность» является отрицательным относительно понятия «добросовестность» [1].

В доктрине существуют различные взгляды на недобросовестность. Первая точка зрения заключается в том, что недобросовестность характеризует субъективную сторону поведения человека. Так, например, по мнению А.В. Волкова, к недобросовестным относят «действия субъектов, которые знали (могли или должны были знать) реальные обстоятельства дела, но намеренно реализовывали свои права, прикрываясь их внешней законностью. Конструкция «должен был знать» призвана устранить ссылку на фактическое незнание субъекта об определенных обстоятельствах на 100% и если он не знал, то это лишь образует его вину в форме грубой небрежности. «Мог знать» означает более мягкую вину (простую небрежность), где не требуется фактического знания, а достаточно большей достоверности такого знания, исходя из фактических обстоятельств дела, а также требований осмотрительности, заботливости, разумности» [2, с. 141].

Таким образом, недобросовестность отождествляется с понятием виновности.

Похожую позицию занимает А.М.



Канелас, который отождествляет гробую неосторожность с недобросовестностью [3].

Субъективная природа недобросовестности подчеркивается и в Постановлении Пленума Верховного Суда Украины от 6 ноября 2009 № 9 «О судебной практике рассмотрения гражданских дел, признании сделок недействительными», которая, в частности, устанавливает, что о недобросовестности приобретателя может свидетельствовать то, что приобретатель знал или мог знать о наличии препятствий к совершению сделки, в том числе и то, что продавец не имел права отчуждать это имущество.

Несколько иную позицию занимает А.А. Изберг, который считает, что недобросовестность характеризует субъективную сторону поведения человека, однако при этом он проводит отграничение между недобросовестностью и виновностью [4]. По его мнению, недобросовестность представляет собой психическое отношение лица к противоправному характеру своих действий, когда лицо осознает противоправный характер своих действий и отсутствие правовых оснований для наступления их последствий. Недобросовестность имеет место не только в том случае, когда лицо осознает противоправность своего поведения, но и тогда, когда оно не осознает этого, хотя должно осознавать. В отличие от недобросовестности, вина является психическим отношением лица к ущербу, который причиняется обществу или конкретным лицам в результате его действий [4].

Другая точка зрения заключается в том, что недобросовестность имеет объективное выражение и является одной из форм противоправного поведения.

В частности, такой подход к пониманию недобросовестности закреплен в ст. 1 Закона Украины «О защите от недобросовестной конкуренции» от 07 июня 1996 года, с изменениями. Данная норма недобросовестной конкуренцией называет любые действия в конкуренции, которые противоречат торговым или другим честным обычаям в хозяйственной деятельности.

Интересна позиция Т.В. Дерюгиной, заключающаяся в том, что недобросовестность понимается как объективная сторона поведения участников правоотношений. Однако объективность в дан-

ном случае заключается не в нарушении норм законодательства, договора, обычаев, а в том, что она может быть выражена только в действиях. Для определения недобросовестности поведения наиболее важна ее цель [5, с. 173].

В Комментарие ко Второму своду договорного права США отмечается, что «недобросовестность может быть очевидной или состоять в бездействии. Определение полного перечня проявлений недобросовестности невозможно, но судебной практикой к ним были отнесены следующие: уклонение от духа сделки, отсутствие заботы, умышленное осуществление некачественного исполнения, злоупотребление возможностью определять условия, создание препятствий или отказ от сотрудничества с другой стороной во время реализации ею исполнения договора» [6].

Ст. 11 ГК Республики Казахстан определяет недобросовестную конкуренцию как недобросовестные действия, направленные на ущемление законных интересов лица, ведущего аналогичную предпринимательскую деятельность, и потребителей, в частности, путем введения потребителей в заблуждение относительно производителя, назначения, способа и места изготовления, качества и иных свойств товара другого предпринимателя, путем некорректного сравнения товаров в рекламной и иной информации, копирования внешнего оформления чужого товара и иными способами.

Ст. 5 (2) Директивы 2005/29/ЕС Европейского парламента и Совета Европы «О недобросовестных способах ведения бизнеса в деловых отношениях между предпринимателями и потребителями на внутреннем рынке и об изменениях Директивы 84/450/ЕЕС Совета Европы Директив 97/7/ЕС, 98/27/ЕС и 2002/65/ЕС Европейского парламента и Совета Европы, а также Постановления (ЕС) № 2006/2004 Европейского парламента и Совета Европы, определяет способ ведения бизнеса как недобросовестный, если он противоречит требованиям профессиональной добросовестности, а также оказывает, или может оказывать, значительное влияние на экономическое поведение среднестатистического потребителя, который его воспринимает или на которого он направлен, или

среднестатистического члена группы потребителей, в случае, если способ ведения бизнеса направлен на определенную группу потребителей.

Ст. 2.1.15 (3) Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА (далее – Принципы УНИДРУА) связывает недобросовестность переговоров с тем, что они начинаются или продолжаются без намерения достичь соглашения с другой стороной. Вместе с тем, комментарий к этой статье к проявлениям недобросовестного поведения во время переговоров относит также умышленное или небрежное введение в заблуждение одной стороной другой стороны по поводу природы и условий договора, которое может проявляться в искажении фактов или в нераскрытии фактов, которые с учетом качества сторон или природы договора должны быть раскрыты.

Последствия недобросовестного поведения стороны международного частного договорного обязательства.

В отдельных случаях правовая норма четко указывает на недобросовестный состав поведения и устанавливает соответствующую санкцию. В других случаях она содержит лишь общий запрет недобросовестности и общую санкцию за его нарушение. Последствия недобросовестного поведения сторон международного частного договорного обязательства могут устанавливаться нормами национального права или международными унифицированными документами.

Так, например, в соответствии со ст. 2.1.15 Принципов УНИДРУА, если недобросовестность переговоров выразилась в их проведении без намерения заключить договор, у потерпевшей стороны возникает право на возмещение убытков.

Под убытками, о которых говорится в данном случае, подразумеваются затраты, понесенные для проведения переговоров другой стороной, а также компенсация упущенной возможности заключить договор с третьим лицом. Однако упущенная выгода, которую сторона могла получить, если бы в результате проведения переговоров договор был бы заключен, обычно возмещению не подлежит.

По общему правилу, установленному ст. 2.1.15 Принципов УНИДРУА, недобросовестное ведение переговоров



не дает права на использование способов защиты, применяемых в случае невыполнения договорных обязательств. Исключение составляет случай, когда стороны явно договорились вести переговоры добросовестно [7, с. 60].

Так, в одном из дел, которое рассматривалось Международным арбитражным судом МТП, проведение переговоров без намерения их заключить стало основанием для решения арбитража, по которому стороны обязывались оперативно возобновить переговоры с целью заключения договора о поставке кабелей в соответствии с параметрами, указанными в предыдущем соглашении. Вынесение такого решения стало возможным среди прочего и потому, что истец (поставщик телекоммуникационных систем) и ответчик (производитель телекоммуникационных кабелей) заключили предварительное соглашение, по которому обязались вести переговоры добросовестно [8].

Проявлением недобросовестности является также разглашение или неправомерное использование конфиденциальной информации, предоставленной одной из сторон в процессе переговоров (ст. 2.1.16 Принципов УНИДРУА).

По общему правилу для того, чтобы информация приобрела статус конфиденциальной, сообщающая сторона должна явно выразить свое намерение по этому поводу [7, с. 63]. Однако в отдельных случаях обязанность не раскрывать информацию может возникнуть независимо от требования стороны. В частности, это будет место, если с учетом особого характера информации или профессиональных качеств сторон, раскрытие информации или ее использование для собственных целей получившей ее стороной, противоречит требованиям добросовестности и честной деловой практики. [7, с. 63].

Согласно ст. 2.1.16 Принципов УНИДРУА нарушение обязанности конфиденциальности дает основания для получения компенсации, основанной на выгоде, полученной другой стороной. При этом, как отмечает комментарий, сумма компенсации зависит от того, заключили стороны соглашение о неразглашении конфиденциальной информации [7, с. 63].

Безусловно, недобросовестными также следует считать действия сто-

роны, ответственность за которые предусмотрена ст. 3.2.7. Принципов УНИДРУА: нечестное использование стороной своего преимущества перед другой стороной по причине зависимости от нее, тяжелого экономического положения, чрезвычайных нужд, или ее непредусмотрительности, незнания, неопытности и отсутствия навыков ведения переговоров.

В отдельных случаях характер и цель договора также могут предоставлять одной стороне нечестное преимущество перед другой. Например, договорное условие, устанавливающее чрезвычайно короткий период для заявления о недостатках товаров или услуг может предоставлять или не предоставлять поставщику значительное преимущество в зависимости от характера товаров или услуг.

В случае, когда недобросовестность проявилась в нечестном использовании своего преимущества перед другой стороной, у последней возникает право: 1) отказаться от договора или его отдельной части (ст. 3.2.7. (1) Принципов УНИДРУА); 2) требовать от суда изменить договор или договорное условие так, чтобы они соответствовали разумным коммерческим стандартам честного ведения дел (ст.3.2.7. (2) Принципов УНИДРУА).

Сторона, желающая отказаться от договора на основании ст. 3.2.7. (1), должна направить другой стороне уведомление об этом. При этом сторона, его получившая, имеет право обратиться в суд с требованием об изменении договорного условия или договора.

Условием удовлетворения этого требования среди прочего является уведомление стороной другой стороны о ее обращении в суд, осуществленное до того момента, когда другая сторона совершила какие-либо действия, полагаясь на свое сообщение об отказе.

Разновидностью недобросовестного поведения является отрицание стороной договоренностей, достигнутых в ходе переговоров по формальным основаниям. Так, например, Апелляционный суд Гента (Бельгия) признал заключенным договор купли-продажи, который был оформлен как «Письмо о намерениях». Данный документ был подписан бельгийским продавцом и французским покупателем в результа-

те переговоров о продаже пластиковых держателей для пейджеров, подлежащих изготовлению в будущем. Изменения на рынке, произошедшие после проведения переговоров, стали причиной возражений покупателя о существовании договора и обращения в суд продавца в связи с нарушением договора.

Решение суда основывалось на ст. 7 (1) Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года (в дальнейшем – КМКПТ), которая, как известно, буквально устанавливает необходимость соблюдения требований добросовестности только при толковании Конвенции. Однако сегодня обязанность сторон действовать добросовестно по отношению к договору – общепризнанный принцип в практике применения КМКПТ и доктрине, несмотря на то, что прямо он не зафиксирован в ее тексте, а также на то, что среди ее разработчиков не было согласия по поводу его фиксации в КМКПТ [9, с. 52].

Принципы европейского договорного права (далее – ПЕДП) также определяют некоторые составы недобросовестного поведения стороны договора и устанавливают соответствующие санкции. Так, ст. 2:301 (3) ПЕДП признает нарушением требований добросовестности и честной деловой практики вступление стороны в переговоры или продолжение ею переговоров без действительного намерения достичь соглашения с другой стороной. Кроме того, ПЕДП закрепляют обязанность сторон вести переговоры добросовестно даже после заключения договора. Речь идет о ситуации, предусмотренной ст. 6:111 (2) ПЕДП, согласно которой если исполнение договора стало слишком обременительным в связи с существенным изменением обстоятельств, стороны обязаны вступить в переговоры с целью изменения или прекращения договора. В соответствии со ст. 6:111 (3) ПЕДП суд может присудить возмещение убытков в результате отказа стороны вступить в такие переговоры или их срыва, совершенных в нарушение требований добросовестности и честной деловой практики.

Национальное право отдельных государств также определяет последствия проявлений недобросовестного



поведения. Так, например, ст. 212 (3,4) ГК Украины, ст. 241 ГК Республики Молдова, ст. 157 (3) ГК Российской Федерации закрепляют правила о том, что «Если наступлению условия недобросовестно препятствовала сторона, которой наступление условия невыгодно, условие считается наступившим. Если наступлению условия недобросовестно содействовала сторона, которой наступление условия выгодно, обстоятельство считается не наступившим».

Условие, предусматривающее отступление от правила о том, что должник и кредитор должны проявлять добросовестность и усердие при возникновении, в период существования, в момент исполнения и прекращения обязательства, признается ничтожным согласно ст. 513 ГК Республики Молдова.

В украинской цивилистической доктрине была высказана обоснованная точка зрения о том, что ненадлежащее поведение стороны (сторон) на преддоговорном этапе, приведшее к заключению договора, может стать основанием для признания договора недействительным, в результате чего могут возмещаться убытки и моральный вред на основании ст. 216 ГК Украины [10, с. 102-105].

Ст. 1 (4) ГК Российской Федерации запрещает извлекать преимущество из недобросовестного поведения. Ст. 10 ГК РФ рассматривает недобросовестность как разновидность злоупотребления гражданским правом, следствием которой, в частности, является полное или частичное лишение права на защиту.

Выводы. Следует отметить, что недобросовестность стороны международного договорного обязательства заключается в совершении действий или бездействий, которые по своей сути являются злоупотреблением правами, введением в заблуждение другой стороны договора, нечестным использованием своих преимуществ, создают препятствия для реализации договорных прав и обязанностей другой стороны, и в результате наносят ущерб ее правам или законным интересам. Недобросовестность имеет одновременно субъективное и объективное проявления. Субъективная сторона недобросовестности характеризуется внутренним отношением лица к осуществляемым ею действиям или бездействию. Признаком такого отношения является то, что

лицо ставит свои интересы выше интересов другой договаривающейся стороны. Это приводит его к совершению действий (бездействия), причиняющих вред другой стороне договора (или потенциальной стороне договора). Недобросовестность – это всегда виновное поведение. То есть, лицо, действующее недобросовестно, или желает причинения ущерба для другого лица (умысел) или не желает, но предусматривает его причинение и относится к этому безразлично (грубая неосторожность).

Объективная сторона недобросовестности заключается в совершении определенных действий или бездействий, которые приводят к нарушению прав или законных интересов другой стороны договора. При этом объективное выражение недобросовестности может быть противоправным (например, если недобросовестное поведение нарушает правило, установленное договором, обычаем, нормой законодательства) или выходит за пределы противоправности (например, когда действия или бездействие не нарушают нормы законодательства, обычая или договора, но совершаются виновно и причиняют вред другой стороне договора).

Анализ международных унифицированных документов и актов национального законодательства отдельных стран дают основания для вывода, что наиболее распространенными последствиями недобросовестности сторон международного частного договорного обязательства являются: лишение права на защиту недобросовестной лица, возложение на него обязанности возмещения убытков и морального вреда потерпевшей стороне, признание договора, заключенного в результате недобросовестного поведения одной из сторон, недействительным, возникновение у потерпевшей стороны права на полный или частичный отказ от договора, а также право обращения в суд с требованием об изменении условий договора.

Список использованной литературы:

1. Бурлаков С.Ю. Застосування категорій справедливості, добросовісності і розумності у цивільному праві: питання теорії

та практики//Актуальні питання цивільного та господарського права, 2011. – № 2. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.journal.yurprajintel.com.ua/2011/2/article04/>

2. Волков А.В. Принцип недопустимости злоупотребления гражданскими правами в законодательстве и судебной практике (анализ более 250 судебных дел о злоупотреблении правом): Монография. –М.: Волтерс Клувер, 2011. – 942 с.

3. Dr. Anselmo Martínez Cañellas. The scope of article 44 CIGS. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Canellas.pdf>

4. Изберг П.А. Вина и недобросовестность как элементы субъективной стороны злоупотребления гражданскими правами// Бизнес, менеджмент, право. 2004 – № 2. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.bmpravo.ru/show_stat.php?stat=270

5. Дерюгина Т.В. Принципы осуществления гражданских прав. –М.: Книгодел, 2010. -188с.

6. Restatement (Second) of Contracts. Section 205. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cs.xu.edu/~osborn/main/lawSchool/contractsHtml/bottomScreens/Briefs/Restatement%20205.%20Duty%20of%20Good%20Faith%20and%20Fair%20Dealing.htm>

7. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. 2010. – 454 p.

8. ICC International Court of Arbitration, Paris 8540. Arbitral Award. 04.09.1996. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=644>.

9. Peter Schlechtriem, Petra Butler. UN law on international sales: the UN Convention on the International Sale of Goods, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2009, 351 p.

10. Майданік Н.І. Преддоговорная ответственность в гражданском праве Украины//Альманах цивилистики сборник статей. Вып. 1. – К. Правова єдність, 2008. – с. 92-117.



ВПРАВЕ ЛИ НОТАРИУС УДОСТОВЕРИТЬ ДОГОВОРЫ ПРИБРЕТЕНИЯ ИНОСТРАНЦАМИ СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННЫХ ЗЕМЕЛЬ В УКРАИНЕ?

М. ДОЛИНСКАЯ,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры хозяйственно-правовых дисциплин
Львовского государственного университета внутренних дел

SUMMARY

Research is devoted to the problems of legal regulation of agricultural land in Ukraine. We consider the right to acquire land by foreigners and stateless persons in the property in Ukraine. Clarified the contracts to manage land plots, in particular agricultural. We investigate ways of acquiring ownership of land by foreigners in Ukraine. The paper considers legislation that govern the notarization of leases of agricultural land. We find out and other significant terms of the lease land for agricultural purposes. The author describes the peculiarities of the lease of land shares (shares).

Key words: agricultural land, by contract, notarization of the land lease contract.

* * *

Исследование посвящено проблемам правового регулирования земель сельскохозяйственного назначения в Украине. Рассматривается право приобретения земельных участков иностранцами и лицами без гражданства в собственность в Украине. Выявлены особенности договоров по распоряжению земельными участками, в частности сельскохозяйственными. Исследуются пути приобретения в собственность земельных участков иностранцами в Украине. В статье рассмотрены законодательные акты, которые регулируют порядок нотариального удостоверения договоров аренды земельных участков сельскохозяйственного назначения. Выявлены существенные и другие условия договора аренды земельными участками сельскохозяйственного назначения. Автором раскрываются особенности договора аренды земельных долей (паев).

Ключевые слова: земельные участки сельскохозяйственного назначения, договор аренды, нотариальное удостоверение договора аренды земельного участка сельскохозяйственного назначения.

Введение. Исследование практики удостоверения нотариусами сделок по распоряжению землями и вступление в силу значительного количества нормативных актов с 1 января 2013 года свидетельствует о возникновении многих вопросов по распоряжению земельными участками, в частности сельскохозяйственного назначения, на которые распространяется запрет отчуждения.

Целью исследования является выяснение особенностей нотариального удостоверения договоров о распоряжении земельных участков, в частности земельных участков сельскохозяйственного назначения. Предметом исследования выступают земельные участки сельскохозяйственного назначения и земельные доли (паи).

С помощью сравнительно-правового, диалектического, логического и других методов удалось провести анализ норм законодательства и научной литературы Украины относительно владения, пользования и распоряжения земельными участками сельскохозяйственного назначения.

Состояние исследования. Земли сельскохозяйственного назначения были предметом исследования многих украинских ученых, в частности: В.И. Андрейцев, Л. М. Баранова, Н.В. Гришук, В.П. Жушман, И.И. Каракаш, Т.А. Коваленко, Ю.В. Корнеев, В.В. Носик, П.Ф. Кулинич, А.Н. Миро-

шниченко, К.П. Пейчев, О.О. Погребной, В.М. Семчик, В.Д. Сидор, А.М. Стативка, Н.И. Титова, В.И. Федорович, А.П. Шеремет, В.М. Шульга и многие другие.

Земельная собственность в юридическом аспекте – это результат закрепления правовыми нормами отношений владения, пользования и распоряжения землей лицами, юридически признанными владельцами соответствующих земельных участков.

В субъективном смысле право собственности на землю может быть определено как юридически обеспеченная возможность и способность лица по своему усмотрению, с учетом существующих ограничений владеть, пользоваться и распоряжаться принадлежащим ему земельным участком путем осуществления на таком участке любых действий, не противоречащих закону, не нарушающих права и законные интересы других лиц, не причиняющих вред окружающей среде и не снижающих

плодородие почв, с целью удовлетворения своих интересов в использовании земельного участка [1, с. 499].

Законодательством Украины заложена основа для установления ограничений земельного оборота в зависимости от категории земель. В частности, согласно пункту 15 Переходных положений в Земельный кодекс Украины, до вступления в силу закона об обороте земель сельскохозяйственного назначения, но не ранее 1 января 2016 года, не допускается: купля-продажа или иным способом отчуждение земельных участков и изменение целевого назначения (использования) земельных участков, находящихся в собственности граждан и юридических лиц для ведения товарного сельскохозяйственного производства, земельных участков, выделенных в натуре (на местности) владельцам земельных долей (паев) для ведения частного крестьянского хозяйства, а также земельных долей (паев), кроме передачи их в наследство, обмена земельного участка на другой земельный участок согласно закону и изъятия (выкупа) земельных участков для общественных нужд. Купля-продажа или иным способом отчуждение земельных участков и земельных долей (паев), вышеперечисленных участков, на которые распространяется моратор-



рий, вводится при условии вступления в силу закона «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения», но не ранее 1 января 2016 года, в порядке, определенном указанным Законом. То есть продлено действие моратория как на отчуждение, так и на заключение доверенностей, на отчуждение определенных земельных участков сельскохозяйственного назначения.

Как показывает практика, переход права собственности на указанные сельскохозяйственные земли в большинстве случаев происходит путем заключения и удостоверения завещаний их владельцами, а уже после их смерти – путем оформления наследства как по закону, так и по завещанию. Также встречаются случаи обмена земельного участка на другой земельный участок согласно закону и изъятия (выкупа) земельных участков для общественных нужд. Как замечает И.И. Каракаш, заключение договора мены земельных участков для ведения фермерского хозяйства и товарного сельскохозяйственного производства возможно только при условии обмена на равноценные земельные участки [2, с. 150].

Право продажи земельного участка принадлежит, кроме случаев принудительной продажи, ее владельцу. Однако, согласно статье 130 Земельного кодекса Украины, преимущественное право покупки земельных участков сельскохозяйственного назначения имеют граждане Украины, которые постоянно проживают на территории соответствующего местного совета, где осуществляется продажа земельного участка, а также соответствующие органы местного самоуправления.

В отличие от граждан Украины, которые могут приобретать земельные участки в собственность на всех категориях земель страны и на разнообразных основаниях, иностранные субъекты ограничиваются в приобретении права собственности на земельные участки категориями земель, местоположением на них объектов недвижимости, целями использования, условиями получения и т.п.. Так, согласно части 4 статьи 22 Земельного кодекса, земли сельскохозяйственного назначения не могут передаваться в собственность иностранным гражданам, лицам без гражданства, иностранным юриди-

ческим лицам и иностранным государствам. В случае, если такие земли получены в собственность иностранными гражданами или юридическими лицами в порядке принятия наследства, то они в течение года подлежат отчуждению.

Лица без гражданства и иностранцы могут приобретать право собственности на земельные участки не сельскохозяйственного назначения в пределах населенных пунктов, а также на земельные участки не сельскохозяйственного назначения за пределами населенных пунктов, на которых расположены объекты недвижимого имущества, принадлежащие им на праве частной собственности.

Иностранные граждане и лица без гражданства могут приобретать право собственности на земельные участки в соответствии с действующим земельным законодательством в случае: приобретения их по договору купли-продажи, дарения, мены и другим гражданско-правовым договорам; выкупа земельных участков, на которых расположены объекты недвижимого имущества, принадлежащие им по праву собственности, принятие наследства.

Согласно части второй статьи 82 Земельного кодекса иностранные юридические лица могут приобретать право собственности на земельные участки не сельскохозяйственного назначения: в пределах населенных пунктов в случае приобретения объектов недвижимого имущества и для сооружения объектов, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности в Украине, за пределами населенных пунктов в случае приобретения объектов недвижимого имущества.

Действующее земельное законодательство предусматривает и право собственности на землю совместных предприятий, основанных с участием иностранных юридических и физических лиц. Они в соответствии с частью третьей статьи 82 Земельного кодекса могут приобретать право собственности на земельные участки не сельскохозяйственного назначения в случаях и в порядке, установленном для иностранных юридических лиц. В частности, условия и порядок продажи земельных участков государственной или коммунальной собственности иностранным

государствам и иностранным юридическим лицам предусмотрены статьей 129 Земельного кодекса Украины.

Договоры отчуждения недвижимого имущества, в том числе земельных участков, удостоверяются лишь в случае предоставления документов, подтверждающих право собственности на отчуждаемое. Заключая такую сделку, нотариусу следует выяснить, кто является собственником отчуждаемого земельного участка: отчуждатель единолично, является общей совместной собственностью супругов или общей долевой собственностью.

Договор об отчуждении земельного участка, принадлежащего супругам на праве общей совместной собственности, удостоверяется нотариусом при наличии письменного согласия другого супруга.

Однако в случае, если иностранец женат на гражданке Украины и они желают приобрести за общие средства земельные участки для ведения личного крестьянского хозяйства или ведения садоводства, то покупателем в данном случае может выступать жена, поскольку запрет в их приобретении на жену не распространяется. Приобретенные земельные участки в соответствии со статьей 61 Семейного кодекса Украины будут считаться совместным имуществом супругов.

Согласно части второй статьи 131 Земельного кодекса Украины договор отчуждения, если хотя бы одним из предметов является земельным участком, заключается в соответствии с Гражданским кодексом Украины с учетом требований Земельного Кодекса. Итак, такая сделка заключается в письменной форме, подлежит обязательно нотариальному удостоверению и государственной регистрации.

Преимущества нотариальной формы удостоверения договоров заключаются и в том, что нотариус обязан проверять их законность, не противоречат ли их условия интересам сторон, общества, государства в целом [3, с. 665].

Текст договора отчуждения земельных участков должен отвечать требованиям, предусмотренным в статье 132 Земельного кодекса Украины. Закрепленные условия можно определить как существенные, т.е. такие, которые необходимы и достаточны для того,



чтобы конкретный договор считался заключенным, а следовательно, способным порождать возникновение у сторон прав и обязанностей, и которые должны обязательно указываться в тексте договора.

Мы согласны с мнением А.Н. Мирошниченко, что в случае отсутствия в договорах относительно земельных участков существенных условий правомерно говорить не о незаключении, а именно о недействительности таких договоров, что следует из действующего законодательства, так и теоретических основ земельного и гражданского права. О незаключении договора можно говорить только в случае, когда вообще не было волеизъявления сторон, направленного на возникновение, изменение или прекращение их гражданских прав и обязанностей [4, с. 184].

В соответствии со статьей 55 Закона Украины «О нотариате», договор о приобретении земельного участка может удостоверить, как нотариус, осуществляющий нотариальную деятельность в нотариальном округе по месту регистрации земельного участка, так и нотариус – по месту регистрации одной из сторон договора.

В соответствии со статьей 125 Земельного Кодекса Украины право собственности на земельный участок, а также право постоянного пользования и право аренды земельного участка возникают с момента государственной регистрации этих прав. А право собственности, пользования земельным участком оформляется согласно Закону Украины «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и их обременений».

Единственным законным основанием приобретения иностранцами и лицами без гражданства права на земельные участки сельскохозяйственного назначения является аренда земли. Передача земельного участка в аренду предусматривает передачу ее во владение и пользование без права распоряжения ею, а также переход права на аренду земельного участка после смерти физического лица-арендатора, если иное не предусмотрено договором аренды, к наследникам, а в случае их отказа или отсутствия таких наследников – к лицам, которые использовали этот земельный участок вместе с

арендатором и изъявили желание стать арендаторами в случае, если это не противоречит требованиям Земельного кодекса Украины и Закона Украины «Об аренде земли».

Также арендатор (иностранец или лицо без гражданства) вправе предоставить арендованный земельный участок или его часть в субаренду без изменения целевого назначения, если это предусмотрено договором аренды или по письменному согласию арендодателя. Если в течение одного месяца арендодатель не направит письменного уведомления о своем согласии или возражении, то арендованный земельный участок или его часть может быть передана в субаренду. При этом условия договора субаренды земельного участка должны ограничиваться условиями договора аренды земельного участка и не противоречить ему, срок субаренды не может превышать срока, определенного договором аренды, а в случае прекращения договора аренды действие договора субаренды земельного участка также прекращается.

Арендатор земельного участка сельскохозяйственного назначения вправе на период действия договора аренды обмениваться принадлежащим ему правом пользования земельными участками с аналогичным арендатором путем заключения между ними договоров субаренды соответствующих участков, если это предусмотрено договором аренды или по письменному согласию арендодателя. Однако иностранец не может произвести отчуждение права на аренду земельного участка государственной или коммунальной собственности другим лицам, внести в уставный фонд, передать в залог.

Договор аренды земельного участка – это двусторонний гражданско-земельно-правовой договор, по которому одна сторона (арендодатель) обязуется передать во владение и пользование на платной основе земельный участок сроком до 50 лет второй стороне (арендатору) для осуществления предпринимательской или иной деятельности с присвоением последним полученной продукции и доходов, а арендатор обязан использовать земельный участок в соответствии с условиями договора и требованиями земельного законодательства, заключается в письменной

форме, подлежит государственной регистрации и по желанию сторон может быть нотариально заверен [5, с. 228].

Договор аренды земли является двусторонним, возмездным, взаимным и срочным.

Сторонами договора являются арендодатель (наймодатель) и арендатор (наниматель). Арендодателями земельных участков могут быть только их владельцы. Арендаторами земельных участков могут быть: районные, областные, Киевская и Севастопольская городские государственные администрации, Совет министров Автономной Республики Крым и Кабинет Министров Украины в пределах полномочий, определенных законом; сельские, поселковые, городские, районные, областные советы, Верховная Рада Автономной Республики Крым в пределах полномочий, определенных законом; граждане и юридические лица Украины, иностранцы и лица без гражданства, иностранные юридические лица, международные объединения и организации, а также иностранные государства.

Письменная форма договора аренды должна соответствовать Типовому договору аренды земли, утвержденному постановлением Кабинета Министров Украины № 220 от 3 марта 2004 года с конкретизацией в каждом отдельном случае по договоренности сторон. По желанию одной из сторон такой договор может быть удостоверен нотариально.

В соответствии со статьей 15 Закона «Об аренде земли», существенными условиями договора аренды земли являются: объект аренды (кадастровый номер, местоположение и размер земельного участка), срок действия договора аренды; арендная плата с указанием ее размера, индексации, форм платежа, сроков, порядка ее внесения и пересмотра и ответственности за ее неуплату; условия использования и целевое назначение земельного участка, который передается в аренду, условия сохранения состояния объекта аренды, условия и сроки передачи земельного участка арендатору; условия возврата земельного участка арендодателю, существующие ограничения (обременения) по использованию земельного участка, определение стороны, которая



несет риск случайного повреждения или уничтожения объекта аренды или его части, ответственность сторон, условия передачи в залог и внесения в уставный фонд права аренды земельного участка.

По нашему мнению, в тексте договора аренды земельного участка следует отметить также другие условия, в частности качественное состояние земельных угодий, порядок выполнения обязательств сторон, порядок страхования объекта аренды, порядок возмещения расходов на осуществление мероприятий по охране и улучшению объекта аренды, проведение мелиоративных работ, а также обстоятельства, которые могут повлиять на изменение или прекращение действия договора аренды и т.д. Если договором аренды земли предусматривается осуществить мероприятия, направленные на охрану и улучшение объекта аренды, то к договору необходимо добавить соглашение относительно возмещения арендатору расходов на такие мероприятия. Также договор аренды может предусматривать предоставление в аренду нескольких земельных участков, находящихся в собственности одного арендодателя (а относительно земель государственной и коммунальной собственности – земельных участков, находящихся в распоряжении одного органа исполнительной власти или органа местного самоуправления).

В случае отсутствия в тексте договора аренды земли одного из существенных условий, предусмотренных статьей 15 Закона «Об аренде земли», а также нарушение требований статей 4-6, 11, 17, 19 указанного Закона, это является основанием для отказа в государственной регистрации договора аренды, а также для признания договора недействительным согласно закону. Договор аренды земельного участка сельскохозяйственного назначения вступает в силу после его государственной регистрации в порядке, определенном нормами Закона Украины «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и их обременений».

Договоры по распоряжению земельными участками удостоверяются нотариусами с соблюдением действующего законодательства Украины, в

том числе Земельного, Гражданского, Хозяйственного, Семейного, Налогового кодексов Украины, Закона Украины «О нотариате», Порядка совершения нотариальных действий нотариусами Украины, утвержденного приказом Министерства юстиции Украины 22 февраля 2012 года № 296/5, постановления Кабинета Министров Украины от 29 декабря 2010 года № 1242 «Об утверждении образца уведомления о нотариальном удостоверении договора аренды объектов недвижимости».

Единственным реальным основанием распоряжения земельными долями (паями) в Украине до 1 января 2016 года является передача их в аренду. Согласно части первой статьи 2 Закона Украины «О порядке выделении в натуре (на местности) земельных участков собственниками земельных участков (паев)», основным документом, удостоверяющим право на земельную долю (пай), является сертификат на право на земельную долю (пай), выданный районной (городской) государственной администрацией. Регистрация этих договоров аренды производится исполнительным комитетом сельского, поселкового, городского совета по месту расположения земельной доли (пая) в соответствии с пунктом 2 Порядка регистрации договоров аренды земельной доли (пая), утвержденного постановлением Кабинета Министров Украины от 24 января 2000 года № 119. При этом отмечаем, что земельная доля (пай) не является земельным участком и не относится к объектам недвижимого имущества, вещные права относительно которых подлежат государственной регистрации в порядке, определенном нормами Закона Украины «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и их обременений».

Договор аренды иностранцами земельных участков сельскохозяйственного назначения и земельных долей (паев) удостоверяется нотариусом по желанию сторон только по месту их нахождения.

Выводы. Итак, право распоряжения земельными участками сельскохозяйственного назначения не является абсолютным. Иностранец, лицо без гражданства к 1 января 2016 года не вправе приобрести в Украине в соб-

ственность земельные участки сельскохозяйственного назначения по договору отчуждения, и соответственно нотариус не вправе удостоверить такой договор. Лица без гражданства и иностранцы вправе получить только право владения и пользования указанным земельными участками по договору аренды с правом перехода права на аренду земельного участка по наследству. Договор аренды сельскохозяйственных земель и земельных долей (паев) иностранцами удостоверяется нотариусом по желанию сторон по месту их нахождения. Увеличение количества удостоверенных нотариусами договоров отчуждения земельных участков сельскохозяйственного назначения состоится только после снятия моратория на отчуждение земельных участков, находящихся в собственности граждан и юридических лиц для ведения товарного сельскохозяйственного производства, земельных участков, выделенных в натуре (на местности) владельцам земельных долей (паев) для ведения личного крестьянского хозяйства.

Список использованной литературы:

1. Носик В.В. Право собственности на землю Украинского народа: Монография. / В. В. Носик – Одиссей, 2006. – 544 с.
2. Каракаш И.И. Право собственности на землю и право землепользования в Украине: Научно-практ. пособие. / И. И. Каракаш. – К.: Истина, 2004. – 216 с.
3. Теория нотариального процесса: Научно-практическое пособие / Под ред. С. Я. Фурсы. – К.: Алерта; Центр учебной литературы, 2012. – 920 с.
4. Мирошниченко А.Н. Земельное право Украины: Учебник. – 2-е издание, доклада. и перераб. / А. Н. Мирошниченко – М.: Алерта; ЦУЛ 2011. – 678 с.
5. Долинская М.С. Договор аренды земли: понятие, содержание и особенности нотариального удостоверения / М.С. Долинская // Таможенное дело: Научно-аналитический журнал. — Львов, 2012. — № 4 (82), часть 2, — книга 1, июль-август. — С. 223 – 229



УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ПОРЯДКА РЕАЛИЗАЦИИ МИРОВОЙ ЮСТИЦИИ В АНГЛИИ

В. ДРОБОТ,

соискатель Национальной академии прокуратуры Украины

SUMMARY

The procedural aspects of lay justice in England are being considered in the article. The attention is focused on the country's approach features of magistrate's court attribution criteria in criminal cases. Procedural peculiarities are examined in the light of determination of "insignificant" crimes consideration in prospect. The features of the procedure are indicated. Also the direct procedure of judiciary consideration of such cases is researched and its features, advantages over the others scrutiny procedures, particularly over the consideration by the jury trial are researched as well. General description of "insignificant" crimes consideration order is given.

Key words: lay justice, criminal trial in England, the concept of minor criminal cases, jurisdiction determination order of such cases, judicial scrutiny procedure and its general description.

* * *

В статье рассматриваются процессуальные аспекты относительно реализации мировой юстиции в Англии. Акцентируется внимание на подходе данной страны к критериям отнесения уголовного дела к категории, которая подсудна мировым судам. Раскрываются процессуальные моменты относительно определения порядка рассмотрения «малозначительных» преступлений в дальнейшем. Указываются особенности этой процедуры. Также исследуется непосредственный порядок судебного рассмотрения таких дел, его особенности, преимущества перед другими порядками рассмотрения, особенно перед рассмотрением судом присяжных. Дается общая характеристика порядка рассмотрения «малозначительных» преступлений.

Ключевые слова: мировая юстиция, уголовный процесс Англии, понятие мелких уголовных дел, порядок определения подсудности такой категории дел, порядок судебного рассмотрения, его общая характеристика.

Постановка проблемы. В уголовном правосудии зарубежных стран существует множество институтов, которые доказали свою практическую необходимость во время уголовно-процессуальной деятельности, поскольку постоянно отображаются на законодательном уровне, несмотря на какие-либо проводимые реформы. Одним из таких институтов есть мировая юстиция, что существует в большинстве европейских государств, имея при этом, многолетнюю практику своего применения. Все это свидетельствует о целесообразности исследования порядка реализации мировой юстиции в уголовном правосудии, а особенно такой страны как Англии, в уголовном судопроизводстве которой данная юстиция существует уже несколько столетий подряд, что даст возможность решить вопрос о возможности интерпретирования соответствующих норм в отечественное законодательство, при дальнейших реформированиях уголовного правосудия Украины.

ных» преступлений определяют двумя путями, а именно: 1) путем формирования общих критериев, на основании которых уголовные дела относятся к категории «малозначительных»; 2) путем непосредственного отнесения тех или иных дел к данной категории.

В частности, общие критерии отнесения дела к «малозначительному» отражает Т.В. Апарова [1, с. 98-99], которая на основании анализа деятельности судебной системы Англии, указывает о том, что в странах англосаксонской правовой системы все преступления классифицируются по двум основным группам: суммарные и преследуемые по обвинительному акту. В общих чертах такое расхождение сводится к следующему: в первом случае – судопроизводство осуществляется в судах магистратов без присяжных, во втором – только Судом короны с присяжными. Вопрос о том, в каком из судов будет рассматриваться дело, а от этого зависит порядок рассмотрения дела в подготовительной стадии и в суде, полнота прав обвиняемого и размер наказания, решается в соответствии с тем, к какой категории тот или иной законодательный акт относит конкретное преступление. Кроме того, существует группа так называемых смешанных преступлений, по которым закон разрешает альтернативную подсудность (в суммарном порядке или с присяжными).

Иные взгляды отображают Л. Н.

Исследование зарубежного опыта деятельности судов уголовной юрисдикции, а также особых порядков рассмотрения и решения ими уголовных производств, по сути, было и остается предметом научных работ многих выдающихся ученых в области правосудия, среди которых хотелось бы выделить работы Т.В. Апаровой, К. Ф. Гуценко, С. И. Зарудного, К. Б. Калиновского, П. А. Лупинской, В. Т. Маляренко, В. В. Молдована, И. Л. Петрухина, Н. Н. Полянского, Н. Г. Стойко, М. С. Строговича, И. Я. Фойницкого, М. А. Чельцова-Бебутова, В. И. Шишкина, И. Г. Щегловитова и многих других, которые своими исследованиями существенно способствовали раскрытию представления о мировой юстиции в зарубежных странах.

Целью статьи определяется необходимость исследования порядка рассмотрения мировыми судами Англии уголовных дел, которые характеризуются своей «малозначимостью», а также определить критерии, на основании которых дела относятся к данной категории.

Изложение основного материала исследования. Что касается порядка отнесения дел к подсудности мировых судов Англии, то сразу следует отметить, что по данному вопросу существует несколько взглядов, которые делают предмет этого исследования довольно интересным. Ведь проанализированные работы относительно порядка уголовного правосудия в этой страны, категорию «малозначитель-



Бостан и С. К. Бостан, по мнению которых, мировые судьи Англии (Суд магистрата) рассматривают «незначительные» преступления [2, с. 410], которые В. И. Шишкин описывает как «мелкие» преступления, иногда гражданские дела, которые не имеют большого значения по отношению к другой категории дел, а именно тех, что рассматриваются уже в вышестоящих судах [3, с. 19, 21-25].

Более обобщенную характеристику критериев, на основании которых дело относят к категории «малозначительных», раскрывает П. Арчер [4, с. 113, 123-124], согласно мнению которого магистраты в Англии рассматривают всю категорию дел, по которым возникновение осложнений при рассмотрении маловероятно, а сумма иска невелика. Главное – чтобы при рассмотрении такой категории дел обеспечивалась скорость рассмотрения и экономия материальных ресурсов. Однако при решении вопроса о подсудности дела определенному суду в Англии действует презумпция: «Высшим судам подсудны все дела, пока не будет доказано, что это дело должен рассматривать нижестоящий суд. Однако нижестоящий суд может рассматривать дело только тогда, когда будет доказано, что дело подсудно именно ему».

Относительно других критериев определения подсудности дел магистратским судам Англии, как представителям мировой юстиции этой страны, то например О. Михайленко и О. Уманский [5] указывают на то, что Суд магистрата рассматривает незначительные правонарушения дорожных правил и общественного порядка. Кроме того, этот суд может рассматривать все кражи и некоторые преступления, связанные с физическим насилием, которые подследственные присяжным. Однако в таких случаях решение о подсудности дела магистратскому суду должен принять сам судья-магистрат.

Что касается других известий о порядке определения подсудности дел судам мировой юстиции Англии, то результаты работы иных ученых склоняются к выводу о том, что эти судьи рассматривают дела, по которым может быть назначено наказание в виде: 1) штрафа; 2) условного осуждения, с установлением контроля за последую-

щим поведением; 3) тюремное заключение, но не более шести месяцев [6, с. 429; 7, с. 25, 40], а по совокупности преступлений – до двенадцати месяцев [1, с. 89]. При этом следует указать, что мировые судьи Англии могут рассматривать дела, где наказание является еще более строгим, и соответственно, имеет подсудность уже Суду короны. Однако при таких обстоятельствах, эти судьи могут принимать по делу только решение о виновности или невиновности лица, и в случае принятия решения о виновности лица, для назначения наказания, направляют дело в Суд короны [8 с. 76-77; 3, с. 22-23; 9, с. 289; 2, с. 410, 567; 10, с. 57], где также могут присутствовать при назначении наказания [11, с. 202-203; 3, с. 19, 21-25].

Кроме того, обращает на себя внимание, что и такая практика направления дел мировыми судьями Англии не является единственной, поскольку проведенный анализ К. Ф. Гуценко принятого в данной стране Закона «О полномочиях уголовных судов при назначении наказания в случае признания лица виновным, но необходимостью назначить большее наказание, чем разрешено Судам магистрата» 2000 года [8, с. 142], свидетельствует о том, что согласно этому Закону, мировым судьям Англии дополнительно разрешено направлять подсудное им дело в другой Суд магистрата, если в нем также находится на рассмотрении дело в отношении этого лица.

На основании этих исследований можно сделать вывод о том, что категория дел подсудных мировым судьям Англии определяется по мере наказания, которую имеют право назначать судьи-магистраты. При этом сразу отметим, что согласно исследованиям Н. Н. Полянского [12, с. 348], еще с середины XX столетия для мировых судей Англии был принят специальный нормативно-правовой акт, согласно которому лицо, совершившее преступление впервые, судами суммарной юрисдикции могло быть приговорено к лишению свободы только тогда, когда другие виды наказания не дали бы необходимых результатов.

Кроме того, выводы ученых касательно порядка отнесения дел к категории «малозначительных» дополнительно указывают на то, что для мировых

судов Англии существуют ограничения только по максимальной мере наказания, которую они могут назначить по «малозначительным» преступлениям, однако каких-либо ограничений минимальной меры наказания по таким делам, в уголовном правосудии Англии не существует.

Исследуя порядок рассмотрения дел мировыми судьями Англии, остановимся также и на процессуальных моментах определения подсудности, на что обращает внимание Т. В. Апарова [1, с. 99], согласно мнению которой после окончания полицейского расследования, если будут основания для привлечения лица к ответственности по «малозначительному» преступлению, материалы направляются судье-магистрату. Данный судья, изучив материалы и сделав вывод о том, что это преступление относится к категории «малозначительных», а поэтому подсудно ему, вызывает обвиняемого повесткой или сразу приступает к официальному рассмотрению вопроса о подсудности ему дела, если обвиняемый уже доставлен.

При этом в данном случае речь идет именно о стадии решения вопроса о возможности рассмотрения судьей-магистратом этого дела по существу в дальнейшем. На такой вывод указывает, достаточно понятное и подробно описанное исследование Т. В. Апаровой [1, с. 109-110], согласно которому решение вопроса о подсудности дела судьи-магистрата является отдельной стадией уголовного процесса, о чем может свидетельствовать, по крайней мере, ее название – «процедура определения способа судопроизводства».

Суть этой стадии заключается в том, что судья в присутствии обвиняемого решает вопрос о подсудности ему данного дела, руководствуясь характером самого дела, серьезностью его обстоятельств и возможной мерой наказания. Данные вопросы судья-магистрат может решить и в отсутствие обвиняемого, который: 1) может вообще не присутствовать. В таком случае присутствует его адвокат; 2) судья-магистрат может самостоятельно удалить обвиняемого, если считает, что данное лицо своим поведением нарушает порядок в суде. Кроме того, судья учитывает также и мнение обвинителя, и



обвиняемого о возможности рассмотрения дела в суммарном порядке.

После всего этого судья-магистрат решает: 1) либо передать дело в Суд короны – предварительно проведя стадию предания суду; 2) или рассмотреть дело самостоятельно в суммарном порядке. Однако перед официальным оглашением своего решения о возможности рассмотрения дела в суммарном порядке, если определится с тем, что преступление можно рассмотреть в таком порядке, судья-магистрат «понятными выражениями» разъясняет обвиняемому свои соображения о целесообразности суммарного рассмотрения дела и его согласие на это. При этом сразу предупреждает обвиняемого о том, что если после получения характеризующей информации о нем, например наличие судимостей, он может посчитать необходимым назначить ему наказание, что выходит за пределы его юрисдикции как судьи-магистрата. В таком случае он как обвиняемый будет признан виновным, но для назначения наказания само дело будет передано в Суд короны. Выясняя мнение обвиняемого в отношении его согласия на рассмотрение дела в суммарном порядке, судья-магистрат дополнительно выясняет желание обвиняемого предстать все-таки перед присяжными. Если же судья-магистрат приходил к мнению, что данное дело должен рассматривать суд присяжных, то он об этом «просто говорил» обвиняемому и передавал дело в Суд короны.

Выяснив критерии и порядок отнесения дел к подсудности судам мировой юстиции Англии, перейдем к следующему этапу деятельности этих судов, а именно непосредственному порядку судебного рассмотрения данной категории преступлений. При этом сразу отметим, что проведенный анализ вновь показывает, что в уголовном производстве Англии существуют общие и детальные требования относительно порядка рассмотрения «малозначительных» преступлений. В частности, сведения об общих критериях рассмотрения дел мировыми судами этой страны указывают, прежде всего, на то, что такое рассмотрение должно проходить очень быстро.

Так К. Ф. Гуценко [8, с. 136, 139], к мнению которого можно присоединить

вывод А.В. Молдована, со ссылкой на Закон «О магистратских судах» 1980 года и Закон «О полиции и магистратских судах» 1994 года [10, с. 202], указывают, что по «малозначительным» преступлениям: 1) нет стадии предания дела в суд; 2) не проводится подготовительная часть судебного заседания 3) формулирование сторонами своих позиций и ознакомление сторон с материалами происходит только по указанию судьи-магистрата. То есть, как указывает В. И. Шишкин [3, с. 19, 21-25], А. В. Молдован [10, с. 202], весь процесс рассмотрения «малозначительных» дел Судом магистрата должен происходить в суммарном порядке, что включает в себя и отсутствие присяжных [1, с. 89].

Объясняя причины отсутствия присяжных в Суде магистрата, то согласно взглядам В. И. Шишкина [3, с. 19, 22], А. В. Молдовна [10, с. 193], Л. М. Бостана и С.К. Бостана [2, с. 567], это связано с тем, что в уголовном правосудии Англии принципы решения дел по существу, а именно «беспристрастность», магистратами и присяжными обеспечиваются одинаково. Поскольку судьи-магистраты как и присяжные – это, прежде всего, обычные люди, знающие местные обычаи региона, в котором рассматривается дело по существу, а потому им более чем понятно, почему то или иное было сказано или совершено [4, с. 112; 11, с. 192].

При этом П. Арчер [4, с. 124] довольно интересно раскрывает, а с ним и обращает внимание на то, что магистратские суды больше, нежели присяжные, обеспечивают принцип справедливого рассмотрения дела по существу, что также как принцип присущ уголовному правосудию Англии, который при этом должен не просто соблюдаться при осуществлении правосудия, а и обеспечиваться самими органами, которые принимают участие в этом согласно требованию законодателя.

Так, принцип справедливого рассмотрения дела ярко отображается в деятельности магистратский судьи из-за того, что судья-магистрат не вмешивается в выступление стороны процесса и своими вопросами не нацеливает человека рассказывать то, что нужно ему, судье. Напротив, своим невмешательством в процесс магистратский судья самой стороне, посредством ее

собственного выступления, позволяет сформировать те обстоятельства дела, которые для нее действительно важны. Только после этого судья-магистрат, учитывая выступления участников процесса, определяет направление рассмотрения дела так, как этого хотят сами участники процесса, то есть то, что им важно. Именно это способствует тому, что сами участники в дальнейшем будут считать такое рассмотрение и решение дела справедливым.

Возвращаясь к вопросу относительно общей характеристики порядка рассмотрения Судами магистратов Англии «малозначительных» преступлений, отметим, что, например С. С. Алексеев в своем исследовании также указывает на то, что «маловажным» преступлениям в этой стране присущ порядок суммарной юрисдикции [13, с. 312]. При этом с таким выводом полностью совпадают мнения К. Б. Калиновского [7, с. 40] и Н. Н. Полянского [12, с. 67-68, 203, 256-257, 347], которые, раскрывая сущность этого понятия, указывают на то, что суммарный порядок предусматривает: 1) рассмотрение дела единолично судьей магистратом без обвинительного акта (summary offences); 2) без стадии предания дела в суд; 3) рассмотрение дела без присяжных. В связи с чем данные преступления называют еще как «суммарные» преступные деяния. При этом сама практика уголовного правосудия Англии признала такой порядок рассмотрения маловажных дел позитивным моментом, поскольку даже при наличии обвинительного акта, а с ним и необходимости рассмотрения дела в Суде короны, при наличии согласия обвиняемого можно рассматривать такое дело в судах мировой юстиции, поскольку сами обвиняемые в данной стране соглашались на это. Они понимают, что мировой судья ограничен в назначении наказания, тогда как рассмотрение дела в Суде короны может привести к назначению более строгого наказания, чем могло быть назначено в Суде магистрата.

Другие особенности рассмотрения «маловажных» преступлений в Суде магистратов Англии, а именно в суммарном порядке, раскрывает А. В. Смирнов, который указывает на то, что суммарный порядок, как упрощенная процедура судебного разбирательства,



не требует детального проведения этапа исследования доказательств [14, с. 139]. В то же время К. Б. Калиновский дополнительно отмечает, что по «малозначительным» делам является необязательным также участие защитника, но при условии, что санкция статьи не предусматривает лишения свободы [7, с. 40].

Что касается причин отображения в уголовном правосудии Англии такого общего критерия рассмотрения «малозначительных» преступлений, а именно упрощенного производства, то например П. Арчер [4, с. 112-113, 125] объясняет это тем, что такая позиция английского законодателя привязана к тому, что в этой стране важное значение имеет обеспечение скорости и экономии средств при рассмотрении дел по существу. Это хорошо обеспечивается в суммарном порядке, поскольку: 1) отсутствует необходимость быть в этом суде в специальной форменной одежде. То есть, как судья-магистрат, так и другие участники судебного заседания, как правило, во время рассмотрения «малозначительного» преступления присутствуют в одежде, которую носят в повседневной жизни; 2) не нужно обязательного присутствия сторон по такому делу, их представителей, а также свидетелей. Ведь надобность обязательного непосредственного представления доказательств в суде, бесспорно, способствует возникновению дополнительных расходов, которые не соответствуют важности дела, которое рассматривается. При этом данные условия не могут быть обеспечены созданием различных судов по рассмотрению разных категорий дел, поскольку это способствует лишь дополнительным расходам. Поэтому Суд магистратов, как представитель мировой юстиции в Англии, является тем институтом, с помощью которого и обеспечивается скорость и экономия материальных средств выделяемых на уголовное правосудие в стране.

То есть, как видно из исследований уголовного правосудия Англии, суммарный порядок, который используется при рассмотрении «маловажных» преступлений в этой стране, характеризуется своим особенным пониманием того, как он должен обеспечиваться. Однако в данном случае целесообразно обратить внимание на то, что скорость

судебного производства магистратскими судами Англии по «малозначительным» преступлениям зависит также и от того, признает ли подсудимый свою вину. Ведь, например, К. Ф. Гуценко [8, с. 136, 139], Л. М. Бостан и С. К. Бостан [2, с. 567-568], К. Б. Калиновский [7, с. 36], А. В. Молдован [10, с. 202], С. С. Алексеев [13, с. 314] указывают на то, что лишь признание лицом своей вины является основанием для не проведения судебного следствия, поскольку нет самого спора по обвинению.

В то же время С. С. Алексеев [13, с. 314] и К. Ф. Гуценко [8, с. 139-140], исследуя сущность «скорости» судебного производства по «малозначительным» преступлениям, в случае признания лицом своей вины, указывают на то, что следствие при таких обстоятельствах может и проводиться. То есть такое рассмотрение дела может носить черты общего порядка. Однако при таких обстоятельствах судья-магистрат должен проводить несколько судебных заседаний в кратчайшие сроки.

О необходимости «скорейшего» судебного рассмотрения в Суде магистрата, свидетельствует также и то, что по категории «малозначительных» преступлений существуют максимальные сроки судебного разбирательства, которые должны быть не более шести месяцев, срок которых начинает отсчитываться со дня совершения «малозначительного» деяния и возникновения оснований для начала досудебного расследования преступлений по данной категории [12, с. 349].

Однако следует сразу отметить, что в отношении «скорости» судебного производства по «маловажным» преступлениям существуют и негативные мнения. Например, Н.Н. Полянский достаточно категорично высказывался по данному поводу, поскольку такой процесс он расценивает как формально проведенное рассмотрение дела по существу [12, с. 349].

Но, несмотря на это, в противоположность такому взгляду, можно привести детализированное мнение П. Арчера [4, с. 120, 124], который разъяснял, наоборот, о необходимости существования такого порядка рассмотрения данной категории дел. В частности, процесс рассмотрения дела у судьи-магистрата менее формализован только

по отношению к порядку рассмотрения дел другими судами Англии. Поскольку требования к проведению судебного рассмотрения по «маловажным» преступлениям также существуют. Да, они не имеют сложной формулы рассмотрения, свойственной вышестоящим судам. Однако в Англии главной задачей всех профессиональных чиновников является, прежде всего, облегчение жизни населения. В связи с этим дополнительные усилия по соблюдению «формальностей», не обязательны. Поэтому решение дела по сути у судьи-магистрата нельзя характеризовать как «правосудие под пальмовым деревом».

Выводы. То есть проведенное исследование без каких-либо дополнительных пояснений свидетельствует о том, что в уголовном правосудии Англии судебное производство по «малозначительным» преступлениям происходит в суммарном порядке, что подразумевает под собой быстрое решение дела по сути и экономии материальных средств, выделяемых государством на уголовное правосудие в стране.

Список использованной литературы:

1. Апарова Т. В. Суды и судебный процесс Великобритании, Англия, Уэльс, Шотландия / Апарова Т. В. – М. : «Триада, Лтд», 1996. – 157 с.
2. Бостан Л. М., Бостан С. К. Історія держави і права зарубіжних країн. 2-е вид. перероб. й доп. : Навч. посібник. – К.: Центр учбової літератури, 2008. – 730 с.
3. Шишкін В. І. Судові системи країн світу [Текст] : навчальний посібник у 3-х книгах. Книга 2. / В. І. Шишкін. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – 336 с.
4. Арчер Питер. Английская судебная система / Арчер Питер ; [пер. с англ. Л. А. Ветвинского] ; под ред. и с предисл. Б.С. Никифорова. – М. : Издательство иностранной литературы, 1959 г. – 268 с.
5. Михайленко О., Уманський О. Державна (королівська) служба кримінального переслідування у Великобританії / О. Михайленко, О. Уманський // Право України. – 1999. – № 4.
6. Конституционное право зарубеж-



ных стран: учебник для вузов / [под общ. ред. чл.-корр. РАН, проф. М. В. Баглая, д.ю.н., проф. Ю. И. Лейбо и д.ю.н., проф. Л. М. Энтина]. – М.: Норма, 2004. – 832 с.

7. Калиновский К. Б. Уголовный процесс современных зарубежных государств: учебное пособие / Калиновский К. Б. – Петрозаводск: ПетрГУ, 2000. – 55 с.

8. Гуценко К. Ф. Уголовный процесс западных государств / Гуценко К. Ф., Головкин Л. В., Филимонов Б. А. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. – 480 с.

9. Молдован В. В. Молдован А. В. Судострой. Україна, Велика Британія, Російська Федерація, США, ФРН, Франція. Судові органи ООН. [текст]: Навч. посіб. / Молдован В. В. Молдован А. В. – К.: Центр учбової літератури, 2013. – 364 с.

10. Молдован А. В. Кримінальний процес: Україна, ФРН, Франція, Англія, США: навчальний посібник / Молдован А. В. – К.: Центр навчальної літератури, 2005. – 352 с.

11. Стойко Н. Г. Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем. Монография. – СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2006. – 264 с.

12. Полянский Н. Н. Уголовное право и уголовный суд Англии / Полянский Н. Н.; [2-е изд., испр. и доп.]. – М.: Юрид. лит., 1969. – 399 с.

13. Шишкін В. І. Судові системи країн світу: навчальний посібник у 3-х книгах. Книга 2. / Шишкін В. І. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 336 с.

14. Уголовный процесс / Под ред. проф. С.С. Алексеева. – М.: Юрист, 1995. – 326 с.

15. Смирнов А. В. Модели уголовного процесса / Смирнов А. В. – С.-Пб.: Наука, 2000. – 224 с.

ПОНЯТИЕ ПРАВ, СВОБОД И ИНТЕРЕСОВ РЕБЁНКА В КОНТЕКСТЕ ПРИЗНАНИЯ ИХ ОБЪЕКТАМИ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ

Е. ДРУЧЕК,

аспирант кафедры административного права и административной
деятельности ОВД Одесского государственного университета внутренних дел

SUMMARY

The notion «a child» in the context of the international and the national laws is analyzed and clarified in the article. Investigated the question about the age limits category childhood and concluded that the country should take into account international legal standards, recognizing the established time of birth achievement of 18 years. The definitions of the terms «a child's rights», «a child's freedoms» in the content of their meaning as the objects of administrative-legal protection are broadened and supplemented. The necessity to allocate as an element the status of a child and the object of the interests of a child's protection are grounded. The definition of the notion «a child's interests» is proposed. In a conclusion that the democratic development of Ukraine, like in other countries, meets the requirement for legal recognition of the child by a legal person in the process of development and approval of the practice of positive discrimination, special system of real security and protection of his rights.

Key words: Convention on the rights of a child, a child, a child's rights, a child's freedoms, a child's interests, administrative and legal protection.

* * *

В статье содержится анализ и уточнение понятия «ребёнок» в контексте международного и национального права. Исследован вопрос об возрастных границах категории детства и сделан вывод, что страны должны учитывать международно-правовые стандарты, признающие таковыми момент рождения и достижение 18-летия. Расширено и дополнено определение понятий «права ребёнка», «свободы ребёнка» в понимании объектов административно-правовой защиты. Обоснована необходимость выделения в качестве элемента статуса ребёнка и объекта охраны интересов ребёнка. Предложено определение понятия «интересы ребёнка». Сделан вывод, что демократическому развитию Украины соответствует требование юридического признания ребёнка правовым человеком в процессе развития, и утверждения практики его позитивной дискриминации – особой системы реального обеспечения и защиты его прав.

Ключевые слова: Конвенция о правах ребёнка, ребёнок, права ребёнка, свободы ребёнка, интересы ребёнка, административно-правовая защита.

Постановка проблемы в общем виде. Обеспечение прав ребенка является глобальным вызовом современности, проблемой, от решения которой зависит обеспечение жизнеспособности общества и прогнозирование его развития. Учитывая это, международное сообщество в целом и каждая страна в частности прилагает усилия для имплементации и установления норм, формирования институтов и развития механизмов защиты прав упомянутой категории населения. Эта проблема имеет актуальность и для Украины, которая в ноябре 1991 года присоединилась к Конвенции о правах ребенка и соответственно реализует взятые обязательства путем проведения последовательной государственной ювенальной политики. Не вызывает сомнений то, что проблема защиты прав ребенка является интегральной, она требует объединения усилий власти и гражданского общества. Указанные обстоятельства обуславливают важность проведения научно-теоретических исследований, направленных на детальное изучение механизма обеспечения прав и свобод ребенка.



Анализ последних исследований и публикаций. Общетеоретические основы административно-правовой защиты прав человека в своё время изучали отечественные многие учёные, в частности В. Аверьянов, И. Бородин, И. Иерусалимова, Р. Калужный, В. Колпаков, А. Негодченко и др. Отмечая преобладание исследований обеспечения прав детей в общем контексте «взрослой» проблематики, отметим наметившийся в последнее время отход от этой неоправданной традиции и отпочкование нового направления в административной науке – ювенальной административистики (исследования Т. Корж-Икаевой, Н.Крестовской, Е. Максименко и др.). В то же время, комплексность и интегрированность предмета обуславливает интерес к нему со стороны представителей других отраслевых юридических наук (В. Абрамова, В. Буткевич, М. Буромский, В. Денисов, А. М. Колодий, П. М. Рабинович и др.). В целом, неисчерпаемость проблематики как в научном, так и практическом смысле является очевидной.

Выделение нерешенных ранее частей общей проблемы. Особо подчеркнем важность учета новых научных подходов к пониманию понятий прав, свобод и интересов ребенка, следствием чего будет более полное их выражение в нормах материального и процессуального законодательства и, соответственно, более высокое качество обеспечения государством. Одним из условий успеха на этом пути является совершенствование организационно-правовых основ обеспечения прав ребенка административными средствами, в частности, правоохранительными органами.

Цель статьи: осуществление на основе анализа новейших публикаций и нормативных актов уточнения понятий «ребенок», «права ребенка»; формулировка с использованием позиции отрицания тождества прав и свобод понятия «свободы ребенка»; презентация авторского понимания понятия «интересы ребенка» (в контексте признания их объектами административно-правового обеспечения).

Изложение основного материала исследования. Общая теория права признает права, свободы и интересы личности сердцевиной правового индивидуального или коллективно-группового статуса лица. Учитывая это, как международное, так и национальное право предоставляет определенным группам населения особый объем правосубъектности. Понимание того, что дети в любом государстве являются носителями будущего, нашло свое отражение в закреплении за ними на международном уровне статуса цивилизационного ресурса, который в силу своей уязвимости требует особой охраны и заботы [4]. Закон Украины «Об охране детства» [5] определяет охрану детства в нашем государстве как стратегический общенациональный приоритет.

Прежде всего, существует потребность в определении юридического содержания понятия «ребенок». Ст. 1 Конвенции ООН о правах ребенка указывает, что «ребенком является каждое человеческое существо до достижения 18-летнего возраста, если по закону, применяемому к данному лицу, оно не достигает совершеннолетия ранее» [1]. Указанная формулировка не безупречна, поскольку оставляет нерешенными, по крайней мере, два вопроса, связанные с обстоятельствами возрастного измерения: каковы пределы минимального возраста ребенка (момент рождения или зачатия?) и какова нижняя граница возможного наступления совершеннолетия (насколько меньше 18-ти?). Указанные вопросы стали предметом дебатов на этапе обсуждения Конвенции, поэтому не было установлено запрета для государств на национальном уровне признавать ребенком эмбрион с момента зачатия. Принцип защиты прав нерожденного ребенка прослеживается в нормах международного гуманитарного права [6], права вооруженных конфликтов [7] и документах, обеспечивающих права женщин (в частности, запрет смертного приговора в отношении беременной женщины, гарантирования матерям охраны в течение разумного периода до и после родов). На национальном уровне права нерожденного ребенка юридически закреплены

только в нормах гражданского законодательства, в отрасли административного права они не фигурируют ни в нормах, ни в теории. В законодательстве зарубежных государств нижней границей наступления совершеннолетия в большинстве случаев считается возраст 15 лет, однако может устанавливаться и более ранний возраст. В любом случае в международных договорах 15-летие фигурирует как возраст, до наступления которого ребенок находится под специальной защитой международного права, т. е. остаётся ребенком при любых обстоятельствах. В литературе отмечается, что «возраст 18 лет был установлен Конвенцией [лишь] в качестве стандарта, к которому государствам следует стремиться с целью предоставления специальной защиты как можно большей возрастной группе» [8]. Также не лишено смысла утверждение относительно того, что концепция верховенства национального права в рамках Конвенции 1989 года существенно снижает возраст защиты прав ребенка, тем самым оставляя его в возрасте от 15 до 18 лет максимально уязвимым [9]. В контексте проблематики исследования подчеркнем, что для раскрытия содержания понятия «ребенок» в контексте административного права следует иметь в виду верхнюю возрастную границу – 18 лет. Однако ее не следует отождествлять с понятием возраста административной правосубъектности – 16 лет, а в отдельных случаях (право на участие в судебном процессе по поводу легализации молодежных общественных организаций) – 15 лет.

В литературе отмечается, что для решения вопроса правопонимания наука административного права традиционно использует два подхода: естественно-правовой и позитивистский, в соответствии с которым права и свободы человека определяются как равные для всех возможности реализации своих потребностей, необходимых для нормального существования и развития индивида в конкретных исторических условиях, объективно обусловленных достигнутым уровнем развития человечества и закреплённых как междуна-



родные стандарты [10, с. 11]. Также существует мнение, что основные права индивида – это прежде всего конституционные права [11, с. 17], а основными их свойствами является неотъемлемость и неизблемость [12]. Приведенное выше дает возможность видеть в них прежде всего комплекс возможностей, закрепленных в конституции государства и международно-правовыми документами, которые составляют нормативную основу субъективных прав [13, с. 87]. Права ребенка в самом общем виде понимаются как возможности (свободы) несовершеннолетнего ребенка, необходимые для его существования, воспитания и развития [14, с. 565]. Также существует мнение, что права ребенка – это права человека в отношении детей [15, с. 372-373], но с ней невозможно согласиться, поскольку здесь не учтена правосубъектность ребенка. Не лишено смысла трактовка прав ребенка в понимании системы прав и свобод, характеризующие правовой статус ребенка, с учетом особенностей его развития, от рождения до совершеннолетия [16, с. 707], однако оно не раскрывает сути понятий «право» и «свобода» (ребенка), а лишь разграничивает данную юридическую категорию с понятием прав и свобод взрослых. Отраслевой подход к правопониманию обусловил выделение новой отрасли в системе международного права – права прав ребенка. По мнению Л. Ю. Гольшевой, можно вести речь о новом юридическом видении социального феномена детства – ребенок признается согражданином, автономным субъектом права, хотя и таким, который требует особой заботы. Соглашаемся с определением такого подхода как либерально-патерналистского [17, с. 66]. Также верной кажется мысль, что современное понимание прав ребенка основано на признании приоритета интересов, потребностей детей, самоценности детской субкультуры, прав ребенка на особую заботу, защиту от противоправного насилия и принуждения, на перераспределение ресурсов в их пользу [18, с. 410]. Указанные начала в восприятии прав ребенка обуславливают существование принципов

их понимания и интерпретации, аккомпанированных и раскрытых Н. В. Крестовской. В частности, они базируются на признании: автономии личности ребенка; различий между естественными, юридическими и реальными правами; приоритета интересов ребенка; признание ребенка как правового человека в процессе постоянного развития; единства прав ребенка с его обязанностями и ответственностью. Таким образом, в административно-правовой парадигме права ребенка имеются в виду закрепленные в Конституции Украины и гарантированные государством возможности поведения и развития несовершеннолетнего с учетом его индивидуальных потребностей и социальных интересов общества, которые соответствуют национальному законодательству и международному праву [19, с. 9]. Не отрицая научной ценности приведенного выше определения, отметим, что, во-первых, в его конструкции использована не совсем корректная дефиниция «несовершеннолетний», во-вторых, в нем не разграничены понятия «права» и «свободы». Предлагается под правами ребенка понимать систему обусловленных особенностями физического, психологического, умственного развития ребенка социальных, экономических, культурных и иных возможностей, которые признаются за человеческим существом от рождения до совершеннолетия, базируются на принципах естественности, приоритетности, автономности, закрепляются на международном и национальном уровне, гарантируются государством и другими субъектами правоотношений, имеют особый механизм реализации и защиты. Содержание прав ребенка не является исчерпывающим, их перечень содержится в Конвенции прав ребенка 1989 года и в национальном законодательстве, за сферой реализации они подразделяются на гражданские, политические, экономические, социальные, культурные. Большинство из закрепленных прав ребенка по содержанию являются адаптированными общечеловеческими правами и свободами, однако имеет смысл выделять среди них и специальные

(ювенальные) права (право на проживание и воспитание в семье, право на общение с родителями, проживающим отдельно от ребенка и т. п.). Кроме того, отмечаем на специфике содержания некоторых ювенальных прав, а именно – их имплицитность (от. англ. Implicit – то, что имеется в виду, не выраженное, скрытое). Значительное количество статей Конвенции сформулированы таким образом, что провозглашенное в ней требование имеет вид блага, идеала, состояния не юридического, а этического, морального порядка (право на развитие, право на заботу родителей, право расти в атмосфере счастья, любви, понимания). Очевидно, это обстоятельство надо иметь в виду в процессе их трактовки и обеспечения, в частности, административно-правовыми средствами. В теории и законодательстве свободы ребенка обычно не выделяются как отдельная категория, юридическая формула «права и свободы» встречается повсеместно, есть примеры употребления конструкции «право на свободу». Однако свободы имеют свою специфику. Согласно теории, свободы – это негативные индивидуальные или коллективные полномочия физических лиц, которые реализуются путем устранения государственного регулирования в определенной сфере и являются возможностью выбора лицом определенной модели поведения. Состояние юридической свободы следует понимать как невмешательство со стороны государства, прежде всего, во внутренний мир человека (свобода мысли, свобода творчества, свобода вероисповедания, свобода мировоззрения и т.п.). Провозгласить то или иное право свободой – значит признать авторитет и компетентность субъекта в данной деятельности безоговорочным и высшим, чем авторитет и компетентность государства. Как личные блага, свободы должны обеспечиваться и охраняться государством, в частности, административно-правовыми средствами. Понятие свободы (в смысле отсутствия запретов, состояния невмешательства) имеет основополагающее значение для организации и осуществления административных режимов.



Подчеркивая, что свободы является неотъемлемым элементом правового статуса человека и, в частности, ребенка, считаем целесообразным выделить их в отдельную юридическую категорию. Предлагаем определение понятия свобод ребенка как закрепленных в законодательстве и гарантированных субъективных возможностей ребенка реализовываться в освобожденной от государственного регулирования области жизни, выбирать в соответствии со своими интересами и потребностями развития определенные вид и меру общественно значимого поведения.

Специфичность правового статуса ребенка как субъекта административных правоотношений проявляется также в наличии такого элемента, как интересы (в Декларации и Конвенции, в частности, речь идет о «наилучших интересах ребенка»), что обуславливает потребность исследования юридического смысла указанного понятия. В наиболее общем виде интерес – это мотив действий индивида или группы индивидов. Современная философская мысль определяет интерес как избирательное отношение к возможным способам и нормам удовлетворения потребностей, которые зависят не только от мировоззренческих убеждений, ценностных ориентаций, но и от социального положения и условий культурно-исторического развития субъекта. Использование понятия интереса в качестве юридической категории характерно для подсистем процессуального и публичного права, отраслей гражданского, семейного, корпоративного. «Наилучшие интересы ребенка» как объект обеспечения фигурируют и в области международного права прав ребенка. Несмотря на указание в тексте Конвенции, что понятие «наилучшие интересы» используется, прежде всего, как оценочная категория, документ предъявляет к государствам четыре требования, которые должны обеспечить интересы детей: выживание, развитие, защита и обеспечение активного участия в жизни общества. В отечественном законодательстве понятие «наилучшие интересы ребенка» отсутствует, хотя в отдельных нормативных актах

употребляется конструкция «законные интересы ребенка» и речь идет о правовой оценке их соответствия интересам ребенка. Указанное понятие исследовано Л. Ю. Гольшевой [17], которая, в частности, пришла к выводам, что, во-первых, интерес есть социальной категорией, он выступает основой любой деятельности, и он не тождествен понятию потребности. Во-вторых, формирование интересов ребенка возможно только в процессе его социализации. В-третьих, утверждая принцип наилучших интересов ребенка, законодатель имел в виду важность уважительного отношения семьи, социума, государства к ребенку как личности – законные интересы ребенка признано в качестве всеобщего охраняемого интереса. Заслуживает внимание и сформулировано понятие законных интересов ребенка как потребностей личности ребенка, взятые под охрану государства, и идея о выделении потребностей физиологических, социальных, потребности в безопасности, в заботе, уважении к личности и т. д. Вышеизложенное дает основания сформулировать понятие интересов ребенка: это потенциальный мотив и возможность реализации ребенком или другим субъектом объективно обусловленных, признанных социумом и закрепленных на законодательном и международном уровне потребностей, которые учитывают индивидуальность ребенка и связанные с его выживанием, защитой, развитием и социализацией. Интересы ребенка вместе с его правами и свободами охраняются и обеспечиваются государством всей совокупностью правовых средств, в том числе административных.

Выводы. Научный интерес к понятиям прав, свобод и интересов ребенка в контексте их обеспечения административно-правовыми средствами обусловлен необходимостью реализации Украиной взятых международных обязательств. В соответствии с международными нормами, ребенком считается каждое человеческое существо до достижения им 18-летнего возраста, если по закону, примененному к данному лицу, оно не достигает совершеннолетия ранее. В

административном праве Украины нижняя границу понятия возраста ребенка не определена, верхней границей совершеннолетия считается 18 лет, возраст наступления административной правосубъектности – 16 лет, в вопросах, связанных с правом участия молодежных общественных организаций – 15 лет. Права ребенка – это система обусловленных особенностями физического, психологического, умственного развития ребенка социальных, экономических, культурных и иных возможностей, которые признаются за человеческим существом от рождения до совершеннолетия, базируются на принципах естественности, приоритетности, автономности, закрепляются на международном и национальном уровне, гарантируются государством и другими субъектами правоотношений, имеют особый механизм реализации и защиты. Свободы ребенка – это закрепленные в законодательстве и гарантированные субъективные возможности ребенка реализовываться в освобожденной от государственного регулирования области жизни, выбирать в соответствии со своими интересами и потребностями развития определенный вид и меру общественно значимого поведения.

В современной парадигме развития ювенальной административистики обязательным элементом охраны и защиты являются интересы ребенка, то есть потенциальные мотивы к реализации ребенком или другим субъектом объективно обусловленных, признанных социумом и закрепленных на законодательном и международном уровне потребностей, которые учитывают индивидуальность ребенка и связанные с его выживанием, защитой, развитием и социализацией.

Правовая система Украины, как и других постсоциалистических стран, несомненно, должна развиваться с учётом прогрессивной либерально-патерналистской концепции понимания социального феномена детства, признающей ребёнка не только в качестве правового человека в процессе развития, но и в качестве субъекта, имеющего право на позитивную дис-



кримінацію, т.е. особе позитивне відношення, заботу і захист усіма правовими засадами, в частині, адміністративно-правовими.

Список использованной литературы:

1. Конвенция о правах ребёнка (одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_021. – Название с экрана.
2. Выступление Президента Украины на Всеукраинском совещании по вопросам защиты прав ребёнка 04.12.2012 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://prezident.gov.ua/news/26235.html>. – Название с экрана.
3. Общегосударственная программа «Национальный план действий по реализации Конвенции ООН о правах ребёнка на период до 2016 года». Закон Украины (1065-17) от 05.03.2009 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreq=1065-17&p=1250286233839576>. – Название с экрана.
4. Декларация прав ребёнка. Резолюция 1386 (XIV) Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1959 г./ [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_384. – Название с экрана.
5. Об охране детства. [Электронный ресурс] : Закон Украины от 26.04.2001 № 2402-III (Редакция по состоянию на 01.01.2013). – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2402-14>. – Название с экрана.
6. Международный пакт о гражданских и политических правах. Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://org.ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml – Название с экрана.
7. Дополнительный протокол I к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, относительно защиты жертв международных вооружённых конфликтов [Электронный ресурс] (Протокол I), от 8 июня 1977 года. – Режим доступа : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_199. – Название с экрана.
8. Старовойтов О. К вопросу о трактовке понятия «ребёнок» в международном праве / О. Старовойтов // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 2000. – № 2.
9. Ольхова А. В. Понятие «дитина» у міжнародному гуманітарному праві / А. В. Ольхова // Часопис Академії адвокатури України. – 2012. – № 17 (4'2012).
10. Негодченко О. В. Забезпечення прав і свобод людини органами внутрішніх справ: організаційно-правові засади : автореф. дис. ... на здоб. наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.07. – теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право / О. В. Негодченко. – Харків, 2004. – 39 с.
11. Общая теория прав человека / Руководитель авторского коллектива и ответственный редактор доктор юридических наук Е. А. Лукашева – М. : Издательство НОРМА, 1996. – 520 с.
12. Конституція України [Електронний ресурс] : Закон України від 28.06.1996р. № 254к/96-ВР із змін., внес. згідно із Законами України та Рішеннями Конституційного Суду: за станом на 06.04.2010р. № v011p710-10. – Електронні дані (1 файл). – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/>. – Назва з екрану.
13. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006.- 688 с.
14. Скакун О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник / Скакун О. Ф. – Харків : Еспада, 2006. – 776 с.
15. Шляхтун, П. П. Конституційне право: словник термінів [Текст]: довідк. вид. / П. П. Шляхтун. – К. : Либідь, 2005. – 568 с. – Бібліогр.: с. 566.
16. Пустовіт Ж. М. Права дитини // Юридична енциклопедія / НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького/ Ю.С.Шемшученко (ред.) Т. 4: Н–П. – К. : Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 1998. – 798 с.
17. Голышева Л. Ю. Российское ювенальное право : монография / Голышева Л. Ю. – Ставрополь : Пресса, 2004. – 182 с.
18. Крестовська Н. М. Сучасне розуміння прав дитини / Н. М. Крестовська // Форум права. – 2011. – № 3. – С. 409–413 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/.../11knmrdp.pdf> – Назва з екрану.
19. Корж-Ікаєва Т. Г. Адміністративно-правове забезпечення прав і свобод неповнолітніх : автореф. дис. ... на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Т. Г. Корж-Ікаєва. – Київ, 2008. – 19,[1] с.



ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ И КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИЕ СПОСОБЫ ИССЛЕДОВАНИЯ ОБСТАНОВКИ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

В. ДЫНТУ,

соискатель Национального университета «Одесская юридическая академия»

SUMMARY

In the article the author defined the set of tasks whose resolution will allow the investigator to fully and objectively investigate the situation of the crime. The investigator activities were examined from the perspective of empirical and theoretical levels of cognition. Characteristics of cognitive activities of the investigator were identified in carrying out action to investigate and detection crimes. Also the complex of investigative acts was well researched as a system of interrelated elements which helps in cognition of situation of the crime for effective and efficient investigation of prompt research and detection of crime. The characteristic of investigation actions was given as tools to study the situation of the crime

Key words: situation of the crime, the criminology information, evidence of a crime, investigative action, crime.

* * *

В статье автором определен комплекс задач, разрешение которых позволит следователю всесторонне и объективно исследовать обстановку преступления. Рассмотрена деятельность следователя через призму эмпирического и теоретического уровней познания. Определены особенности познавательной деятельности следователя при осуществлении действий по расследованию и раскрытию преступлений. Также исследована совокупность следственных действий как единая система взаимосвязанных и взаимообусловленных элементов, с помощью которых осуществляется познание обстановки преступления для эффективного и рационального проведения следствия, оперативного расследования и раскрытия преступления. Дана характеристика следственным действиям, как инструментария для изучения обстановки преступления

Ключевые слова: обстановка преступления, криминалистическая информация, следы преступления, следственное действие, преступление.

Постановка проблемы. Преступление – самый негативный, аморальный и общественно опасный вид человеческой деятельности. Оно вызывает деструктивный результат для государства, общества и отдельно взятого человека. Следует указать на то, что преступная деятельность взаимодействует в той или иной степени со всеми социальными институтами, детерминируя тем самым дисфункцию последних. Политический и экономический кризис, который наблюдается в последнее время в Украине, способствовал появлению ряда факторов, которые привели к устойчивой тенденции роста преступности, поэтому на сегодняшний день вопрос борьбы с преступностью приобрел особую актуальность.

Целью данной статьи является исследование криминалистических и процессуальных способов исследования обстановки преступления.

Методологическую основу исследования составляют система методов научного познания, выбор которых обусловлен особенностями его объекта, предмета, цели и задачи.

Некоторые вопросы исследования обстановки преступления были рассмотрены в работах таких ученых, как Р.С. Белкин, О.Н. Сафаргалиев, С.И. Анненкова, Т.С. Анненкова, В.А. Образцов и др.

Изложение основного материала исследования. Познание события преступления является сложной умственной деятельностью, которая сталкивается с определенными трудностями, связанными с опосредованностью познания событий прошлого через призму

результатов отражения обстоятельств преступления в окружающей среде.

Теория познания (гносеология) – это область философии, которая изучает природу познания, закономерности познавательной деятельности человека, его возможности и способности; предпосылки, средства и формы познания, а также отношение знаний к действительности, законы его функционирования и условия и критерии его истинности и достоверности [1, с. 174].

Диалектическая теория познания предполагает, что сущность познания заключается в отражении действительности (объекта познания) в сознании субъекта познания (человека). Отражение в сознании человека представляет собой единство созерцания и преобразования [2, с. 130-131].

По мнению В.А. Образцова, познание – это процесс извлечения, осмыс-

ления и использования информации, с помощью которой и формируются знания об объекте познания [3, с. 57].

Познавательная сущность уголовно-процессуального познания заключается в ретроспективном раскрытии (познании) отдельных сторон событий прошлого и установления на этой основе объективной истины [4, с. 13].

Познание следователя осуществляется на двух уровнях: эмпирическом и теоретическом.

Эмпирический – это такой уровень познания, который реализуется главным образом с помощью органов чувств, т.е. благодаря их непосредственному взаимодействию с окружающей средой, формируется и осуществляется посредством часто повторяющихся действий в течение длительного периода времени. Эмпирически исследуется объект со стороны его внешних проявлений, признаков и свойств, доступных на уровне ощущений.

Относительно функциональной востребованности эмпирического познания следователем, следует говорить о постоянном его использовании при осуществлении практической деятельности, поскольку первичное познание события преступления и обстановки преступления следователем происходит именно на чувственном уровне восприятия информации. Эмпириче-



ские методы познания, такие как наблюдение, измерение, эксперимент и другие эффективно используются следователем для поиска, обнаружения, исследования и использования информации для эффективного расследования преступления.

Теоретический – это уровень познавательного процесса, который представляет собой процедуру выявления, анализа, синтеза, обобщения фактов, который в конечном счете позволяет сформировать определенные выводы по существу исследуемого объекта или явления.

С помощью специально разработанных теорий, методологий, методов, принципов появляется возможность исследовать и анализировать не только внешние, но и внутренние свойства, постичь суть и содержание объекта исследования.

Если речь идет о познании, как деятельности следователя, то можно говорить о том, что следователь также применяет теоретический уровень познания, поскольку он использует все предложенные наукой приемы, методы и средства исследования реалий действительности. Рациональность и степень эффективности использования теоретических разработок зависит от уровня образования и умственных способностей следователя.

При исследовании обстановки преступления следователь использует как эмпирическое, так и теоретическое познание реалий действительности. Определяет среду, в которой было совершено преступление, исследует внутреннюю составляющую, анализирует ее, выявляет криминалистически важную информацию, определяет взаимосвязи с другими обстоятельствами дела. «Основная цель познавательной деятельности следователя заключается в поиске, обнаружении, фиксации, исследовании, анализе, оценке, передаче и использовании информации (доказательств) и ее источников о событии, которое расследуется» [5, с. 29].

Познавательная деятельность следователя имеет определенные особенности, которые отличают ее от других видов познания: во-первых, познавательная деятельность следователя носит ретроспективный характер, т.е. воспроизведения события произошедшего в прошлом на основании имеющейся информации в настоящем,

во-вторых, познавательная деятельность следователя характеризуется ограниченным объемом информации, зачастую носит фрагментарный характер и низкий уровень достоверности, в-третьих, направлена на установление истины, то есть выяснение всех обстоятельств преступного события, в-четвертых, процесс познания ограничен рамками правового поля, то есть деятельность следователя строго регламентирована нормами закона, что в определенной степени осложняет, сужает возможности познания реалий действительности; в-пятых, познавательная деятельность следователя ограничена по субъектному составу, поскольку субъекты также определены законодательством,

в-шестых, объектом познания является преступление на этапе его приготовления, реализации и дальнейшего сокрытия следов совершения.

Можно согласиться с мнением И.М. Якимова, который отмечал, что внимательное, вдумчивое изучение обстановки как бы вводит в атмосферу преступления, проникновение в обстановку и обстоятельства преступления ведет к отчетливому пониманию совершившегося, дает возможность не только мысленно воссоздать картину преступления, но и понять мотивы, руководящие преступником при совершении преступления [6, с. 75].

Обстановка преступления состоит из материальной, микро-социальной и морально-психологической среды, в которых совершались действия по подготовке, реализации и сокрытию преступления. Следует отметить, что приведенная структура обстановки преступления в зависимости от вида преступления может быть усеченной и состоять из двух элементов: микро-социальной и морально-психологической среды, т.е. при отсутствии материальной среды.

Трехэлементный состав обстановки преступления характерен для всех видов преступлений, предусмотренных особенной частью Уголовного кодекса Украины, кроме преступлений, которым присущ двухэлементный состав, например: нарушение тайны голосования, грубое нарушение законодательства о труде, размещение ценных бумаг без регистрации их выпуска и проч.

Начальной деятельностью следова-

теля является установление факта совершения преступления. Приведенная выше классификация позволит следователю при обнаружении определенного вида преступления установить необходимость исследования материальной, микро-социальной или морально-психологической среды. То есть, установив что были совершены действия, которым присущи признаки, например уклонения от уплаты алиментов на содержание детей, следователь делает вывод о необходимости тщательного исследования именно микро-социальной среды, то есть взаимоотношений между потерпевшим и преступником.

При исследовании обстановки преступления следователь должен ставить следующие задачи: установление факта совершения преступления, определение вида преступления, которое было совершено, определение среды, в которой было совершено преступление, определение элементов обстановки, связанные с событием преступления, определение элементов обстановки преступления, содержание криминалистически важную информацию, установление объективности обстановки преступления, определение факторов, которые привели к изменению или повреждению обстановки преступления (климатические условия, действия лиц и т.п.), определение наличия или отсутствия признаков инсценировки обстановки преступления, определение связи обстановки преступления со способом совершения преступления; определение связи обстановки преступления с личностью преступника, определение связи обстановки преступления с объектом преступления.

Решение вышеуказанных задач позволит следователю получить информацию относительно события, которое произошло в исследуемых им условиях, личности преступника, способа, которым совершалось преступление, объекта посягательства, определить наиболее правдоподобные версии и принять решение относительно планирования дальнейшего хода расследования.

Решение поставленных задач осуществляется следователем с помощью следственных действий.

С.А. Шейфер указывает на то, что целью любого следственного действия является получение информации определенного вида [7, с. 18]. Цель след-



ственного действия обуславливает специфическое сочетание познавательных операций, обеспечивающих извлечение нужных фактических данных по следам того или иного вида [8, с. 18].

Первичное исследование обстановки преступления начинается с осмотра – следственного действия, предусмотренного ст. 237 УПК Украины, которое заключается в осмотре местности, помещения, вещей и документов следователем, прокурором с целью выявления и фиксации сведений об обстоятельствах совершения уголовного преступления. Также сюда относится следственное действие, предусмотренное ч. 2 ст. 238 УПК Украины, – осмотр трупа – может осуществляться одновременно с осмотром места происшествия, жилища или иного владения лица с соблюдением правил настоящего Кодекса об осмотре жилища или иного владения лица. После осмотра труп подлежит обязательному направлению для проведения судебно-медицинской экспертизы для установления причины смерти. Также исследование обстановки преступления совершается путем реализации негласного следственного действия, предусмотренного ст. 267 УПК Украины, которое заключается в том, что следователь вправе обследовать публично недоступные места, жилье или другое владение лица путем тайного проникновения в них, в том числе с использованием технических средств, с целью: выявления и фиксации следов совершения тяжкого или особо тяжкого преступления, вещей и документов, имеющих значение для их досудебного расследования, изготовление копий или образцов указанных вещей и документов, выявление и изъятие образцов для исследования во время досудебного расследования тяжкого или особо тяжкого преступления, выявление разыскиваемых, установление технических средств аудио-, видеоконтроля лица.

Исследуя обстановку преступления, которая осталась после совершения преступных действий, анализируя информацию, содержащуюся в ней, участники уголовного производства могут успешно решать задачи, стоящие перед уголовным судопроизводством [9, с. 14].

Исследование обстановки преступления следователем происходит двумя способами:

- непосредственное исследование – когда следователь самостоятельно изучает обстановку преступления, анализирует ее, делает определенные выводы и использует эти сведения для расследования и раскрытия преступления;

- опосредованное исследование – когда следователь обращается к эксперту, в связи с тем, что для выяснения обстоятельств, имеющих значение для уголовного производства, необходимы специальные знания. А.В. Дулов писал, что в ряде случаев экспертизу надо назначать тогда, когда обстановка места происшествия еще не нарушена. В подобных случаях следователь должен назначать экспертизу сразу, чтобы обеспечить участие эксперта в осмотре места происшествия. Здесь следователь поставит на разрешение эксперта только те вопросы, которые у него сразу возникают при ознакомлении с обстоятельствами происшествия на месте. В дальнейшем, по мере накопления материалов, он сможет поставить на разрешение эксперта дополнительные вопросы. Тем самым следователь обеспечит возможность непосредственного восприятия места происшествия экспертом и будет способствовать получению более объективного заключения [10, с. 39-40]. Установка и исследование с применением научно-технических средств, обстановки совершения преступления и находящихся на месте происшествия предметов и следов, позволяющих в совокупности дать заключение по поставленным на разрешение вопросам о механизме происшествия, сущности предметов, следов и иных обстоятельств, связанных с исследуемым событием [11, с. 25], составляет сущность исследования обстановки преступления экспертом. Следует согласиться с мнением В.М. Хрусталева, который отмечает, что для создания реальных предпосылок раскрытия и расследования абсолютного большинства преступлений требуется комплексное изучение материальной обстановки по делу. Эта комплексность состоит в использовании всех материальных источников криминалистически важной информации о событии преступления [12, с. 5].

Следующее следственное действие, которое позволяет исследовать обстановку преступления – следственный эксперимент. Он проводится следователем, прокурором с целью проверки

и уточнения сведений, имеющих значение для установления обстоятельств уголовного преступления путем воспроизведения действий, обстоятельств определенного события, проведения необходимых исследований или испытаний (ст. 240 УПК Украины).

По мнению А.Р. Ратинова следственный эксперимент представляет собой типичный образец реального динамического моделирования обстоятельств исследуемого события или отдельных его фрагментов [13 с. 323].

Научную основу следственного эксперимента составляют два общих научных метода познания: экспериментальный и моделирование [14 с. 370].

Экспериментальная сущность следственного эксперимента заключается в том, что следователь эмпирическим путем убеждается в возможности или невозможности в определенных условиях провести действия по реализации преступления.

Моделирование заключается в том, что для проведения следственного эксперимента воспроизводятся действия, обстановка, обстоятельства определенного события, т.е. создается модель произошедшего. «Под моделью понимается воображаемая или материально реализованная система, которая, отображая или воспроизводя объект исследования, способна замещать его так, что ее изучение дает нам новую информацию об этом объекте» [15 с. 197].

Следует отметить, что воспроизведение действий, обстановки и обстоятельств определенного события в ходе проведения следственного эксперимента носит условный характер, поскольку «воспроизведение преступления невозможно, так как всякое воспроизведенное событие будет всегда отличаться от воспроизводимого события в силу тождественности каждого объекта исследования только самому себе» [16, с. 8-9].

Из приведенного выше следует, что для проведения следственного эксперимента осуществляются действия по воссозданию подобной обстановки преступления, т.е. сходной с обстановкой, в которой совершались действия по подготовке, реализации и сокрытию преступления – модели произошедшего события или его части.

Р.С. Белкин определил следующие цели следственного эксперимента:



проверка и иллюстрация собранных по делу доказательств, проверка и оценка следственных версий, установление причин и условий, способствовавших совершению преступлений, получение новых доказательств [16, с. 45].

Следует согласиться с мнением С.И. Анненкова и Т.С. Анненковой, которые указывают на то, что для исследования обстановки совершения преступления могут быть использованы следующие виды следственного эксперимента: эксперимент по проверке возможностей совершения определенных действий; эксперимент по проверке вероятности наступления события; эксперимент по проверке последовательности событий; эксперимент по проверке механизма образования следов [17, с. 89].

Из приведенного выше следует, что с помощью следственного эксперимента следователю предоставляется возможность дополнительно исследовать обстановку преступления. Проверить, уточнить или установить обстоятельства, в которых совершалось преступление. Эмпирическим путем исследовать связи между обстановкой преступления и способом, объектом преступления и личностью преступника. Также по результатам исследования уголовных дел удалось установить, что одним из наиболее эффективных следственных действий, с помощью которого можно установить инсценировки, является именно следственный эксперимент.

Накопление в модели новой информации, которая структурно не сочетается с имеющейся, особенно негативной информацией, может привести к изменению во всей структуре модели. А это, в свою очередь, заставит следователя осуществить переоценку накопленной в модели информации, может породить иное объяснение характеру взаимосвязей между элементами модели и выдвижению новой версии. [18, с. 102].

Таким образом, указанное следственное действие позволяет следователю эмпирически, путем сопоставления имеющейся информации с моделью установить объективность обстановки преступления, определить факторы, приведшие к ее изменению или повреждению, определить наличие или отсутствие признаков инсценировки, выявить связи между обстановкой преступления и другими элементами

криминалистической характеристики преступления.

Исследование обстановки преступления возможно также с помощью допроса (ст. 224 УПК Украины).

В зависимости от процессуального положения допрашиваемого уголовный процессуальный кодекс предусматривает допрос потерпевшего, свидетеля, подозреваемого, обвиняемого и эксперта.

Допрос – это следственное действие, относится к числу вербальных, т.е. устных, словесных, осуществляемых в форме беседы (общения), порядок, условия проведения и оформления результатов которого предусмотрены процессуальным законом [19, с. 5].

Общей целью допроса является «получение следователем от допрашиваемого правдивых показаний, объективно отражающих фактические обстоятельства дела» [20, с. 274].

Допрос является следственным действием, с помощью которого следователь косвенно получает информацию относительно обстановки преступления, поскольку сведения, которые он получает от допрашиваемого, имеют субъективный характер. Процесс формирования показаний – от восприятия до передачи информации – носит психологический характер, на всем пути на психику человека влияют многочисленные объективные и субъективные факторы, действия которых, в конечном счете, так или иначе, отражаются на полноте и достоверности показаний [21, с. 612].

Таким образом, при исследовании обстановки преступления с помощью допроса следователь сталкивается с проблемой именно источника информации, поскольку ему необходимо проводить действия по отделению субъективного восприятия реалий действительности допрашиваемого от объективно существующих обстоятельств преступления.

Следователь на основании имеющейся у него информации воспроизводит мысленную модель обстановки преступления. Целью допроса относительно исследования обстановки преступления является проверка сведений, которые формируют указанную модель реалий действительности, в которых совершалось преступление, и происходили действия по его подготовке и сокрытию, а также получения новой крими-

налистически важной информации относительно обстановки преступления. Также следует отметить, что поскольку обстановка преступления подвергается деформированию, то благодаря допросу можно воспроизвести обстоятельства, которые по объективным причинам не были установлены при осмотре места происшествия, или не были учтены при его производстве. При допросе становится возможным получить информацию относительно объективности обстановки преступления, исследовать связи с другими элементами криминалистической характеристики, выявить наличие инсценировки.

Выводы. Таким образом, для получения целостной картины условий, в которых совершалось преступление, для всестороннего и полного исследования обстановки преступления следователь должен использовать комплексный подход к производству следственных действий, поскольку каждый из них может позволить обнаружить криминалистически важную информацию, которая в своей совокупности формирует ретроспективное воспроизведение событий преступления.

Список использованной литературы:

1. Філософія: Навч. посіб. — 3-ге вид., стер. / Л.В. Губерський, І.Ф. Надольний, В.П. Андрущенко та ін.; За ред. І.Ф. Надольного. — К.: Вікар, 2004. — 457 с.
2. Андреев И.Д. Основы теории познания. -М.: йзд-во АН СССР, 1959. -358 с.
3. Основы криминалистики / Образцов В.А. — М.: Юристъ, 1996. — 160 с.
4. Методология судебной идентификации / Сегай М.Я.; Отв. ред.: Ароцкер Л.Е. — Киев: РИО МВД УССР, 1970. — 254 с.
5. Лукашевич В.Г., Юнацький О.В. Моделювання у криміналістиці та пізнавальній діяльності слідчого: Монограф. — К.: КНТ, 2008. — 184 с.
6. Якимов И.Н. Криминалістика. Уголовная тактика. М., 1929.
7. Следственные действия. Система и процессуальная форма / Шейфер С.А. — М.: Юрлитинформ, 2001. — 208 с.
8. Шейфер С.А. Теория следственных действий как элемент теории доказательств // Актуальные проблемы совершенствования производства след-



ственных действий. Сборник научных трудов. – Ташкент: НИиРИО Ташк. ВШ МВД СССР, 1982. – С. 12-26

9. Сафаргалиева О.Н. Осмотр места происшествия и установление личности преступника по материальным следам преступления: дис. канд. юрид. наук. Томск, 1990.

10. Дулов А.В. Вопросы теории судебной экспертизы. Мн., 1957.

11. Самарина Т.М. Экспертно – трактологическое исследование обстановки и вещественных доказательств на месте происшествия: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1985.

12. Хрусталева В.Н. Криминалистическое исследование веществ, материалов и изделий: курс лекций / В.Н. Хрусталева, В.М. Райгородский. Саратов, 2005. – 490с.

13. Ратинов А.Р. Судебная психология для следователей: учеб. Пособие. М., 1967. – 288с.

14. Белкин.Р.С. Теория доказывания. М., 1999. – 572с.

15. Штофф В.А. Моделирование и философия. Из-во «Наука». 1966. – 302с.

16. Белкин Р.С. Эксперимент в следственной, судебной и экспертной практике. Из-во «Юридическая литература». М., 1964. – 224с.

17. Анненков С.И., Анненкова Т.С. Обстановка совершения преступления: процессуальные и криминалистические проблемы исследования: монография. – М.: Юрлитинформ, 2013. – 200с.

18. Криминалистическая информация и моделирование при расследовании преступлений / Хлындов М.Н.; Под ред.: Власенко В.Г. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1982. – 159с.

19. Питерцев С.К., Степанов А.А. Тактика допроса на предварительном следствии и суде. Из-во: Питер, 2001. – 160с.

20. Рязанова Н. В. Изучение личности как элемент подготовки к допросу очевидца экстремального события // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. № 58. 2008.

21. Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Российская Е. Р. Криминалистика. Учебник для вузов. Под ред. Заслуженного деятеля науки Российской Федерации, профессора Р. С. Белкина. — М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА—ИНФРА • М), 2000. – 990с.

ПОВТОРНЫЙ БРАК В РАННЕВИЗАНТИЙСКОМ ПРАВЕ

Л. ДЯЧУК,

докторант Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

SUMMARY

This article examines the problem of re-marriage in the early history of the first Christian state in the context of marriage law. The evolution of legal provisions on the remarriage in early Byzantium is analyzed according to Roman legal tradition's experience. The main factors influencing the process of Christianization of the Roman law rules on the remarriage became the developing canon law and features of state dominative system. This allowed harmonization of law institution of marriage with the ideas of Christian doctrine and principles of canon law.

Key words: remarriage, Roman law, ancient tradition, Christian values, the early Byzantine law, legal reform, children's rights, legal prohibitions.

* * *

В статье исследуется традиционная и актуальная во все времена проблема брачно-семейного права о повторном браке во времена превращения Римской империи в первое христианское государство. Анализ эволюции нормативно-правовых положений о повторном браке в ранней Византии осуществляется в контексте юридического опыта римской правовой традиции. В условиях христианизации норм римского права о повторных браках главными факторами влияния на этот процесс стали развивающееся каноническое право и особенности государственной системы домината. Сконцентрированная воля ранневизантийского социума в институте императорской власти создавала возможности гармонизации правовых норм института брака с идеями христианского учения и принципами канонического права.

Ключевые слова: повторный брак, римское право, античная традиция, христианские ценности, ранневизантийское законодательство, правовые реформы, права детей, юридические запреты.

Введение. Брак, развод и повторное бракосочетание сопровождают человечество со времен формирования homo socialis – человека, ограниченного известными табу, касающихся запретов, прежде всего, в контексте брачных и внебрачных отношений. Понимание брака как формы совместной жизни двух разнополых индивидов имело свою специфику в среде существующих в пространственно-временных пределах этническо-национальных сообществ, принадлежащих к определенному типу цивилизации. Особенностью христианского учения о браке стало его восприятие как сакрального явления – священного таинства, которое, через литургическую и евхаристическую связь с Богом, придает брачным отношениям трансцендентный, священный смысл. В связи с этим, в контексте повторных браков Иоанн Мейендорф, послышавшись на апостола Павла, замечает: «...непрерывная каноническая и литургическая традиция Церкви утверждает: второй брак полностью не разрешен для христианина, он только терпим из-за снисхождения к человеческой слабости (1 Кор. 7, 9)» [1].

Актуальность исследования данной проблематики обусловлена необходимостью познания юридического опыта правового регулирования повторного брака в первой христианской стране, «Ромейской» (Византийской) империи, где в контексте постепенного и неоднозначного восприятия христианского учения и норм канонического права сформировался регулятивно-правовой механизм

института брака, ставший достоянием всех христианских народов.

Цель статьи представляется как осознание правовой природы повторного брака в начале христианской эпохи Римской империи и его эволюции в контексте агональных соотношений античной и христианской ценностных парадигм.

Для ее достижения необходимо применить общенаучные и юридиче-



ские **методы правовых исследований** в контексте теоретико-методологических направлений традиционной и современной юриспруденции: *догма, социология и философия права*. Догма права, как необходимое и уже традиционное средство познания всех юридических явлений в контексте формально-правового метода, способствует, безусловно, выявлению правового смысла **основных источников исследования**; в нашем случае такими являются фрагменты римских юристов (D. 3.2.9-11), конституции христианских императоров (C. 5.9.1-10), соответствующие правовые нормы 22-й и 117-й Новел Юстиниана. Использование теоретико-методологических подходов и положений *философии и социологии права* обусловлено необходимостью исследования проблемы повторного брака в контексте духовно-ценностных аспектов правовой эволюции и в условиях общественно-политического развития первого христианского государства.

Научная литература по данной проблематике – это, прежде всего, университетские курсы истории и системы римского права (Ф. Шулин [2, с. 235-236], М. Хвостов [3, с. 395], Д. Гримм [4, с. 317], И. Покровский [5, с. 430-431], М. Казер [6, с. 180-182], А. Подпригора, Е. Харитонов [7, с. 285], а также разделы о периоде Юстиниана, из общей истории греко-римского (византийского) права (J. Mortreuil [8, с. 280], K. Zachariae von Lingenthal [9, с. 81-83]). Кроме того, тема повторного брака отражена в отдельных аналитических экскурсах исследований, посвященных византийским юридическим источникам (М. Бенеманский [10, с. 320-324], Е. Липшиц [11, с. 116-117]). Однако специальные исследования о повторных браках относятся к сфере канонического права (И. Громогласов [12, с. 23-41], А. Павлов [13]).

Исследователи-романисты обращались к этой тематике, прежде всего, в контексте постклассического римского права. Так, немецкий ученый Макс Казер рассматривал эту проблему в контексте 2-й книги «Das römische Privatrecht», с характерным подзаголовком – «Die nachklassische Entwicklungen» (6, с. 180-182). Это объясняется тем, что проблемы по-

вторных браков наиболее активно разрабатывалась в период христианизации римского права.

Используя опыт упоминаемых исследователей, нужно считаться с тем, что перед ними стояли разные задачи. Отсюда (кроме специфики правопонимания) различие оценок в контексте постклассического или ранневизантийского права. Если, например, романисты обращали внимание на вульгаризацию римского права, то византисты видели в контексте данного периода рождение новой правовой доктрины. Тем не менее, для того, чтобы выяснить тенденции правовых изменений в процессе христианизации объекта исследования, необходимо сначала обратить внимание на известные положения в контексте регулятивно-правового опыта римского права.

В древней римской правовой традиции повторный брак, очевидно, связывался преимущественно со смертью одного из супругов, поскольку развод, как известно, был явлением редким [3, с. 94-95, 259]. Это объясняется сакральными ценностями рода (*gens*) и *familiae*, а также положением жены в браке *cum manu*. С давних времен жена и родственники умершего оплакивали его на протяжении десяти месяцев. В это время вдова не могла вступать в повторный брак. В случае нарушения традиционной нормы она, в качестве покаяния, вынуждена была принести в жертву стельную корову [2, с. 235]. Тем не менее, *Lex XII tabularum*, отражающий как современные для децемвиров (систематизаторов) правовые отношения, так и предыдущий нормативно-правовой опыт, предусматривает два традиционных казуса повторного брака: смерть мужа (IV, 4) и развод (IV, 3).

Существенное значение в процессе регулирования подобных проблем и отношений имел один из эдиктов претора, сохранившийся в частной компиляции *Fragmenta Vaticana* (FV, 320). В нем впервые определяется юридическая ответственность жены за нарушение траурного срока в форме *infamia*. В целом же, во все периоды античной истории римского права проблема повторного брака была связана с необходимостью соблюдения женщиной десятимесячного срока после смерти мужа или развода, чтобы в случае рождения ребенка

установить его отцовство, поскольку это могло повлиять на конфигурацию урегулирования *hereditas iuribus* других претендентов на наследство. После соответствующего срока женщина, не нарушая закона и морали, могла свободно выходить замуж. В то же время для мужа ни правовая традиция, ни народное собрание (*comitia*), ни претор не предусматривали никаких ограничений к *secundae nuptiae*. Более того, в начале принципата Октавиан Август, пытаясь решить демографическую проблему путем роста рождаемости от законных браков, стимулирует соответствующих лиц к вступлению в повторные браки, без ограничений их количества. Его *Lex Julia et Papia Poppaea* ограничивал срок между прекращением первого и заключением последующего брака [14, с. 107-108]. В случае нарушения срока лицо считалось вне брака и подлежало ограничению в наследственных правах [5, с. 430-431]. Это были первые реформы брачного права от времени Законов XII таблиц до христианской эры, частично получившие развитие в законодательстве ранней Византии.

От Октавиана Августа и до Диоклетиана принцепсы, концентрируя волю *populus Romanus* в своих полномочиях, постепенно превращались в полноправных императоров, а их конституции – в основную форму права империи (*Lex generalis*). Тем не менее, в контексте повторных браков они ограничились решениями Октавиана Августа, сохраняя право свободы разводов и вступления в новый брак. Очевидно, известные положения не имели значительного резонанса и в римской юриспруденции классического периода. Лишь юристы Помпоний и Нераций (D. 3.2.11), а в конце периода Павел и Ульпиан, обратили внимание на эту проблему (D. 3.2.9-11). Основным объектом их комментариев стал известный эдикт претора об ответственности женщины за нарушения срока траура, вошедший в *Edictum Perpetuum* Сальвия Юлиана, систематизировавшего правовые нормы всех сохранившихся эдиктов преторов. Можно сказать, что римские юристы Павел в 5-й и 8-й книге «Комментариев к эдикту» (D. 3.2.9-10) и Ульпиан в 6-й книге «Комментариев к эдикту» (D. 3.2.11) объективно создали основу для реконструкции в



XIX ст. упоминаемых норм эдиктов, поскольку в аутентичном виде они не сохранились.

Правовое содержание фрагментов упоминаемых юристов следующее: 1) муж мог носить траур по жене, но он не имел правовых последствий. В связи с этим нормативное положение Павла – *По жене нет никакого траура* (D. 3.2.9.1) – следует толковать не в смысле разрыва с традицией, а исключительно в контексте догмы права. Таким образом, траур по супруге существовал как традиционный ритуал, нарушение которого не предполагало юридических последствий. Это положение Павла вполне коррелируется с правовой нормой Ульпиана (D. 3.2.11 pr): *Траур по детям и по родителям не является препятствием к браку*. Содержание обоих фрагментов свидетельствует, что не каждый траур имел отношение к праву; 2) женщина, предполагает Павел, с разрешения принцепса (очевидно, при расследовании дела), получала право на досрочное прекращение траура и на *secundae nuptiae*; 3) кроме того, по эдикту претора, она обладала до истечения срока траура правом на помолвку (D. 3.2.10); 4) по норме претора (фрагмент Ульпиана: D. 3.2.11) определялась категория мужчин, по которым женщины могли не соблюдать традиционный траур, но до окончания известного срока права на последующий брак они не имели (D. 3.2.11.1); в том же фрагменте (§ 3) Ульпиан, ссылаясь на юриста Нерация, уточняет категории мужчин, которых это непосредственно касалось (враги родины, предатели, самоубийцы); 4) в случае рождения ребенка, подчеркивает Ульпиан, ссылаясь на Помпония, траур прекращается, а вдова, до истечения срока, приобретает право на повторный брак (D. 3.2.11.2). Из всех этих положений следует, что дело не столько в трауре, как в правильном определении отцовства ребенка. Это свидетельствует о том, что римские юристы классического периода смотрели на брак как на гражданское соглашение, потерявший к тому времени в сознании римлян традиционное сакральное значение. Потому-то и траур уже воспринимался в указанном позитивистском смысле.

Все эти правовые положения, разработанные на источниках Постоянно-

го эдикта, формально не относились к брачному законодательству, поскольку были расположены в третьей книге Дигест, среди норм о причинах *infamia* (безчестья). Тем не менее, благодаря Конституции Юстиниана *Tanta*, они получили юридическую силу и стали одним из источников его *Novellatum*.

После начала христианизации римского права источниками изменений были уже не традиционные ценности античного общества и нормы права классического периода, а христианское учение о брачных отношениях и соответствующие церковные правила. Отцы Церкви, создатели канонического права, опираясь на известную максиму Ап. Павла (1 Кор. 7: 8-9), сформулировали свое отношение к повторным бракам еще в IV веке. Например, Св. Василий Великий, считал, что вступающие во второй брак должны понести церковное наказание в форме отлучения от причастия от года и до двух лет, а заключавшие третий брак, от трех до пяти лет (Вас. IV). «Понятно, – замечает протоирей Мейендорф, – что христианский брак во времена святого Василия, который осуществлялся через Евхаристию, не мог быть так заключен в случае отлучения от причастия» [1]. Поэтому, считает исследователь, браки, как правило, заключались лишь по гражданскому праву. На самом деле, трудности в реализации церковного идеала брака в значительной степени объясняются существованием в эпоху христианизации римского права древних антично-эллинистических брачно-семейных традиций [15, с. 332]. Преодолеть их удалось лишь после четырехсотлетней эволюции византийского права и общества в так называемый период *иконоборцев* (VIII в.).

После начала христианизации римского права Константин I отменил большинство правовых положений *Lex Julia et Papia Poppaea*, а часть из них со временем потеряла актуальность. «В христианскую эпоху императорского периода, – замечает Ф. Шулин, – единственная норма из всех обязанностей оплакивания, которая сохранилась до этого времени, – именно, обязанность вдовы соблюдать траур распространена была на целый год» [2, с. 236]. Такое дополнение, рядом с другими, сделали в 381 г. император Феодосий I и его со-

правители (С. 5.9.2). Очевидно, кроме юридических аспектов соответствующего срока, траур имел важное религиозное значение. Христианская позиция чествования *pater familias* вполне соответствовала как греческой, так и римской традиции. Императоры-христиане (Феодосий Великий, Грациан и Валентиниан), видели в трауре соблюдение требований *благопристойности* (С. 5.9.1; С. 5.9.2). Кроме того, Феодосий II, в 449 г. определил, что указанный срок относится также к женщине в случае развода (С. 5.17.8.4). Указанный нормативный акт подтвердил в 497 г. император Анастасий (С. 5.17.9), а затем он был отображен в 117 Новелле Юстиниана (Nov. 117.10). За нарушение срока в обоих случаях предусматривались значительные имущественные взыскания (С. 5.9.1-2;) [2, с. 236]. Эти нормы императоров (IV-V вв.) стали источником 22 Новеллы Юстиниана (Nov. 22. 22).

Важным явлением в контексте повторного брака стало его ограничение материальными средствами – *dos et donation ante nuptias*, которые, в случае развода и заключения повторного брака, переходили к детям от первого брака. Это предусматривается Конституцией императора Феодосия от 382 г. (С. 5.9.3), нормы которой разъясняются в Конституции Феодосия II 449 г. (С. 5.9.5). Указанные положения также совершенствуются в Конституции императора Льва I от 469 г., например, об ограничении имущественных прав за второй брак в пользу детей, как *матери*, так и *отца* (С. 5.9.6). Конституция Феодосия I (392 г.) из последующего титула 5-й книги Кодекса Юстиниана, также защищает права детей от первого брака, но уже в контексте имущества покойного отца. Право на собственность отцовского имущества у них в полной мере возникало в связи с повторным браком матери, которая, таким образом, его теряла, ограничившись правом на *ususfructus* (пользование). (С.5.10.1). Общая оценка этого феномена дана в 22 Новелле Юстиниана. По существу все имущество, приобретенное каждым из супругов в связи с первым браком (*iusa nuptialia*), переходило при вступлении во второй брак в собственность их законных детей (С. 5.9.1-2; Nov. 22. 21, 26, 46). Ответствен-



ность за повторный брак касалась не только материальной сферы, но и личных отношений матери и детей. Мать при этом теряла право на воспитание детей (С. 5.49.1; Nov. 22.38) и на опеку (Nov. 22.40). Это также было связано с церковно-публичной сферой: мужчина, вступающий во второй брак после смерти жены, не имел права на священный сан (Nov. 6, 6).

В заключение следует отметить:

1) фрагменты Павла и Ульпиана (классический период), конституции императоров IV – V вв., а также известные Новеллы византийского кодификатора составляли систему норм повторного брака в *Corpus juris civilis* Юстиниана; **2)** римские юристы конца классического периода, используя опыт своих предшественников, создали и проанализировали ряд правовых положений о юридических аспектах вступления в повторный брак, акцентируя внимание на разных гипотезах траурного срока в контексте установления вероятного отцовства; **3)** существенные изменения института брака появились благодаря особенностям системы доминанта в контексте влияния христианского учения и принципов канонического права; **4)** императоры IV – V вв. создали регулятивно-правовой механизм защиты материальных интересов детей при заключении, в известных условиях, второго брака: а) оба родителя теряли право на имущество, появившееся в связи с браком, а на отдельные его виды каждый из них приобретал право лишь на узурпукт; б) мать, вступающая во второй брак, теряла известные родительские права. Такое положение императоров ранней Византии, на наш взгляд, не отвечает христианским идеям о взаимоотношениях родителей и детей (Павел, Эфес. 6, 1-4); в) отец, в соответствии с упоминаемой максимальной ап. Павла (1 Кор. 7: 8-9) и нормами канонического права, поражается в правах на иерархическое состояние; 5) несмотря на существенные изменения, в связи с христианизацией положений о повторном браке, их систематизаторы не всегда руководствовались христианскими идеями и нормами канонического права. По существу остался открытым один из принципиальных вопросов о законности многочисленных повторных браков. Он разрешился

лишь в Эклоге Льва III (726 г.), а также в Прохироне и Новеллах Льва VI (886 – 912 гг.); 6) кроме этого, правовые положения о повторных браках, вошедшие в законодательство Юстиниана, стали юридическими источниками правовых норм указанных законодательных сборников, которые стали впоследствии основными источниками рецепции греко-римского (византийского) права.

Список использованной литературы:

1. Мейендорф Иоанн, протоиерей. Брак в Православии (Количество браков). – Клин: Фонд «Христианская жизнь». – 2000. Эл. версия: <http://www.kiev-orthodox.org//site/family/732>
2. Шулин Ф. Учебник истории римского права. Пер. с нем. И.И. Щукина. Под ред. В.М. Хвостова. – М., Тип. Э. Лиснера и Ю. Романа, 1893. – 609 с.
3. Хвостов В.М. История римского права. – Пятое изд., исправл. и дополн. – М., Издвт. Т-ва И.Д. Сытина, 1910. – 464 с.
4. Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. – М.: Издательство "Зерцало", 2003. – 423 с.
5. Покровский И.А. История римского права. – Минск: Харвест, 2002 – 528 с.
6. Kaser M. Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt. Die nachklassische Entwicklungen. – München, Verlag C.H.Beck, 1975. – 680 s.
7. Підпригора А.О., Харитонов Є.О. Римське право. – К: Юрінком Інтер, 2003. – 512 с.
8. Mortreuil J. Histoire du droit byzantin, I – III. Paris, 1843 – 1846.
9. Zachariae von Lingenthal K.E. Geschichte des griechisch-romischen Rechts. – Berlin, 1892.
10. Бенеманский М. Прохирон. – Вып. I. – Сергеев Посад, Типографія Св.- Тр. Сергієвой Лавры, 1906. – 556 с.
11. Византийский законодательный свод VIII века / Вступит. статья, перевод, комментарий Е.Э. Липшиц // Эклога. Византийский законодательный свод VIII. Византийская Книга епарха. – Рязань, "Александрия", 2006 – 591 с.
12. Громогласов И.М. О вторых и

третьих браках в православной церкви // Богословский Вестник. – 1902. Сентябрь. – С. 23 – 41.

13. Павлов А. Синодальное постановление Константинопольского патриарха Харитона (1177-1178) о третьем браке, редактируемое Федором Вальсмоном // Византийский Временник. – Т. IV, отд. I.

14. Fontes juris romani Ed. C. G. Bruns. – Tubingae, MDCCCLXXIX. – 334 s.

15. Браун П. Тіло і суспільство. Чоловіки, жінки і сексуальне зречення в ранньому християнстві. Пер. з англ. В.Т. Тимофійчука. – К., Мегатайт, 2003. – 520 с.



ПРОБЛЕМА ВЫБОРА СПОСОБА ЗАЩИТЫ ПРАВА ПРИ НАЛОЖЕНИИ ГРАНИЦ ЗЕМЕЛЬНЫХ УЧАСТКОВ

Н. ЕРЕМЕЕВА,

кандидат юридических наук, заведующий филиалом кафедры истории и теории государства и права
Севастопольского экономико-гуманитарного института
Таврического национального университета имени В. И. Вернадского

SUMMARY

The article is revising the problems of forming the system of land owners' rights protection, basing on the court practice of land parcels imposition cases. Efficacy and selection criteria of such remedies of rights protection as vindication, restitution, condiction, negatory action are characterized. The question of consideration of a bona fide purchaser's interests for the use of these methods of protection is examined. The problem of the possibility of using a vindication under the condition of property rights formal fixing by maintaining appropriate registers is analyzed. The author based on the analysis of the civil and land legislation of Ukraine, relevant case law and the legal doctrine, made proposals to improve the existing land laws.

Key words: land law; vindication, restitution, condiction, declaratory actions, negatory action, rights to land parcels.

* * *

На примерах рассмотрения судами дел о наложении земельных участков анализируется проблема формирования системы способов защиты прав на землю. Характеризуется эффективность применения и критерии выбора таких способов защиты прав на землю как виндикационный иск, негаторный иск, реституция, кондиция. Рассматривается вопрос учета интересов добросовестного приобретателя земельного участка при использовании указанных способов защиты. Анализируется проблема возможности применения виндикации в условиях формального закрепления прав на объекты недвижимости путем ведения соответствующих реестров. На основании анализа гражданского и земельного законодательства, судебной практики, юридической доктрины высказываются предложения по совершенствованию действующего законодательства.

Ключевые слова: права на землю, способ защиты права, виндикационный иск, реституция, кондиция.

Постановка проблемы. В соответствии с Конституцией Украины земля является основным национальным богатством, находящимся под особой охраной государства. В развитии этого конституционного положения, статьей 4 Земельного Кодекса Украины определены основные задачи земельного законодательства: регулирование земельных отношений в целях обеспечения права на землю граждан, юридических лиц, территориальных громад и государства, рационального использования и охраны земель. Обеспечение реализации права на землю предполагает наличие определенного правового механизма, важным элементом которого, в свою очередь, является система способов защиты субъективных прав на земельные участки. Кроме того, в соответствии с классификацией объектов прав, предусмотренной гражданским законодательством, земельные участки отнесены к недвижимым вещам. Таким образом, система способов защиты субъективных прав на земельные участки, должна быть адекватной особенностям объекта прав и действующим в государстве правилам оборота недвижимого имущества. Активное вовлечение земель в гражданский оборот обуславливает особую актуальность проблемы защиты прав на земельные участки. Вместе с тем, действующее земельное законодательство не предлагает сколь-нибудь стройной системы специальных способов защиты, в связи с чем вопрос о выборе надлежащего способа защиты прав на земельный участок неоднозначно решается в юридической науке и практике.

Целью статьи является анализ отдельных проблем применения способов защиты прав на землю, которые появляются в судебной практике при рассмотрении дел, возникающих из земельных правоотношений.

Изложение основных положений. Учение об осуществлении и за-

щите субъективных прав развилось в рамках науки гражданского права. В соответствии с доктринальными представлениями, под способами защиты гражданских прав понимаются «средства, с помощью которых могут быть достигнуты пресечение, предотвращение, устранение нарушений права, его восстановление и

(или) компенсация потерь, вызванных нарушением права» [1, с. 39]. Общие способы защиты субъективного гражданского права определены статьей 16 Гражданского кодекса Украины и статьей 20 Хозяйственного кодекса Украины. Поскольку земля является особым объектом прав, система способов защиты прав на земельные участки, должна учитывать эти особенности. «Земля не является обычным имуществом, или товаром в традиционном понимании – она выступает как ценность особого рода, прежде уникальный природный объект, поэтому чисто цивилистический подход к урегулированию и регламентации правовыми средствами общественных отношений, возникающих по поводу земли, неприемлем» [2, с. 23]. Особенности земли как объекта правоотношений требуют проведения разграничения норм земельного и гражданского законодательства как специального и общего, а не включения земельных отношений к предмету гражданского, конституционного или административного права [3, с. 10-22].

В соответствии со статьей 152 Земельного кодекса Украины защита прав граждан и юридических лиц на земельные участки осуществляется: путем признания прав; восстановле-



ния состояния земельного участка, которой существовал до нарушения прав, предупреждения совершения действий, нарушающих права или создают опасность нарушения прав, признания сделки недействительной, признания недействительными решений органов исполнительной власти или органов местного самоуправления; возмещения причиненных убытков, устранения любых нарушений прав на землю, не связанных с лишением права владения земельным участком. Следует согласиться с высказанным в юридической литературе мнением, что Земельный кодекс указывает на общие, а не специальные по отношению к предусмотренным гражданским законодательством способы защиты земельных прав [4, с. 34]. При этом «границы применения норм гражданского права к регулированию земельных отношений в действующем законодательстве четко не определены, что создает проблемы в практике защиты прав собственников или арендаторов земельных участков...» [5, с. 156]. Достаточно вспомнить закрепленное в процессуальном законодательстве правило, согласно которому суд защищает право способом, предусмотренным законом. Ошибка в выборе способа защиты может повлечь отказ в иске и стоить истцу защиты нарушенного права. С другой стороны, неопределенность в земельном законодательстве способов защиты и критериев их избрания фактически позволяет судам занять во многих случаях позицию наблюдателя, не решать спор по существу, а пользуясь ограниченностью способов защиты нарушенного права, избежать решения конфликта [6]. Ярким примером тому могут служить дела о наложении границ земельных участков. Так, по делу N 2-2764-11 Ялтинским городским судом полностью удовлетворен иск Лица 1 к Гурзуфскому поселковому совету, третье лицо – Лицо 2, об отмене решения о предоставлении в собственность земельного участка и государственного акта о праве собственности на землю [7]. В процессе рассмотрения дела установлено, что истец является собственником земельного участка на основании государственного акта,

выданного в соответствии с решением Гурзуфского поселкового совета. Лицу 2 земельный участок по другому адресу также предоставлен в собственность решением поселкового совета, на основании решения получен государственный акт. Имеет место наложение границ указанных земельных участков, в результате чего существует определенная территория, которая одновременно предоставлена в собственность Лицу 1 и Лицу 2. С момента получения государственного акта до обращения Лица 1 в суд с указанным иском, Лицо 2 имея все основания полагать себя владельцем предоставленного участка, осуществило строительство подпорной стены, оборудовало террасы, начало строительство жилого дома, хозяйственных построек. Впоследствии Лицо 1 вновь обратилось в суд с требованием о демонтаже указанных сооружений. Решением Ялтинского городского суда по делу № 2/0124/3885/2012 иск к Лицу 2 удовлетворен в полном объеме [8]. Аналогичное решение принято по делу № 2-35/07 Лубенским районным судом Полтавской области. Удовлетворен иск Лица 1 к Лицу 2 и Лицу 3. Последние приобрели земельный участок в порядке приватизации, оформив государственный акт, однако было обнаружено наложение предоставленных им участков на участок истца, получившего государственный акт на право собственности раньше ответчиков. Суд обязал Лицо 1 и Лицо 2 снести сооружения, возведенные ими на месте наложения участков [9]. Удовлетворяя иски, суды ссылались на положения статей 152 Земельного кодекса и 391 Гражданского кодекса Украины, которые предусматривают право собственника имущества (земельного участка) требовать устранения препятствий в осуществлении им права пользования и распоряжения своим имуществом, не связанных с лишением владения. Между тем, как свидетельствуют материалы дел, все действия, направленные на оформление в собственность земельного участка, осуществлялись ответчиками в соответствии с порядком, установленным законом. Ответчики по указанным

делам являются добросовестными приобретателями (владельцами) предоставленных по решению органа местного самоуправления земельных участков. При отсутствии противоправного характера действий ответчика и при условии добросовестного приобретения им имущества исключается возможность удовлетворения негаторного иска об устранении препятствий в пользовании этим имуществом.

В данном случае имеет место пользование и владение земельным участком без законных оснований, но при этом и без признаков правонарушения. Возможность возникновения подобной ситуации в современных условиях исследовалась в юридической литературе. Сложившееся положение не соответствует легальному определению самовольного захвата земельного участка, как любых действий, свидетельствующих о фактическом использовании земельного участка при отсутствии соответствующего решения органа исполнительной власти или органа местного самоуправления о его передаче в собственность или предоставлении в пользование (аренду) или при отсутствии совершенной сделки [10, с. 69-70]. В указанных спорах ответчики получили возможность не только фактического, но и юридического господства на участке, при этом «конкуренция» титулов, «конкуренция» записей в реестре (регистрационной системе) возникла не по их вине. Спорные правоотношения должны быть квалифицированы как неосновательное приобретение имущества за счет другого лица. Такой ситуации соответствуют две правовые конструкции, закрепленные действующим законодательством: обязательства из неосновательного обогащения или кондикция (от лат. *condictio* – требование о возврате) и истребование имущества из чужого незаконного владения или виндикация. Применение обоих способов защиты предусмотрено нормами Гражданского кодекса Украины.

Сходство кондикции и виндикации состоит в том, что оба способа относятся к числу внедоговорных, могут быть применены в отношении



незаконного владельца независимо от добросовестности или недобросовестности его поведения, в обоих случаях имущество изымается у незаконного владельца. Какой способ должен быть избран в ситуации «конкуренции» титулов, «конкуренции» записей в реестре (регистрационной системе), возникшей не по вине приобретателя участка?

Согласно части 3 статьи 1212 Гражданского кодекса кондиционные требования рассматриваются как субсидиарные (вспомогательные) по отношению к требованиям о возмещении вреда, нарушении вещного права или неисполнении обязательства. В приведенных делах речь идет о защите абсолютного права – права собственности, следовательно, приоритет должен быть отдан способам защиты абсолютного права, то есть виндикационному иску. Кроме того, нормы об истребовании имущества из чужого незаконного владения (статьи 330, 338, 390 Гражданского кодекса) учитывают субъективную характеристику действий лица, которое без соответствующего правового основания владеет имуществом, обеспечивают определенный баланс интересов между собственником и добросовестным владельцем.

Следует отметить, что в земельном законодательстве такой способ защиты прав на землю, как виндикация вообще не упоминается. Формальных препятствий для применения виндикации в земельных отношениях нет. Применение комплексного подхода к регулированию гражданских, земельных, природо-ресурсных, экологических правоотношений представляется обоснованным с теоретической точки зрения и имеет практическое значение в сфере правоприменения, поскольку в реальной действительности одни правоотношения объективно существуют в сочетании с другими правоотношениями [5, с. 152]. Однако вопрос виндикации земельных участков является проблемным в судебной практике и юридической доктрине. По мнению А. И. Рипенко, поскольку в Украине регистрационные записи о правах на землю не имеют «абсолютного», то есть «неоспоримого» харак-

тера, могут быть отменены в случае неправомерного внесения, не во всех случаях свидетельствуют о наличии у лица, в отношении которого они совершены, соответствующего права, в предусмотренных законом случаях, земельный участок может быть истребован «настоящим владельцем» посредством института виндикации. [5, с. 3-4]. В соответствии с позицией А. М. Мирошниченко, существуют и аргументы в пользу «абсолютности» записи в реестре и невозможности виндикации. По мнению ученого, реестровые записи отменяются только на будущее, так как право у «зарегистрированного» «неправильного» владельца и при отчуждении земельного участка по недействительной сделке при совершении записи все-таки возникло, а предыдущий владелец права собственности лишился; изъятие земельного участка у нового «неправильного» владельца виндикацией не будет – оно может быть следствием применения другого способа защиты – реституции [11, с. 6-7]. Между тем, в соответствии с частью 1 статьи 216 Гражданского кодекса Украины недействительная сделка не создает юридических последствий, кроме тех, которые связаны с ее недействительностью. Таким образом, права собственности «неправильный» владелец не приобретает, если сделка, вследствие которой право должно возникнуть, является недействительной что, собственно, и обеспечивает возможность возврата каждой из сторон другой стороне в натуре всего, что она получила в результате этой сделки, то есть применение кондиции. Следует также заметить, что когда уполномоченный орган дважды распоряжается одним и тем же земельным участком (случай наложения участков), право собственности к приобретателю («вторичному», «неправильному» владельцу) не переходит, поскольку оно уже возникло у первого владельца, зарегистрировано им, и на момент принятия решения соответствующий орган не имел права распоряжения этим участком.

Ю. Ю. Попов справедливо замечает, что идея о кондиционном иске как о единственно эффективном спо-

собе защиты вызывает сомнения: по правилам о кондиции у владельца есть возможность вернуть свое имущество и от добросовестного приобретателя, поскольку последний приобретает право собственности не на основании статей 330, 388 Гражданского кодекса Украины, а на основании правила об «абсолютности» записи в реестре, то есть так же, как и недобросовестные приобретатели. С другой стороны, недобросовестный непосредственный приобретатель может предотвратить истребование у него земельного участка по правилам, если совершит отчуждение земельного участка в пользу другого, тоже недобросовестного по отношению к прежнему владельцу, лица [11, с. 11-12].

Исходя из принципа справедливости, добросовестности и разумности, положенного в основу регулирования имущественного оборота, интересы добросовестного приобретателя земельного участка нельзя игнорировать даже в споре с «настоящим владельцем». Ни реституция, ни кондиция не учитывают его интересов. Применение виндикации, как уже отмечалось, позволяет дифференцировать недобросовестного и добросовестного приобретателя, и согласовать интересы собственника и добросовестного приобретателя. Таким образом, конструкция виндикационного иска может быть применена и для защиты прав на землю. Такая возможность не исключается и судебной практикой. Согласно правовой позиции, выраженной в пункте 10 Постановления Пленума Верховного Суда Украины № 9 от 06.11.2009 г. «О судебной практике рассмотрения гражданских дел о признании сделок недействительными» решение суда об удовлетворении иска о возврате имущества, переданного по недействительной сделке, или истребовании имущества из чужого незаконного владения является основанием для осуществления государственной регистрации права собственности на имущество, подлежащее государственной регистрации, собственником, а также отмены предварительной регистрации. Как видим, ВСУ признает возможность применения



виндикации и в отношении имущества, подлежащего государственной регистрации, без каких-либо оговорок относительно земельных участков.

Заключение. Отказ от института виндикации в земельных отношениях является неэффективным. Однако возможность применения этого способа защиты блокируется тем, что сами основания виндикации, порядок ее применения, гарантии прав добросовестного приобретателя и взаимные расчеты между сторонами спора, урегулированы только гражданским законодательством. Правила, предусмотренные статьями 387-390 Гражданского кодекса Украины, являются слишком общими и не учитывают специфики земельных отношений.

Представляется, что в Земельном кодексе Украины следует прямо указать на возможность истребования из чужого незаконного владения (виндикации) земельных участков, права на которые зарегистрированы за приобретателем, в случаях и в порядке, предусмотренным действующим законодательством. Для защиты интересов добросовестного приобретателя в целях безопасности оборота целесообразно установить правило, в соответствии с которым право собственности у добросовестного приобретателя возникает и в случае приобретения участка у неуполномоченного лица, если приобретатель не знал и не должен был знать об отсутствии полномочия на отчуждение у такого лица.

Виндикация, как способ защиты субъективного права, сохраняет актуальность и в условиях введения регистрации прав на землю (ведение государственного реестра). Эффективность применения этого способа защиты может быть обеспечена закреплением в земельном законодательстве специальных правил виндикации, позволяющих учесть особенности земельных отношений.

Список использованной литературы:

1. Витрянский В.В. Проблемы арбитражно – судебной защиты гражданских прав участников имущественного оборота. / Витрянский В.В.// М.: СПАРК, 1996. –48 с.
2. Кулинич П. Право власності на землю: нові підходи до визначення змісту / П. Кулинич // Право України.– 2009.– №9.–С. 22–29.
3. Андрейцев В. І. Правовий режим землі як основного національного багатства / В. І. Андрейцев // Юридичний журнал. Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2002. – № 4. – С. 10-22.
4. Подцерковний О. П. Способи захисту прав у земельних відносинах / О. П. Подцерковний // Право України. – 2009.– №9.–С. 34–39.
5. Носік В. В. Земельне право у системі приватного і публічного права України: проблеми теорії і практики / В. В. Носік// Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». Том 23 (62) .– 2010.– №2.–С. 150–160.
6. Подцерковний О. П. В земельних відносинах суб'єкти господарювання потребують реального захисту, а не казуїстичного відмахування суддів / О. П. Подцерковний // Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції «Економіка – правові дослідження в XXI сторіччі». – [Електронний ресурс]. – Режим доступа: http://hozpravo.com.ua/conferences/frhiv/uchastnik.php?ELEMENT_ID=2767ID=300.
7. Цивільна справа N 2-2764-11 // Архів Ялтинського міського суду АРК.
8. Цивільна справа №2/0124/3885/2012 // Архів Ялтинського міського суду АРК/
9. Цивільна справа № 2-35/07// Лубенський міський районний суд Полтавської області. – [Електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/548104>.
10. Бринцев О. Застосування кондиції у земельних відносинах. / О. Бринцев // Право України.– 2009.– №9.–С. 68–73.
11. Мірошніченко А.М., Попов Ю.Ю, Ріпенко А.І. Земельні ділянки: виндикація, реституція, кондиція, визнання прав / А.М. Мірошніченко, Ю.Ю Попов, А.І. Ріпенко// Часопис Академії адвокатури України .– 2012. – №3.–С.1–24.
12. Постановление Пленума Верховного Суда Украины № 9 от 06.11.2009 г. «О судебной практике рассмотрения гражданских дел о признании сделок недействительными» – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09>.



ПРИРОДА ДОГОВОРНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ В СФЕРЕ МЕДИЦИНСКОГО ОБСЛУЖИВАНИЯ ГРАЖДАН

Т. ЗАВАРЗА,
соискатель Научно-исследовательского института частного права и предпринимательства
Академии правовых наук Украины

SUMMARY

The article explores the essence of the contractual obligations for health care services expanded, their place among the owner-contractor agreement and service contracts. The thesis of the variegated of contractual obligations in the area of health care is proved. On materials of judicial practice proves the necessity of different legal regulation of legal relations in the sphere of health care for citizens depending on whether or not materialized result. Special attention is paid to the enforcement of disputes arising in the case of inadequate medical care. The most common scientific views on the issues investigation is revealed.

Key words: medical care, the essence of the obligations, the owner-contractor agreement, contract services, medical products.

* * *

В статье исследуется природа договорных обязательств по медицинскому обслуживанию граждан, раскрывается их место среди подрядных договоров и договоров услуг. Обосновывается тезис о неоднородности договорных обязательств в сфере медицинского обслуживания. На материалах судебной практики доказывается необходимость различного правового регулирования правоотношений в сфере медицинского обслуживания граждан в зависимости от наличия или отсутствия овеществленного результата. Также уделяется внимание вопросам правоприменения при разрешении споров, возникающих в случае ненадлежащего медицинского обслуживания. Освещены наиболее распространенные научные взгляды на исследуемую проблему.

Ключевые слова: медицинское обслуживание, природа обязательств, договор подряда, договор услуг, медицинские изделия.

Постановка проблемы. В сфере правового регулирования медицинской деятельности недостаточно исследованным остается вопрос договорной ответственности лечебных заведений за вред, причиненный ненадлежащим врачеванием. Во времена Советского Союза эта проблема широко не обсуждалась, так как из-за доминирующей роли государства в сфере охраны здоровья отношения в сфере медицинского обслуживания преимущественно рассматривались как административно-правовые. После принятия в 1993 году Закона Украины «Основы законодательства Украины об охране здоровья» ситуация изменилась. Появление частного медицинского сектора, закрепление права на свободный выбор врача и лечебно-профилактического учреждения вывело отношения между пациентом и системой охраны здоровья на новый уровень – с тех пор их начали исследовать в рамках частноправовых отношений. Несмотря на это, при освещении вопросов ответственности за ненадлежащее лечение, внимание, прежде всего, уделяется правовым последствиям причинения вреда здоровью пациента.

Состояние исследования. Научные исследования природы договорных обязательств в сфере медицинского обслуживания граждан, как правило, ограничиваются изучением медицинской помощи как разновидности услуг. Отдельные аспекты этой проблемы изучали такие ученые, как М. И. Брагинский, Ю. Н. Андреев, Л. В. Санникова, но до сих пор вопрос о месте договоров по медицинскому обслуживанию в системе договорных обязательств

остается открытым. Следствием этого является практика правоприменения, при которой споры между лечебными учреждениями и пациентами решаются преимущественно на основании выводов судебных экспертиз. Целью статьи является попытка решения вопроса о природе договорных обязательств по медицинскому обслуживанию граждан.

Изложение основного материала. Отношения в сфере медицинского обслуживания могут возникать по

воле пациента и независимо от нее. К первому случаю относят большинство обычных обращений граждан к врачу, а ко второму – экстренные случаи предоставления помощи лицам, которые находятся в бессознательном состоянии из-за случайного заболевания или пострадали от несчастного случая [1, с. 29]. Отношения в сфере медицинского обслуживания, которые возникают по воле пациента, еще в советское время относили к договорным [2]. Договорные обязательства по оказанию медицинской помощи традиционно относят к сфере услуг. Поскольку специальное правовое регулирование договоров о медицинском обслуживании отсутствует, то считается, что на них распространяется действие норм Гражданского кодекса Украины в части общего регулирования услуг и законодательство в сфере прав потребителей. Мы считаем, что это спорный тезис, поскольку отдельные виды медицинского обслуживания предусматривают создание новых вещей – изделий медицинского назначения, например, протезов. Появление новой вещи нетипично для договоров услуг, предметом которых выступает деятельность, не имеющая вещественного выражения. На



неоднородность обязательственных отношений по медицинскому обслуживанию обращает внимание, в частности, М. И. Брагинский. К договорам по предоставлению медицинских услуг, которые выражаются в овеществленном результате (напр., протезирование), он предлагает применять конструкцию смешанного договора с элементами, которыми присущи признаки с одной стороны договора услуг, а с другого – подряда. Он считает, что к медицинским услугам в их чистом виде должны применяться нормы, которые регулируют предоставление платных услуг, а к обязательствам, непосредственно связанным с протезными работами, – по регулированию подрядных отношений [3, с. 227]. Противоположного мнения придерживается Ю. Н. Андреев, анализируя медицинские услуги, связанные с протезированием, установлением сердечного стимулятора, искусственной почки и т.п., он отводит им место исключительно среди услуг. Свою позицию он аргументирует тем, что конечной целью таких действий является предоставление медицинской помощи, облегчение страданий человека, а не создание овеществленного результата, следствием которого является прекращение договорных отношений [4, с. 23].

Проанализировав договорные отношения в сфере медицинского обслуживания, приходим к выводу, что в зависимости от результата медицинского вмешательства их можно распределить на несколько групп: 1) обязательства по изготовлению индивидуальных изделий медицинского назначения, которые могут быть отделены от физического лица без вреда для его здоровья; 2) обязательства по изготовлению и установке пациенту изделий медицинского назначения, которые не могут быть отделены от физического лица без вреда для здоровья; 3) обязательства по медицинскому обслуживанию, которые предусматривают исключительно деятельность по предоставлению медицинской помощи (услуг) и не связаны с изготовлением и установкой изделий медицинского назначения.

К первой группе договорных обязательств по медицинскому обслуживанию мы относим, например, изготовление съемных зубных протезов, протезов конечностей и т.п. Так, деятельность по изготовлению зубных протезов заключается в том, что лицо, которое имеет соответствующие знания и разрешение – врач, делает оттиск, по которому другое лицо – зубной техник, изготавливает соответствующее изделие. В результате пациент получает в собственность новую вещь – протез, которую может использовать постоянно или периодически, при этом может иметь несколько таких вещей одновременно. Эта вещь может легко отделяться от человека без вреда для его здоровья, и при этом сохраняет свои свойства. Таким образом, в ходе изготовления протезов врач не совершает действий по «сохранению или изменению состояния невещественных благ» лица, то есть не предоставляет услуги [5, с. 17].

Исходя из вышеизложенного, обязательствам по изготовлению индивидуальных изделий медицинского назначения, которые могут быть отделены от физического лица без вреда для его здоровья, присущи все конститутивные признаки договора подряда: 1) выполнение работы согласно задаче заказчика; 2) возникновение у подрядчика обязательства выполнить работу и передать результат заказчику, а также корреспондирующего ему обязательства заказчика принять результат и оплатить его; 3) то, что предмет договора подряда носит всегда индивидуальный характер [3, с. 212]. Так, протезы конечностей изготавливаются только по заказу пациента или его законных представителей, этот вид медицинского обслуживания ни при каких условиях не может предоставляться вне зависимости от воли человека, в отличие от других видов медицинской помощи (услуг). У лечебного учреждения, которое получает заказ на изготовление протеза, возникает обязательство выполнить работу и передать ее результат заказчику, а у пациента возникает обязанность оплатить работу. Ведь, не смотря на конституционное право на безвозмездную

медицинскую помощь, протезирование является платным согласно постановлению Кабинета Министров Украины от 17.09.1996 г. № 1138 «Об утверждении перечня платных услуг, которые предоставляются в государственных заведениях здравоохранения и высших медицинских учебных заведениях». Кроме того, предмет договора по изготовлению протезов всегда носит индивидуальный характер, поскольку такая вещь изготавливается с учетом личных параметров пациента. Если говорить о виде подрядных отношений, то обязательства по изготовлению изделий медицинского назначения, которые могут быть отделены от физического лица без вреда для его здоровья, имеют все признаки генерального бытового подряда, где подрядчик – лечебное учреждение – привлекает к выполнению работы других лиц (субподрядчиков) – зубных техников и т.п. При этом ответственность за работу субподрядчиков согласно ст. 838 Гражданского кодекса Украины несет подрядчик. Заказчик, то есть пациент, не имеет права предъявлять требования к субподрядчику, так же как и субподрядчик не может предъявлять претензий к пациенту.

Признание подрядными обязательствами по изготовлению индивидуальных изделий медицинского назначения, которые могут быть отделены от физического лица без вреда для его здоровья, имеет существенное правовое значение. Решая спор относительно качества указанных работ, необходимо исследовать наличие или отсутствие недостатков вещи, а не соответствие деятельности подрядчика по ее изготовлению нормативным требованиям. При этом нужно учитывать, что при проверке качества медицинских изделий учитывается как ряд законодательных требований, которые выдвигаются к данным вещам, так и соблюдение таких показателей качества как функциональная и эстетическая пригодность [6, с. 233]. Например, если зубной протез изготовлен с нарушением требований к его функциональности, то пациент будет ощущать дискомфорт при использовании, так же и при нарушении эстетических



показателей, например, неверном подборе цвета. Несоблюдение показателей качества вещи (а не действий по ее изготовлению) является основанием применения судом к подрядчику соответствующих мер ответственности. Анализируя судебную практику в делах по защите прав потребителей, Верховный суд Украины отметил следующее: «В случае если во время гарантийного срока необходимо определить причины потери качества продукции, продавец (исполнитель, производитель) обязан организовать проведение экспертизы продукции, которая проводится за счет последнего. Но закон не содержит положений о том, когда именно возникает необходимость в подтверждении недостатков товара экспертизой и кто определяет такую необходимость. Учитывая, что обязанность доказывания в делах этой категории полагается на продавца, он должен быть заинтересован в проведении экспертизы» [7]. Итак, при предъявлении претензий к качеству изделий медицинского назначения объектом экспертного исследования является сугубо изделие, а дополнительной гарантией прав потребителя должна стать законодательно закреплённая обязанность исполнителя организовать и оплатить проведение экспертизы.

Вторая группа договорных обязательств по медицинскому обслуживанию – это обязательства по изготовлению и установке пациенту изделий медицинского назначения, которые не могут отделяться от физического лица без вреда для здоровья. К этой группе можно отнести, например, имплантацию зубов, протезирование сердечных клапанов, и т.п. В этом случае предметом договора по медицинскому обслуживанию являются действия разнопланового характера. Во-первых, это изготовление изделия медицинского назначения, – искусственного клапана, зубного импланта, – которое создается по индивидуальным параметрам пациента, и от качества которого напрямую зависит качество медицинского обслуживания. Во-вторых, это действия по установлению изделия медицинского назначения, которые

заключаются во вмешательстве в организм пациента с использованием медицинским работником специальных знаний и умений. Исходя из этого, договор по изготовлению и установлению пациенту изделий медицинского назначения, можно считать сложным, то есть таким, который содержит элементы двух договоров. В части изготовления вещи по индивидуальным параметрам пациента, обязательства по медицинскому обслуживанию содержат признаки подрядных. Вместе с тем обязательствам по установлению медицинского изделия в тело пациента присущи все признаки услуг. Желательным (конечным) результатом выполнения обязательств по медицинскому обслуживанию является улучшение состояния здоровья пациента, улучшение его жизни. Кроме того, пациент получает в собственность новую вещь, которая хотя и не может быть отделена от него без вреда для здоровья или жизни (специфическая реализация права распоряжения), но находится в его полном владении и пользовании. Так, в одном из судов Украины рассматривалось дело о возмещении пациенту морального вреда и восстановлении положения, которое существовало до нарушения прав. Судом было установлено, что Управление охраны здоровья для выполнения операции по протезированию бесплатно выделило пациенту тотальный протез тазобедренного сустава. Операция была выполнена неудачно, в части бедренной кости осталось сверло, которое сломалось во время операции. Позднее была проведена операция по удалению протеза, в результате чего протез был испорчен, другого протеза у пациента не было, а лечебное учреждение отказывалось его предоставлять. В удовлетворении исковых требований было отказано на тех основаниях, что недостатки предоставления медицинской помощи во время оперативного вмешательства не были единственной причиной возникновения у истца послеоперационных осложнений, и между ними и ухудшением состояния здоровья истца существует не прямая, а опосредованная связь. Что же касается требо-

ваний о бесплатном предоставлении протеза, то суд пришел к выводу, что пациент не лишен права на повторное бесплатное получение протеза, а потому отсутствуют основания для удовлетворения требований пациента о передаче нового протеза [8]. В основу мотивировочной части решения суда были положены выводы экспертиза и не дана оценка тому факту, что услуга предоставлялась с использованием материалов заказчика-пациента.

В случае недостижения прогнозируемого результата при установлении медицинского изделия и возникновении спора, экспертному исследованию подлежит как качество медицинского изделия, установленного пациенту, так и качество услуг по его установке. Вопрос о качестве медицинского обслуживания в целом должен рассматриваться в рамках комплексной экспертизы. В этом случае следует использовать правило, предложенное М. И. Брагинским: к медицинским услугам в их чистом виде применять нормы, которые регулируют предоставления платных услуг, а к обязательствам, непосредственно связанным с протезными работами, – по регулированию подрядных отношений [3, с. 227]. Так, один из пациентов обратился в суд с требованием возместить вред. Он ссылаясь на то, что ему была проведена операция по эндопротезированию тазобедренного сустава. Однако после операции левая нога стала длиннее на 5 см. Позже ему стало известно, что во время операции отсутствовал нужный набор размеров протеза, а эндопротез должен был быть с керамической головкой, а оказался с металлической. Для исправления неудачного результата медицинского вмешательства пациент вынужден был обратиться в частное лечебное учреждение [9]. Данный случай ярко иллюстрирует тот факт, что исследованию в таких ситуациях подлежит не деятельность услугодателя по установке медицинского изделия, а собственно качество изделия, в частности, его функциональная пригодность. Следует отметить, что все составные искусственного эндопротеза подбираются врачом индивидуально



для каждого пациента, в зависимости от параметров последнего. То есть врач сначала выполняет работу по сбору протеза, а потом оказывает услугу по его установке. И даже стоимость такого протезирования состоит из двух составляющих: стоимости самого протеза и операции по его установке.

Третью группу обязательств по медицинскому обслуживанию составляет деятельность по предоставлению медицинской помощи (услуг), которая не связана с изготовлением и установкой пациенту изделий медицинского назначения. В этих случаях субъект медицинского обслуживания осуществляет деятельность, которая потребляется в процессе ее совершения, а результат такой деятельности не имеет материального выражения (овеществленного результата). Общеизвестным является то, что такому виду медицинского обслуживания присущи все признаки услуг. И в случае возникновения между сторонами спора относительно качества медицинского обслуживания решается вопрос о соответствии деятельности по предоставлению медицинской помощи (услуг) стандартам и клиническим протоколам. Во время рассмотрения таких дел суды должны применять нормы законодательства, которые регулируют обязательства по предоставлению услуг.

Выводы. Итак, исследуя правовую природу договорных обязательств в сфере медицинского обслуживания, мы пришли к выводу, что она неоднородна. Такая ситуация обусловлена наличием овеществленного результата в некоторых случаях медицинского вмешательства. Так, обязательствам по изготовлению индивидуальных изделий медицинского назначения, которые могут быть отделены от физического лица без вреда для его здоровья, присущи все признаки подрядных. И в случае возникновения спора относительно качества изделия медицинского назначения применению подлежат нормы права, которые регулируют подрядные правоотношения. А обязательства по изготовлению и установке пациенту изделий медицинского назначения, которые не могут

быть отделены от физического лица без вреда для здоровья, являются сложными, и содержат элементы двух договоров – подрядного и договора услуг. Если же медицинское обслуживание предусматривает исключительно деятельность по предоставлению медицинской помощи (услуг) и не связано с изготовлением и установкой изделий медицинского назначения, то между сторонами возникают обязательства по предоставлению услуг. Необходимо помнить, что при решении спора суды обязаны выяснять правовую природу взаимоотношений, которые сложились между сторонами. Это позволит избежать ситуаций, когда спор между пациентом и лечебным учреждением решается исключительно на основании выводов судебно-медицинской экспертизы.

Список использованной литературы:

1. Человек и медицина в современном праве : учебное и практическое пособие / Малеина М. Н. – М. : БЕК, 1995. – 260 с.
2. Савицкая А. Н. Возмещение ущерба, причиненного ненадлежащим лечением. – К. : Вища школа, 1982.
3. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М. : Статут, 2011. – 1055 с.
4. Андреев Ю. Н. Платные медицинские услуги. Правовое регулирование и судебная практика. – М. : «Ось-89», 2007. – 400 с.
5. Санникова Л. В. Обязательства об оказании услуг в российском гражданском праве. – «Волтерс Клувер», 2007. – 112 с.
6. Гринчуцкий В. І. Економіка підприємства : навч. посібник / В. І. Гринчуцкий, Е. Т. Карапетян, Б. В. Погрішук. – К. : Центр учбової літератури, 2010. – 304 с.
7. Аналіз судової практики з розгляду цивільних справ про захист прав споживачів (2009-2012 рр.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/cf16b389fdf2aaec2257b25004550d7?OpenDocument>.

8. Рішення Шевченківського районного суду м. Києва у справі № 2610/25254/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31253050>.

9. Ухвала Старосамбірського районного суду Львівської області у справі № 2-472/11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/20947323>.



НАУЧНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ СУБЪЕКТИВНЫХ ПОЛИТИЧЕСКИХ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА В УКРАИНЕ

Т. ЗАВОРОТЧЕНКО,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории государства и права,
конституционного права и государственного управления, председатель совета молодых ученых
юридического факультета Днепропетровского национального университета имени Олеся Гончара

SUMMARY

Theoretical approaches to the definition of political rights and freedoms of man and citizen. Investigated different opinions of scientists regarding the essence of this type of rights, and overall system. Proposed his own point of view about the importance of political rights and freedoms of man and citizen. It is proved that the political rights and freedoms in a democratic society, reinforcing the will of the people and each person, in ensuring their protection from the arbitrariness of state power. The author proves that the idea of universal equality of people, which originated in the old period, along with the idea of human rights were not implemented and in the middle ages, but they were not forgotten and continued to grow in different forms and directions.

Key words: political rights and freedoms of man and citizen, civil society, democracy, individual, man and society.

* * *

Рассмотрены теоретические подходы к определению политических прав и свобод человека и гражданина. Исследованы разные мнения ученых, касающиеся сущности данного вида прав человека, а также их общая система. Предложена собственная точка зрения на значение политических прав и свобод человека и гражданина. Доказывается, что политические права и свободы в демократическом обществе, закрепляя волю народа и каждого человека, обеспечивали их защиту от своеволия государственной власти. Обосновывается, что идея всеобщего равенства людей, которая возникла в древний период, а вместе с тем и идея прав человека не были реализованы и в средние века, но они не были забыты и продолжали развиваться в разных формах и направлениях.

Ключевые слова: политические права и свободы человека и гражданина, гражданское общество, демократическое государство, личность, человек и общество.

Постановка проблемы. Повышение авторитета государства, углубление прозрачности деятельности его органов в сфере обеспечения субъективных политических прав и свобод человека и гражданина, по нашему мнению, требует осуществления научного исследования. Без сомнения, можно утверждать, что государство способно принимать активное участие в обеспечении всех без исключения конституционных прав и свобод человека и гражданина. Каждая группа прав и свобод по-своему является важной. Вместе с тем, субъективные политические права и свободы человека и гражданина являются своеобразным индикатором демократического развития, реализация которых требует надлежащего обеспечения со стороны государственных органов. Если вопросам научно-правового исследования личных конституционных прав и свобод человека и гражданина посвящено значительное количество научных работ, то совсем не много из них исследуют конституционные политические права и свободы человека и гражданина. Причин этому, наверное, много. Одна из них – так называемая «непопулярность» указанных прав и свобод в советский период. И только после провозглашения независимости Украины они приобрели качественно новое значение. Ярким примером их популярности стали события вокруг выборов Президента Украины 1994 года. Благодаря реализации гражданами права на участие в митингах и демонстрациях Украинский народ выбрал путь демократического развития государства.

Следует отметить, что проблемы субъективных политических прав и свобод человека и гражданина неоднократно были предметом исследования юридической науки. Среди российских и украинских ученых, которые исследовали указанные проблемы, необходимо выделить

С.А. Авакьяна, А.С. Автономова, С.С. Алексеева, Ю.Н. Алистратова, П.В. Анисимова, М.В. Баглая, Н.С. Бондаря, А.Ю. Бузина, В.В. Букача, Н.В. Васильеву, Н.В. Витрука, Л.Д. Воеводина, Л.И. Глухарёву, А.В. Грабильникова, Ю.А. Дмитриева, М.В. Зайцеву, А.А. Златопольского, Е.И.

Козлову, А.Н. Кокотова, М.И. Кукушкина, О.Е. Кутафина, В.В. Лазарева, А.И. Лепёшкина, Е.А. Лукашеву, Н.И. Матузова, А.А. Мишина, А.Ю. Олейника, В.Ф. Погорилко, И.В. Ростовщикова, Ф.М. Рудинского, М.М. Утяшева, И.Е. Фарбера, В.Е. Чиркина, В.М. Чхиквадзе, Б.С. Эбзеева.

Целью статьи является исследование субъективных политических прав и свобод человека и гражданина с самого начала существования такого института конституционного права как права человека и осуществление комплексного подхода к изучению политических прав и свобод граждан.

Изложение основных положений. До последнего времени комплексных научных исследований, касающихся политических прав и свобод человека и гражданина, в Украине не осуществлялось. Исключения составляют исследования отдельно взятых политических прав, речь о которых пойдет ниже. Теоретической основой исследования являются данные, полученные из научных работ, касающихся указанной проблемы. Становление и развитие политических прав и свобод человека и гражд-



данина неразрывно связано с генезисом и эволюцией содержания самого принципа формального (правового) равенства в разные эпохи и в разных обществах.

Философской основой этого института политических прав и свобод человека и гражданина является учение о свободе как о естественном состоянии и высшей ценности человека. Проблемы прав человека всегда были, есть и будут в центре внимания, особенно политические, поскольку исследование этих вопросов мы находим в работах древних философов. Политические права и свободы отразились на характере государства, поскольку стали ограничением их всевластия, способствовали установлению демократического взаимодействия между государственной властью и индивидом, освободив последнего от чрезвычайной опеки и принуждения его воли и интересов со стороны властных структур. Формирование правового государства было бы невозможным без утверждения в общественном сознании свободы и прав человека [1, с. 12]. Проблема личности, ее прав и обязанностей, их генезис и назначение являются одной из вечных проблем политической и правовой мысли, которая прошла сквозь тысячелетия [2, с. 63]. Поэтому с целью успешного изучения проблемы «государства, права и личности, ее соответствия уровню современных знаний о человеке и обществе юридическая наука ориентируется не только на этико-правовые понятия свободы человека, но и на философские, социально-исторические понятия» [3, с. 71]. Так, исследование вопросов свободы человека, его основных прав, принципов соотношения и взаимодействия государства и личности мы находим в философских трудах Аристотеля, Сократа, Платона, Эпикура, Протагора, Ф. Аквинского, М. Цицерона, Г. Гроция, Б. Спинозы, Дж. Локка, Ш. Монтескье. Эти теории развивались и совершенствовались украинскими мыслителями П. Орликом, Г. Сковородой, Т. Шевченко, И. Франко, М. Драгомановым, Л. Украинкой, М. Грушевским, Б. Кистяковским и другими [4, с. 4].

Представители естественно-пра-

вовой школы (Платон, Аристотель, Г. Гроций, Ж.-Ж. Руссо, Ш. Монтескье, И. Кант и другие) впервые обосновали необходимость создания гарантий обеспечения прав и свобод человека, подчёркивая, что главным гарантом при этом должно быть государство. Так, Платон в своей работе «Государство» отмечает, что идеальное государство может быть при условии, если не будет частной собственности и деления людей на свободных и рабов. Основное внимание философ акцентирует на идее равенства. В своем учении о политике Аристотель отмечал, что политика – это наука о наивысших благах человека и государства-полиса.

Гуго Гроций является типичным представителем голландской буржуазии и рационалистом. В своей книге «О праве войны и мира» он отстаивал идею юридического равенства, которая более всего соответствует потребностям рыночных отношений и перерастает в буржуазную законность. Гроций старался доказать, что в обществе должно существовать равенство бедных и богатых.

Одним из ярких мыслителей во всей истории философских учений о праве, государстве и законе был Жан-Жак Руссо. В работе «Об общественном договоре, или Принципы политического права» он говорит о создании такой формы ассоциации, которая могла бы защищать и ограждать всей силой личность и имущество каждого из членов ассоциации [5, с. 37].

Глубокая философская разработка проблем права, государства и закона связана с творчеством Канта. Основной трансцендентальной идеей и первым постулатом кантовской этики является свобода человека, которая определяет содержание моральной независимости и автономии личности, ее способность и право самостоятельно устанавливать необходимые правила поведения и следовать им без внешнего давления [6, с. 69].

Значительной доработкой в отношении развития политических прав и свобод человека и гражданина являются работы Ш. Монтескье. Главным предметом и ценностью его философско-правовых исследований, которые отстаиваются им, являет-

ся политическая свобода. Отмечая разные значения понятия «свобода», Ш. Монтескье в своей работе «О духе законов» отмечал, что нет слова, которое имело бы столько разных значений, как «свобода» [7, с. 73], и касалось политических и личных свобод. Политические права в раннем буржуазном обществе трудно было отделить от личных. Условно к политическим можно отнести сопротивление угнетению, свободное выражение мысли, равный доступ ко всем постам общественных должностей и занятий, право требовать у любого должностного лица отчета о его деятельности. Безусловно, политическим правом было заключение «общественного договора» для создания общественного союза, ассоциации (государства), призванных осуществлять «общее благо».

Однако в буржуазных теориях индивидуальная свобода (сфера личных прав) определялась как истина, а политическая – только как гарантия свободы индивидуальной. Такие приоритеты были выдвинуты в работах Б. Константа, где указывалось, что не равное со всеми участие в политических делах, а личная независимость составляет главную потребность личности. По нашему мнению, из стремления гарантировать личную свободу и независимость и из стремления оградить индивида от вмешательства государства возникает разграничение основных прав и свобод на права и свободы человека и гражданина.

Проблема свободы отдельного человека (в том числе и политической) занимает ключевое место во всем учении Дж. Локка. Причем, он не просто декларирует желательность такой свободы, но и теоретически обосновывает ее необходимость, конкретизирует пути и формы ее обеспечения в своих концепциях неотчуждаемых естественных прав, общественного договора об образовании государства, индивидуального согласия на членство в данном государстве, целях и пределах государственных полномочий, разделении власти, правомерности сопротивления незаконным действиям власти и т.д.

Свои представления о свободе и законе в государственном состоянии



Дж. Локк формулирует таким образом: «свобода людей, которые находятся под властью правительства, состоит в том, чтобы пользоваться постоянным правилом для жизни, общим для каждого в этом обществе и установленным законодательной властью, созданной в нем; это – свобода прислушиваться к собственному желанию во всех случаях, если этого не запрещает закон, и не быть зависимым от непостоянной, неопределенной, неизвестной самовластной воли другого человека» [8, с. 23].

Фундаментальное значение свободы для человеческого бытия в целом выражает место и роль права в общественной жизни людей. Процесс, который наблюдается в истории освобождения от разных форм личной зависимости, угнетения и подчинения, – это одновременно и правовой прогресс, прогресс в правовых (и государственно-правовых) формах выражения, существования и защиты этой свободы, которая постоянно развивается. В этом аспекте можно отметить, что всемирная история представляет собой прогрессирующее движение к все большей свободе все большего числа людей. С правовой же точки зрения этот процесс означает, что все больше людей (представители новых слоев и классов общества) определяются формально равными субъектами права [9, с. 25]. Известно, что исторической реальностью являлись открыто реакционные учения о правах человека, положения человеческой личности в обществе, а также той или другой мерой основанная на них соответствующая социальная практика. Так, взглядами известного древнекитайского теоретика-легиста Шан Яна на положение человеческой личности в государстве и обществе были очень отдаленные представления, касающиеся обязательности закона для всех, о равенстве подданных перед законом и другие. Наоборот, он определил и обосновал необходимость полного подчинения и бесправия подданных царской власти и государству в целом. Однако эта реакционность не дает никаких оснований для того, чтобы опровергать подобные утверждения как определенные теории прав личности. Тем

более, что и реакционность нередко воспринимается не сразу и далеко не всеми, а наоборот – соответствующие теории могут искренне обосновываться как самые гуманные, самые справедливые, а носителями могут выступать их же социальные жертвы.

Один из первых теоретиков и основоположников идеи фатального неравенства людей был Ф. Ницше, который провозгласил принцип неминуемого деления людей от природы (по биологическим признакам) на высших и низших, на «сверхлюдей» и «толпу». Он утверждал, что требование равенства низшими – это не более, чем ерунда и господствующая несправедливость. Испанский философ Ортега-и-Гассет абсолютно откровенно выразил надежду на то, что наступит время, когда общество «по праву и по всей справедливости» организуется в два класса: избранных и обычных [10, с. 33].

Практическое выражение этой идеи в правовых актах того времени неминуемо носило существенно-ограничительный характер и представляло собой закрепление существенных прав и свобод (вольностей). Вместе с тем, это было исторически перспективное направление, которое повлияло на формирование тех тенденций и юридических конструкций прав и свобод человека, с которыми, в свою очередь, связаны современные представления о правах человека.

С точки зрения истории прав человека, следует выделить определенную содержательную связь, логику последовательности и момент развития в ряде таких актов, как английские Великая Хартия Вольностей (1215 г.), Петиция о правах (1628 г.), Habeas Corpus Act (1679 г.), Декларация прав (1688 г.), Билль о правах (1689 г.); американские Декларация права Вирджинии (12 июня 1776 г.), Декларация независимости Соединенных Штатов Америки (4 июня 1776 г.), Конституция США (1789-1791 гг.); французская Декларация прав человека и гражданина (1789 г.); Всеобщая декларация прав человека (1948 г.), текущие акты о правах человека. Анализ перечисленных правовых документов позволяет выявить пути и логику формирования

юридических норм и конструкций в области прав и свобод человека и гражданина. Утверждение этих норм и конструкций сначала в состоятельном-ограниченном варианте, потом происходит дальнейшее развитие начальной модели, обогащение ее содержания и постепенное распространение ее в той или другой модификации и модернизации на другие социальные общности, и наконец, мы наблюдаем признание универсального характера достижений наиболее развитых стран в области прав человека современным мировым сообществом и, как следствие, международно-правовые (в соединении с внутригосударственными возможностями и усилиями) формы и средства для их утверждения во всех государствах и национально-правовых системах.

В дальнейшем французские философы XVII-XVIII веков в разработке своих концепций исходили из признания примата естественного права над позитивным. По их мнению, в разумном обществе государственные законы должны соответствовать принципам естественного права, а поэтому их необходимо закреплять в действующих нормах позитивного права. Важным был и их вывод о том, что демократия базируется на принципе, что правительство существует для того, чтобы служить народу, а не народ – правительству. Суверенитет принадлежит народу, и народ является единственным источником власти [11, с. 105].

Существенные изменения в жизнедеятельности человека, которые произошли во второй половине XX века, значительно усугубили проблемы политических прав и свобод человека и гражданина. Они приобрели исключительное значение в жизни общества, превратились в нормативную форму взаимодействия индивидов, общества и государства, в своего рода институт, который стал восприниматься как индикатор сущности того или другого государства. Кроме того, они стали существенным фактором развития современного общества и определенным показателем прогресса. Из периферии общественной жизни проблема прав человека переместилась в его центр. Прежде



всего, это связано с тенденцией формирования правового государства, целью которой является защита прав человека, обеспечение достоинства личности как необходимого компонента культуры общества, внедрившая многовековые представления о правах человека, и которая самоопределяется и освобождается от нищеты, насилия и унижения личности [12, с. 15].

Учитывая остроту поднятой проблемы, следует обратить внимание на то, что права и свободы человека и гражданина находятся в центре внимания общества на протяжении всего исторического развития Украины. Совсем не равнодушными к проблемам прав человека, в частности политических, были писатели и поэты. Так, Т. Шевченко в своих произведениях «Гайдамаки» (1841), «Завещание» (1845) и других воспевал родную Украину, ее обездоленный и бесправный народ, который не в состоянии был вести борьбу против волеволия господ и который лишился права на мирные собрания, касающиеся своей жизни, не знал к кому обращаться за защитой своих прав.

Выразителем идей буржуазного либерализма в отношении царского режима был Н. Костомаров (1817-1885), который возглавил либерально-буржуазное крыло тайной политической организации в Украине – Кирилло-Мефодиевское братство (1846-1847). Так, взгляды Н. Костомарова освещались в программных документах, сущность которых сводилась, прежде всего, к отмене крепостного права, юридического закрепления равенства, свободе совести, а также установления демократического режима и создания общеславянской федерации с широкой политической автономией объединенных народов.

Выводы. Таким образом, начало двадцатого столетия было наполнено духом демократического подъема украинского народа, который старался бороться за свою независимость. Именно надлежащее гарантирование политических прав и свобод в Конституции Украинской Народной Республики содействовало подъему народных масс. К большому сожалению,

Украина больше семидесяти лет была лишена права на построение независимого государства, в котором бы надлежащим образом реализовывались политические права и свободы человека и гражданина. Именно поэтому в советский период исследованиям политических прав и свобод человека и гражданина было посвящено незначительное количество научных работ.

Список использованной литературы:

1. Права человека: Учебник для вузов / Отв. ред. – член-корр. РАН, д-р юрид. наук Е.А. Лукашева. – М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА, 1999. – 573 с.
2. Кучинский В.А. Личность, свобода, право. – М.: Юрид. лит., 1978. – 207 с.
3. Мальцев Г.В. Социалистическое право и свобода личности (теоретические вопросы): Монография. – М.: Юрид. лит., 1968. – 143 с.
4. Заворотченко Т. Конституционно-правовые гарантии прав и свобод человека и гражданина в Украине: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / НАН Украины, Институт государства и права им. В.М. Корецького. – К., 2002. – 19 с.
5. Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права / Подгот. В.С. Алексеев. – М.: Наука, 1969. – 704 с.
6. Философия Канта и современность / Под общ. Ред. чл.-кор. АН СССР Т.И. Ойзермана. – М.: Юрид. лит., 1974. – 499 с.
7. Монтескье Ш. Избранные произведения. – М.: Госполитиздат, 1955. – 798 с.
8. Гуренко М.Н. Зарождение и становление идеи гарантий прав и свобод человека и гражданина в либеральной теоретико-правовой мысли: Монография. – К., 2000. – 167 с.
9. Нерсесянц В.С. Философия права: Учеб. для вузов. – М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА, 1999. – 652 с.
10. Бережнов А.Г. Права личности: некоторые вопросы теории. – М.: Изд-во МГУ, 1991. – 142 с.
11. Тимченко Л.Д. Международ-

ное право: Учебник. – Х.: Консум; Ун-т внутр. дел, 1999. – 528 с.

12. Сурмин Ю.П. Права человека в социологическом измерении // Научный вестник Днепропетровского юридического института Министерства внутренних дел Украины. – 2001. – № 2 (5). – С. 15-27.



ПРИВАТИЗАЦИЯ КАК СОСТАВЛЯЮЩАЯ ЧАСТЬ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ РЕФОРМЫ

С. ЗАДЕРЕЙКО,

ассистент кафедры конституционного и административного права
Киевского национального экономического университета имени Вадима Гетьмана

SUMMARY

The article is devoted to the privatization as a key component of economic reform. Defines the role of privatization in economic reform, analyzes the legislative framework (Constitution, laws, by-laws and regulations) privatization as part of economic reforms, the goal is defined, the basic principles and objectives of privatization as part of economic reforms, investigate the efficiency of the administrative and legal support existing activities in the privatization of state property to ensure the provisions of the Constitution of Ukraine, the implementation of the public interest, as well as increased revenues to the state budget, showing the main problems to be solved in the area of privatization, at the present stage of economic reform in Ukraine.

Key words: privatization, property, ownership, economy, economic reform, public policy, public administration, the base of acquisition of ownership.

* * *

Статья посвящена характеристике приватизации как одной из основных составляющих экономической реформы. Определяется роль приватизации при осуществлении экономической реформы, анализируются законодательные основы (Конституция Украины, законы Украины, подзаконные нормативно-правовые акты) проведения приватизации как составляющей экономической реформы, определяется цель, основные принципы и задачи приватизации как составляющей экономической реформы, исследуется эффективность административно-правового обеспечения проводимых мероприятий по приватизации государственного имущества в целях обеспечения положений Конституции Украины, реализации публичных интересов, а также увеличения доходов государственного бюджета, обозначаются основные проблемы, требующие решения в сфере приватизации, на современном этапе проведения экономической реформы в Украине.

Ключевые слова: приватизация, собственность, право собственности, экономика, экономическая реформа, государственная политика, государственное управление, основания приобретения права собственности.

Постановка проблемы в общем виде и ее связь с важными научными и практическими заданиями. Переход к рыночной экономике в Украине нуждается в осуществлении ряда экономических реформ, большинство из которых связано с проблемой собственности, в частности – изменения формы собственности. Именно прочная связь приватизации с вопросами реформирования системы права собственности обуславливает то, что процессы приватизации в Украине уже долгое время остаются одной из наиболее актуальных тем юридической науки и практики.

Будучи одной из важнейших составляющих формирования рыночной экономики, необходимой предпосылкой создания эффективных частных собственников (среднего класса), специальным основанием возникновения права собственности, приватизация, безусловно, является одним из краеугольных камней социально-экономических реформ. В то же время указанная сфера остается такой, в которой возникает наибольшее количество проблем. Государственная политика в сфере приватизации не может быть признана эффективной по ряду причин, каждая из которых требует отдельного анализа. В то же время ключевой проблемой является то, что концепция осуществления экономических реформ и политика в сфере приватизации не согласуются надлежащим образом

между собой, процесс приватизации не осознается на концептуальном уровне и не реализуется на практике как важнейшая составляющая экономической реформы, широкомасштабный социально-экономический проект трансформации государственной собственности, что, в свою очередь, обеспечивает актуальность темы исследования, которая усиливается отсутствием научных трудов по соответствующей проблематике.

Анализ последних исследований и публикаций, в которых начато решение данной проблемы и на которые опирается автор, выделение нерешенных частей общей проблемы, которым посвящается данная статья. Различные аспекты по вопросам приватизации отражены, в той или иной степени, в работах Ю.В. Алданова, Н.С. Демченко,

Я.А. Жалило, А.Р. Зельдина, В.М. Трубарова, М.В. Четова и др.. В то же время следует отметить, что вопросы приватизации рассматривались с точки зрения цивилистической, уголовно-правовой, экологической и т.п. наук, но комплексное исследование процесса приватизации именно как составляющей экономической реформы не проводилось.

Целью данной статьи является характеристика процесса приватизации как одной из основных составляющих экономической реформы.

Для достижения поставленной цели автором будут решаться следующие задачи:

- определить роль приватизации при осуществлении экономической реформы;
- проанализировать законодательные основы проведения приватизации как составляющей экономической реформы;
- определить цели, основные принципы и задачи приватизации как составляющей экономической реформы;
- очертить основные проблемы, требующие решения в сфере приватизации на современном этапе проведения экономической реформы.

Изложение основного материала



исследования. Цель экономической реформы для стран постсоветского пространства можно определить как достижение оптимальной доли государственной собственности в экономике путем приватизации и обеспечения эффективного управления этой государственной собственностью. Последствия приватизации не ограничиваются переходом права собственности, а должны включать и усиление государственной поддержки предприятий, остающихся в государственной собственности за счет высвобождения определенных ресурсов. Следует отметить, что в большинстве развитых стран мира такая доля составляет до 25% (например, в Канаде, Англии, Италии – около 15%, в США и Германии – около 20%, в Польше – 25%) [1]. Конечно, экономика Украины требовала значительного уменьшения доли государственной собственности для достижения оптимального результата и реализации задач экономической реформы. Действенным инструментом должна была стать приватизация – платное отчуждение имущества, находящегося в государственной собственности, в том числе вместе с земельным участком государственной собственности, на котором расположен объект, подлежащий приватизации, в пользу физических и юридических лиц, которые могут быть покупателями [2], с целью повышения социально-экономической эффективности производства и привлечения средств на структурную перестройку экономики Украины. В то же время, признавая ведущее место приватизации в осуществлении экономической реформы, следует согласиться с мнением Я.А. Жалила о недопустимости подмены настоящей стратегической цели – построения дееспособной конкурентоспособной экономической системы фрагментарными частными целями, а именно – приватизацией, как это произошло на рубеже 80-90-х под влиянием в значительной степени субъективных политических факторов [3].

Сегодня доля госсектора в ВВП Украины составляет 37% и должна быть снижена до 25-30% [4]. Однако следует отметить, что это только цифровые показатели, которые не отражают эффективности или неэффективности процесса. Осуществление приватизации, безусловно, требовало и

требует создания надлежащего правового основания. Анализируя современное законодательство Украины в сфере приватизации, можно условно разделить его на несколько отдельных групп.

Первая группа включает нормативно-правовые акты стратегического направления, обеспечивающие концептуальные основы осуществления приватизационных процессов, в частности законы Украины «О приватизации государственного имущества» от 04.03.1992 года, «О приватизационных бумагах» от 06.03.1992 года, «О приватизации небольших государственных предприятий (малой приватизации)» от 06.03.1992 года, «О фонде государственного имущества» от 09.12.2011, «О государственной программе приватизации» от 13.01.2013 и др.

Вторая группа – нормативно-правовые акты, определяющие особенности осуществления приватизации в определенных областях, в частности законы Украины «О приватизации государственного жилищного фонда» от 19.06.1992 года, «Об особенностях приватизации имущества в агропромышленном комплексе» от 10.07.1996 года, «Об особенностях приватизации объектов незавершенного строительства» от 14.09.2000 года и др.

Третья группа – нормативно-правовые акты, определяющие порядок осуществления приватизации, программные документы. В частности, в эту группу могут быть включены Постановление Верховной Рады Украины «О Государственной программе приватизации имущества государственных предприятий» от 07.07.1992 года, Постановление Верховной Рады Украины «О Государственной программе приватизации» от 26.01.1994 года, Указ Президента Украины «О Государственной программе приватизации на 1997 год» от 06.05.1997 года, Закон Украины «О Государственной программе приватизации» от 03.06.1997 года, Указ Президента Украины «О Государственной программе приватизации на 1998 год» от 21.01.1998 года, Закон Украины «О Государственной программе приватизации» от 12.02.1998 года и другие. Указанная группа вызывает наибольшее количество вопросов, поскольку нормативно-правовые акты, которые принимались для обеспечения непо-

средственного осуществления приватизационных процессов чаще всего так и не вступали в силу, противоречили друг другу. Сегодня приватизация государственного имущества осуществляется в соответствии с приоритетами, условиями и механизмами приватизации, предусмотренными Государственной программой приватизации на 2012-2014 годы.

Четвертая группа – нормативно-правовые акты, касающиеся отдельных объектов приватизации, в частности законы Украины «О перечне объектов права государственной собственности, не подлежащих приватизации» от 07.07.1999 года, «О перечне памятников культурного наследия, не подлежащих приватизации» от 23.09.2008 года и др.

Рассматривая вопросы законодательного обеспечения приватизации, следует отметить, что оно не ограничивается специальным законодательством в указанной сфере. Учитывая то, что конечным результатом приватизационного процесса является изменение формы собственности, необходимо обеспечение надлежащего уровня защиты и охраны прав частных собственников, создание нормальных условий функционирования приватизированных предприятий. Так, ведущее место в правовом регулировании собственности, безусловно, принадлежит Гражданскому кодексу Украины.

Отдельно следует отметить Закон Украины «Об акционерных обществах» от 17 сентября 2008 года, который помимо других целей направлен на усовершенствование механизмов корпоративного управления. Длительное отсутствие надлежащего регулирования указанной сферы тормозило развитие фондового рынка, препятствовало распространению методики приватизации госпредприятий через его механизмы.

В соответствии с требованиями ч. 2 ст. 19 Конституции Украины деятельность органов государственной власти должна осуществляться в пределах полномочий и способом, определенными Конституцией и законами Украины. В связи с этим, на сегодняшний день одним из самых актуальных вопросов является длительная деятельность Фонда государственного имущества Украины без принятия специального



закона, так как Закон «О Фонде государственного имущества» был принят только 09.12.2011 г. До принятия вышеупомянутого закона, Фонд государственного имущества Украины как орган государственной власти действовал на основании постановления Верховной Рады Украины от 07.07.1992 года № 2558-ХІІ «О временном положении о Фонде государственного имущества Украины».

К актуальным вопросам относятся также разработка и утверждение отраслевых программ реформирования и развития стратегических отраслей (или изменения к ним) с определением сроков, условий и способов приватизации предприятий этих отраслей, пересмотр критериев отнесения объектов государственной собственности к таким, что не подлежат приватизации, и существенное уменьшение их количества, принятие изменений к нормативно-правовым актам, которые обеспечивают прозрачность процесса приватизации.

Одним из объяснений неэффективности приватизации является непонимание сути данного процесса его исполнителями, или же умышленное перекручивание целей и задач приватизации для получения собственной экономической выгоды. Исходя из определения приватизации, приведенного в статье 1 Закона Украины «О приватизации государственного имущества», целью приватизации является повышение социально-экономической эффективности производства и привлечение средств на структурную перестройку экономики Украины. Основными приоритетами приватизации является повышение эффективности производства и мотивации к труду, ускорение структурной перестройки и развития экономики Украины. Кроме того, приватизация должна осуществляться на основе принципов законности; государственного регулирования и контроля; предоставление гражданам Украины приоритетного права на приобретение государственного имущества; предоставление льгот для приобретения государственного имущества членам трудовых коллективов приватизируемых; обеспечение социальной защищенности и равенства прав участия граждан Украины в процессе приватизации; продажи объектов приватизации с уче-

том их индивидуальных особенностей исключительно за денежные средства; приоритетного права трудовых коллективов на приобретение имущества своих предприятий; создание благоприятных условий для привлечения инвестиций; соблюдения антимонопольного законодательства и др. [5].

Следует отметить, что определенные в законодательстве приоритеты не всегда соблюдаются, а задачи реализуются не в полной мере, что противоречит достижению основной цели приватизации. Анализируя главные проблемы приватизационного процесса в Украине, причины неэффективности государственной политики в указанной сфере, можно выделить следующие аспекты.

Во-первых, не принятие во внимание объективных предпосылок осуществления приватизации, к которым относятся:

- попытка проведения разгосударствления и приватизации государственного имущества в ускоренном темпе, когда скорости приватизации отдавался безусловный приоритет относительно других целевых ориентиров изменения формы собственности (повышение эффективности управления, конкурентоспособности, формирование рыночной среды и т.д.), что привело к нарушению основного правила: государство может оставлять экономику только тогда, когда будут сформированы и эффективно действовать полноценные рыночные механизмы». [6] Ускоренная приватизация стала причиной формирования большого количества частных предприятий без образования критической массы эффективных собственников, способных осуществлять эффективную экономическую стратегию и вести конструктивную конкурентную борьбу, значит приватизация при таких условиях имела дезорганизационный эффект который на длительное время перевесил конструктивный эффект институционального совершенствования национальной экономики [7];

- отсутствие развитых институтов, необеспеченность практической реализации юридического права собственности на приватизированное имущество в процессе организации финансово-хозяйственной деятельности предприятий, отсутствие действующего порядка

государственного использования ресурсной базы, разграничение отношений власти и собственности, эффективной системы управления и контроля [8];

- низкий уровень коммерциализации государственных предприятий до начала приватизации [9].

Во-вторых, противоречивость и непоследовательность самого процесса приватизации, смешивания целей и средств их достижения. В частности, среди основных недостатков практического осуществления процесса приватизации необходимо определить следующие:

- вопреки основной цели – повышению социально-экономической эффективности производства и привлечения средств на структурную перестройку экономики Украины, «использование средств от приватизации главным образом на техническое и технологическое обновление производства» [10], приватизация используется как источник наполнения государственного бюджета. Такая «латентная» цель приватизации стала настолько устоявшейся, что даже в юридической литературе приватизация иногда рассматривается как источник наполнения государственного бюджета. Так, В.М. Трубаров пишет: «Приватизация имущества предприятий, выступая одним из факторов формирования негосударственного сектора экономики, до сих пор не обеспечила условий повышения эффективности финансово-хозяйственной деятельности корпораций и частных предприятий. Кроме того, приватизация не обеспечила ожидаемого значительного прироста бюджетных доходов» [11];

- слабая связь приватизационных процессов с процессом комплексного стратегического развития экономики, отсутствие связи со стратегией реформирования отношений собственности в целом и в производственном секторе экономики в частности, несистемный характер приватизации, что, в частности, проявляется в том, что она проводится выборочно за счет исключения предприятия из списка тех, которые не подлежат приватизации, путем внесения изменений в Закон Украины «О перечне объектов права государственной собственности, не подлежащих приватизации»;

- не принятие во внимание межго-



траслевых связей в экономике, сосредоточение процесса приватизации только на ключевых отраслях (например, нефтегазовый сектор);

- использование неадекватных методов приватизации, которая осуществлялась в основном с формальной (разгосударствления) или фискальной (финансирование дефицита бюджета) целью, «вместо критерия действительного повышения эффективности использования ресурсов, находящихся в распоряжении приватизированного предприятия» [12];

- неэффективность предприватизационной подготовки объектов, отсутствие четкого порядка проведения приватизационных аукционов и критериев для применения различных вариантов сокращения доли государственной собственности (например, выпуск акций, продажа доли, передача в управление) [13];

- непрозрачность процесса приватизации, благодаря чему государство не получает максимальную цену за приватизируемые активы, необоснованные запреты приватизации, приводящих к использованию государственного имущества не по назначению, его разрушение, отчуждение по нелегальным схемам и, как следствие, потери инвестиционной привлекательности. Кроме того, управление имуществом, которое осталось в государственной собственности, осуществляется профильными министерствами, которые также осуществляют регуляторные функции, что приводит к конфликту интересов [14].

В-третьих, отсутствие системной поддержки как новых частных владельцев, так и государственных предприятий, не подлежащих приватизации.

Выводы. Учитывая вышесказанное, можно сделать вывод, что, несмотря на длительный период, приватизация сегодня не заняла должного места в структуре экономической реформы, что связано как с подменой ее главной цели, так и неэффективностью и несистемным характером практического ее проведения. Хотя приватизация рассматривается как специальное основание приобретения права собственности. [15], латентной ее целью стало наполнение государственного бюджета. Кроме того, сегодня вопрос прива-

тизации в Украине требует глобального пересмотра в связи с изменением мировой экономической ситуации, которая не оставила Украину вне зоны влияния.

Как отмечает Г. Минцберг, люди строят стратегию для одного времени, а пользуются ею, не осознавая подмены, – совсем в другом [16]. Мировой валютно-финансовый кризис, создав, с одной стороны, критические условия функционирования национальной экономики, с другой – стал рычагом для выявления противоречий и диспропорций как в развитии национальной экономики в целом, так и в осуществлении приватизации в частности, заставил поставить вопрос об эффективности государственной политики и необходимости разработки новой стратегии в данной сфере. Дальнейшее внедрение экономической реформы требует принятия мер как стратегического, так и оперативного антикризисного направления, пересмотра принципов и подходов к процессу приватизации с учетом современных условий, совершенствования законодательства по вопросам приватизации и принятия новой Государственной программы приватизации, которая будет отвечать современному стратегическому курсу страны в сфере экономики. Необходимо принятие изменений в нормативно-правовых актах, по обеспечению прозрачности процесса приватизации, направленные на совершенствование управления процессом приватизации.

Список использованной литературы:

1. Програма економічних реформ на 2010-2014 роки «Заможне суспільство, конкурентноспроможна економіка, ефективна держава» [Текст]/ [Електронний ресурс].-Режим доступу: http://www.president.gov.ua/docs/Programa_reform_FINAL_1.pdf. Назва титулу з екрану.
2. Про приватизацію державного майна [Текст]: Закон України від 04.03.1992 №2163-ХІІ// Відомості Верховної Ради України.- 1992.- № 24.- ст. 349
3. Жаліло Я. А. Теорія та практика формування ефективної економічної

стратегії держави: монографія [Текст]/ Я.А.Жаліло – К.: НІСД, 2009. – 336 с. – С. 42

4. Програма економічних реформ на 2010-2014 роки «Заможне суспільство, конкурентноспроможна економіка, ефективна держава» [Текст]/ [Електронний ресурс].-Режим доступу: http://www.president.gov.ua/docs/Programa_reform_FINAL_1.pdf. Назва титулу з екрану.

5. Про приватизацію державного майна [Текст]: Закон України від 04.03.1992 №2163-ХІІ// Відомості Верховної Ради України.- 1992.- № 24.- ст. 349

6. Гальчинський, А. С. Помаранчева революція і нова влада [Текст] / А.С.Гальчинський – К.: Либідь, 2005. – 368 с. – С. 161.

7. Жаліло Я. А. Теорія та практика формування ефективної економічної стратегії держави: монографія [Текст]/ Я.А.Жаліло – К.: НІСД, 2009. – 336 с. – С. 238

8. Трубаров В.М. Механізми взаємозв'язку процесів приватизації і державного управління бюджетними доходами: Автореф. дис... канд. наук з держ. упр.: 25.00.02 / В.М. Трубаров; Донец. держ. ун-т упр. — Донецьк, 2006. — 20 с. – С.6

9. Колодко Г. Уроки десяти лет постсоциалистической трансформации // Вопросы экономики. – 1999. – № 9. – С.22.

10. Постанова Верховної Ради України від 19.10.1994 року № 216/94-ВР «Про доповідь Президента України «Про основні засади економічної та соціальної політики» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=216%2F94-%E2%F0&p=1276536801625423>. 14.07.2010 р. Назва титулу з екрану.

11. Трубаров В.М. Механізми взаємозв'язку процесів приватизації і державного управління бюджетними доходами: Автореф. дис... канд. наук з держ. упр.: 25.00.02 / В.М. Трубаров; Донец. держ. ун-т упр. — Донецьк, 2006. — 20 с. – С.1

12. Жаліло Я. А. Теорія та практика формування ефективної економічної стратегії держави: монографія [Текст]/ Я.А.Жаліло – К.: НІСД, 2009. – 336 с. – С. 43



13. Програма економічних реформ на 2010-2014 роки «Заможне суспільство, конкурентноспроможна економіка, ефективна держава» [Текст] / [Електронний ресурс].-Режим доступу: http://www.president.gov.ua/docs/Programa_reform_FINAL_1.pdf. Назва титулу з екрану.

14. Програма економічних реформ на 2010-2014 роки «Заможне суспільство, конкурентноспроможна економіка, ефективна держава» [Текст] / [Електронний ресурс].-Режим доступу: http://www.president.gov.ua/docs/Programa_reform_FINAL_1.pdf. Назва титулу з екрану.

15. Алданов Ю.В. Приватизація державного майна як спеціальна підстава набуття права власності: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ю.В. Алданов; Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. — К., 2006. — 20 с. — С. 1

16. Стиглиц, Дж. Глобализация. Тревожные тенденции. — М.: Мысль, 2003. — С. 98.

«OPT-OUT CLAUSES» КАК ИНСТРУМЕНТ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРУДОВЫХ СПОРОВ

С. ЗАПАРА,

кандидат юридических наук, доцент, декан юридического факультета
Сумского национального аграрного университета

SUMMARY

The article is devoted to study of the concept of «opt-out clauses» as an instrument of labour disputes resolution in Ukraine. Ukrainian theorists of law have been looking for optimal labour disputes resolution system as a new Labour Code is to be considered in the national Parliament in the nearest future. Having studied international practices, the author of the publication suggests that it is appropriate to include «opt-out clauses» in the new model of labour disputes resolution in Ukraine. The need for development of social dialogue in particular and social labour relations in general calls forth the above suggestion. The publication presents the considerations and findings of the author.

Key words: «opt-out clauses», parties of a labour dispute, labour dispute, disputes of rights, disputes of interests, individual labour disputes, collective labour disputes.

* * *

Представленная статья посвящена изучению понятия «opt-out clauses» как инструмента в разрешении трудовых споров в Украине. В связи с тем, что Украина находится на пороге принятия нового Трудового кодекса, украинское научное сообщество находится в поиске оптимальной системы разрешения трудовых споров. Автор публикации, исследуя данную категорию и учитывая зарубежный опыт, предлагает в новой Модели разрешения трудовых споров в Украине применить «opt-out clauses». Данное предложение продиктовано необходимостью развивать социальный диалог в частном и социально-трудовые отношения Украины в целом. Рассуждения и выводы автора на указанную тему изложены в данной публикации.

Ключевые слова: «opt-out clauses», стороны трудового спора, трудовая юстиция, трудовой спор, споры о правах, споры об интересах, индивидуальные трудовые споры, коллективные трудовые споры.

Постановка проблемы в общем виде. Понятие «opt-out clauses» – относительно новая категория в украинском правовом поле. Однако содержательная составляющая данного понятия в контексте принятия нового Трудового кодекса Украины и формирования модели разрешения трудовых споров в Украине представляет особый интерес для изучения и применения на практике.

Степень научного изучения вопроса, связанного с отклонениями от существующей договорной практики, в Украине является невысокой. На современном этапе институт «opt-out clauses» с предложенным подходом не был предметом изучения. Отдельные публикации, в той или иной мере имеющие отношение к предмету нашего исследования, были представлены такими авторами, как А.В. Дзера, А.С. Довгерт, Н.С. Кузнецова, В.М. Коссак, В.В. Луць, З.В. Ромовская, Н.М. Сибилёв, В.В. Витрянский и другими авторами.

Отдельные аспекты данной проблемы изучались в диссертационных работах С.А. Бородовского, Р.А. Лидовец, Н.П. Апанасюк, И.Р. Калаур, В.Г. Олюха, Н.Н. Процкив, Г.В. Цират, А.В. Луць, Я.А. Чапичадзе, Е.А. Беляневич, В.А. Васильева, В.П. Янышен, Л.М. Николайчук. Однако применительно к тематике предложенного исследования данный институт не рассматривался.

Формулирование целей исследования. Целью данной публикации является анализ понятия «opt-out clauses» как потенциального инструмента правового регулирования трудовых споров.

Изложение основного материала исследования. Понятие «opt-out clauses» встречается в европейском правоприменении. Данная категория понимается как пункт договора, предусматривающий возможность для



подписанта самостоятельно выбирать одно из особых условий договора либо его прерывать [1].

Традиционно, ожидания лиц, пребывающих в трудовых отношениях, имеют императивный характер. Однако укрепляет свою позицию тенденция в украинском обществе, связанная с увеличением самостоятельного значения регулирования трудовых отношений. Иными словами, участники правоотношений все больше осознают, что в значительной мере «их судьба находится в собственных руках».

С точки зрения развития трудовых отношений диспозитивный характер правового регулирования набирает новое актуальное значение в современных условиях и заслуживает дополнительного внимания с точки зрения инновационных подходов. Государственная политика, устанавливающая минимальные гарантии при реализации трудовых отношений, является гарантом законности, обеспечивает регулятивную функцию в установлении и развитии трудового права. Всё большее значение в рыночных условиях приобретает договорное начало, что способствует формированию полноценных субъектов, в т.ч. трудовых отношений, и принуждает пересматривать традиционные подходы в регулировании правовых отношений.

Институт «opt-out clauses» является одним из способов правового регулирования трудовых отношений. Смысл его заключается в законной возможности отклониться от действующей нормы, установив при этом оптимальный вариант правового регулирования имеющихся социально-трудовых отношений.

Разумеется, при этом предполагается, что данная возможность создается для ограниченного круга правовых вопросов. Следует учитывать, что существует риск предвзятого отношения работодателя при формировании таких норм, позволяющих отклониться от имеющихся правил и использовать эту ситуацию в собственных корыстных целях. Однако сама практика «opt-out clauses» имеет глубокий смысл и особенно важна для государств, имеющих посттоталитарную историю. В таком случае воспитание ответственной гражданской позиции – длительный

процесс, исключающий моментальное осознание себя полноценным участником правоотношений. Но постепенно должно прийти не только понимание необходимости соблюдения правил поведения, а и их создания. Одним из таких инструментов и является «opt-out clauses».

По нашему мнению, применение данного института в новой модели разрешения трудовых споров может способствовать развитию социально – трудовых отношений в Украине. На данный момент Национальная служба посредничества и примирения совместно со шведской организацией «Sida» выступила инициатором создания новой модели разрешения трудовых споров. По их инициативе на протяжении 2012-2013 гг. в Украине реализуется проект привлечения сторон социального диалога и внешних экспертов в сфере трудовых отношений для разработки основных положений реформирования существующей системы разрешения трудовых споров и создания предпосылок для её дальнейшего развития. В данной публикации используется авторский опыт участия в этой экспертной работе.

Новая модель разрешения трудовых споров в Украине предусматривает по установленной европейской практике разделение трудовых споров на споры права и споры интересов. При этом порядок разрешения трудовых споров предусматривает минимальное количество этапов, каждый из которых имеет реальную возможность для достижения сторонами взаимоприемлемого решения по сути спора с предоставлением права сторонам трудового спора определять особенности осуществления процедуры внесудебного рассмотрения трудового спора в трудовом договоре или коллективном соглашении соответствующего уровня.

Указанная практика «opt-out clauses» сопоставима с нормой шведского закона, которая позволяет сторонам отклониться от определенных положений этого закона путем формулирования альтернативных положений в коллективных соглашениях, заключенных национальными или отраслевыми организациями профсоюзов и работодателей. По мнению шведского эксперта Йорана Тругена, применение

данных норм позволяет зрелым, равно-великим сторонам создать альтернативу законодательным актам, а внесение подобного права создает социальным партнёрам, считающим себя «зрелыми», законную возможность создать «собственную» процедурную систему, зафиксированную в коллективном соглашении [2]. Старший советник по правовым вопросам Национальной службы посредничества Швеции Курт Ерикссон считает, что «может быть кого-то и удивит тот факт, что шведское государство, организовав Национальную службу посредничества, чтобы поспособствовать эффективному процессу формирования заработной платы и усилить контроль над посредничеством, позволила сторонам создавать – в рамках коллективных соглашений – собственные системы. Это объясняется двумя обстоятельствами: глубоким убеждением шведов, что коллективным соглашениям следует отдавать преимущество перед законами и осознанием, что стороны несут совместную ответственность за результат. При этом государство не позволило сторонам формировать свои системы исключительно на собственное усмотрение. Соглашение о процедурах ведения переговоров не будет зарегистрированным и не приобретет правомерности, если оно не соответствует поставленным в законе требованиям» [3]. Подобное уточнение прекрасно характеризует причину и следствие возможного отклонения от действующих норм.

Не приуменьшая значение закона как нормативно-правового акта высшей юридической силы, которая регулирует самые важные общественные отношения путём закрепления обязательных правил (норм), принятых в установленном порядке, отметим, что в отдельных случаях присутствуют существенная «распорошенность» законодательных норм или чрезмерная их «урегулированность».

Напомним, что защита трудовых прав в Украине осуществляется как в индивидуальном, так и в коллективном порядке. Нормы, регулирующие порядок разрешения трудовых споров в Украине при этом размещены в различных нормативно-правовых актах и зачастую предусматривают сложный механизм правоприменения.



Так, **индивидуальные трудовые споры** включают *досудебный* порядок разрешения, предусмотренный главой XV Кодекса законов о труде Украины (далее КЗоТ), Законом Украины «О международном частном праве» [4] (определяет особенности регулирования трудовых отношений иностранцев и лиц без гражданства, работающих за пределами страны), Законом Украины «О прокуратуре» [5], Законом Украины «О судостроительстве и статусе судей» [6], Законом Украины «О государственной службе» [7], Законом Украины «О милиции» [8] и *судебный* порядок, предусмотренный Гражданским процессуальным кодексом Украины [9], Кодексом административного судопроизводства Украины [10]. Правоприменение трудового законодательства осуществляется также с учетом Постановлений Верховного Суда Украины [11].

Коллективные трудовые споры предусматривают *досудебный порядок разрешения трудовых споров* и разрешаются в соответствии с Законами Украины «О порядке разрешения коллективных трудовых споров (конфликтов)» [12], «О коллективных договорах и соглашениях» [13], «О социальном диалоге в Украине» [14], «О профсоюзных союзах, их правах и гарантиях деятельности» [15], «Об организациях работодателей» [16], «О местных государственных администрациях» [17], «О местном самоуправлении в Украине» [18] и нормативных актах Национальной службы посредничества и примирения (далее – НСПП).

Следует добавить, что в Украине, несмотря на обширную практику заключения коллективных договоров, присутствует норма, предоставляющая свободу сторонам в перезаключении коллективного договора. А именно, ст. 9 Закона Украины «О коллективных договорах и соглашениях» определяет возможность после окончания срока действия коллективного договора, соглашения продолжение его действия до того времени, пока стороны не заключат новый или пересмотрят действующий, если иное не предусмотрено договором, соглашением. Считаю, что данная практика не в полной мере соответствует социально-экономической ситуации в стране и ограничивает развитие социально-трудовых отношений.

Определение конкретного срока действия коллективного договора позволяет создать постоянную перспективу для переговоров, развития социального партнёрства, укрепления прав сторон в трудовых отношениях. Напротив, постоянная пролонгация заключенного трудового договора ведёт к нивелированию договорного процесса, «устареванию» норм коллективного соглашения.

Рассмотрим возможные «opt-out clauses» в модели разрешения трудовых споров более подробно.

В новой модели разрешения трудовых споров предполагается два способа разрешения трудовых споров: *внесудебный и судебный*. При этом внесудебный порядок включает два этапа: переговоры и *трудоустройств. арбитраж*. Следует отметить, что новая модель не предполагает создание дополнительной загруженности для судебной системы, уделяя принципиальное внимание внесудебной стадии, которая и должна стать основным способом устранения трудовых конфликтов. Особое значение в этом процессе уделяется именно стадии переговоров. Повсеместное содействие переговорному процессу, способствующему разрешению трудового спора по сути, является важнейшей задачей при создании эффективной системы разрешения трудовых споров.

По нашему мнению, переговоры также следует условно разделить на переговоры, предшествующие выдвижению письменного требования о проведении переговоров (консультации, предусматривающие возможность достигнуть компромисса, уступить, отказаться от требований и пр.) и собственно официальные переговоры.

Моментом возникновения трудового спора следует считать день, когда одна сторона (сторона-заявитель) обратилась к другой стороне с требованием о проведении официальных переговоров о правах по вопросам, которые не были отрегулированы во время предыдущих консультаций и являются предметом трудового спора для его разрешения по сути. Вторая сторона обязана вступить в переговоры в определённый законом срок.

Переговоры происходят непосредственно между сторонами спора. В случае неразрешения спора, к переговорам

привлекаются более опытные представители, которые способны предложить взаимоприемлемые варианты решения, содействующие разрешению спора по сути на этапе переговоров, а именно: представители профсоюзов/организации работодателей или другое уполномоченное работником/работодателем лицо – при споре отдельного работника и работодателя и представители территориальных или отраслевых организаций профсоюзов и работодателей и их объединений – для разрешения споров на локальном уровне; представители национальных профсоюзов и организаций работодателей и их объединений – для разрешения споров на отраслевом и территориальном уровнях.

Если переговоры завершаются принятием решения, стороны фиксируют его в форме соглашения. После её подписания стороны обязаны выполнять договорённости, которые были достигнуты в результате переговоров.

Сторона-заявитель должна информировать НСПП о результатах переговоров – разрешении либо неразрешении спора.

Продолжительность ведения переговоров определяют стороны спора, но не более максимального срока, установленного законом.

Если по результатам переговоров трудовой спор о правах не разрешен, то он передаётся на второй этап разрешения – рассмотрение трудовым арбитражем.

Сторона-заявитель трудового спора о правах подаёт в НСПП или её территориальные отделения (в зависимости от уровня, на котором возник спор) письменное обращение установленного образца и соответствующие документы, необходимые для рассмотрения спора в трудовом арбитраже.

Порядок создания и деятельности трудового арбитража, а также предмет спора, подлежащий рассмотрению трудовым арбитражем, определяются специальным законом и конкретизируются в соответствующем положении, которое разрабатывается НСПП.

Как видим, в переговорном процессе предусматриваются различные особенности, зависящие от специфики предприятия, отрасли, опыта участников трудовых отношений в ведении социального диалога и пр. «Opt-out



clauses» позволяет сторонам учесть собственные особенности, создавая собственную внесудебную процедуру. Прежде всего, речь идет о решении в обязательном порядке рассматривать споры о правах с применением внесудебных процедур.

Спор об интересах разрешается исключительно во внесудебном порядке путём посредничества. Общий порядок и максимальные сроки осуществления этой процедуры устанавливаются законом.

Особенности процедур разрешения спора об интересах, в том числе относительно привлечения представителей организации профсоюзов и организации высшего уровня и создания условий для работы независимых посредников, определяются сторонами в отдельном разделе коллективного договора, соглашения (если коллективный договор или соглашение заключаются впервые – в специальном соглашении) относительно порядка ведения коллективных переговоров.

Спор об интересах возникает с момента, когда стороны, исчерпав все предусмотренные средства для урегулирования разногласий за время коллективных переговоров, не пришли к согласию относительно подписания нового коллективного договора, соглашения или внесения изменений в них.

О возникновении спора сторона-заявитель информирует центральный офис НСПП – в случае возникновения трудовых споров на отраслевом и национальном уровнях и территориальные отделения НСПП – в случае возникновения трудовых споров на локальном и территориальном уровнях. Сторона-заявитель присылает письменное обращение к НСПП о направлении независимого посредника (посредников) для содействия в урегулировании разногласий, дополняя перечень спорных положений, являющиеся предметом спора.

НСПП после получения обращения регистрирует трудовой спор об интересах и назначает независимого посредника (посредников) для содействия в разрешении трудового спора.

Подписание коллективного договора, соглашения приводит к разрешению спора об интересах. В случае нового коллективного договора, соглашения стороны имеют право на акции про-

теста. О своём решении относительно проведения акции протеста, сторона, которая его приняла, информирует НСПП за пять календарных дней. На этот период по решению НСПП может быть продолжена работа независимого посредника.

Выводы. Таким образом, новая украинская модель разрешения трудовых споров должна быть изложена в специальном законе Украины, а особенности внесудебного рассмотрения трудовых споров будут предусмотрены в коллективных договорах и соглашениях, а случае их отсутствия – в специальном соглашении относительно разрешения трудовых споров. Внесудебный порядок разрешения трудовых споров может быть предусмотрен и в трудовом договоре (контракте). При этом коллективные договоры и соглашения могут предусматривать отклонения от предусмотренных законом норм, в частности относительно приоритетности разрешения трудового спора во внесудебном порядке, сроков проведения переговоров, условий привлечения к переговорам представителей организаций работодателя, подачи дела на рассмотрение трудового арбитража и в других случаях.

Список использованной литературы:

1. English Dictionary. Definition of «opt-out clause» // [Электронный ресурс]. – Режим доступа /<http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/opt-out-clause>
2. Трутен Й. Зведені аналіз і коментарі шведських експертів, присвячені проекту концепції нової моделі вирішення трудових спорів в Україні // Стокгольм. – 14 грудня 2012 року. – С. 2
3. Еріксон К. Посередництво у вирішенні трудових спорів: досвід Швеції // Стокгольм. – 2012 р. – С. 12.
4. Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 року № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України, 2005, № 32, ст.422
5. Про прокуратуру: Закон України від 5 листопада 1991 року № 1789-XII // Відомості Верховної Ради України, 1991, № 53, ст.793
6. Про судоустрій та статус суддів:

Закон України від 7 липня 2010 року № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України, 2010, № 41-42, №43, № 44-45, ст.529

7. Про державну службу: Закон України від 16 грудня 1993 року № 3723-XII // Відомості Верховної Ради України, 1993, № 52, ст.490

8. Про міліцію: Закон України від 20 грудня 1990 року № 565-XII // Відомості Верховної Ради УРСР, 1991, № 4, ст. 20.

9. Цивільний процесуальний кодекс України прийнятий Верховною Радою України 18 березня 2004 року № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України, 2004, № 40-41, 42, ст.492.

10. Кодекс адміністративного судочинства України прийнятий Верховною Радою України 6 липня 2005 року № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35-36, № 37, ст.446.

11. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 9 від 06.11.92 «Про практику розгляду судами трудових спорів»

12. Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів): Закон України від 3 березня 1998 року № 137/98-ВР // Відомості Верховної Ради України, 1998, № 34, ст.227

13. Про колективні договори та угоди: Закон України від 1 липня 1993 року № 3356-XII // Відомості Верховної Ради України, 1993, № 36, ст.361

14. Про соціальний діалог в Україні: Закон України від 23 грудня 2010 року № 2862-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2011, № 28, ст.255

15. Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності: Закон України від 15 вересня 1999 року № 1045-XIV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1999, № 45, ст.397.

16. Про організації роботодавців: Закон України від 24 травня 2001 року № 2436-III // Відомості Верховної Ради України, 2001, № 32, ст. 171.

17. Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 9 квітня 1999 року № 586-XIV // Відомості Верховної Ради України, 1999, № 20-21, ст.190.

18. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 року № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1997, № 24, ст.170.



ЗНАЧЕНИЕ ПРЕЮДИЦИИ И ПРЕЦЕДЕНТА В ПРАВЕ

Е. ЗИМЕНКО,

аспирант Запорожского национального университета

SUMMARY

The paper investigates the importance of prejudice and precedent in the law, approaches to their understanding, problems in its use. The essence of prejudice and precedent in law was discovered, peculiar features of their relationship are determined, importance in the mechanism of legal regulation. Comparative study of prejudice and precedent was conducted. It was concluded that prejudice and precedent are realized by their reflection in a judgement, which, in turn shall meet the requirements of legality and validity; the system of justice existing now in Ukraine does not conform to European standards, so important conditions of law enforcement activity are to provide of unity of judiciary practice, improve condition of execution of judgements, adaptation of the national legislation to the legislation of the European Union.

Key words: prejudice, prejudiciality, precedent, mechanism of legal regulation, law enforcement, judgement.

* * *

В научной статье исследуется значение преюдиции и прецедента в праве, подходы к их пониманию, проблемные вопросы применения. Раскрыта сущность преюдиции и прецедента в праве, определены их особенности и соотношение, значение в механизме правового регулирования. Проведен сравнительный анализ преюдиции и прецедента. Сделаны выводы о том, что реализация преюдиции и прецедента происходит путем их отображения в судебном решении, которое, в свою очередь, должно соответствовать требованиям законности и обоснованности; существующая в настоящее время в Украине система правосудия не соответствует европейским стандартам, поэтому важными условиями правоприменительной деятельности являются обеспечения единства судебной практики, улучшение состояния исполнения судебных решений, адаптация национального законодательства к законодательству Европейского Союза.

Ключевые слова: преюдиция, преюдициальность, прецедент, механизм правового регулирования, правоприменение, судебное решение.

Целью данного исследования является раскрытие сущности, места, механизма реализации прецедента и преюдиции в праве, определения их соотношения, особенностей и значения в механизме правового регулирования.

Для достижения поставленной цели необходимо решить следующие задания: дать правовую характеристику и осуществить сравнительный анализ преюдиции и прецедента.

Предметом исследования является место преюдиции и прецедента в праве.

Методологической базой исследования являются сравнительно-правовой и формально-логический методы.

Актуальность темы. В современных условиях глобализационных процессов постоянно происходит сближение национального законодательства с международным, поэтому прецедент и преюдиция, как составляющие элементы механизма правового регулирования, занимают важное место в праве.

Исследованием данной проблематики занимались Т. Анакина, Т. Апарова, Р. Искендеров, О. Кучинская, Р. Майдалик, В. Масюк, Р. Ляшенко, Д. Шилин, С. Шевчук, В. Ягодзинский и др.

Прецедент – praecedens – это слово латинского происхождения. В этимологическом понимании оно означает: предыдущий, такой, который идет впереди. В широком понимании прецедент – это общее правило, при соблюдении которого опыт, имевший место ранее, явля-

ется примером для выводов в последующих случаях подобного рода [1, с. 232].

В узком (юридическом) понимании прецедент – это юридическое правило, при котором, решению по конкретному юридическому делу уполномоченного органа предоставляется общеобязательное значение при рассмотрении подобных юридических дел в будущем [2, с. 125]. Прецедент – это случай, который служит примером, для разрешения следующих ситуаций подобного рода.

Доктрина прецедента появилась в Англии после унификации судебной системы, основанной на иерархии судов. Принцип общеобязательного соблюдения прецедента лежит в основе той части доктрины, которая относится к правилам применения прецедентов. Этот принцип имеет название «stare decisis», что означает обязанность следовать прецеденту [3].

По мнению Т.Н. Анакиной, судебный прецедент – это решение суда по конкретному делу, которое имеет обязательный характер при решении следу-

ющего дела, какое касается аналогичных или достаточно близких вопросов (обстоятельств дела), и благодаря своей определяющей важности направлено на обеспечение ценности, согласованности и последовательности правовой системы, в рамках которой оно применяется. Такое определение может использоваться во внутреннем порядке и в праве Европейского Союза. Судебный прецедент может выступать в таких формах: а) как решение суда, в случае, когда идет речь о его внешней форме выражения; б) как принцип, который берется за основу следующего решения; в) как правило, то есть регулятор общественных отношений, в виде образца применения действующих норм права либо для создания новых норм (правоположений) [4].

Характеризуя современную теорию прецедента, можно сделать вывод, что нижестоящий суд обязан соблюдать правовые принципы, ранее изложенные судьей высшего суда, при рассмотрении того же типа дела. Существуют определенные условия эффективной работы такой системы. Должна существовать база данных, соответствующая определенным требованиям. Прецеденты должны быть расположены по отраслям и институтами права и упорядочены в хронологическом порядке, должны содержать данные о суде, который выносил ре-



шение; база данных должна содержать текст решения [5, с. 29].

Итак, следует согласиться с такой точкой зрения, поскольку важным является определение роли и места прецедента в механизме правового регулирования. Взаимодействие прецедента с другими элементами механизма правового регулирования происходит путем его отражения в процессе правоприменения в судебной практике.

Важным шагом в процессе интеграции нашей страны в мировое сообщество и международные стандарты стало создание и введение в действие Единого государственного реестра судебных решений, который является доступным для использования и ознакомления. Использование Реестра дает возможность анализировать и обобщать судебную практику согласно отраслям и институтам права, способствует улучшению принципа единства судебной практики, делает невозможным принятие различных решений по аналогичным делам.

Проблемой правоприменения прецедента в национальном праве является отсутствие законодательного закрепления самого термина «прецедент». Согласно ст. 8 Конституции Украины признается и действует принцип верховенства права, все законы принимаются на основе и согласно Конституции. Верховная Рада Украины является единственным законодательным органом. Закон – это нормативно-правовой акт, принимаемый в особом порядке органом законодательной власти, имеет высшую юридическую силу и регулирует наиболее важные общественные отношения [6, с. 194]. Таким образом, закон регулирует права, свободы и обязанности человека и гражданина, гарантирует каждому право на защиту. Одной из разновидностей последнего является право обращения в суд для защиты нарушенных прав или свобод. Статьями 124, 129 Конституции закреплен принцип обязательности решений суда, что, в свою очередь, означает, что судебная защита – универсальная форма защиты лицом своих прав и законных интересов, которая может быть применена в отношении всех без исключения правоотношений, возникающих в государстве [7, с. 158].

С принятием ряда законодательных актов, а именно: Закона Украины

«О Концепции Общегосударственной программы адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского Союза» от 21.11.2002 г., Закона Украины «Об Общегосударственной программе адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского Союза» от 18.03.2004 г., Закона Украины «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» от 23.02.2006 г., в национальном правовом пространстве решения Европейского суда признаны источником права. Деятельность Европейского суда базируется на прецедентных началах, поскольку при вынесении решения, суд ссылается на свои предыдущие решения по аналогичным делам или делам одинаковой категории.

В настоящее время в механизме правового регулирования происходит процесс усиления роли судебной практики и судебного правотворчества. Исходя из принципа общеобязательности судебных решений, в соответствии с Конституцией, положениями ст. 111-28 Хозяйственного процессуального кодекса Украины, ст. 360-7 Гражданского процессуального кодекса Украины, ст. 458 Уголовно-процессуального кодекса Украины, закреплен принцип обязательности решений Верховного Суда Украины (далее ВСУ), в частности, ст. 297-10 Кодекса Украины об административных правонарушениях предусмотрена ответственность за невыполнение постановления ВСУ, а ст. 382 Уголовного кодекса Украины предусмотрена ответственность за невыполнение решений суда. Справедливым будет вывод, что решение ВСУ носят прецедентный характер, но в отличие от судов англо-американской правовой системы, ВСУ не имеет права законодательной власти.

Следует отметить, что согласно существующей исторической традиции и господствующей в Украине концепции «устоявшейся судебной практики» судебные решения признаются источником права, хотя на практике решения высших судов и апелляционных судов признаются авторитетным источником для установления содержания права и имеют фактическую силу, поскольку закон определяет по этим судебными инстанциями соответственно наблюдательную и апелляционную юрисдик-

ции, а выводы, которые содержатся в решениях Верховного суда Украины по вопросам неодинакового применения норм материального права кассационной инстанцией, являются обязательным изложением украинского права и потому связывают нижестоящие суды Украины [8, с. 44]. Таким образом, решения вышестоящих судов, а именно: Высшего административного суда Украины, Высшего специализированного суда Украины, Высшего хозяйственного суда Украины могут служить аналогом судебных прецедентов.

Итак, прецедентное право стало частью отечественного права, поскольку судебный прецедент существует де-факто, а это является показателем судебного правотворчества. Утверждению судебного прецедента в Украине способствует тот факт, что наше государство признало европейское право, которое формируется преимущественно как прецедентное, а потому для определения истинной роли прецедента в системе формальных источников права Украины особое значение имеет именно законодательное закрепление [9, с. 27].

Судебное правотворчество должно соответствовать правовым требованиям и правовой реальности настоящего времени, а потому суды при вынесении решений находятся на шаг впереди от имеющейся законодательной базы, которой должны руководствоваться при осуществлении судопроизводства. Законодательный процесс требует постоянного и непрерывного приведения в соответствие с нормами международного права.

В соответствии с тематикой данной статьи, следует уделить внимание преюдиции. В юридической науке существует ряд подходов к пониманию понятия «преюдиция». Так, преюдиция рассматривается как установленное процессуальным законом правило (нетипичное нормативное предписание) освобождения от доказывания обстоятельств, установленных решением суда при рассмотрении других дел, в которых участвуют те же лица или лицо, относительно которого установлены эти обстоятельства [10]; как средство судебной аргументации – правило, что освобождает от доказывания обстоятельств, которые были установлены решением другого суда, вступившим в законную силу, какие признаются обя-



зательными и не требуют повторной проверки. Если судом были установлены определенные обстоятельства, зафиксированные в решении, то они признаются преюдициальными, такими, которые не доказываются при рассмотрении других дел, в которых участвуют те же лица или лицо, относительно которого установлены эти обстоятельства [11]; как доказательственное правило, устанавливающее основания и порядок использования в процессе доказывания органом дознания, следователем, прокурором, судом, судьей фактов и правовых заключений, установленных имеющими юридическую силу решениями органа дознания, следователя, прокурора, суда, судьи по уголовным, гражданским, хозяйственным или административным делам, которыми дело решено по сути, как таковых, которые не требуют повторного доказывания. Преюдиция, которая реализуется в рамках уголовного процесса, разграничивается на преюдицию в уголовном процессе и уголовно-процессуальную преюдицию [12].

Однако общепринятой является классическая точка зрения, согласно которой преюдиция – это исключение возражения касательно юридической достоверности однажды доказанного факта. Если суд или другой юрисдикционный орган уже установил определенные факты (после их проверки и оценки) и закрепил это в соответствующем документе, то они признаются преюдициальными – такими, что при новом рассмотрении дела считаются установленными, истинными, не нуждающимися в новом доказательстве [13, с. 394].

В национальном законодательстве, как и понятие «прецедент», также отсутствует законодательное закрепление понятия «преюдиция», но вместе с этим, ссылки на нее содержатся в частях 3 и 4 ст. 61 Гражданского процессуального кодекса Украины, частях 2, 3, 4 ст. 35 Хозяйственного процессуального Кодекса Украины, частях 3, 4 ст. 72 Кодекса административного судопроизводства Украины. В частности ст. 8 КАС Украины предусмотрен принцип верховенства права с учетом судебной практики Европейского суда по правам человека, а ст. 90 Уголовно-процессуального кодекса Украины

закреплено преюдициальное значение решений национального суда и международного судебного учреждения, которым установлено нарушение прав человека и основных свобод, для суда, который решает вопрос о допустимости доказательств.

Значение преюдициальности также предусмотрено ст. 19 УПК, согласно которой никто не может быть дважды обвиняемым или наказанным за уголовное преступление, по которому он был оправдан или осужден на основании приговора суда, вступившего в законную силу, а также ст. 533 УПК, согласно которой приговор или постановление суда, вступившие в законную силу, обязательны для лиц, участвующих в уголовном производстве, а также для всех физических и юридических лиц, органов государственной власти и органов местного самоуправления, их должностных лиц и подлежат исполнению на всей территории Украины [14]. Правовой институт преюдиции и преюдициальности еще слабо развит в уголовном процессуальном праве Украины, поскольку не предусматривает преюдициальное значение фактов, установленных приговором суда, вступившим в законную силу, для следователя, лица, производящего дознание, прокурора, которые проверяют те же факты при расследовании и рассмотрении другого уголовного дела [15 с. 47, 16 с. 23].

Значение преюдициальности тесно пересекается с принципом обязательности судебных решений, закрепленным статьями 124, 129 Конституции, а также Постановлением Пленума ВСУ «О судебном решении по гражданскому делу» № 19 от 18.12.2009 года [17], согласно которому «... судебные решения являются обязательными для выполнения на всей территории Украины», и соответствует позиции Европейского суда по правам человека, согласно которому решение, вступившее в законную силу, является окончательным и обжалованию не подлежит [18].

На основании вышеизложенного можно сделать следующие выводы.

Проблемой применения в национальном праве как прецедента так и преюдиции, априори, является отсутствие законодательного закрепления их понятий.

Преюдиция и прецедент основываются на судебном решении, которое

вступило в законную силу и является обязательным для исполнения, а также должно отвечать требованиям обоснованности и законности. Таким образом, необходимым условием реализации прецедента и преюдиции является исключительно судебное разбирательство: касательно прецедента – по аналогичным делам (не ограниченный круг лиц), касательно преюдиции – обязательным условием ее применения является соблюдение субъективных (круг лиц, принимавших участие в предыдущем деле) и объективных (установленные факты, обстоятельства) границ применения преюдиции. Соответственно, понятие «прецедент» является более широким понятием чем «преюдиция».

В праве Украины среди источников права важное место занимает закон. При этом постоянно повышается роль судебной практики и судебного правотворчества. На основе закона как первичного источника права формируется необходимая правовая инфраструктура для создания и действия судебного прецедента как вторичного источника права, производного от закона. Одна из причин тенденции к признанию судебного прецедента вторичным источником права обусловлена характерной для украинского права нестабильностью и фрагментарностью законодательства, которое содержит в неоднократных случаях нечеткие и противоречивые нормы, что в сочетании с ограничением полномочий ВСУ неоправданно ослабляет его влияние на обеспечение единства судебной практики, способствует применению судами различных подходов к толкованию законодательства, приводит к неопределенности закона, его противоречивого и произвольного применения [8, с. 41]. Итак, в праве Украины судебный прецедент не имеет приоритета над законами.

При этом постоянно происходит усиление нормативного влияния судебных решений в практике правоприменения, в связи с чем проблема использования преюдиции и прецедента приобретает особое внимание. Процесс дальнейшего совершенствования законодательства вызывает необходимость четкого определения понятий «преюдиция» и «прецедент» на законодатель-



ном уровне, установления их места в механизме правового регулирования, значение в законодательстве и практике применения. При осуществлении судопроизводства, правильная реализация преюдиции и прецедента будет способствовать соблюдению принципов верховенства права, обеспечения единства судебной практики; предотвращению вынесения различных (противоположных) судебных решений по аналогичным делам (делам одной категории), и является важным условием повышения доверия к органам судебной власти.

Общими недостатками законодательного процесса в Украине сегодня, как и раньше, остаются: отсутствие устоявшейся организации верховной государственной власти как субъекта правотворчества; недостаточная конституционная и законодательная урегулированность правотворческой деятельности, низкий уровень правовой культуры, организации и техники законодательства; фактическое отсутствие управления законодательным процессом [19 с. 91].

Существующая в настоящее время в Украине система правосудия является разбалансированной, не соответствует европейским стандартам и не гарантирует право человека на справедливый суд, а следовательно, не считается действенным институтом прав человека. Уровень доверия к судам со стороны общества соответствует уровню доверия к политическим институтам и является крайне низким. Многочисленные хаотичные и противоречивые законодательные инициативы, направленные на изменение системы правосудия, свидетельствуют, что процесс реформирования является непоследовательным, а политики, собственно и специалисты, не имеют согласованного видения того, как должна выглядеть судебная система [20 с. 91].

В контексте международного сотрудничества, под влиянием интеграционных процессов, важным условием правоприменительной деятельности являются принципы беспристрастности правосудия, защита нарушенных прав и свобод физических и юридических лиц, улучшение состояния исполнения судебных решений, совершенствование законодательства по направлению приведения в соответствие

международному законодательству нормативно-правовых актов национального законодательства.

Выводы. Приоритетными направлениями государственной политики должны стать адаптация национального законодательства к законодательству Европейского Союза, основой которого является прецедентное право; введение единой системы осуществления контроля над адаптацией законодательства, обеспечение высокого уровня подготовки в Украине нормативно-правовых актов и создания соответствующей правовой базы для интеграции Украины в Европейский Союз с учетом основных положений законодательства Европейского Союза.

Список использованной литературы:

1. Словарь иностранных слов: актуальная лексика, толкования, этимология / Н.С. Арапова, Р.С. Кимягарова [и др.] – 2-е изд., доп. – М., 1999. – 336 с.
2. Кожевников С.Н. Государство. Политика. Право : Краткий словарь терминов и разъяснений по правоведению / С.Н. Кожевников, А.П. Кузнецов. – Нижний Новгород, 2000. – 204 с.
3. Апарова Т. Прецедент в современном английском праве и судебное правотворчество / Проблемы совершенствования советского законодательства: Труды. – М., 1976. – Вып.6. – С.178.
4. Анакіна Т.М. Судовий прецедент у праві Європейського союзу: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Т.М. Анакіна; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2008. – 23 с.
5. Кучинська О.П. Прецедент: історія та сучасність / О.П.Кучинська // Науково-виробничий журнал «Держава та регіони». – 2010. – №4. – С.28-32.
6. Большая юридическая Энциклопедия. – М.: Изд-во Эскмо, 2005 – 688 с.
7. Собкова В. Місце судового прецеденту серед інших джерел права у англосаксонській правовій системі / В. Собкова // Право України. – 2007. – №5.
8. Майданик Р. Загальна характеристика судового прецеденту в праві України / Р. Майданик // Юридична Україна. – 2012. – №12. – С.41-50.

9. Скакун О. Конституційний суд як учасник правотворчої (законодавчої) діяльності в Україні / О Скакун // Юридична Україна. – 2003. – №1.

10. Масюк В.В. Презумпції і преюдиції в цивільному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. В. Масюк ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2010. – 20 с.

11. Ляшенко Р.Д. Загальна характеристика та властивості преюдиції як засобу судової аргументації / Р.Д. Ляшенко // Часопис Київського університету права. – 2012/3. – С.22-25.

12. Шилін Д.В. Преюдиції в кримінальному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Д.В. Шилін ; Одеська нац. юрид. академія. – Одеса, 2010. – 20 с.

13. Скакун О.Ф. Теорія держави та права: Підручник / Скакун О.Ф. – Харків: Консум, 2001. – 656 с.

14. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р., №4651- IV [Електронний ресурс] / Всеукраїнська мережа ЛІГА-ЗАКОН. – Режим доступу: www.ligazakon.ua.

15. Ягодзинський В.М. Правове значення преюдиції та преюдиціальності / В.М. Ягодзинський // Науковий вісник Київського національного університету внутрішніх справ. – 2008. – №3. – С.43-49.

16. Искендеров Р. О преюдициальном значении приговора / Р. Искендеров // Советская юстиция. – 1990. – №22. – С.22-23.

17. Постанова Пленуму ВСУ «Про судові рішення у цивільній справі» №19 від 18.12.2009 р. [Електронний ресурс] / Всеукраїнська мережа ЛІГА-ЗАКОН. – Режим доступу: <http://www.ligazakon.ua>.

18. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Праведная проти Росії» від 18 листопада 2004 р. // Вісн. Верх. Суду України. – 2006. – №2. – С. 28–30.

19. Ющик О. До питання методології пізнання законодавчого процесу в Україні / О. Ющик // Право України. – 2009. – №10. – С.89-95.

20. Притика Д.М. Запровадження міжнародних стандартів у господарському судочинстві / Притика Д.М. // Вісник господарського судочинства. – 2010. – №1. – С.87-97.



СРАВНИТЕЛЬНАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ОСОБЕННОСТЕЙ ПРАВОВОГО СТАТУСА НОТАРИУСА В НЕКОТОРЫХ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

Ю. ИЛЬИНА,

старший преподаватель кафедры гражданского и хозяйственного права и процесса
Международного гуманитарного университета

SUMMARY

The theoretical framework and regulations governing the notarial activities and defining the legal status of a notary in some foreign countries, the different legal systems in which the notary acts Latin and common notary acts. The basic elements making legal status of the notary in some foreign countries are defined. The comparative characteristic of features of legal status of the notary in historically developed legal systems is given: notariate of Latin and common notary acts. It is offered to consider experience of rule-making activity of the foreign legislator, for the purpose of theoretical and legislative improvement of legal status of the notary in Ukraine.

Key words: Notaries, notary, official, state, legal status, Latin, common.

* * *

Проанализированы теоретические основы и нормативно-правовые акты, регулирующие нотариальную деятельность и определяющие правовой статус нотариуса в некоторых зарубежных странах различных правовых систем, в которых действует нотариат латинского и англосаксонского типа. Определены основные элементы, составляющие правовой статус нотариуса в некоторых зарубежных странах. Дана сравнительная характеристика особенностей правового статуса нотариуса в исторически сложившихся правовых системах: нотариата латинского и англосаксонского типов. Предложено учесть опыт нормотворческой деятельности зарубежного законодателя, с целью теоретического и законодательного усовершенствования правового статуса нотариуса в Украине.

Ключевые слова: Нотариат, нотариус, должностное лицо, государство, правовой статус, латинский тип, англосаксонский тип.

Постановка проблемы. Этот вопрос освещали в своих научных трудах такие юристы, как: Л. П. Ануфриева, А. Асаулюк, К. А. Бекляшев, М. В. Бондарева, Г. Брук, К. Вербар, И. А. Гамаль, Р. Давид, К. Д. Дмитриева, К. Жоффре-Спиноза, Т. К. Кравченко, Ж. Д. Матье, М. Милорава, С. Паскаль, Ж.-Ф. Пиену, В. Райман, И. Ф. Сидоров, Ж. А. Тальпис, С. Я. Фурса, Ж. Ягр и другие.

Осуществление нотариальной деятельности и определение правового статуса нотариуса в Украине регулируется Законом Украины «О нотариате», но, несмотря на это, в данном нормативно-правовом акте, и в целом в законодательстве отсутствует определение статуса нотариуса. С целью усовершенствования национального нотариального законодательства целесообразно проанализировать теоретическое и нормативное обоснование правового статуса нотариуса в некоторых зарубежных странах различных правовых систем.

Следует отметить, что в мировой науке традиционно выделяют две модели современного нотариата: нотариат латинского и англосаксонского типов. Нотариат латинского типа сформировался в результате эволюции правовых идей в странах романо-германской правовой системы. Данная правовая система базируется на адаптации римского права и основывается на общих правовых концепциях. Благодаря этой общности, по мнению И. А. Гамали, организация нотариата и порядок осуществления нотари-

усами своих полномочий, в этих странах имеют существенное сходство [1, с. 3].

В частности, среди основных системных признаков, характеризующих любой национальный нотариат латинского типа, можно назвать следующие:

1. Нотариус – это публичное должностное лицо, получившее полномочия от государства, реализует их от его имени и под его контролем.

2. Нотариус – это лицо свободной юридической профессии в том смысле, что самостоятельно организует свою работу, за свой счет приобретает необходимое имущество, оборудование и нанимает помощников, а также несет полную имущественную ответственность за причиненный ущерб.

3. Основная функция нотариуса – придание сделкам и договорам аутентичного характера.

4. Нотариус за осуществление нотариальных действий получает оплату, основанную на тарифе, размер которого устанавливаются государством, и является основным источником для самофинансирования нотариальной деятельности.

5. Нотариусы объединяются в коллективные органы: нотариальные палаты, выполняющие административные и контрольные функции. Членство нотариусов в палатах является обязательным.

Как отмечает С. Я. Фурса, специфика профессии нотариуса делает ее достаточно парадоксальной и заключается в объединении в одном лице двух разных, даже противоположных качеств: должностного лица, которому государство делегировало официальную функцию, и лица, осуществляющего эти функции в рамках либерального статуса [2, с. 10].

Нотариат латинского типа, предусматривает статус свободной профессии нотариуса, который предполагает, что клиенты относятся к нотариусу не как к лицу, представляющему власть, а как к вполне независимому ответственному консультанту в области права.

По утверждению Ж. А. Тальписа, на сегодняшний день в Европе существует три основных модели латинского нотариата: немецкая, французская и смешанная [3, с. 38]. Как указывает ученый, для немецкой модели характерна незначительная активность нотариуса на всех этапах нотариального процесса. Его работа сводится к разработке соответствующего документа с его последующим удостоверением. Нотариус не играет значительной роли при подготовке к совершению нотари-



ального действия, проведении юридических консультаций и переговоров с физическими лицами, получении необходимых документов и при осуществлении других действий. Как следствие, осуществление нотариальных функций носит в этой системе порой формальный характер, не наделенный творческими чертами. В то же время этот формализм позволяет добиться большего единообразия относительно осуществления нотариальных действий и содержания удостоверяемых документов, что приводит к уменьшению конкуренции между нотариусами.

Таким образом, можно отметить, что украинский нотариат ближе именно к немецкой модели.

Французская модель, напротив, предполагает инициативность самого нотариуса с момента обращения к нему заинтересованного лица. Нотариус и его многочисленные помощники полностью берут на себя все заботы клиентов, начиная со сбора необходимых документов, проведение переговоров с клиентами, составление и удостоверение документов и заканчивая регистрацией нотариального акта в компетентных органах. Французская модель характеризуется индивидуальным подходом, где нотариус и работники нотариальной конторы обеспечивают получение желаемого клиентом правового результата. Можно предположить, что такой «гибкий» подход также не лишен недостатков, так как игнорирование формализма порой занижает публично-правовую составляющую нотариальной профессии, и может послужить основой для однобокого отношения к выполнению своих профессиональных обязанностей.

Смешанная модель нотариата латинского типа сочетает в разных пропорциях элементы обеих вышеуказанных систем. Она существует в целом ряде европейских государств, например, Испании, Нидерландах, Швейцарии и латиноамериканских странах – Кубе, Португалии и других странах.

Нотариат латинского типа функционирует во всех странах Европейского союза, за исключением Великобритании, Дании, Финляндии и Швеции.

В целях данного исследования рассмотрим нотариальное законодательство Эстонской Республики. После принятия Конституции Эстонии 28

июня 1992 года, правительство начало реформировать национальное законодательство, вследствие чего 1 ноября 1993 года вступил в силу Закон Эстонской Республики «О нотариате» (далее – Закон Эстонии) [4], который заменил действующую систему государственного нотариата латинским нотариатом.

Изложение основного материала исследования. В соответствии со ст. 2 Закона Эстонии, нотариус является носителем публично-правовых функций, независимым должностным лицом, которому государством делегированы полномочия по урегулированию правоотношений и предотвращению правовых споров.

Таким образом, по законодательству Эстонской Республики, нотариус – это лицо, являющееся носителем публично-правовых полномочий, которому государством предоставлено право удостоверить по обращениям заинтересованных лиц факты и события, имеющие юридическое значение, и осуществлять другие профессиональные действия, с целью обеспечения стабильности и правопорядка. Здесь, нотариус не является предпринимателем или государственным чиновником и выполняет свои служебные обязанности в качестве лица свободной профессии от своего имени и под свою ответственность.

Как отмечает А. Асаулук, законодательство о нотариате в Словацкой Республике основывается на Законе Словацкой Республики «О нотариусах и нотариальной деятельности», (далее – Закон Словакии) [5, с. 78-92], устанавливает, что нотариальные действия вправе совершать только нотариусы.

В соответствующих §§ 2, 5, 6 Закона Словакии предусмотрено, что нотариус является лицом, определенным государством и уполномочен осуществлять нотариальную деятельность, а также другую деятельность (предоставление физическим и юридическим лицам юридических услуг, составлять документы; управлять имуществом и представлять интересы лицам в связи с управлением имуществом и др.). Осуществление нотариальной деятельности не совместимо с предпринимательской деятельностью и иной деятельностью, целью которой является получение прибыли.

Можно сделать вывод, что в Сло-

вацкой Республике действует исключительно государственный нотариат, и нотариус имеет публично-правовой статус, хотя § 16 Закона Словакии, предусматривает, что он совершает действия от своего имени и под собственную ответственность. Но, к сожалению, четкое урегулирование вопроса относительно определения правового статуса нотариуса в этой стране также отсутствует.

Рассматривая нотариальную систему Франции, можно сказать, что эта система является частью публичной системы правосудия, и носит название «публичная нотариальная служба». Во Франции, как отмечает К. Вербар [6, с. 272], нотариус – это определенная государством должность, носитель которой наделен правом удостоверить юридические факты. На территории Франции с 1945 года по сегодняшнее время действует Ордонанс «О статусе нотариуса» [7]. Согласно которому, по высказыванию С. Паскаля, нотариус является должностным лицом, представителем свободной профессии и гарантом аутентичности [8, с. 223].

Специфика нотариальной деятельности во Франции делает ее достаточно парадоксальной и заключается в объединении в одном лице двух разных, даже противоположных качеств: и должностного лица, которому государство делегировало официальные полномочия, и лица, осуществляющего эту функцию в рамках либерального статуса. С либеральным статусом нотариуса связаны определенные последствия. Нотариус выступает как ответственный юридический советник и степень ответственности, которого строго оценивает суд.

Статус свободной профессии, по мнению И. Ф. Сидорова, предусматривает, что клиенты, чаще, относятся к нотариусу не как к представителю власти, а как к вполне независимому юридическому советнику [9, с. 16]. Это связано с тем, что нотариус должен тщательно выполнять «обязательства по консультированию», поскольку в случае ненадлежащего исполнения этих обязанностей, суды накладывают на виновное лицо достаточно жесткие санкции. Нотариус несет неограниченную личную ответственность за свои действия и консультации: любая ошибка или небрежность, допущенная им или его сотрудниками,



обязательно приводит к возмещению им убытков. Эта чрезвычайно серьезная ответственность определяет общенациональный характер солидарности нотариусов Франции.

Кроме того, стоит отметить, что нотариат Франции имеет одно существенное отличие от нотариата других европейских стран – должность нотариуса может передаваться в качестве наследства. В других аспектах профессиональной деятельности нотариата в этой стране и административно-правовое регулирование нотариальной деятельности соответствует базовым принципам латинского нотариата.

Статус нотариуса в Федеративной Республике Германии определяется согласно «Федеральному положению о нотариате» от 16 февраля 1961 года [10] (далее – Федеральное положение). Нотариат соответствует латинскому типу, и обладает следующими признаками. Нотариус в этой стране выполняет задачи превентивного правосудия, что прямо определено § I Федерального положения. Учитывая именно превентивность нотариальной деятельности, существенно разгружаются суды Германии, поскольку выполнение профессиональных обязанностей нотариусов делает возможным решение возникающих правовых споров между физическими и юридическими лицами без обращения в суд.

В соответствии с Федеральным положением, нотариус также выполняет государственные функции. Он занимает делегированную от имени государства должность и выполняет определенные государственные обязанности. Нотариус наделен государственными полномочиями, имеет соответствующие ограничения и подлежит государственному надзору в соответствии с § 2, 9 Федерального положения. Это заключается в значительном служебном надзоре со стороны Управления юстиции Германии, влечет за собой четкое обеспечение надлежащего исполнения нотариусом своих профессиональных обязанностей.

Учитывая вышеуказанное, удивительным является тот факт, что в большей части Германии нотариусы не являются государственными. Это подтверждает В. Райман, который отме-

чает, что в этой стране, единственное исключение составляет земля Баден-Вюртенбург, где нотариусы не только выполняют свои профессиональные обязанности от имени государства, а, в основном, являются государственными служащими [11, с. 50].

Рассмотрим нотариат Испании, где в соответствии с Законом «О нотариате» от 28 мая 1962 года [12] (далее – Закон Испании) нотариусами работают юристы высокого класса, нередко параллельно занимаются преподавательской деятельностью в университетах, а составлением, заключением договоров и выполнением сопутствующих формальностей занимаются в основном адвокаты.

Согласно ст. 1 Закона Испании нотариус – это определенный государством служащий, призванный удостоверить, в соответствии с действующим законодательством, договоры и другие, юридически значимые документы.

Следует отметить, что в Испании действует как частный, так и государственный нотариат и при осуществлении нотариальных действий, нотариусы их выполняют от имени государства, и как указано в ст. 16 Закона Испании, нотариус не может быть государственным служащим, заниматься предпринимательской деятельностью и получать любую прибыль от другой деятельности.

Следует отметить, что в мире кроме нотариата латинского типа функционирует нотариат англосаксонского типа, который целесообразно было бы рассмотреть и выяснить вопрос об определении нотариальной деятельности и установлении правового статуса нотариуса.

Как известно, англосаксонская правовая модель основана преимущественно на судебном прецеденте, вследствие чего основное внимание уделяется средствам доказывания, в том числе, при исследовании письменных доказательств.

Основными признаками, по которым может быть охарактеризован англосаксонский нотариат, являются:

1. Специфика нормативного урегулирования института нотариата в стране, относящейся к данной правовой системе.
2. Понимание дефиниции «нотариус».

3. Перечень требований, предъявляемых к претендентам на должность нотариуса.

4. Процедура допуска к профессии.

5. Характеристика порядка осуществления нотариальных действий, как общего, так и специального.

6. Компетенция нотариальных органов.

Подобное качественное отличие систем латинского нотариата и нотариата в англосаксонской правовой системе отмечалось известным ученым компаративистом Р. Давидом [13, с. 74]. Поэтому, вполне можно согласиться с Ж.-Ф. Пиепу и Ж. Ягром в том, что в организации и работе юристов в странах англосаксонской правовой системы больше свободы, но дух системы латинского нотариата требует, чтобы составитель соглашения не становился тем, кто будет его оспаривать или защищать при возникновении разногласий между сторонами [14, с. 38].

По утверждению Р. Давида и К. Жоффре-Спинозы, указанные признаки нотариальной деятельности действуют в Соединенных Штатах Америки и Великобритании, являясь типичными представителями нотариата англосаксонского типа [15, с. 53]. Хотя, например, можно отметить, что в штате Флорида (США) и Лондоне (Великобритания) осуществляют нотариальную деятельность нотариусы, работающие по принципам латинского нотариата.

Особенностью организации нотариата в США, по мнению М. В. Бондаревой, является отсутствие его как единой специализированной государственной институции и выполнение обязанностей, специфических в странах континентальной системы права для нотариусов, уполномоченных государством быть должностными лицами, деятельность которых связана с юридической практикой, или не связана с ней [16, с. 153].

Что касается правового статуса нотариуса, как отмечает Т. К. Кравченко, то в США он довольно специфический из-за невозможности предоставления нотариусом консультаций правового характера, составления проектов соглашений, совершения других форм деятельности, осуществление которых



относится к деятельности профессиональных юристов [17, с. 24].

По высказыванию М. Милоравы, похожими являются правовые основы нормативного оформления нотариальной деятельности в Великобритании [18, с. 52]. Но, как указывает Р. Брук, отсутствует специальный нормативно-правовой акт, который бы регулировал деятельность нотариата в этой стране, что позволяет говорить о базировании исследуемой институции на правовых обычаях, главным образом, торгового права, судебных прецедентах и уставах, содержащих положения о порядке совершения отдельных нотариальных действий [19, с. 10].

Проанализированные особенности организации нотариата и нотариальной деятельности в двух странах – США и Великобритании – позволяют говорить об определенной их специфичности и своеобразии, однако несомненным представляется сходство принципов организации исследуемого института в этих странах, их функций и направленности компетенции нотариусов, процедур допуска лица к занятию нотариальной деятельностью и его правового статуса.

Таким образом, что касается правового статуса нотариуса в странах, где действует общая (англосаксонская) система права, в частности в Великобритании и Соединенных Штатах Америки, следует отметить, что в этих странах статус нотариуса не четко урегулирован на законодательном уровне. Нотариус осуществляет свою деятельность, как лицо, имеющее определенную зависимость от субъектов гражданских правоотношений, которым она предоставляет услуги от имени государства, кроме того, нотариус должен учитывать в своей деятельности не только требования Закона, но и правовые обычаи и судебные прецеденты.

Очевидно, что такая модель организации нотариата не может быть примером для совершенствования системы нотариата в Украине из-за разногласий правового регулирования общественных отношений на законодательном уровне.

Выводы. Считаем, что примером достаточно полного и комплексного определения правового статуса нота-

риуса является дефиниция, которая содержится в Законе Эстонии «О нотариате», она, с определенными оговорками, может быть воспроизведена в Законе Украины «О нотариате». Такой вывод основывается на том, что эстонский законодатель четко определил, что нотариус является должностным лицом, осуществляющим делегированные государством публично-правовые функции, и при этом не является предпринимателем или государственным служащим, однако обеспечивает достоверность юридических фактов, сделок, защиту прав и свобод субъектов правоотношений и предотвращения правовых споров.

Список использованной литературы:

1. Гамаль І. А. Сучасний стан розвитку системи нотаріату в Україні / І. А. Гамаль // Актуальні проблеми державного управління. – 2008. – № 2 (34). – С. 3–7.
2. Фурса С. Я. Проблеми термінології у правовій системі України і нотаріальній науці / С. Я. Фурса // Підприємство, господарство і право : Щоміс. науково-практ. госп.-прав. журн. – 2002. – № 10. – С. 8–12.
3. Тальпис Ж. А. Латинский нотариат перед лицом глобализации / Ж. А. Тальпис // Российская юстиция. – 2003. – № 9. – С. 38–39.
4. Про нотаріат : Закон Естонської Республіки від 01.11.1993 р. [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Нотаріальної Палати Естонської Республіки. – Режим доступу : <http://www.notar.ee/910>.
5. Асаулук А. Короткий коментар до Закону Словачії «Про нотаріусів та нотаріальну діяльність» / А. Асаулук // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2006. – № 2 (26). – С. 75–92.
6. Вербар К. Определение публичного порядка во внутреннем праве России через французское право / К. Вербар // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. – 2002. – № 1. – С. 265–295.
7. Про статус нотаріуса : Ордонанс Франції від 02.11.1945р. [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Світ

Нотаріату. – Режим доступу : / <http://mirnot.narod.ru/index.html>.

8. Pascault S. Краткая презентация института нотариусов во Франции / S. Pascault // International symposium in Russia. M., July 6–8. – 2003. – С. 222–225.

9. Сидоров И. Ф. Принципы латинского нотариата – в жизнь / И. Ф. Сидоров // Юридическая практика. – 2005. – 31 мая (№ 22). – С. 16–17.

10. Про нотаріат : Федеральне положення Німеччини від 16.02.1961 р. [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Pandia. ru. Енциклопедія знань. – Режим доступу : / <http://www.pandia.ru>.

11. Райман В. Устройство немецкого нотариата / В. Райман // Нотариальный вестник. – 2004 г. – № 8. – С. 50–53.

12. Про нотаріат : Закон Іспанії від 28.05.1962 р. [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Світ Нотаріату. – Режим доступу: <http://mirnot.narod.ru/ispania.html>.

13. Дмитриева К. Д. Международное частное право : учеб. [для высш. уч. зав.] / К. Д. Дмитриева, Л. П. Ануфриева, К. А. Бекляшев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК Велби, Изд-во Проспект. – 2004. – 688с.

14. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности : учеб. [для высш. уч. зав.] / пер. с франц. В. А. Туманова. – М. : Междунар. отношения, 1999. – 400 с.

15. Пиепу Ж.-Ф., Ягр Ж. Профессиональное нотариальное право : учеб. [для высш. уч. зав.] / пер. с франц. И. Г. Медведева. – М. : Юрист. – 2001. – 224 с.

16. Бондарева М. В. Англосаксонський нотаріат: особливості організації та функціонування / М. В. Бондарева // Університетські наукові записки. – 2006. – № 3–4. – С. 153–159.

17. Кравченко Т. К. К вопросу о модельном законотворчестве / Т. К. Кравченко // Юриспруденція: теорія і практика. – 2005. – № 11. – С. 23–27.

18. Мілорава М. Нотаріат та нотаріальна діяльність у Сполучених Штатах Америки / М. Мілорава // Юриспруденція: теорія і практика. – 2005. – № 7. – С. 50–55.

19. Brooke R. Brooke's Notary / R. Brooke // Notarial Office and Practice in England and Overseas. – 10-th ed. – London, Stevens&Sons, 1988. – P. 11–13.



ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ЗДРАВООХРАНЕНИЯ МОЛОДЕЖИ В УКРАИНЕ

А. КАЙТАНСКИЙ,

аспирант кафедры трудового права и права социального обеспечения
Национального университета «Одесская юридическая академия»

SUMMARY

This article analyzes the legal and normative support protection of health and attracts young people to a healthy lifestyle. The main problems in this sector are the fact that the protection of health of young people not regulated at the legislative level. Special legislation on healthy lifestyles of young people in Ukraine is absent. The relevant legal norms relating this are contained in the normative legal acts relating to the various sectors the law. Thus, in Ukraine arise an acute need to reform the law about protection of health of young people. The article proposes changes to the legislation in force, by acceptance a comprehensive legislative act, and changes the legislation in force.

Key words: youth, protection of health, healthy lifestyle, health, the gene pool.

* * *

Статья посвящена анализу законодательно-нормативного обеспечения здравоохранения и привлечения молодежи к здоровому образу жизни. К основным проблемам в данной области можно отнести то, что охрана здоровья молодежи недостаточно урегулирована на законодательном уровне. Отдельного законодательства о содействии здоровому образу жизни молодежи в Украине нет. Соответствующие правовые нормы, касающиеся этого, содержатся в нормативно-правовых актах, относящихся к различным отраслям законодательства. Таким образом, в Украине остро стала необходимость реформирования законодательства о здравоохранении молодежи. В статье предложены изменения в действующее законодательство, путем принятия комплексного законодательного акта и внесения изменений в действующие.

Ключевые слова: молодежь, здравоохранение, здоровый образ жизни, здоровье, генофонд.

Постановка проблемы. Общество и государство ответственны перед современным и будущим поколениями за уровень здоровья и сохранности генофонда народа Украины. Именно поэтому обеспечение здравоохранения, совершенствование медицинской помощи и внедрение здорового образа жизни считаются приоритетными направлениями социальной политики государства. Основной возрастной группой, на которую направлены меры по формированию здорового образа жизни, является молодежь. Актуальность исследования обусловлена тем, что на здоровье молодежи все заметнее влияют негативные факторы, связанные со снижением физической нагрузки, двигательной активности и занятий спортом. Государство должно взять на себя обязанности по оздоровлению молодежи и привлечению молодежи к здоровому образу жизни. Ведь, как указано в парламентских слушаниях, на сегодняшний день состояние работы по формированию здорового образа жизни молодежи остается сложным, а иногда – даже угрожающим для национальной безопасности Украины. В связи с этим, возникает необходимость провести комплексный анализ законодательно-нормативного обеспечения содействия внедрению здорового образа жизни в Украине.

Вопросом правового статуса молодежи в науке всегда уделялось внимание, о чем свидетельствуют труды Л.Я. Гинцбурга, М.Ф. Головатого, А. И. Клименко, А.А. Коваленко, Ю.П. Орловского, А.И. Процевского, С. М. Романюк, Г. Ф. Труханова, А. С. Цыбина, Г.И. Шебановой, А. Н. Ярошенко и др. Указанные работы не утратили научной ценности, однако сформулированные в них выводы требуют переосмысления, принимая во внимание изменения, которые произошли в государстве на протяжении последних лет.

Целью данной статьи является анализ правового обеспечения здравоохранения молодежи в Украине и выработки предложений по его совершенствованию.

Изложение основного материала. Конституция Украины гарантирует каждому гражданину право на ох-

рану здоровья, медицинскую помощь и медицинское страхование. Здоровье человека в Украине рассматривается как одно из главнейших неимущественных благ человека. Статьей 3 Конституции Украины здоровье человека, как и его жизнь, личная честь и достоинство, неприкосновен-

ность и безопасность, определено наивысшей социальной ценностью. Кроме Конституции, правовое регулирование системы здравоохранения осуществляется Основами законодательства Украины о здравоохранении, законами Украины «Об обеспечении санитарного и эпидемического благополучия населения», «О защите населения от инфекционных болезней», «О предотвращении заболевания синдромом приобретенного иммунодефицита (СПИД) и социальной защите населения», «О борьбе с заболеванием туберкулезом» и другими законодательными актами, принятыми в соответствии с ними. В статье 3 Основ законодательства Украины о здравоохранении, которое после Конституции является вторым по юридической силе правовым актом в этой сфере, здоровье определяется как состояние полного физического, душевного и социального благополучия, а не только отсутствие болезней и физических дефектов [3]. В данных законодательных актах представлены общие понятия об охране здоровья населения, где молодежь как отдельная категория не выделяется. Однако охрана здоровья молодежи на сегодняшний день является одной из приоритетных задач государственной молодежной политики Украины.

Как свидетельствует мировой опыт, главным фактором, наиболее



обуславливающим состояние здоровья, является образ жизни, который ведут дети и молодежь. И перспектива улучшения общественного здоровья больше всего связана с системной деятельностью по формированию здорового образа жизни населения. Доказано, что именно формирование здорового образа жизни является более эффективной и экономически целесообразной стратегией, чем постоянное увеличение расходов на лечение последствий нездорового образа жизни, которое не обеспечивает желаемого результата [9].

В Украине формирование здорового образа жизни молодежи стало важной социально-экономической и гуманитарной составляющей государственной политики, что нашло свое отражение в многочисленных законодательных актах, в частности: Указе Президента Украины от 27 апреля 1999 года «О мерах по развитию духовности, защиты морали и формирования здорового образа жизни», «Национальной программы патриотического воспитания населения, формирования здорового образа жизни, развития духовности и укрепления нравственных устоев общества», утвержденной постановлением Правительства от 15 сентября 1999, однако они регламентировали данную сферу косвенно и носили разрозненный характер. В 2012 году все указанные законодательные акты утратили силу, что поставило вопрос о неполноте правового регулирования сохранения здоровья молодежи Украины еще острее. Согласно разъяснениям Министерства Юстиции от 13 сентября 2012 г., «Молодежь: ее права и социальное становление в современной Украине» правовую базу обеспечения здравоохранения молодых граждан составляют Закон Украины «О содействии социальному становлению и развитию молодежи в Украине», Государственная целевая социальная программа «Молодежь Украины» на 2009–2015 годы, Типовое положение о центре для ВИЧ-инфицированных детей и молодежи и Типовое положение о центре ресоциализации наркозависимой молодежи [8]. Становится понятно, что большинство усилий государство возлага-

ет на устранение негативных последствий снижения уровня здоровья молодежи. Обратившись к декларации «Об общих началах государственной молодежной политики в Украине», можно выделить среди основных направлений государственной молодежной политики: здравоохранение молодежи, формирование у нее глубокой потребности в духовном и физическом развитии, принятия других мер, обеспечивающих здоровый генофонд народа Украины. Однако на практике фактически осуществляется лечение больной молодежи, а не предупреждение заболеваний или пропаганда спорта и активного образа жизни. Положительной в этом плане является Государственная целевая социальная программа «Молодежь Украины» на 2009–2015 годы, в которой определены направления работы по сохранению здоровья молодежи и привлечению ее к здоровому образу жизни [6]. Но, если детально рассмотреть данную программу, оказывается, что большинство положений в ней носят информационный и образовательный характер. Это, несомненно, необходимые направления, но для того, чтобы привлечь молодежь к спорту и уберечь от вредных привычек, нужен план реальных действий наряду с консультационными мероприятиями.

Обеспечение равного доступа молодежи к возможностям для занятий физической культурой и спортом может стать одним из основных направлений оздоровления молодежи. Осуществить его необходимо путем:

- широкой пропаганды здорового образа жизни, создание и культивирование ценностей здоровья и здорового образа жизни, в том числе посредством социальной рекламы;
- улучшение системы физической подготовки для формирования активной физической культуры среди молодежи в системе формального образования и расширения дополнительных бесплатных возможностей для занятий физкультурой и спортом в системе образовательных учреждений;
- развития сети бесплатных учреждений физической культуры и спорта для молодежи вне системы формаль-

ного образования с акцентом на молодежь старших возрастных групп;

- развитие практики проведения всеукраинских, межрегиональных и региональных спортивных соревнований, турниров молодежи по массовым малозатратным видам спорта;
- поддержки и реализации программ и мероприятий широкого привлечения молодежи к занятиям физической культурой;
- поддержки возрождения системы детского спорта;
- поддержки развития физической культуры и спорта в сельской местности местными властями и привлечения общин;
- создание широко разветвленной сети доступных спортивных площадок для молодежи во всех населенных пунктах и оздоровительных зонах, включая зоны отдыха, пляжи и т.п. [9].

Очевидной стала насущная необходимость в создании комплексной законодательной модели, направленной на улучшение здоровья детей и молодежи Украины, и такая модель должна быть построена на началах и принципах теории и практики формирования здорового образа жизни и охраны здоровья населения.

Важным шагом в построении такой модели стало принятие Верховной Радой Украины постановления «О Рекомендациях парламентских слушаний о положении молодежи в Украине «Молодежь за здоровый образ жизни» от 3 февраля 2011 г. В Рекомендациях, в частности, отмечалось, что за последние 10 лет количество больных наркоманией среди несовершеннолетних увеличилось в 6-8 раз. В Украине курят 45,7 процентов юношей и 35,5 процентов девушек, употребляют алкоголь 68 процентов юношей и 64 процентов девушек, 13,1 процентов молодежи употребляет марихуану или гашиш [7].

Несоблюдение здорового образа жизни в молодежной среде негативно влияет на репродуктивное здоровье. Как следствие, возникают проблемы демографического развития и кризисные проявления в функционировании института семьи.

Отклонения в состоянии здоровья определяются медиками почти у 90



процентов студентов, среди которых более половины имеют неудовлетворительное физическое состояние [7].

Также в Рекомендациях подчеркивается, что состояние работы по формированию здорового образа жизни молодежи остается сложным, а иногда – даже угрожающим, и высказаны рекомендации основным органам власти о мерах, направленных на улучшение состояния здоровья молодежи.

Таким образом, следует сделать вывод, что охрана здоровья молодежи недостаточно урегулирована на законодательном уровне. Отдельного законодательства о содействии здоровому образу жизни молодежи в Украине нет. Соответствующие правовые нормы, касающиеся этого, содержатся в нормативно-правовых актах, относящихся к различным отраслям законодательства.

Государство с помощью рационально построенного законодательства может создать условия, способствующие созданию у членов общественных отношений мотиваций для определенных видов деятельности или поведения, которые предусматривают применение навыков здорового образа жизни и тем самым способствуют охране здоровья как на индивидуальном, так и на национальном уровнях.

Выводы. Решением назревших вопросов может стать разработка и принятие комплексного законодательного акта, который бы определил обязанности государства, направленные на улучшение состояния здоровья молодежи и меры, призванные распространить среди молодежи идею здорового образа жизни. Необходимо внести изменения и в действующее законодательство. Отдельным положением в Государственную целевую социальную программу «Молодежь Украины» на 2009–2015 внести содействие развитию спорта, открытие спортивных площадок общего пользования, создание бесплатных спортивных секций популярных видов спорта, необходимость организации общегосударственных и региональных массовых спортивных мероприятий с целью популяризации здорового образа жизни и обеспече-

ние других мероприятий, связанных с привлечением молодежи к спорту и ее массовым оздоровлением. Необходимо также предусмотреть обеспечение соответствующей осведомленности членов общества, формирования соответствующего образовательного уровня населения, формирования моральной и экономической заинтересованности молодежи вести здоровый образ жизни.

Список использованной литературы:

1. Конституция Украины: Принятая на пятой сессии Верховной Рады Украины 28 июня 1996 // Ведомости Верховной Рады Украины. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. О содействии социальному становлению и развитию молодежи в Украине: Закон Украины от 5 февраля 1993 г. № 2998-ХІІ // с. – 1993. – № 16. – Ст. 167.

3. Основы законодательства Украины о здравоохранении: Закон Украины от 19 ноября 1992 г. № 2801-ХІІ // Ведомости Верховной Рады Украины. – 1993. – № 4. – Ст. 19

4. О противодействии распространению болезней, обусловленных вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ), правовой и социальной защите людей, живущих с ВИЧ: Закон Украины от 12 декабря 1991 г. № 1972-ХІІ // Ведомости Верховной Рады Украины. – 1992. – N 11. – Ст. 152

5. О противодействии заболеванию туберкулезом: Закон Украины от 5 июля 2001 г. № 2586-ІІІ // Ведомости Верховной Рады Украины. – 2001. – № 49. – Ст. 258

6. Об утверждении Государственной целевой социальной программы "Молодежь Украины" на 2009-2015 годы: постановление Кабинета Министров Украины от 28 января 2009 N 41 // Официальный вестник Украины. – 2009. – № 7. – Ст. 50.

7. О Рекомендациях парламентских слушаний о положении молодежи в Украине "Молодежь за здоровый образ жизни": постановление Верховной Рады Украины от 3 февраля 2011 г. № 2992 – VI // Ведомости Верховной Рады Украины. – 2011. – № 24. – Ст. 173

8. Молодежь: его права и социальное становление в современной Украине: разъяснение Министерства юстиции Украины от 13. Сентябрь 2012. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/n0032323-12>.

9. Молодежь Украины – здоровый образ жизни! – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.experts.in.ua/baza/analtic/index>.



ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ, ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЕВРОПЕЙСКИХ КОМПАНИЙ В ПРАВЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

О. КАЛИНИНА,

аспирант кафедры сравнительного и европейского права
Института международных отношений Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

SUMMARY

This article discusses the existing substantive provisions that regulate the activities of European Companies within the European Union. The author analyzes the main problems that may arise in connection with the establishment and operation of such companies, and we are talking about the prospects of improving the legal framework in order to create the best overall legal environment for European Companies all over the European Union. The article analyzes the reasons, backgrounds and trends of modernization of legislation in this area.

Key words: The European Union, European Company, Member States, legal regulation, supranational, national law, employee involvement.

* * *

В данной статье рассматриваются существующие основные положения, которыми регулируется деятельность Европейских компаний в рамках Европейского Союза. Анализируются основные проблемы, которые могут возникнуть в связи с созданием и функционированием таких компаний, а также речь идет о перспективах усовершенствования правовой базы с целью создания лучших общих правовых условий для деятельности Европейских компаний на всей территории Европейского Союза. В статье проводится анализ причин, предпосылок и направлений модернизации законодательства в данной сфере.

Ключевые слова: Европейский Союз, Европейская компания, государства-члены, правовое регулирование, наднациональный, национально право, вовлечение работников.

Постановка проблемы. После появления в корпоративном праве Европейского Союза Европейской компании как наднациональной организационно-правовой формы, компании государств-членов получили возможность беспрепятственного трансграничного слияния и перемещения по территории Союза, что стало важным этапом на пути к укреплению единого экономического пространства в рамках ЕС.

Законодательство про устав Европейской компании дает компаниям, работающим в более чем одном государстве-члене, возможность организовать свой трансграничный бизнес под одной европейской маркой. Это позволяет им работать в рамках стабильной правовой базы, снижения внутренних издержек работы в нескольких странах и, следовательно, быть более конкурентоспособными на внутреннем рынке. Европейские компании пользуются большой популярностью в одних странах-членах и меньшей в других. Для того чтобы повысить популярность данного вида компаний, нужно определить положительные моменты в законодательном регулировании и какие изменения необходимы, чтобы устранить негативные.

Изложение основных положений. Европейская компания, как один из принципиально новых видов наднациональных юридических лиц Европейского Союза, была законодательно оформлена в 2004 году, когда Регламент Совета ЕС № 2157/2001 про устав Европейской компании вступил в силу (далее Регламент) [1]. В современной доктрине международного права данная организационно-правовая форма также переводится как европейское акционерное товарищество и европейское товарищество, также имеет официальное сокращение «SE», от латинского «Societas Europaea». Кроме Регламента № 2157/2001, деятельность Европейских компаний регулируется Директивой Совета 2001/86 про участие в управлении Европейского товарищества наемных работников, которая дополняет данный Регламент (далее Директива) [2].

В соответствии с положениями Регламента, Европейская компания – это открытое акционерное общество, деятельность которого регулируется сообща правом ЕС и национальным правом государств-членов [3, с. 334]. Данный вид компании может быть зарегистрирован в одном государстве-члене, но функционирует во всех странах Европейского Союза.

Анализ исследований и публикаций. Правовое регулирование создания и деятельности Европейских компаний проводится в научных работах зарубежных авторов: С. Мока, М. Гатти, Л. Сериони, К. Оплустила, К. Тейчмена и других. Среди украинских и российских ученых вопросы правовой основы деятельности наднациональных юридических лиц в Европейском Союзе в своих научных исследованиях освещали В.И. Муравьев, Е.Р. Кибенко, И.А. Березовская, Е.А. Дубовицкая, Т.В. Шашихина.

Следует отметить, что недостаточное внимание в современных доктринальных исследованиях уделено вопросам усовершенствования и развития корпоративно-правового регулирования Европейских компаний.

Целью статьи является анализ правовой базы, на основе которой осуществляется деятельность Европейских компаний в Европейском Союзе, а также проблем и недостатков в правовом регулировании данного вопроса и формирование путей их преодоления в будущем.



Европейская компания является торговой компанией и наделена правосубъектностью. Данная организационно-правовая форма рассчитана на крупные компании, о чем свидетельствует требование про минимальный уставной капитал в размере 120 тысяч евро [4, с. 6-7].

Влияние этой новой формы бизнеса, однако, может быть поставлено под сомнение. Регламент и Директива обеспечивают только базовое регулирование и представляют собой рамочные документы. Таким образом, основное регулирование деятельности обеспечивается, по сути, законодательством государств-членов, а, значит, в рамках ЕС может быть создано не один, а 28 типов европейских компаний. Тем не менее, ее косвенным воздействием на европейскую правовую культуру нельзя пренебрегать.

Во-первых, в процессе реализации Регламента данные компании имеют общее происхождение на европейском уровне. Во-вторых, такие товарищества облегчают компаниям государств-членов участие в трансграничных слияниях и поглощениях. Это имеет значение не только с экономической, но и с юридической точки зрения. Если компании становятся все более международными, вполне вероятно, что право и культура будут следовать этой же тенденции. Как позитивным, так и негативным моментом в правовом регулировании деятельности таких компаний может выступать такое явление как законодательная конкуренция. Так, в некоторой степени компании могут выбрать, в каком государстве-члене они основывают Европейскую компанию. В связи с чем национальные законодатели сталкиваются с проблемой, как сделать национальную законодательную базу более привлекательной для бизнеса [5, с. 114].

На европейском уровне деятельность Европейских компаний регулируется достаточно фрагментарно. Основной Регламент содержит всего три раздела, в которых заключаются нормы о регистрации, минимальном уставном капитале, переносе места нахождения, способах создания и регулирования организационной структуры SE. Отдельно регулируются во-

просы годовой консолидированной отчетности, прекращении, ликвидации и неплатежеспособности Европейских компаний [6, с. 226].

Остальные важные вопросы деятельности SE (в частности, отношения в группе компаний, внесение уставного капитала, полномочия членов правления, финансовая отчетность, решение проблем налогообложения, конкуренции и т.д.) Регламент оставляет для регулирования национальным правом [3, с. 335]. Таким правом выступает право государства, в котором Европейская компания имеет свое место нахождения.

Регламент в ст. 9 определяет нормативные акты, которыми должна регулироваться Европейская компания, в следующей иерархии: 1) на первое место в системе норм выступает сам регламент; 2) устав товарищества в случаях, установленных Регламентом; 3) далее – нормы национального права, принятые специально для SE; 4) нормы национального права для акционерных обществ; 5) нормы устава Европейской компании в случае, если национальное право отсылает к уставу акционерного общества [1]. Как отмечает Е.А. Дубовицкая, четкость и ясность данной иерархии норм обманчива. Смещение европейского права с национальным приводит к серьезным правоприменительным трудностям [6, с. 227].

На практике такое регулирование вызывает трудности. Чтобы четко определить сферу действия национального права, надо сначала понимать, какие вопросы урегулированы, а какие не урегулированы Регламентом о SE. Это приводит к тому, что в практике у компаний возникает необходимость в высококвалифицированных специалистах, которые бы владели как национальным правом, так и корпоративным правом ЕС. А это, в свою очередь, приводит к тому, что компании, которые выбирают для себя такую организационно-правовую форму, как SE, должны быть заранее готовы к дополнительным финансовым расходам на юридическое консультирование.

Ст. 2 Регламента регулирует вопросы создания SE. Основной целью создания Европейских компаний яв-

ляется возможность дать компаниям из разных государств-членов правовую базу для объединения их потенциала посредством слияний. Такое объединение может происходить по-разному. В Регламенте указываются четыре основных пути создания европейских компаний:

1) Европейская компания может создаваться посредством слияния при условии, что, по крайней мере, две из компаний регулируются законодательством различных государств-членов;

2) компании могут также образовывать холдинг, если каждая из, как минимум, двух из них регулируется законодательством различных государств-членов, или если компания, по крайней мере, два года имеет филиал, который регулируется законодательством другого государства-члена или филиал, расположенный в другом государстве-члене;

3) компании могут формировать Европейскую компанию, подписавшись на ее акции;

4) национальные компании могут быть преобразованы в SE, если минимум два года имеют дочернюю компанию, которая регулируется законодательством другого государства-члена [7, с. 432-434].

В своих работах Е.А. Дубовицкая отмечает еще и пятый способ создания Европейской компании – создание SE-дочерней компании другим европейским акционерным обществом. Но отмечает, что данный способ является вторичным по отношению к первым четырем [7, с. 231-232]. В смысле Регламента вторичные способы учреждения не являются самостоятельными, а перечень основных способов является исчерпывающим, что умышленно предотвращает притеснение национальных организационно-правовых форм со стороны Европейских компаний.

Положения по формированию SE предлагают новые возможности для трансграничного сотрудничества, но, тем не менее, при условии определенных ограничений:

(а) Формирование Европейской компании требует «Европейского уровня»: слияние, должно осуществляться только между компаниями, которые регулируются законодатель-



ством различных государств-членов. Формирование холдинга требует, чтобы минимум 2 из компаний принадлежали к праву разных государств-членов, или наличие либо дочерней компании, деятельность которой регулируется правом другого государства, либо филиала, который располагается в другом государстве на протяжении не менее двух лет. Такое же требование выдвигается при образовании дочерней SE. И, наконец, преобразование в Европейскую компанию разрешено только компаниям, имеющим филиал, который регулируется законодательством другого государства-члена по крайней мере два года.

(б) Чтобы еще более усложнить положение вещей, Регламентом запрещается формирование SE компаниям с любой правовой формой. Слияние и преобразование доступны только для публичных обществ с ограниченной ответственностью, в то время как холдинг SE может быть учрежден частными обществами с ограниченной ответственностью [1]. В этом отношении самым привлекательным выступает способ формирования SE посредством дочерних компаний, поскольку в таком случае европейская компания учреждается компаниями и фирмами в значении второго абзаца статьи 54 Договора про ЕС [8] и другими юридическими лицами, регулируемые публичным или частным правом (ст. 2 пункт 3 Регламента).

Данные ограничения приводят к тому, что компании из третьих стран не могут непосредственно участвовать в создании Европейской компании.

Наиболее часто используемый способ формирования Европейских компаний – создание дочерней компании. Формирование путем создания холдинга используется крайне редко. Основным негативным фактором тут служит сложность и неопределенность положений Регламента, их неконкретизация. При формировании холдинга возникает ряд правовых проблем, которые связаны с субсидиарно применимым национальным правом. Основной проблемой в таких ситуациях выступал тот факт, что национальное корпоративное законодательство государств-членов ЕС часто

не предусматривало специальных норм, регламентирующих создание холдинга [9, с. 239].

Что касается вопросов управления SE, то, учитывая различные системы управления компаниями, предусматриваемые законодательствами государств-членов, Регламент оставляет выбор основателям SE. В соответствии с положениями Регламента, Европейская компания может иметь либо двухуровневую систему управления с наблюдательным органом и органом управления (дуалистическая модель), либо одноуровневую систему с одним административным органом (монистическая модель) [1].

Положения Регламента о двухуровневой системе управления берут начало в значительной степени от австрийского и немецкого корпоративного права [10, с. 297-298]. Другие страны-члены, чье законодательство не знает двухуровневой системы управления, имеют возможность принять соответствующие положения относительно SE. В правовой практике Великобритании, наоборот, функции управления и контроля поделены между членами одного и того же органа – совета директоров [11, с. 110-113].

Регламент регулирует обе модели очень поверхностно. Преимуществом, которое в этом аспекте подчеркивает привлекательность Европейской компании для предпринимателей, является возможность свободно регулировать численность органов.

Еще одним важным фактором, влияющим на деятельность Европейских компаний, является вовлечение работников в управление компанией. При создании SE, согласно Директиве, вырабатывается модель участия работников в управлении, чтобы установить степень вовлеченности сотрудников в процесс принятия решений. Это делает SE относительно привлекательными в таких странах, как Германия, Нидерланды и Австрия. С другой стороны, в странах, не имеющих обязательного режима участия служащих, это уменьшает привлекательность данной организационно-правовой формы, так как она заставляет компании вступать в переговоры с сотрудниками, чтобы уста-

новить степень их участия в управлении [12, с. 318-321].

Среди преимуществ Европейских компаний следует отметить:

- выбор между одноуровневой и двухуровневой системой управления;
- возможность участия работников в управлении;
- возможность трансграничной реструктуризации;
- возможность перемещения зарегистрированного офиса Европейской компании в другое государство-член ЕС;
- создание так называемого «фирменного стиля» на уровне ЕС.

Однако с течением времени Регламент Совета ЕС № 2157/2001 про устав Европейской компании стал вызывать ряд вопросов. Для урегулирования проблемы и для того, чтобы определить, какие изменения необходимы, чтобы сделать работу устава Европейской компании лучше, Комиссия Европейского Союза непрерывно работает над повышением привлекательности устава SE. Очередная консультация с общественностью была начата 23 марта 2010 года [13].

Консультация охватывает положительные и отрицательные причины для создания Европейских компаний, привлекательности национального законодательства для их создания, наиболее важных вопросов регулирования, которые учитываются при выборе национального законодательства того или иного государства-члена для регистрации в нем европейской компании.

С точки зрения права, Регламент про устав Европейской компании следует усовершенствовать путем конкретизации положений про создание SE, про трансграничную деятельность, также можно поднять вопрос про снижение требований к сумме уставного капитала и урегулировании вопроса разделения юридического адреса от реального местонахождения компании.

Если ставить вопрос о пересмотре Регламента, то основными приоритетами, кроме затронутых ранее, должны стать проблемы его неполноты, его фрагментарности. Исходя из тенденций ЕС к расширению, важно



оценить при этом, насколько Регламент может быть применим к странам юго-востока.

Выводы. Создание Европейской компании позволяет работать в рамках стабильной правовой базы, ведет к снижению внутренних издержек, дает возможность работы в нескольких странах-членах ЕС и, следовательно, приводит к большей конкурентоспособности на внутреннем рынке Евросоюза. Такая наднациональная организационно-правовая форма оказалась очень популярной в государствах-членах, и с каждым годом количество европейских компаний возрастает. Дальнейшая гармонизация и усовершенствование правового регулирования деятельности таких товариществ приведет к увеличению их численности на территории ЕС. Можно ожидать, что такая организационно-правовая форма, как европейская компания, будет способствовать гармонизации корпоративного права в ЕС.

Европейская компания, как организационно-правовая форма, позволяет реструктурировать группу компаний, упростить организацию и понизить административные издержки. Данный вид наднациональных юридических лиц ЕС имеет гибкую управленческую структуру, при его создании существует возможность выбора между монистической и дуалистической моделями управления. Также немалую роль в привлекательности SE играет возможность создания так называемого европейского имиджа.

В перспективе Комиссии и Совету ЕС предстоит приложить еще немало усилий, чтобы Европейская компания стала юридически и экономически привлекательной формой. Необходимо сделать условия и процедуры для формирования SE доступными для компаний (например, за счет упрощения трансграничных требований, предусматривая также возможность частным компаниям с ограниченной ответственностью превратить в SE и за счет снижения минимальных требований к капиталу). Для повышения привлекательности SE, было бы целесообразно, чтобы правила, регулирующие участие работников стали более гибкими.

Список использованной литературы:

1. Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE) // OJ L 294. – 2001. – p. 1–21.

2. Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees // Official Journal L 294. – 2001. – p. 22–32.

3. Право Европейского Союза: учебник / за ред. В.И. Муравьова. – К.: Юриком Интер, 2011. – 704 с.

4. Matti Koskinen. SE European Company (Societas Europaea): Helsinki, 2003. – 20 p. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/file_uploads/se-opas_matti_koskinen_english.pdf

5. О. М. Калиніна. Проблема регуляторної конкуренції в корпоративному праві Європейського Союзу // Український часопис міжнародного права №4. – 2012. – с. 112-119.

6. Дубовицкая Е.А. Европейское корпоративное право. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Wolters Kluwer Russia, 2008. – 261 с.

7. Mathias M. Siems. The Impact of the European Company (SE) on Legal Culture // European Law Review 30. – 2005. – p. 431 – 442. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=618009031125_12_0095123099093098120123117011052016042090064104001010125066088002024092041039044052007031061084092024004112124098052057022081004123090001004125007057083077089068069103104027107019029123&EXT=pdf

8. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the functioning of the European Union. – Brussels, 15 April 2008.

9. Ernst & Young (2009): Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE) // Report drawn up following call for tender from the European Commission, 2009. – 294 p. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf

10. Cerioni, Luca. The European Company Statute (SE) and the Statute for a European Cooperative Society (SCE): a comparison between the two new supranational vehicles // The European Legal Forum (E) 5. – 2004. – p. 296 – 302.

11. Krzysztof Oplustil, Christoph Teichmann. The European Company: All Over Europe : A State-By-State Account of the Introduction of the European Company // Walter de Gruyter, 2004. – 409 p.

12. Christoph Teichmann. The European Company – A Challenge to Academics, Legislatures and Practitioners // Germanlawjournal Vol04No04. – p. 309 – 331. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol04No04/PDF_Vol_04_No_04_309-331_private_Teichmann.pdf

13. EU Commission consultation on how European Company Statute (SE) works IP/10/338. – Brussels, 23 March 2010. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-338_en.htm?locale=en



ЕВРОПЕЙСКИЕ ПРИНЦИПЫ НАДЛЕЖАЩЕГО УПРАВЛЕНИЯ КАК ВЕКТОР УСОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ ОБ ОБРАЩЕНИЯХ: СРАВНИТЕЛЬНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ОЧЕРК

Н. КАМЕНСКАЯ,

кандидат юридических наук, докторант кафедры управления,
административного права и процесса, административной деятельности
Национального университета государственной налоговой службы Украины

SUMMARY

The article describes five basic European principles of good governance: openness, participation, integrity, effectiveness, coherence. With these basic ideas the quality of Ukrainian legislation concerning inquiries to public administration was assessed. The article defines a number of problems associated with the implementation of progressive innovations declared by the law in the field of inquiries to the administrative authorities; with the unregulated appropriate administrative procedures; with the ambiguous and inconsistent special legislation; with the inadequate control over the functioning of public administration concerning inquiries; with the ineffective mechanisms of legal responsibility for the subject violation by the executive and local governments (and their officials). The recommendations for the solving the aforementioned problems in the course of Ukrainian administrative reform are developed.

Key words: European principles, good governance, administrative procedures, public administration, inquiries of individuals.

* * *

В статье охарактеризованы пять базовых европейских принципов надлежащего управления: открытость, участие, подотчетность, эффективность, согласованность. С помощью этих основоположных идей оценено качество украинского законодательства об обращениях в публичную администрацию. Определен ряд проблем, связанных с: внедрением декларированных законами прогрессивных нововведений в сфере обращений в административные органы; нерегламентированностью соответствующих административных процедур; нечеткостью, несогласованностью специального законодательства; ненадлежащим обеспечением контроля над результатами функционирования публичной администрации по делам данной категории; неэффективными механизмами юридической ответственности органов исполнительной власти, местного самоуправления (их должностных лиц) по тематическим правонарушениям. Разработаны рекомендации, направленные на решение очерченных проблем в процессе проведения административной реформы в Украине.

Ключевые слова: европейские принципы, надлежащее управление, административные процедуры, публичная администрация, обращения частных лиц.

Вступление. С вступлением в силу Соглашения о партнерстве и сотрудничестве между Украиной и Европейскими Соединениями и их государствами-членами (1998 г.) [1] Украина стала участником ряда общеевропейских процессов по политическим, экономическим и гуманитарным вопросам. Украинские евроинтеграционные приоритеты закреплены на законодательном уровне [2], а адаптация отечественного законодательства к законодательству Европейского Союза (далее – ЕС) рассматривается главным императивом нормопроектирования [3].

В то же время в соответствии с результатами оценки системы государственного управления в Украине, проведенной программой SIGMA (общая инициатива ЕС и Организации экономического сотрудничества и развития – Н.К.), уровень развития данной сферы не соответствует стандартам государств-членов ЕС. Эксперты констатируют проблемы качества административного законодательства (его сложность, противоречивость, нечеткость), правовую неопределенность в принятии административных решений (отсутствие общего закона об административных процедурах) и т.п. [4, с. 9, 27-30].

Адаптация национального законодательства в общегосударственном масштабе требует последовательного усовершенствования последнего в приоритетных сферах. Следовательно, возникает необходимость исследования отдельных направлений деятельности публичной администрации с точки зрения сравнительно-правового анализа законо-

дательного регулирования в Украине с *acquis communautaire* [5]. При всей очевидности данного вывода, научно-практические разработки отечественных ученых-административистов в основном посвящены изучению богатого управленческого опыта ЕС в общем аспекте: принципам надлежащего управления, теоретическим вопросам административной проце-

дуры, кодификации административно-процедурного законодательства и т.п. Безусловно, результаты таких работ имеют весомое значение как ориентиры качественного проведения в Украине евроинтеграционных процессов. Вместе с тем, эффективное внедрение европейских достижений, тематических концептуальных идей в практическую плоскость, на наш взгляд, требует проекцирования опыта ЕС на конкретные отрасли государственного управления, в том числе взаимоотношения публичной администрации с частными лицами.

Цель нашей работы в пределах предмета исследования проверить соответствие украинского законодательства об обращениях в публичную администрацию ключевым принципам Европейского административного пространства (далее – ЕАП); разработать рекомендации, направленные на разрешение тематических проблем в процессе проведения административной реформы в Украине.

Методы. Методологическую основу исследования составляет систе-



ма как общенаучных (диалектический, формально-логический, анализ и синтез, моделирование, статистический и т.п.), так и специальных (сравнительно-правовой и т.п.) методов научного исследования.

Квинтесенцией унифицированных европейских требований к управленческой сфере являются пять основных принципов надлежащего управления (англ. – «good governance»), изложенных в Белой книге Европейского управления (2001 г.) [6]: открытость, участие, подотчетность, эффективность, согласованность. «Каждый из этих принципов способствует утверждению демократии и верховенства права в государствах-членах ЕС и применяется на всех уровнях управления – глобальном, европейском, национальном, региональном и локальном» [7, с. 5].

В связи с этим, учитывая ключевые выводы и рекомендации программы SIGMA относительно усовершенствования государственного управления в Украине [4, с. 9, 27-30], указанные принципы целесообразно применить как базовые критерии оценки качества отечественных законодательных актов, касающиеся обращений в публичную администрацию. Под таким углом зрения попробуем охарактеризовать соответствующие нормативно-правовые акты детальней.

Принцип I – открытость, в частности, охватывает право на доступ к информации, которое закреплено в Хартии основных прав Европейского Союза (ст. 42). Следовательно, целесообразно проанализировать с точки зрения принципа открытости базовые законодательные акты Украины, касающиеся сферы доступа к публичной информации и обращений в административные органы. Полезными при этом окажутся принципы-критерии, разработанные (именно для подобных случаев – Н.К.) Международной организацией «Артикль 19. Всемирная кампания за свободу слова» [8].

Очевидно, что какое-либо обращение – это форма закрепления и передачи определенной информации, как следствие – реализация права

на обращение в публичную администрацию непосредственно связана с реализацией права на информацию, находящуюся во владении этих органов. Специальными законодательными актами, которые определяют основные принципы доступа к информации указанной разновидности, являются законы Украины «О доступе к публичной информации» [1] и «Об информации» [1]. Анализ их положений, в части обеспечения реализации права на информацию, дает основания констатировать проблематичность внедрения на территории Украины некоторых принципов Международной организации «Артикль 19. Всемирная кампания за свободу слова». Так, из содержания принципов, которые очерчивают границы распространения публичной информации («максимального раскрытия», «ограниченная сфера исключений», «раскрытие информации создает прецедент» (обнародование имеет преимущество), следует то, что публичная информация по общему правилу является открытой; перечень случаев не раскрытия субъектами властных полномочий такой информации должен быть исчерпывающим.

Что происходит в Украине? К публичной информации с ограниченным доступом законодатель относит сведения, которые представляют конфиденциальную, тайную или служебную информацию. Тем не менее, сегодня не предусмотрен (кроме служебной информации, ч. 1 ст. 9 Закона Украины «О доступе к публичной информации» [1] – Н.К.) перечень категорий данных, которые могут принадлежать к информации с ограниченным доступом. Закрепление такого перечня является необходимым условием предупреждения случаев необоснованного ограничения доступа к информации, которая находится во владении административных органов. В свою очередь, детальное описание информации с ограниченным доступом (ее разновидностей) в законодательных актах является общепринятой практикой законотворения государств ЕС.

В законах «О доступе к публичной информации» (п. 2 ст. 6) [1], «Об информации» (ч. 3 п. 2, п. 3 ст. 21) [1]

определено, что доступ к публичной информации ограничивается на законодательном уровне. Однако в настоящее время за пределами законодательного регулирования остается порядок отнесения тех или иных ведомостей к информации с ограниченным доступом.

Возникают трудности также с внедрением в практику принципа – «обязанность обнародовать информацию». Органы публичной администрации не в полной мере распространяют информацию о своей деятельности, в том числе через сеть Интернет (тем более веб-сайты не относятся к средствам массовой информации – Н.К.).

Поэтому в правоприменении наблюдаются неединичные случаи нарушений отдельных положений Закона Украины «О доступе к публичной информации» (ст. 15, ст. 18) [1].

Проблемы нормативной неопределенности, декларативность отдельных законодательных положений создают препятствия на пути полноценной реализации физическими и юридическими лицами права на публичную информацию. Чтобы обратиться с запросом на публичную информацию, необходимо быть проинформированным о наличии запрашиваемых данных (документов) вообще и у отдельного распорядителя информации в частности. Указанные обстоятельства являются убедительным доказательством непрозрачности деятельности публичной администрации, отмежевания последней от контроля со стороны частных лиц, существования благоприятных условий для злоупотребления чиновников в процессе принятия административных решений и т.п.

Принцип II – участие. В ЕС под содержанием данного принципа подразумевается привлечение граждан к процессу принятия решений – от замысла к имплементации.

Относительно обращений в публичную администрацию, то их подача как таковая является проявлением активной позиции заявителей (жалобщиков, авторов запросов) в управленческой, правореализационной, правозащитной плоскости.

Учитывая положения ст. 8 Реко-



мендаций СМ/Rec(2007)7 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам Совета Европы о надлежущей администрации от 20 июня 2007 г. относительно участия частных лиц в подготовке и принятии административных решений, содержание принципа «участие» (как критерия оценки – Н.К.) можно свести к «праву быть выслушанным». Пределы данного права очерчены Резолюцией Комитета Министров Совета Европы от 28 сентября 1977 г. № (77) 31 «О защите прав личности относительно актов административных органов». Частному лицу предоставляется возможность быть выслушанным в ходе административной процедуры, то есть оно может предоставлять факты и аргументы; и там, где это принято, предъявлять доказательства. В пояснительной записке к Резолюции указывается, что этот принцип касается только административных актов, которые по своему характеру «неблагоприятно» влияют на права, свободы или интересы соответствующего лица.

Поэтому приходится констатировать: отсутствие в Украине законодательной базы, которая способна обеспечить реальную возможность участия физических и юридических лиц по делам об обращениях в публичную администрацию. Такая ситуация обусловлена затягиванием с принятием Административно-процедурного кодекса Украины, который с 2008 г. находится на рассмотрении Верховной Рады Украины. В связи с отсутствием совершенного административно-процессуального механизма взаимодействия административных органов с частными лицами есть ряд препятствий для развития рассматриваемой сферы в направлении европейских стандартов: неурегулированность процедуры рассмотрения и разрешения обращений юридических лиц к публичной администрации (не говоря уже об их праве быть выслушанными – Н.К.); слишком абстрактная регламентация Законом Украины «Об обращениях» [1] права физических лиц – заявителей, жалобщиков на участие в соответствующих административных процедурах. В этом Законе (ст. 18) [1] декларируются права граждан

лично излагать аргументы, присутствовать в процессе рассмотрения их заявлений и жалоб, подавать дополнительные материалы и т.п. Возникает логический вопрос: как часто заявители и жалобщики воспользовались этим правом? На веб-сайтах публичной администрации, в средствах массовой информации отсутствуют сведения о категориях и количестве лиц, которые реализовали право быть выслушанными.

Изучение правоприменительной практики дает основания сделать неутешительный взвод: отмеченные данные со стороны органов исполнительной власти и местного самоуправления не подлежат обобщению и анализу. Складывается впечатление, что данное право завуалировано подменяется возможностью авторов соответствующих инициатив обращаться к должностным лицам административных органов на личных приемах. Однако в таких случаях публичная администрация возбуждает производство по обращению, но не решает его по сути. На личном приеме уполномоченное должностное лицо фиксирует факт принятия заявления, но не озвучивает собственную позицию относительно его решения. При таких обстоятельствах заявитель лишен возможности предоставить объективные контраргументы, если вопрос решается не в его пользу. Как следствие, паритетный диалог между физическими и юридическими лицами – заявителями, жалобщиками и субъектом власти – не происходит.

Принцип III – *подотчетность* – в Белой книге Европейского управления раскрывается с институциональной точки зрения. Каждый орган ЕС должен объяснять и брать ответственность за то, что он делает для Европы. В данном контексте под названным принципом подразумевается комплекс взаимоотношений и механизмов контроля.

Отечественное законодательство об обращениях в публичную администрацию по этому основанию целесообразно проанализировать по двум параметрам: четкость регламентации законами взаимоотношений публичная администрация – физические и юридические лица; действенность

механизма персональной ответственности должностных лиц публичной администрации за незаконную деятельность (бездеятельность), принятые решения, вред, причиненный заявителям (или другим лицам – Н.К.) такими действиями.

В Украине наблюдается несформированность четкого процедурного поля для сотрудничества административных органов с авторами обращений. В свою очередь, в европейских государствах систематизации, стандартизации и унификации правил разрешения публичной администрацией дел по обращениям уделяется существенное внимание. Пересмотр классификационных групп стандартов надлежущей администрации свидетельствуют о направленности европейских нормативов на устранение нарушений, предупреждение их возникновения, а не наказание нарушителей.

Среди общих проблем в Украине европейские наблюдатели выделяют низкую эффективность механизма юридической ответственности публичной администрации [4], что свидетельствует о фактической безнаказанности чиновников. Такая ситуация обуславливается ненадлежащим качеством административного (и другого – Н.К.) законодательства, отсутствием объективной оценки работы государственных служащих и размытостью персональной ответственности руководителей административных органов за ошибки в работе или совершенные должностные преступления.

Из содержания законов Украины «О государственной службе» (ст. 3, 14, 38) [1], «О службе в органах местного самоуправления» (ст. 4, 23, 24) [1], «Об обращениях» (ст. 24, 25) [1], «О доступе к публичной информации» (ст. 24) [1], «Об основах предотвращения и противодействия коррупции» (ст. 21, 22) [1] следует, что должностные лица органов публичной администрации привлекаются к дисциплинарной, гражданской, административной, уголовной ответственности. Однако данные правовые нормы не содержат конкретных санкций за противоправные действия в сфере обращений в публичную ад-



министрацию, имеют отсылочный характер, поэтому в основном характеризуются декларативностью и нечеткостью.

Относительно дисциплинарной ответственности, то проблема состоит, прежде всего, в рассредоточении соответствующих норм в многочисленных нормативно-правовых актах.

Кроме названных выше законов, к соответствующему перечню правовых актов принадлежат результаты советского законодательства, выстроенные на достижениях советской теории управления – Кодекс законов о труде Украины [1], дисциплинарные уставы правоохранительных органов [1] и т.п. Основания дисциплинарной ответственности чиновников за противоправные действия в сфере обращений в публичную администрацию ни в одном из них не определены.

Нормативная регламентированность административной ответственности должностных лиц публичной администрации также неудовлетворительна. Кодекс Украины об административных правонарушениях [1] содержит лишь одну статью, касающуюся административных проступков в отмеченной сфере – 212-3 «Нарушения права на информацию», но в ней не предусмотрено неправомерное деяние – непредоставление ответа на обращение частного лица. Конечно, при указанных обстоятельствах юридические основания для привлечения чиновника, который совершил такое правонарушение, к административной ответственности отсутствуют.

Положения относительно уголовной и гражданской ответственности также не надлежаще развиты в отечественном законодательстве. Уголовная ответственность за преступления, которые нарушают или препятствуют реализации права на обращение к публичной администрации, в УК Украины [1] вообще не предусмотрена.

Правовой режим гражданской ответственности государственных служащих регламентируется короткими фразами правовых норм в законах Украины: «О службе в органах местного самоуправления» (ст. 24) [1], «Об обращениях граждан» (ст. 25)

[1], «О доступе к публичной информации» (ст. 24) [1], «Об информации» (ст. 31) [1], что сводятся максимум к дублированию положений ст. 56 Конституции Украины [1] о гарантировании каждому права на возмещение за счет государства или органов местного самоуправления материального и морального вреда, причиненного незаконными решениями, действиями (бездействием) публичной администрации, и т.п.; минимум к ссылке на то, что возмещение указанного вреда осуществляется в порядке, определенном законом. Подобные размытые ссылки содержатся и в проекте Административно-процедурного кодекса Украины [1].

Принцип IV – *эффективность*. Европейская комиссия предлагает понимать содержание данного принципа с точки зрения оценки результативности государственной политики – максимально возможного позитивного эффекта при минимальных затратах ресурсов.

В плоскости исследуемой проблематики с помощью данного принципа, сквозь призму конечного результата, есть возможность оценить правильность выбранного субъектом властных полномочий способа достижения поставленных целей в сфере взаимодействия с частными лицами, пользу от таких действий в правоприменении.

В нашем случае результативность означает получение лицом-заявителем ожидаемого результата (или законного, обоснованного, своевременного отказа в удовлетворении его обращения – Н.К.).

Эффективность деятельности отечественных административных органов относительно рассмотрения и разрешения обращений частных лиц и условия их обеспечения целесообразно проанализировать на основании статистических отчетов по исследуемой проблематике.

Так, в соответствии с обобщенной информацией по работе с обращениями граждан правительства, министерств и других центральных органов исполнительной власти (подчиненных им субъектов областного уровня) за 2012 г. [9] определить результаты функционирования

органов публичной администрации в соответствующем направлении не представляется возможным. Указанная информационная справка содержит данные о разновидностях обращений, категориях заявителей, поднимаемых вопросах и т.п. Однако результаты таких инициатив – показатели эффективности деятельности публичной администрации – почему-то отсутствуют.

Аналогичное содержание имеют отчеты на веб-сайтах Министерства инфраструктуры Украины, Министерства социальной политики Украины, Министерства финансов Украины и других органов исполнительной власти, местного самоуправления.

Относительно обращений юридических лиц, то соответствующая информация вообще не обнаружится. Такая ситуация свидетельствует о неоправданном невнимании государства к определенному спектру отношений. Думается, что это можно объяснить не регламентированностью на законодательном уровне обязательства административных органов обнародовать информацию о результатах разрешения обращений граждан, состоянии рассмотрения дел по обращениям юридических лиц.

Например, ситуация в сфере публичной информации имеет противоположный характер. Во исполнение п. п. 10 п. 1 ст. 15 Закона Украины «О публичной информации» [1] распорядители публичной информации обобщают и анализируют информацию о результатах рассмотрения информационных запросов в отчетах, что размещаются на официальных веб-сайтах.

Отдельное внимание необходимо обратить на качество административных услуг, поскольку они предоставляются по заявлениям частных лиц и являются результатом публично-властной деятельности административных органов. В соответствии с данными Всемирного банка за 2010 г., по уровню предоставления административных услуг Украина занимает предпоследнее место в Европе, опережая только Албанию.

Таким образом, организационно-правовые вопросы обеспечения эффективности деятельности публич-



ной администрации относительно рассмотрения и разрешения обращений физических и юридических лиц требуют скорейшего улучшения и надлежащего внимания на законодательном уровне.

Принцип V – согласованность – на территории ЕАП означает скоординированность действий государств-участников ЕС по выработке и внедрению национальной политики в сферу государственного управления.

Согласованность в сфере обращений к публичной администрации проявляется как совершенство действующего законодательства – отсутствие неточностей, противоречий среди правовых норм.

Украинское законодательство об обращениях в публичную администрацию является громоздким и запутанным. К причинам, которые обуславливают такую ситуацию, можно отнести: отсутствие акта общепроцедурного характера относительно упорядочения отношений публичной администрации с частными лицами; несовершенство с процессуальной точки зрения Закона Украины «Об обращениях», который не регулирует обращения в публичную администрацию юридических лиц, не соответствует Резолюции Комитета Министров Совета Европы от 28 октября 1977 г. № (77) 31 «О защите личности относительно актов административных органов»; излишнюю абстрактность положений законов об обращениях, которые конкретизируются постановлениями правительства, инструкциями центральных органов исполнительной власти (не всегда зарегистрированными в Минюсте – Н.К.), что предусматривают ряд новых норм и часто не согласовываются между собой; нечеткость содержания разъяснений публичной администрации относительно применения отдельных положений законов, а в некоторых случаях искажением их содержания по сравнению с тем, которое вкладывалось законодателем.

Выводы: Как показывает проведенное исследование, для успешного решения проблем сферы обращений в публичную администрацию в Украине, интенсификации евроинтегра-

ционных процессов в указанной плоскости, необходимо иметь не только надежную материальную базу, но и провести ряд других важных мероприятий, которые дадут импульс развитию Украины в направлении демократизации и законности: пересмотреть действующее специальное законодательство с целью согласования его норм между собой и с европейскими принципами надлежащего управления; принять общий закон об административных процедурах; последовательно и настойчиво внедрять декларированные соответствующими законами прогрессивные нововведения организационно-правового характера; усилить контроль со стороны уполномоченных представителей государства и общественности за эффективной деятельностью публичной администрации по делам об обращениях частных лиц с помощью мероприятий по обнародованию информации о результатах такой деятельности, мониторинга, проверок, надзора; повысить качество предоставления административных услуг; усилить юридическую ответственность государственных служащих и конкретизировать юридические механизмы ее реализации.

Список использованной литературы:

1. Официальный сайт Верховной Рады Украины: www.rada.gov.ua.
2. Закон Украины «Об основах внутренней и внешней политики» // rada.gov.ua.
3. Концепция Общегосударственной программы адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского Союза, утвержденная Законом Украины от 21.11.2002 № 228-IV // rada.gov.ua.
4. Україна: Оцінювання системи врядування. Березень 2006 року. // SIGMA – К.: Центр сприяння інституційному розвитку державної служби, 2007. – 352 с. – (укр. та англ. мовами).
5. Концепция административной

реформы в Украине, утвержденная Указом Президента Украины от 22.07.1998 № 810/98 // rada.gov.ua.

6. European Governance. A White Paper/ Commission of the European Communities. COM (2001) 428 final. – Brussels, 25.07.2001. – P.8 // <http://www.coe.int>.

7. Авер'янов В.Б., Дерезь В.А., Пухтецька А.А. Концептуальні засади реформування органів виконавчої влади України з урахуванням європейських принципів та стандартів належного урядування («GOOD GOVERNANCE») // Форум права. – 2006. – № 2. – с. 4-12.

8. The Public's Right to Know – Principles on Freedom on Information Legislation, Article 19 (London: June, 1999) (P.8-11) // <http://www.article19.org/pdfs/standards/righttoknow.pdf>.

9. http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=245982628&cat_id=244866718.



ОБЩИЕ И СПЕЦИАЛЬНЫЕ ФУНКЦИИ СМИ В УКРАИНЕ: КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ

Е. КАПЛИЙ,

аспирант кафедры конституционного права Национального университета «Одесская юридическая академия»

SUMMARY

The article explains the function of the media, which they performed in the Soviet period, analyzes the functional concept of the media offered by American scientists. We study the function of the media, which they perform in the modern period, namely informational, organizational. The author analyzes them in the context of the constitutional and legal science, *otgranichavaya* them from the related but not identical functions of media studies in journalism, political science and other sciences. As a result of analysis, the author proposed to allocate general and specific functions of the media, for a more detailed analysis of the media as well as study their contents.

Key words: Media, media functions, the Constitution of Ukraine, the general functions, special functions, journalism, visual media, auditory media, audiovisual media, control, information.

* * *

В статье рассматриваются функции СМИ, которые они выполняли в советский период, анализируется функциональная концепция СМИ, предложенная американскими учёными. Исследуются функции СМИ, которые они выполняют в современный период, а именно информационную, организационную. Автор проводит их анализ в разрезе конституционно-правовой науки, отграничивая их от родственных, но не тождественных исследований функций СМИ в журналистике, политологии и других науках. В результате анализа автором предлагается выделять общие и специальные функции СМИ, для более детального анализа деятельности СМИ, а также исследуется их содержание.

Ключевые слова: СМИ, функции СМИ, Конституция Украины, общие функции, специальные функции, журналистика, визуальные СМИ, аудиальные СМИ, аудиовизуальные СМИ, контроль, информирование.

Постановка проблемы. В настоящее время вызывает большой интерес и представляется необходимой для рассмотрения сфера функций СМИ, которые приобретают новый смысл и окраску в условиях развития украинской государственности. Главной целью СМИ является оперативное информирование отдельных лиц, социальных групп населения в целом о событиях и явлениях в мире, конкретной стране, определенном регионе. Этой цели они достигают путём выполнения свойственных им функций [1, с. 390-391].

Целью статьи является изложение основных положений о функциях СМИ, которые обозначат рамки дальнейших конституционно-правовых исследований, отграничат их от родственных, но не тождественных исследований функций СМИ в журналистике, политологии и других науках.

В ходе исследования автором использовался диалектический метод, который позволил исследовать динамику функций, выполняемых СМИ в разные исторические периоды. Системно-структурный метод использовался при исследовании системы общих и специальных функций СМИ. Методы анализа и синтеза применялись во время исследования отдельных функций СМИ.

В новейшей украинской теории конституционного права остаётся вне поля зрения ученых-конституционалистов проблема определения функций СМИ и установления их содержания. Вопрос функций СМИ с позиции юридической науки в некоторой степени исследовали Н. А. Мороз [2] и Л. П. Федорчук [3]. В

основном функции СМИ сегодня исследованы в журналистике, политологии, социологии в частности, такими учеными как Е. П. Прохоровым [4], И. Л. Михайлиным [5], В. М. Владимировым [6], Б. А. Грушиным [7].

Изложение основного материала исследования. Следует начать с того, что СМИ, разделяясь на *визуальные, аудиальные, аудиовизуальные*, несмотря на все различия между собой, объединяются в единую систему массовой коммуникации благодаря общности функций. В демократическом правовом государстве СМИ удовлетворяют информационные интересы общества, осуществляют невидимый контроль за деятельностью законодательных, исполнительных, судебных органов. Благодаря плюралистическому характеру свобода информации является фактором формирования демократии и контроля за ее осуществлением [8, с. 76].

Рассмотрение вопроса функций СМИ следует начинать с того, что такое функция вообще. Следовательно, функ-

ция (лат. *Functio*) – это обязанность, назначение, характер деятельности, исполнение обязанностей [5, с. 47].

В советский период вопрос функций СМИ рассматривался упрощенно. Важнейшим методологическим ориентиром здесь объявлялось ленинское определение газеты как коллективного пропагандиста, коллективного агитатора и коллективного организатора, следовательно, и функции СМИ сводились к трем: пропагандистской, агитационной и организаторской [5, с. 202]. Сегодня же совершенно очевидно, что такой подход не только не исчерпывает всего разнообразия данной проблемы, но более того – ограничивает ее только политической сферой.

Исходя из современного уровня понимания функций СМИ следует рассмотреть имеющиеся теоретические взгляды в отношении рассматриваемого вопроса.

Еще полвека назад американский исследователь Г. Лассуэлл (1948 г.) определил три основные функции социальной коммуникации: 1) общественный контроль; 2) средство корреляции различных социальных субъектов с действительностью; 3) способ передачи культуры во времени, то есть следующим поколениям [9]. Уже В. Гагеманн в работе «Газета как организм» (1950 г.) описал пять функций прессы: 1) информировать; 2) влиять на публику; 3) рекламировать товары; 4) развлекать читателя; 5) поучать его [10].



Авторы знаменитого исследования «Четыре теории прессы» (1956 г.) американские исследователи Ф. Сиберт, Т. Петерсон и В. Шрам считали, что в обществе пресса выполняет семь функций. Она должна: 1) служить политической системе, обеспечивая ее информацией; 2) обсуждать общественные дела; 3) просвещать публику; 4) защищать права человека перед правительством; 5) служить экономической системе; 6) обеспечивать развлечение читателей; 7) поддерживать свою собственную финансовую независимость [11].

Наиболее полно на сегодня функциональная концепция СМИ изложена в книге американского ученого Д. Маккуэйла «Введение в теорию массовой коммуникации» (1987 г.). Обобщив взгляды предшественников – своих соотечественников Г. Лассуэлла, Ч. Р. Миллса, он предложил такую схему функций СМИ. Они обязаны: 1) информировать; 2) коррелировать; 3) обеспечивать преемственность; 4) развлекать; 5) мобилизовать [12].

Анализируя современные научные исследования, мы согласны с мнением Н. А. Мороза, что функции, которые выполняют СМИ, следует делить на общие и специальные. Так, к общим учёный относит следующие функции: познавательную; обеспечения гласности, контроля и наблюдения за действиями субъектов власти; политической социализации; формирования гражданственности; поддержки или критики программ и деятельности государства, государственных органов, органов местного самоуправления, общественных организаций, партий и т.п.. Помимо общих функций, СМИ имеют еще свои специфические функции, присущие только им. К ним относятся функции редактирования и оценки, что существенно влияет на формирование общественного мнения и общественных настроений [2, с. 207].

Можно согласиться с Б. А. Грушиным, который в ответ на вопрос, как может реализоваться деятельность СМИ по формированию правосознания личности, определяет пять основных функций: 1) информирование; 2) воспитание; 3) организация поведения; 4) создание определенного эмоционально-психологического тона аудитории; 5) коммуникация [7, с. 85-87].

Также интересным представляется мнение участников слушаний «Обще-

ство, средства массовой информации, власть: свобода слова и цензура в Украине» относительно функций, которые выполняют СМИ. Так, к ним отнесены: информирование, общественная критика и контроль, а также налаживание процесса коммуникации в обществе [13].

Анализируя ряд работ касательно исследуемого вопроса, считаем, что такой широкий спектр подходов к функциям СМИ обусловлен выбором критериев типологизации целей деятельности СМИ, которые положены в основу определения функций. Следует отметить, что единого мнения среди украинских учёных относительно понимания функций СМИ нет. Поэтому, считаем целесообразным выделять общие и специальные функции СМИ. Так, общие функции относятся к числу основных, связанных с атрибутивными признаками СМИ и выполняются всеми ими; специальные функции имеют локальный характер, характеризуют СМИ с той либо иной конкретной стороны, и их выполнение не является обязательным для всех видов СМИ.

Поэтому к общим функциям СМИ следует отнести важнейшую функцию – информационную. Суть ее в получении и распространении сведений о наиболее важных для граждан и органов власти событиях. Для реализации этой функции необходимо обеспечение высокого уровня осведомлённости редакционных коллективов. Так, согласно ст. 2 Закона Украины «О порядке освещения деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления в Украине средствами массовой информации» [14] органы государственной власти и органы местного самоуправления обязаны предоставлять СМИ полную информацию о своей деятельности, кроме случаев, предусмотренных Законом Украины «О государственной тайне» [15], не оказывать на них никакого давления и не вмешиваться в их производственный процесс.

Информационная деятельность СМИ позволяет людям адекватно судить о событиях и процессах в государстве только в том случае, если она выполняет и *просветительскую* функцию. Эта функция проявляется в сообщении гражданам знаний, что позволяет адекватно оценивать и упорядочивать сведения, получаемые из СМИ и других источников, правильно ориентироваться в сложном и

противоречивом потоке информации. Не ограничиваясь лишь простым перечислением фактов, информация должна содержать соответствующие объяснения, комментарии, толкования, поскольку значительная часть граждан может быть неподготовленной к их восприятию. Поэтому важной составляющей просветительской функции является *гносеологический анализ*.

Следующая функция СМИ заключается в *формировании* ими *общественного мнения*. Эту функцию СМИ выполняют в демократическом обществе, организуя на своих страницах обсуждения важных социальных проблем, предоставляя возможность выступления для всех заинтересованных граждан по широкому кругу актуальных вопросов.

Также к общим функциям СМИ следует отнести *коммуникационную* функцию, цель которой состоит в том, чтобы объединять людей и помогать их общению. Так, Л. П. Федорчук считает, что коммуникация через СМИ представляет собой модель, когда на одном полюсе всегда действует профессиональный производитель информации (журналист), а на втором – массовый субъект – многочисленный анонимный потребитель [3, с. 95].

Контрольно-критическая функция направлена на осуществление общественного контроля. СМИ выявляют уязвимые места общественного устройства, доводят их до сведения граждан, предлагают пути преодоления определенных проблем. Такая функция СМИ присуща всем демократическим странам, актуализируется она сегодня и в Украине.

Рассмотренные выше функции СМИ раскрывают их сущность, а поэтому – выделяют в особую группу.

Специальные функции СМИ по своему являются важными и существенными, но лишены все же той всеобщности, которая присущая всем видам СМИ. Итак, первой среди них, следует выделить *организационную* функцию СМИ, которая проявляется в том, что общество самоорганизуется и структурируется благодаря СМИ. СМИ группируют людей по интересам: политическим, экономическим, профессиональным, художественным. Именно поэтому к СМИ в демократическом обществе может быть применен термин «масс-медиа», что в буквальном переводе означает «массо-



вый посредник». Метко об этом высказался В. М. Владимиров: «Масс-медиа – это массовые посредники между теми, кто уже знает, и теми, кто хочет знать, чтобы самому все понимать и свободно действовать» [6, с. 78].

Функции *артикуляции* (оглашение для органов власти мнения народа) и корреляции (согласование с помощью СМИ различных точек зрения на определенный вопрос) есть ни что иное, как выполнение СМИ своей непосредственной организационной функции.

Практически во всех развитых странах мира СМИ стали мощным институтом агитации. Их *агитационная* функция заключается в предоставлении информации, состоящий из тенденциозно отобранных фактов, которая содержит четко выявленные субъективные социально-политические оценки и ориентации, а также в конце концов имеет цель одностороннего направленного воздействия на сознание населения. Так, в соответствии со ст. 50 Закона Украины «О выборах депутатов Верховной Рады Автономной Республики Крым, местных советов и сельских, поселковых, городских голов» [16] предвыборная агитация с использованием СМИ всех форм собственности проводится с соблюдением принципа равных условий и возможностей.

Поскольку СМИ могут негативно влиять на сознание человека, общество должно защищать своё информационное пространство. Так, согласно ст. 2 Закона Украины «О защите общественной морали» [17], запрещается производство и оборот в любой форме продукции порнографического характера, производство и распространение продукции, которая: а) пропагандирует войну, национальную и религиозную вражду, изменение путем насилия конституционного строя или территориальной целостности Украины; б) пропагандирует фашизм и неонацизм; в) унижает или оскорбляет нацию или личность по национальному признаку; г) пропагандирует изуверство, кощунство, неуважение к национальным и религиозным святыням; д) унижает достоинство личности, является проявлением издевательства по поводу физических недостатков (увечья), над душевнобольными, пожилыми людьми. Органы государственной власти и органы местного самоуправления, учитывая особенности местных условий, обычай

и традиции, вправе определять территории и места, в которых запрещено распространение продукции и проведения зрелищных мероприятий сексуального характера, сократить время трансляции теле-, видео- и радиопрограмм, содержащих элементы эротики.

В то же время необходимо отметить, что в Украине, согласно ст. 24 Закона Украины «Об информации» [18], запрещена цензура как любое требование, направленное, в частности, к журналисту, СМИ, его учредителям (соучредителям), издателям, руководителям, распространителям, согласовывать информацию до ее распространения или наложение запрета или препятствие в любой другой форме тиражированию или распространению информации. Поэтому органы государственной власти и органы местного самоуправления должны действовать четко в соответствии с нормами действующего законодательства, не допуская случаев цензуры или иного вмешательства в работу СМИ с одной стороны, а с другой – своевременно и эффективно защищать общественную мораль [19, с. 302].

Развлекательная функция СМИ является объективно необходимой, поскольку человек не может работать круглосуточно, находится постоянно в напряжении, и требует расслабления и отдыха, а поэтому и от СМИ как универсальной модели действительности и человеческой деятельности он ожидает участия в процессе своего отдыха.

Сущность *функции обратной связи* заключается в выяснении, насколько своевременно поступает информация к реципиентам, адекватность восприятия и толкования ее. Реализация этой функции способствует совершенствованию самих СМИ, значительно укрепляет их позиции в отношениях с властными структурами. Ведь одно дело, когда публикация отражает позицию автора или даже коллектива редакции, другое – когда в их поддержку выступают широкие слои населения. Поэтому анализ отзывов, публикаций, обзор писем – неперемнная составляющая работы СМИ.

Выводы данного исследования заключаются в следующем. Ни одна из исследованных нами функций не реализуется отдельно. Напротив, большинство информационных акций одновременно реализует несколько, а зачастую их всех.

Разграничение функций, путём выделения в отдельные группы, осуществляется для более детального анализа деятельности СМИ, направленной на решение стратегической задачи – усиления общественного мнения в общественно-политической жизни. В контексте приведенного отметим, что дальнейшие научные поиски следует направить на исследование функций отдельных видов СМИ, что позволит более детально охарактеризовать их роль в современных условиях развития государства.

Список использованной литературы:

1. Основы демократії : навч. посібник для студентів вищ. навч. закладів / авт. кол.: М. Бессонова, О. Бірюков, С. Бондарук [та ін.] ; за заг. ред. А. Колодій ; М-во освіти і науки України, Ін-т вищої освіти АПН України, Укр.–Канад. проєкт «Демократична освіта», Інститут вищої освіти. – К. : Ай-Бі, 2002. – 684 с.
2. Мороз Н. О. Роль засобів масової інформації у формуванні громадянського суспільства України [Електронний ресурс] / Н. О. Мороз. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Gumj/2012_2-3/Moroz.pdf.
3. Федорчук Л. П. Функції інтернет-ЗМІ [Електронний ресурс] / Л. П. Федорчук // Наукові записки Інституту журналістики. Том 41. – 2010. Жовтень-грудень. – С. 95–98. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/nzizh/2010_41/Fedorchu.pdf.
4. Прохоров Е. П. Введение в теорию журналистики / Е. П. Прохоров. – 5-е изд., испр. и доп. – М. : Аспект Пресс, 2003. – 294 с.
5. Михайлін І. Л. Основы журналистики : підручник / І. Л. Михайлін. – 5-те вид. перероб. та доп. – К. : Центр учбової літератури, 2011. – 496 с.
6. Владимиров В. М. Журналистика, особа, суспільство: проблеми розуміння : монографія / В. М. Владимиров. – К. : Київ. Нац. ун-т ім. Т. Шевченка, 2003. – 220 с.
7. Массовая информация в советском промышленном городе: опыт комплексного социологического исследования / Под ред. Б. А. Грушина, Л. А. Оникова. – М. : Политиздат, 1980. – 446 с.
8. Битем Д. Демократия: вопросы и



ответы / Д. Битем, К. Бойл. – М. : [б. и.], 1995. – 155 с.

9. Lasswell H. Function of Mass Communication in So ciety // Mass Communications / Ed. By W. Schramm. Urbana, 1960.

10. Hagemann W. Die Zeitung als Organismus / Walter Hagemann. – Heidelberg, 1950. – 260 p.

11. Siebert F. Four Theories of the Press / F. Siebert, T. Peterson, W. Schramm. – Urbana, 1956. – 153 p.

12. McQuail D. Mass Communication Theori: An Introduction / D. McQuail. – Beverly Hills, 1987. – P. 71–72.

13. Про підсумки парламентських слухань «Суспільство, засоби масової інформації, влада: свобода слова і цензура в Україні : Постанова Верховної Ради України від 16 січня 2003 р. № 441-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 16. – Ст. 130.

14. Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації : Закон України від 23 вересня 1997 р. № 539/97 (із змін. і доп.) // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 49. – Ст. 299.

15. Про державну таємницю : Закон України від 21 січня 1994 р. № 3855-XII (із змін. і доп.) // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 16. – Ст. 93.

16. Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів : Закон України від 10 липня 2010 р. № 2487-VI (із змін. і доп.) // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 35. – Ст. 491.

17. Про захист суспільної моралі : Закон України від 20 листопада 2003 р. № 1296-IV (із змін. і доп.) // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 14. – Ст. 192.

18. Про внесення змін до Закону України «Про інформацію» : Закон України від 13 січня 2011 р. № 2938-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 32. – Ст. 313.

19. Бондарь Н. С. Гражданин и публичная власть: Конституционное обеспечение прав и свобод в местном самоуправлении : учеб. пособие / Н. С. Бондарь. – М. : Городец-издат, 2004. – 352 с.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КОНКУРЕНТНОЙ ПРИВАТИЗАЦИИ ОТДЕЛЬНЫХ ГРУПП ЗЕМЕЛЬ В УКРАИНЕ

К. КАРАХАНИЯ,

ассистент кафедры аграрного, земельного и экологического права
Национального университета «Одесская юридическая академия»

SUMMARY

The article is devoted to the peculiarities of legal regulation of land sales with the objects of privatization, located on them at auction. We consider the legislation embodied features of the organization of land sales, namely the procedure for preparing items for the sale, the announcement of forthcoming auctions and sales sites, the procedure for applying for participation in the auction, especially their conduct, presentation of results. Address issues related to the novels of the land legislation in this field, positive and negative trends, gaps, and possible options for resolution of conflicts.

Key words: land with an arrangement of objects of privatization, land auctions, auction, government privatization, sale of land.

* * *

Статья посвящена особенностям правового регулирования продажи земельных участков с объектами приватизации, расположенными на них, на аукционах. Рассматриваются закрепленные действующим законодательством особенности организации земельных торгов, а именно: порядок подготовки лотов к продаже, оглашения информации о будущих торгах и объектах продажи, порядок подачи заявок на участие в аукционе; особенности их проведения, оформления результатов. Затрагиваются вопросы, связанные с новеллами земельного законодательства в данной сфере, позитивными и негативными тенденциями, существующими проблемами, а также возможные варианты разрешения коллизий.

Ключевые слова: земельный участок с расположенными на нем объектами приватизации, земельные торги, аукцион, государственные органы приватизации, продажа земель.

Постановка проблемы. Мировой опыт свидетельствует, что основой экономического развития государства является рынок земли. Одним из важнейших факторов в увеличении эффективности использования земельных ресурсов в Украине является продажа земельных участков на наиболее выгодных для государства условиях. Максимально выгодный результат от продажи земель достигается путем применения конкурентных способов продажи, которые имеют преимущества для Украины, поскольку земельные торги эффективно увеличивают поступления в государственный бюджет. В процессе проведения земельных аукционов в Украине цена продажи земельных участков на земельных торгах может в несколько раз превышать их первоначальную стоимость.

Актуальность темы исследования, прежде всего, обусловлена тем, что были существенно изменены подходы государственных органов к регулированию порядка предоставления прав на земельные участки на конкурентных началах. Особенно это коснулось земель государственной и коммунальной форм собственности. Так, в частности, в развитии законодательства наметилась тенденция к замене бесконкурентной приватизации земли так называемой конкурентной прива-

тизацией. Как отмечает П.Ф. Кулич, «последняя представляет собой такую приватизацию, в результате которой приобретение земельных участков государственной и коммунальной собственности физическими и юридическими лицами в собственность осуществляется на земельных аукционах». Это свидетельствует о наступлении принципиально новых процессов в государственной земельной политике Украины.

Целью данной статьи является полное и всестороннее исследование



законов и подзаконных нормативно-правовых актов, регулирующих особенности организации и осуществления конкурентной продажи земель; новелл земельного законодательства в указанной сфере; а также разработка новых подходов к урегулированию коллизионных вопросов, которые возникают при применении различных правовых норм.

Изложение основного материала исследования. Земельные торги имеют много преимуществ, а потому использование их следует считать необходимым в повседневной практике. Среди преимуществ торгов выделим следующие:

- аукцион позволяет привлечь значительные дополнительные средства в местные бюджеты. Так, в соответствии с Бюджетным кодексом Украины, средства, полученные от продажи земель, находящихся в собственности территориальных громад, на первичном рынке, предназначаются на развитие инфраструктуры населенного пункта. А это и строительство метро, и ремонт дорог, развитие жилищно-коммунального хозяйства, строительство социального жилья. Учитывая, что фактическая аукционная стоимость земельного участка может в несколько раз превышать стартовую, заметим, что земельные торги являются одним из важнейших источников финансового обеспечения развития населенных пунктов;

- на аукцион выставляется земельный участок с уже готовой землеустроительной документацией, т.е. покупатель не тратит времени на самостоятельное прохождение сложных и длительных процедур отвода и согласования;

- продажа участков на аукционе является способом планирования застройки территории населенного пункта, ведь участки продаются с определенным целевым назначением, т.е. город, поселок, село осуществляет реализацию генерального плана и получает дополнительные средства;

- аукцион является открытым и прозрачным способом отчуждения земельных ресурсов государства и территориальной громады, следова-

тельно, возможность коррупционных деяний значительно ограничена;

- проведение земельных торгов стимулирует эффективное землепользование.

Следует отметить, что Украина, хотя и находится еще на пути реформирования земельных отношений, однако в указанной выше области рыночного хозяйствования уже имеет собственный опыт. Так, земельные аукционы – понятие весьма знакомое для отечественного рынка земли. Первый аукцион по продаже земельных участков состоялся в Харькове еще 21 января 1994 года [1, с. 52]. С середины 90-х годов земли городов, сельских населенных пунктов стали особым ресурсом для социально-экономического развития территорий, так (где интенсивнее, где вяло) земельные аукционы заработали. Малые и средние предприниматели на конкурентных началах получали право собственности на земельные участки под объекты торговли, автозаправки, ремонтные мастерские, склады. Желавшие построить роскошное жилье смогли выкупить понравившийся участок в любой точке Украины. Вдвое-втрое, а то и десять раз более щедрые пополнения государственных и местных бюджетов сразу засвидетельствовали о выгоде аукционов [2, с. 9].

По сообщениям Управления рынка земель и оценочной деятельности Государственного агентства земельных ресурсов Украины, с начала продажи земельных участков на земельных торгах продано 1596 земельных участков общей площадью 1439,08 га стоимостью 2054,81 млн. гривен. Деятельность по проведению земельных аукционов довольно бурно развивалась и в течение последних лет. Так, за 11 месяцев 2010-2011 годов на земельных торгах продан 231 земельный участок площадью 570,7 га стоимостью 197,19 млн. гривен и права на аренду 67 земельных участков общей площадью 268,56 га общей стоимостью 35,43 млн. гривен. На земельных аукционах наибольшее количество земельных участков продано в Ивано-Франковской, Львовской, Харьковской, Закарпатской и Волынской областях, наибольшее ко-

личество прав на аренду земельных участков продано в Хмельницкой, Херсонской, Сумской, Одесской областях. В Автономной Республике Крым, Днепропетровской, Донецкой, Кировоградской областях, городах Киеве и Севастополе на земельных аукционах не был продан ни один земельный участок. По состоянию на 25 декабря 2011 года проданы 82 земельных участка на целевых (тематических) земельных аукционах для нужд малого и среднего бизнеса общей площадью 5,3496 га и общей стоимостью 10934,1 тыс. гривен [3, с. 11].

Одним из положительных примеров развития земельных правоотношений рыночного направления является организация земельных аукционов в г. Виннице. Их состоялось три. Интересны результаты второго аукциона: стоимость проданных земельных участков увеличилась от стартовой больше, чем в 8,7 раза. При этом победитель одного из них оплатил за приобретение участка площадью 613 кв. метров (в собственность) более 1 млн. гривен (то есть по 1704,7 гривен за кв. метр) [4, с. 12].

Следует отметить, что проведение земельных торгов в Украине начиналось в условиях отсутствия необходимой правовой базы и соответствующей инфраструктуры рынка земли. А это, безусловно, не способствовало цивилизованному обороту земельных участков. В условиях законодательной неопределенности имели место множество нарушений, последствия которых ощутимы и сегодня.

Рассмотрим более подробно вопрос, посвященный правовому регулированию конкурентной продажи отдельных групп земель, в частности, земельных участков государственной собственности, на которых расположены объекты, подлежащие приватизации.

Перечень таких объектов закреплен в ч. 1 ст. 5 Закона Украины «О приватизации государственного имущества». Ими являются:

- предприятия (цеха, производства, участки, другие подразделения, если в случае их выделения в самостоятельные предприятия не нару-



шается технологическое единство производства по основной специализации предприятия, из структуры которого они выделяются) как единые имущественные комплексы, в состав которых входят все виды имущества, предназначенные для их деятельности, которые определены Гражданским кодексом Украины, в том числе вместе с земельными участками государственной собственности, на которых они расположены;

- объекты незавершенного строительства и законсервированные объекты, в том числе вместе с земельными участками государственной собственности, на которых они расположены;

- отдельное индивидуально определенное имущество, в том числе вместе с земельными участками государственной собственности, на которых это имущество находится;

- акции (доли, паи), принадлежащие государству в уставном капитале хозяйственных обществ, других хозяйственных организаций и предприятий, основанных на базе объединения имущества разных форм собственности;

- объекты социально-культурного назначения, в том числе вместе с земельными участками государственной собственности, на которых они расположены, кроме тех, которые не подлежат приватизации [5].

Заметим, что с целью устранения разногласий и усовершенствования действующего законодательства, в частности Гражданского кодекса Украины, Хозяйственного кодекса Украины, Земельного кодекса Украины и Закона Украины «О приватизации государственного имущества», по распоряжению земельными участками, как объектами недвижимого имущества, и в части приобретения права собственности на земельные участки, на которых расположены объекты, подлежащие приватизации, а также для увеличения поступлений в Государственный бюджет Украины, в конце 2005 года в Земельный кодекс, Закон Украины «О приватизации государственного имущества» и другие нормативно-правовые акты были внесены изменения, согласно которым указанные земли были

включены в перечень объектов государственной собственности, подлежащих приватизации, в результате чего они стали отчуждаться государственными органами приватизации на аукционах единым лотом вместе с расположенными на них объектами недвижимого имущества.

Таким образом, были объединены процедуры отчуждения земельных участков и объектов приватизации, которые на них расположены, путем делегирования Кабинетом Министров Украины и местными государственными администрациями как органами, осуществляющими распоряжение государственными земельными участками, своих полномочий на заключение соответствующих договоров купли-продажи Фонду государственного имущества Украины и его региональным отделениям. Итак, указанными изменениями было введено существование единого органа, который выступает продавцом указанных земель.

Согласно ч. 3 ст. 18-1 Закона Украины «О приватизации государственного имущества», продажа объекта приватизации вместе с земельным участком государственной собственности осуществляется в соответствии с законодательством о приватизации. Заметим, что указанным Законом Украины «О приватизации государственного имущества», который является законодательным актом общего характера, этот вопрос был частично урегулирован только в начале 2012 года после дополнения последнего двумя статьями, которые в общем виде закрепляют процедуру подготовки лотов (всех вышеперечисленных объектов приватизации вместе с землями государственной собственности, на которых они расположены) к продаже на аукционе. Они, в частности, посвящены определению перечня объектов государственной собственности, подлежащих приватизации, и сбора информации о земельных участках, на которых такие объекты размещаются; вопросам землеустройства, изготовления землеустроительной документации, оценке объектов, выставляемых на торги в составе объекта аукциона и т.д.

В то же время отдельные особенности конкурентного отчуждения некоторых из закрепленных в Законе Украины «О приватизации государственного имущества» объектов приватизации, перечень которых был приведен выше, устанавливаются также специальными законами. Так, например, Закон Украины «Об особенностях приватизации объектов незавершенного строительства» от 14 сентября 2000 года [6] определяет, что объекты незавершенного строительства и законсервированные объекты, в том числе вместе с земельными участками государственной собственности, на которых они расположены, подлежат отчуждению на аукционах. Кроме этого, указанный Закон определяет условия и особенности осуществления приватизации таких объектов. Закон Украины «О приватизации небольших государственных предприятий (малой приватизации)» от 6 марта 1992 года [7] содержит нормы, которыми частично устанавливается процедура приватизации объектов малой приватизации, в частности, порядок определения перечней объектов такой приватизации, подлежащих продаже на аукционах; этапы подготовки указанных объектов к приватизации, а именно: особенности их оценки, разработки землеустроительной документации по земельным участкам, на которых расположены соответствующие объекты и отчуждаемых с последними единым лотом, печати информации о проведении аукциона по объектам малой приватизации в СМИ, порядок и особенности уплаты регистрационного и гарантийного взносов, их размеры, нормы относительно процедуры регистрации участников аукциона, общие требования по процедуре проведения торгов и признания их недействительными, порядок заключения договоров купли-продажи объектов малой приватизации, расчетов за приобретенное имущество и вступления в права собственности.

Следует также обратить внимание на то, что сразу после расширения в 2005 году перечня объектов приватизации, о чем говорилось выше, в ч. 1 ст. 128 Земельного кодекса были внесены соответствующие изменения,



согласно которым продажа указанных земель осуществляется государственными органами приватизации в порядке, утвержденном Кабинетом Министров Украины. Кроме того, такой порядок должен содержать нормы об особенностях заключения договоров купли-продажи этих земель (ч. 6 ст. 128 Земельного кодекса).

Учитывая изложенное, следует заметить, что Кабинет Министров Украины уже с 2006 года начал разрабатывать соответствующие акты, регулирующие отношения по продаже земельных участков государственной собственности, на которых расположены объекты приватизации. В 2006–2008 годах были утверждены соответствующие Порядки по продаже указанных объектов и земель, на которых они находятся. Ними являются: Порядок продажи в 2006 году земельных участков государственной собственности, на которых расположены объекты, подлежащие приватизации, утвержденный постановлением Кабинета Министров Украины от 26 сентября 2006 года; Порядок продажи в 2007 году земельных участков государственной собственности, на которых расположены объекты, подлежащие приватизации, утвержденный постановлением Кабинета Министров Украины от 12 мая 2007 года; Порядок продажи в 2008 году государственными органами приватизации земельных участков государственной собственности, на которых расположены объекты, подлежащие приватизации, утвержденный постановлением Кабинета Министров Украины от 22 февраля 2008 года.

Указанными нормативно-правовыми актами устанавливалось, что «предложение о приватизации земельных участков формируют государственные органы приватизации, определяя перечень объектов приватизации в составе объекта аукциона и отправляя его соответствующим государственным органам земельных ресурсов вместе с запросом о предоставлении имеющейся земельно-кадастровой документации, выписки из технической документации о нормативной денежной оценке и информации о наличии земельных сервитутов и ограничений (обреме-

нений) прав на земельные участки, которые включены в перечень. Государственный орган земельных ресурсов, в свою очередь, в месячный срок после поступления запроса должен предоставить органу приватизации всю необходимую информацию, после чего последний принимал решение о продаже определенных им объектов аукциона». Стоит обратить внимание на то, что перед проведением аукциона изготавливается вся необходимая землеустроительная документация и технический паспорт земельного участка, выставляемого на торги в составе объекта аукциона; формируется стартовая цена лота, где начальная стоимость земли не может быть ниже суммы, определенной по результатам её экспертной денежной оценки или оценки земельного участка по ценам, сложившимся на земельных аукционах в соответствующем населенном пункте или районе населенного пункта. При определении стартовой цены объекта аукциона руководствуются Методикой экспертной денежной оценки земельных участков, утвержденной постановлением Кабинета Министров Украины от 11 октября 2002 года и Методикой оценки имущества, утвержденной постановлением Кабинета Министров Украины от 10 декабря 2003 года. Кроме того, Порядками определялась сама процедура проведения аукциона и основания для признания его несостоявшимся.

Необходимо отметить, что, несмотря на положительные тенденции в законодательном регулировании процедуры продажи земель государственной собственности, на которых расположены объекты приватизации, которые наметились еще в 2005 году, к концу 2007 года не был проведен ни один аукцион по продаже объекта государственной собственности вместе с земельным участком, и только в ноябре 2007 года состоялся первый в Украине аукцион, где был продан объект приватизации вместе с земельным участком.

В 2009 году в течение длительного времени Кабинет Министров Украины не определял Порядка, согласно которому должны отчуждаться земельные участки государствен-

ной собственности с расположенными на них объектами приватизации. Только 8 июля 2009 постановлением Кабинета Министров Украины был утвержден Порядок продажи объектов, подлежащих приватизации, вместе с земельными участками государственной собственности [8]. Как и в постановлениях 2006–2008 годов, здесь указывается, что такая продажа осуществляется на земельных аукционах, но в их организации и проведении существенных изменений не наблюдается. В то же время, различия все же существуют.

Так, в частности, действующий Порядок сокращает до 10 дней срок, в течение которого государственный орган земельных ресурсов должен предоставить государственному органу приватизации всю необходимую информацию и документацию по земельным участкам, указанным в запросе последнего, до 5 дней – срок подписания победителем аукциона договора купли-продажи, который заключается в результате проведения земельных торгов. В 2006–2008 годах эти сроки были равны одному месяцу и 10 дням соответственно. Кроме того, действующим Порядком более детально урегулированы процедура и сроки организации и осуществления работ по землеустройству, оценке объекта аукциона, изготовлению технического паспорта земельного участка и проведения государственной экспертизы землеустроительных документов. Следует также отметить, что этот нормативно-правовой акт, в отличие от предыдущих, не содержит ссылки на срок своего действия. А, значит, в будущем не будет необходимости ждать появления очередного Порядка, который, как показывает практика, не содержит кардинально новых подходов к правовому регулированию указанного вопроса.

Обращает на себя внимание и тот факт, что одновременно с существованием требований ч. 1 ст. 128 Земельного кодекса Украины; Порядков 2006–2008 годов и Порядка, утвержденного Постановлением Кабинета Министров Украины от 8 июля 2009 года, которые определяют процедуру аукционной продажи земельных участков с объектами приватизации,



Земельный кодекс Украины до июля 2012 года закреплял положение о том, что земельные торги проводятся в форме аукциона (ч. 1 ст. 135 Земельного кодекса) в порядке, который должен устанавливаться только законом (ч. 5 ст. 137 Земельного кодекса). Таким образом, можно утверждать, что между нормами Земельного кодекса существовала коллизия. Еще одним аргументом в пользу данной точки зрения выступает ст. 14 Конституции Украины, согласно которой приобретение и реализация права собственности на землю происходит исключительно в соответствии с законом. Указанная позиция также воплощена в Решении Конституционного Суда Украины по делу о земельных аукционах от 11 ноября 2008 года.

Однако летом 2012 года в указанные статьи Земельного кодекса были внесены изменения, в результате которых из них исчезло требование обязательного законодательного урегулирования вопроса относительно земельных торгов. Кроме того, ст. 135-139 Земельного кодекса были изложены в новой редакции, благодаря чему последним был подробно урегулирован порядок организации и проведения земельных торгов. Существующее положение вполне удовлетворяет и требованиям Конституции Украины относительно законодательного урегулирования указанного вопроса. Однако, порядку конкурентной приватизации земель, которые рассматриваются, посвящен только абз. 3 ч. 2 ст. 135 Земельного кодекса, согласно которому продажа земельных участков государственной собственности вместе с расположенными на них объектами приватизации на земельных торгах осуществляется государственными органами приватизации в порядке, установленном Земельным кодексом с учетом требований законодательства по вопросам приватизации.

К сожалению, исследования указанных выше нормативно-правовых актов по приватизации рассматриваемых земель свидетельствует о фрагментарном характере урегулирования этого вопроса на законодательном уровне. Детальный порядок осуществления такого конкурентного

отчуждения закрепляется только в указанном постановлении Кабинета Министров Украины от 2009 года. Однако, как уже указывалось выше, осуществление только на основании последнего продажи земельных участков не только не соответствует требованиям законодательства, но и ставит под сомнение законность проведения торгов и их результатов.

Выводы. Таким образом, по мнению автора, в Земельном кодексе и законодательстве Украины по вопросам приватизации должно больше внимания уделяться, например, таким моментам, как: особенностям формирования лота торгов (земель вместе с объектами приватизации) и их оценке, оформлению результатов аукциона и заключению договора купли-продажи лота и т.п.. Закрепление же последних на законодательном уровне добавило бы всем участникам торгов дополнительные гарантии, а также снизило бы к минимуму вероятность признания результатов конкурентного отчуждения земельных участков недействительными.

Список использованной литературы:

1. Богачов С., Таран О. Конкурентні засади набуття прав на землю: нормативно-правове забезпечення – 2008 р. // Землевпорядний вісник. – 2009. – № 2. – С. 52-55.
2. Гуцало Л. Земельні аукціони: етапи розвитку та удосконалення. // Землевпорядний вісник. – 2008. – № 2. – С. 9-12.
3. Пейчев К. Оренда земель державної та комунальної власності в 2011 році (аналіз законодавства). // Юридичний радник. – 2011. – № 2. – С. 11-17.
4. Гуцало Л. Земельні аукціони: етапи розвитку та удосконалення. // Землевпорядний вісник. – 2008. – №2. – С. 12-20.
5. Про приватизацію державного майна: Закон України від 4 березня 1992 р., в ред. Закону України від 19 лютого 1997 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1997. – № 17. – Ст. 122.
6. Про особливості приватизації

об'єктів незавершеного будівництва: Закон України від 14 вересня 2000 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2000. – № 45. – Ст. 375.

7. Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію): Закон України від 6 березня 1992 р., в ред. Закону України від 15 травня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 34. – Ст. 160.

8. Про затвердження Порядку продажу об'єктів, що підлягають приватизації, разом із земельними ділянками державної власності: постанова Кабінету Міністрів України від 8 липня 2009 р. // Офіційний вісник України. – 2009 р. – № 51. – Ст. 1734.



ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ В СЕЛЬСКОМ ТУРИЗМЕ

О. КАФАРСКИЙ,

аспирант Прикарпатского национального университета имени Василия Стефаника

SUMMARY

In the article the features of the legislative providing of activity of management subjects are exposed in the field of rural tourism. The norms of laws of Ukraine are analyzed and compared "About the personal peasant economy", "About a farm" with Labour Code. It is shown that labour relations in the field of rural tourism are specific enough: they are not written into the accepted by legislator norms regulative this type of relations. An author draws conclusion therefore, that a requirement came to a head in passing an act of Ukraine "About rural tourism" that would settle legal relationships in this sphere of labour activity, in particular gave determination to the concept "rural tourism", settled the questions related to professional preparation of specialists on rural tourism, labour relations, features of social security and other problems peculiar to this type of labour and rest of citizens of Ukraine.

Key words: rural tourism, labour relations, public welfare, legal adjusting.

* * *

В статье освещаются особенности законодательного обеспечения деятельности субъектов хозяйствования в сфере сельского туризма. Анализируются и сопоставляются нормы законов Украины «О личном крестьянском хозяйстве», «О фермерском хозяйстве» с Кодексом Законов о труде. Показано, что трудовые отношения в сфере сельского туризма являются достаточно специфическими: они не вписываются в принятые законодателем нормы, регулирующие этот вид отношений. Поэтому автор делает вывод, что назрела потребность в принятии Закона Украины «О сельском туризме», который бы урегулировал правоотношения в этой сфере трудовой деятельности, в частности дал определение понятию «сельский туризм», урегулировал вопросы, связанные с профессиональной подготовкой специалистов по сельскому туризму, трудовые отношения, особенности социального страхования и другие проблемы, свойственные этому виду труда и отдыха граждан Украины.

Ключевые слова: сельский туризм, трудовые отношения, социальное обеспечение, правовое регулирование.

Возникновение новых видов хозяйственной деятельности и, прежде всего, новых субъектов и организационно-правовых форм этой деятельности, в частности деятельность в сфере сельского туризма, требуют решения вопросов занятости населения. Актуальной становится проблема отраслевого правового регулирования личного и наемного труда в крестьянских и фермерских хозяйствах, правомерной реализации гражданами их земельных прав. Ведь право граждан Украины на землю, в частности на землю сельскохозяйственного назначения, неразрывно связано с их трудовыми правами.

В новых социально-экономических условиях наиболее распространенными организационно-правовыми формами ведения сельского хозяйства в Украине стали фермерские хозяйства, сельскохозяйственные кооперативы и личные крестьянские хозяйства. Именно эти формы хозяйствования дают возможность предоставлять услуги в сфере сельского туризма, что закреплено в ст. 41-43 Конституции Украины. Несмотря на законодательное обеспечение этой сферы деятельности, актуальными остаются вопросы правового регулирования трудовых отношений членов фермерских хозяйств и личных крестьянских хозяйств, занимающихся сельским туризмом. Тем более, что четкого ответа на вопросы отраслевого регулирования этих отношений законодательство Украины не предусматривает.

Согласно ч. 2 ст. 3 Кодекса законов о труде Украины [1], особенности труда членов кооперативов и их объ-

единений, коллективных сельскохозяйственных предприятий, фермерских хозяйств, работников предприятий с иностранными инвестициями определяются законодательством и их уставами. Но Закон Украины «О личном крестьянском хозяйстве» не содержит норму, которая бы решала вопрос трудовых отношений членов личного крестьянского хозяйства, хотя в ч. 1 ст. 8 этого закона подчеркивается, что члены личных крестьянских хозяйств принадлежат к категории занятого населения в случае, если работа в этом хозяйстве для них является основной и расчетный месячный доход на одного члена равняется или превышает размер минимальной заработной платы [2].

Порядок определения расчетного месячного дохода на одного члена личного крестьянского хозяйства установлен Постановлением Кабинета Министров Украины от 26 декабря 2003 года «Об утверждении Порядка опре-

деления расчетного месячного дохода на одного члена личного крестьянского хозяйства» [3].

Следует отметить, что в отличие от Закона Украины «О личном крестьянском хозяйстве», Закон Украины «О фермерском хозяйстве» в ст. 27 закрепляет положение о трудовых отношениях в фермерском хозяйстве, которые базируются на непосредственной трудовой деятельности его членов. В целом, трудовые отношения членов фермерского хозяйства регулируются Уставом [4].

Организация труда в личном крестьянском и фермерском хозяйстве регулируется самими членами хозяйства (сельским хозяином и членами его семьи), то есть трудовые отношения возникают не на основании трудового договора членов хозяйства с его руководителем, а из самого факта существующих семейных отношений.

Основоположные принципы трудовых отношений в фермерском хозяйстве закреплены Постановлением Пленума Верховного Суда Украины «О практике рассмотрения судами трудовых споров» от 6 ноября 1992 года № 9 [5].

Такое решение вопроса подтверждает, что в условиях становления фермерского сельскохозяйственного производства не следует обесценивать роль трудового договора (контракта)



как основания возникновения трудовых отношений. В частности, в ч. 2 ст. 27 Закона Украины «О фермерском хозяйстве» отмечается, что в случае производственной потребности фермерское хозяйство имеет право привлекать к работе в нем других граждан по трудовому договору (контракту). При этом в случае привлечения к работе лиц по трудовому договору (контракту) трудовые отношения в фермерском хозяйстве будут регулироваться как Уставом, так и законодательством Украины о труде [4].

В соответствии с требованиями ст. 24 Кодекса законов о труде Украины [1] и ч. 3 ст. 27 Закона Украины «О фермерском хозяйстве» [4] с лицами, привлеченными к работе в фермерском хозяйстве, заключается трудовой договор (контракт) в письменной форме. При этом определяется срок договора, условия труда и отдыха (длительность рабочего дня, выходные дни, ежегодный оплачиваемый отпуск, формы оплаты труда и ее размер, питание и т.д.).

Требования законодательства относительно формы регулирования трудовых отношений не вызывают никаких замечаний. В то же время следует вести речь о заключении фермером (как предпринимателем, членом фермерского хозяйства и организатором сельского туризма), с наемным лицом не трудового договора, а контракта.

Контракт выступает в качестве переходной формы от публичного договора к частноправовому договору найма труда [6, с. 313]. Исходя из принципа добровольности оформления трудовых отношений, стороны при заключении трудового договора могут достичь согласия при любом оформлении трудовых отношений: или в виде трудового договора, или контракта, или в случае, когда область применения контракта на данную категорию работников не распространяется. Поэтому контракт, по нашему мнению, может применяться и в фермерском хозяйстве, и в личном крестьянском хозяйстве, то есть там, где субъекты хозяйствования, тем более занятые не только сельскохозяйственным производством, владеют большей самостоятельностью в вопросах организации и стимулирования труда наемных лиц.

Контрактная форма труда позволя-

ет отойти от государственной системы оплаты труда и значительно повысить уровень заработной платы. Четко определяется круг обязанностей работника, закрепляются обязанности работодателя, в том числе по созданию соответствующих социальных условий трудовой деятельности и дополнительных льгот. В контракты включаются условия, которые увеличивают объем ответственности работника за невыполнение обязанностей; дополнительные основания увольнения и т.д. С помощью контракта осуществляется замена трудовых договоров, которые могут заключаться на неопределенный срок без предоставления тех или иных льгот [6, с. 313].

Следовательно, при заключении контракта стороны стремятся к более полной регламентации взаимных прав и обязанностей как относительно условий о трудовой деятельности, так и относительно социально-бытовых условий.

Таким образом, трудовые отношения в фермерском и в личном крестьянском хозяйстве основаны, как правило, на членстве, а контракт (трудовой договор) играет вспомогательную роль. Законодательство дает возможность учитывать объективные производственные условия трудовой деятельности, то есть наделяет сельскохозяйственных товаропроизводителей правами устанавливать свой режим труда и отдыха методом локального регулирования, а не централизованного нормативного закрепления [7, с. 268].

Если говорить о членах сельской усадьбы (а в качестве ее членов в большинстве случаев выступают члены семьи сельского хозяина), то их трудовые отношения регулируются по большей части нормами уставов, а не нормами законодательства о труде.

Общее трудовое законодательство используется лишь для обеспечения гарантий занятости, охраны труда, труда женщин, молодежи, инвалидов и тому подобное. Это положение, в частности, отмечается и в ч. 2 ст. 3 Кодекса законов о труде Украины [1], и в ч. 4 и ч. 5 ст. 27 Закона Украины «О фермерском хозяйстве» [4].

Например, согласно ст. 27 Закона Украины «О фермерском хозяйстве», размер оплаты труда и длительность ежегодного отпуска лиц, которые рабо-

тают в фермерском хозяйстве по трудовому договору (контракту), не должны быть меньше установленного государством размера минимальной заработной платы и предусмотренной законом длительности ежегодного отпуска. Руководитель фермерского хозяйства создает безопасные условия труда для членов хозяйства и граждан, которые заключили трудовой договор (контракт), обеспечивает соблюдение требований техники безопасности, производственной гигиены и санитарии, пожарной безопасности [4].

С трудовыми отношениями связаны вопросы социального страхования и пенсионного обеспечения членов сельских усадеб. Согласно ст. 9 Закона Украины «О личном крестьянском хозяйстве» [2] и ст. 34 Закона Украины «О фермерском хозяйстве» [4], члены личных крестьянских хозяйств подлежат общеобязательному государственному социальному страхованию и пенсионному обеспечению.

Общеобязательное государственное социальное страхование членов личных крестьянских хозяйств осуществляется в порядке, установленном Законом Украины от 14 января 1998 года «Основы законодательства Украины об общеобязательном государственном социальном страховании» [8].

Согласно ст. 1 Закона Украины «Основы законодательства Украины об общеобязательном государственном социальном страховании», общеобязательное государственное социальное страхование – это система прав, обязанностей и гарантий, предусматривающая предоставление социальной защиты, которая включает материальное обеспечение граждан в случае болезни, полной, частичной или временной потери работоспособности, потери кормильца, безработицы по независимым от них обстоятельствам, а также в старости и в иных случаях, предусмотренных законом, за счет денежных фондов, которые формируются путем уплаты страховых взносов владельцем или уполномоченным им органом (далее – работодатель), гражданами, а также бюджетных и других источников, предусмотренных законом [8].

Ст. 7 Закона Украины «Основы законодательства Украины об обще-

обязательном государственном социальном страховании» определяет, что общеобязательному государственному социальному страхованию подлежат лица, которые работают на условиях трудового договора (контракта) у физических лиц (в том числе – сельские хозяйства), и лица, которые обеспечивают себя работой самостоятельно, граждане – субъекты предпринимательской деятельности [8].

При этом фермерское хозяйство в установленном законом порядке регистрируется как плательщик взносов на общеобязательное государственное социальное страхование в органах Пенсионного фонда Украины и Фонда социального страхования временной потери работоспособности, Фонда общеобязательного государственного социального страхования Украины на случай безработицы, Фонда общеобязательного государственного социального страхования от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний Украины [4].

Закон Украины «О фермерском хозяйстве» определяет фермерское хозяйство как форму предпринимательской деятельности граждан, которые выразили желание производить товарную сельскохозяйственную продукцию, заниматься ее переработкой и реализацией с целью получения прибыли на земельных участках, предоставленных им для ведения фермерского хозяйства, в соответствии с законом.

Фермерское хозяйство может быть создано одним гражданином Украины или несколькими гражданами Украины, которые являются родственниками или членами семьи, в соответствии с законом. Членами фермерского хозяйства могут быть супруги, их родители, дети, достигшие 14-летнего возраста, другие члены семьи, родственники, которые объединились для общего ведения фермерского хозяйства, признают и придерживаются положений Устава фермерского хозяйства. Трудовые отношения членов фермерского хозяйства регулируются Уставом [4].

Учитывая сказанное, на фермерские хозяйства – юридические лица, которые не используют труд наемных работников, должен распространяться принцип добровольности страхования на случай безработицы с уплатой стра-

ховых взносов в порядке и размерах, установленных законом [10].

Пенсионное обеспечение членов личного крестьянского хозяйства и уплата ими взноса в Пенсионный фонд Украины осуществляется в соответствии с законодательством о пенсионном обеспечении, в частности Законом Украины от 5 ноября 1991 года «О пенсионном обеспечении» [11], общеобязательное государственное пенсионное страхование в соответствии с Законом Украины «Об общеобязательном государственном пенсионном страховании» от 9 июля 2003 года [12], Законом Украины «О сборе на обязательное государственное пенсионное страхование» от 26 июня 1997 года [13].

Членам фермерского хозяйства и лицам, которые работают в нем по трудовому договору (контракту), назначенные пенсии выплачиваются в полном размере без учета получаемого заработка (дохода) [4].

Таким образом, вопрос социального страхования сельского хозяйства и членов его семьи, которые участвуют в обеспечении деятельности сельской усадьбы по предоставлению услуг в сфере сельского туризма, регламентируется общим законодательством о социальном страховании и, на наш взгляд, не нуждается в специальной дополнительной регламентации.

Выводы. В результате исследования трудовых отношений в крестьянских и фермерских хозяйствах мы пришли к выводу, что сельский туризм может стать эффективной формой развития малых исторических городов и сельских населенных пунктов Украины. Сельский туризм, как и другие виды туризма будут способствовать социально-экономическому росту сельских населенных пунктов, в частности созданию новых рабочих мест, пополнению местных бюджетов, развитию местной инфраструктуры. Трудовые отношения в сфере сельского туризма являются достаточно специфическими: они не вписываются в принятые законодателем нормы, регулирующие этот вид отношений. Поэтому назрела потребность в принятии Закона Украины «О сельском туризме», который бы урегулировал правоотношения в этой сфере трудовой деятельности, в частности дал определение понятию «сельский

туризм», урегулировал вопросы, связанные с профессиональной подготовкой специалистов по сельскому туризму, трудовые отношения, особенности социального страхования и другие проблемы, свойственные этому виду труда и отдыха граждан Украины.

Список использованной литературы:

1. Кодекс Законів про працю України від 10.12.1971// Відомості Верховної Ради УРСР. – 1971. – Додаток до №50.
2. Про особисте селянське господарство: закон України від 15.05.2003 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 29. – Ст. 232.
3. Про затвердження Порядку визначення розрахункового місячного доходу на одного члена особистого селянського господарства: постанова Кабінету Міністрів України від 26.12.2003 р. // [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://rada.gov.ua>.
4. Про фермерське господарство: закон України від 19.06.2003 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 45. – Ст. 363.
5. Про практику розгляду судами трудових спорів: постанова Пленуму Верховного Суду України від 06.11.1992 року № 9 // Вісник Верховного Суду України. – 1998. – № 3. – С. 31.
6. Гетьманцева Н. Проблеми договірної регулювання трудових відносин / Н. Гетьманцева // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали X регіональної науково-практичної конференції 5-6 лютого 2004 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2004. – С. 309 – 314.
7. Ващишин М. Особливості правового статусу сільськогосподарських товаровиробників / М. Ващишин // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XI регіональної науково-практичної конференції 3-4 лютого 2005 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2005. – С. 265 – 269.



8. Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування: закон України від 14.01.1998 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 23. – Ст. 121.

9. Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття: закон України від 02.03.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 22. – Ст.171.

10. Лист Міністерства праці та соціальної політики і Державний центр зайнятості від 28.04.2005 р. № ДУ-09-2165/0/6/-05// [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://rada.gov.ua>.

11. Про пенсійне забезпечення: закон України від 05.11.1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 3. – Ст. 10.

12. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування": закон України від 09.07.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 49-51. – Ст. 376.

13. Про збір на обов'язкове державне пенсійне страхування: закон України від 26.06.1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 37. – Ст. 237.

ПОНЯТИЕ ПОЛНОМОЧИЙ СУДА АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ИНСТАНЦИИ

Е. КАШКА,

аспирант юридического факультета
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

SUMMARY

In the article the definition of the concept of «authority of the appellate court» in the criminal process is being done. The volume and content of this definition are being explored, and the meaning is shown as well. The definition «authority of the appellate court» is being suggested in a wide meaning as a complex of all appellate court's rights and responsibilities, defined by procedural law, to review court decisions from the moment of appeal receiving up to passing the decision based on results of the appeal proceedings. Likewise in the article the meaning of the definitions «authority», «competence» in the theory of state and law and in the criminal process is considered. The correspondence of these definitions is being researched. The conclusion is that they are related as part and whole.

Key words: authority, competence, court, appeal, appellate instance.

В статье дается определение (дефиниция) понятию «полномочия суда апелляционной инстанции» в уголовном процессе. Раскрывается содержание и объем этого термина, а также устанавливается его значение. Предлагается употреблять понятие «полномочия суда апелляционной инстанции» в широком значении как совокупность всех предусмотренных процессуальным законом прав и обязанностей суда апелляционной инстанции по пересмотру судебных решений начиная с момента получения апелляционной жалобы и заканчивая принятием решения по результатам апелляционного производства. Также в статье рассматривается значение терминов «полномочия» и «компетенция» в теории государства и права и в уголовном процессе. Исследуется соотношение этих терминов. Делается вывод, что они соотносятся как часть и целое.

Ключевые слова: полномочия, компетенция, суд, апелляция, апелляционная инстанция.

Постановка проблемы. При характеристике правового статуса суда в теории и практике уголовного процесса очень часто употребляются такие понятия как «полномочия», «правообязанности», «правомочности». В уголовном процессуальном законе термин «полномочия» также встречается очень часто, хотя значение последнего не раскрывается. В то же время уточнение понятий и терминов, правильное раскрытие их содержания и объема имеет большое значение не только для создания юридической терминологии, но и для их правильного и одинакового понимания и применения на практике.

Актуальность темы. Следует отметить, что среди исследователей уголовного процесса нет единой точки зрения как на понятие полномочий суда как органа государственной власти в целом, так и на понятие полномочий суда апелляционной инстанции. Хотя отдельные аспекты полномочий суда апелляционной инстанции в уголовном процессе Украины стали предметом изучения ряда отечественных ученых-процессуалистов, таких как: Н.Р. Бобечко, Л.А. Богословская, В.П. Бойко, Е.В. Большаков, Д.А. Захаров, Н.В. Кицен, Ю.П. Ковбаса, Е.Ю. Костюченко, В.Т. Маляренко, В.И. Мары-

нив, В.Я. Мармаш, И.Ю. Мирошников, Г.М. Омеляненко, А.В. Острогляд, В.А. Попелюшко, А.В. Сапин, Н.П. Сыза, М.И. Сырый, В.И. Слипченко, В.В. Смирнова, В.И. Теремецкий, Ю.А. Фидря, Д.В. Филин, А.Г. Яновская и многих других, но, не смотря на такое широкое их изучение само понятие «полномочия суда апелляционной инстанции» остается мало исследованным, а как следствие и дискуссионным.

Поэтому целью этой статьи является на основе анализа общепринятых в теории государства и права взглядов на понятие «полномочия», а также отдельных научных взглядов на такое понятие



как «полномочия суда апелляционной инстанции» выяснить содержание, объем и дать определение понятию «полномочия суда апелляционной инстанции» в уголовном процессе.

Изложение основного материала исследования. Среди отечественных ученых-процессуалистов нет единства во взглядах на исследованное в этой статье понятие. Так, Л.А. Богословская под полномочиями апелляционного суда понимает совокупность его прав по осуществлению установленных законом процессуальных действий в связи с проверкой по апелляции решения суда первой инстанции, не вступившего в законную силу [10, с. 97].

Подобное определение дает и В.И. Слипченко, рассматривая полномочия суда апелляционной инстанции как совокупность его прав и обязанностей по осуществлению установленных законом процессуальных действий относительно решения, которое является объектом проверки по апелляционной жалобе или представлению [14, с. 4]. А также В.И. Теремецкий, указывая на то, что полномочия апелляционной инстанции – это совокупность прав и обязанностей по осуществлению установленных законом процессуальных действий относительно приговоров и других решений, которые проверяются по апелляции лиц, участвующих в деле [16].

И.Ю. Мирошников имеет несколько другую точку зрения и под полномочиями апелляционного суда понимает совокупность его прав и обязанностей, связанных с применением процессуально-правовых последствий относительно решений и определений суда первой инстанции, которые рассматриваются в апелляционном порядке и принятие своих решений по делу по рассматриваемой апелляции [8, с. 42].

В.В. Смирнова определяет полномочия суда апелляционной инстанции как пересмотр решений местных судов, принятых в первой инстанции [15, с. 276].

Указанные определения позволяют констатировать, что термин «полномочия суда апелляционной инстанции» в теории уголовного процесса употребляется в широком значении – как совокупность всех прав и обязанностей суда апелляционной инстанции по проверке законности, обоснованности и мотиви-

рованности судебных решений, и в узком значении – только как права на принятие решения по результатам рассмотрения апелляционной жалобы.

Для достижения цели этого исследования следует отметить, что определение (или дефиниция) понятия – это логическая операция, которая раскрывает содержание понятия либо устанавливает значение термина. С помощью определения понятий мы таким образом указываем на сущность отражаемых в понятии предметов, раскрываем содержание понятия и тем самым отличаем круг определяемых предметов от других предметов [2, с. 59]. Всякое понятие имеет содержание и объем. Содержанием понятия называется совокупность существенных признаков одноэлементного класса или класса однородных предметов, отраженных в этом понятии. Объемом понятия называют совокупность (класс) предметов, которая мыслится в понятии [2, с. 47].

Исходя из этого под объемом понятия «полномочия суда апелляционной инстанции» подразумевается совокупность всех полномочий суда апелляционной инстанции, которые существовали, существуют и возможны в будущем. Для выяснения содержания понятия «полномочия суда апелляционной инстанции» необходимо, пользуясь такими способами познания как анализ и синтез, разложить его на такие составляющие, как «полномочия» и «суд апелляционной инстанции», которые как вместе, так и отдельно являются понятиями и категориями, имеющими теоретическую ценность и широко используемыми в законодательстве, теории и практике, а поэтому следует пояснить каждую составляющую этого словосочетания.

Понятие «полномочия» близко по своему содержанию и имеет общие признаки с понятием «компетенция», а зачастую эти понятия употребляются как равнозначные или тождественные. Поэтому принимая во внимание составляющие элементы этих терминов, а также их родовые и видовые признаки можно провести их следующие сравнение. И поскольку термины «полномочия» и «компетенция» являются межотраслевыми и общетеоретическими, то следует сначала обозначить их зна-

чения, которые выработаны теорией государства и права.

Так, под компетенцией государственного органа понимают установленные правом полномочия (правомочия) в определенной сфере государственной деятельности, по определенным предметам ведения [12, с. 568]. В юридической энциклопедии этот термин также обозначен подобным образом, – «Компетенция (лат. *competentia* – соответствие, согласованность, от *competere* – взаимно стремиться, соответствовать, подходить) – совокупность установленных в официальной – юридической или не юридической – форме прав и обязанностей, то есть полномочий какого-либо органа или должностного лица, которые определяют возможности этого органа или должностного лица принимать обязательные для исполнения решения, организовывать и контролировать их выполнение, принимать в необходимых случаях меры ответственности и т.п. [19, с. 196].

Подобные мнения на содержание термина «компетенция» высказываются и в теории уголовного процесса. Так, П.С. Элкин компетенцию определяет как совокупность полномочий какого-либо органа или должностного лица в сфере его деятельности при исполнении своих функций [5, с. 154]. Хотя также высказывается и другое мнение, что содержание термина «компетенция» не исчерпывается понятием «полномочия», а имеет свое собственное содержание [6, с. 15].

Ю.А. Тихомиров, исследуя компетенцию, определяет ее в самом общем виде как возложенный законом на уполномоченный субъект объем публичных дел. Будучи сложным явлением, компетенция, по его мнению, состоит из элементов двоякого рода. К собственно компетенционным элементам Ю.А. Тихомиров относит: а) нормативно установленные цели, б) предметы ведения как юридически определенные сферы и объекты воздействия, в) властные полномочия как гарантированная законом мера принятия решений и совершения действий. Сопутствующим элементом является ответственность за их неисполнение [17, с. 55-56]. О.Ф. Скакун также подчеркивает, что компетенция государственного органа – это закрепленная законом (или другим



нормативным актом) совокупность его властных полномочий (прав и обязанностей), юридической ответственности и предмета ведения [13, с. 363].

Исследуя понятие компетенции в уголовном процессе и в целом соглашаясь с приведенным мнением Ю.А. Тихомирова, уголовно-процессуальную компетенцию Л.М. Лобойко определяет как возложенный уголовно-процессуальным законом на орган дознания, досудебного следствия, прокуратуры и суда объем публичных прав в сфере разрешения уголовно-правовых конфликтов, возникающих в обществе [7, с. 25].

Исходя из обозначенного, объем понятия «полномочия» целиком включается (входит) в объем понятия «компетенция», но не исчерпывает его, поэтому можно утверждать, что первый термин находится в отношении подчинения (субординации) ко второму, то есть они соотносятся как часть и целое. Поэтому употребление этих понятий как тождественных представляется нецелесообразным.

Однако также следует согласиться, что роль полномочия не является чисто обеспечительной, как и понятие компетенция, понятие полномочия имеет самостоятельный вес в системе понятийного аппарата права и государства, оно также является базовым, ключевым понятием. Полномочия – это общее для теории государства и права понятие, содержанием которого является система прав и обязанностей, приобретенных легитимным способом государством, местным самоуправлением, государственными органами и органами местного самоуправления, их должностными лицами, другими субъектами правоотношений с целью обеспечения возможностей, потребностей и интересов человека и гражданина, отдельных социальных групп и общества в целом [3].

Юридические полномочия (право-обязанности) государственного органа или его должностного лица в теории государства и права определены как вид и мера властного влияния на участника правовых отношений с целью реализации предписания правовой нормы, достижения определенного социально полезного результата. Это влияние направлено на удовлетворение притязаний уполномоченного субъекта или виновное лицо. Юридические полно-

мочия не могут быть представлены как одно только право или одна только обязанность. Поэтому юридические полномочия предстают как определенные правообязанности (сочетание прав и обязанностей) – возложенные обязанности исполняются посредством владения наделенными правами [13, с. 364].

Ю.А. Тихомиров также подчеркивает, что наличие прав нередко трактуется – и теоретически, и практически – как свобода усмотрения в их использовании. Между тем, обладающие полномочиями структуры и органы одновременно наделены обязанностями их осуществления. Публичная сфера предполагает соединенность прав и обязанностей в формулу «полномочия» как правообязанность [17, с. 56].

Но также в юридической литературе приводятся замечания, что, во-первых, не все полномочия суть только обязанности. Во-вторых, не всегда полномочие органа или должностного лица есть в чистом виде его «правомочие», поскольку это бы подразумевало воззрение на власть как на право, которому соответствует обязанность повиновения. В связи с этим полагается верным считать полномочия «составным» понятием. Они могут включать в себя полномочия-обязанности, «правообязанности» (органические сочетания прав и обязанностей) и полномочия-права, связанные со свободным усмотрением государственных органов и должностных лиц по их использованию. У отдельных органов могут отсутствовать полномочия-обязанности или полномочия-права, однако три вида полномочий могут наличествовать и у одного государственного органа. Большинство полномочий государственных органов не является ни обязанностями, ни специфическими «правами», но соединением этих начал – «правообязанностями». Тем не менее, наряду с «полномочиями-правообязанностями», в состав полномочий включаются и специфические полномочия-права, которые связаны со свободным усмотрением должностных лиц по их использованию, и полномочия-обязанности, не содержащие в себе начала правомочия [9].

И поскольку термин «полномочия» является межотраслевым и общетеоретическим, то представляется верным использовать его и в уголовном процес-

се в том значении, которое выработано наукой теории государства и права. В связи с чем под содержанием термина «полномочия суда апелляционной инстанции» следует понимать его права, обязанности и правообязанности, предусмотренные процессуальным законом.

Для раскрытия значения и содержания исследуемого термина также необходимо обозначить его существенные признаки. Поэтому нужно обратить внимание, что в юридической литературе часто указывается, что особенностью суда как субъекта уголовного процесса является то, что присущие ему права одновременно являются его обязанностями [18, с. 91; 4, с. 20]. Поддерживая это мнение, также следует согласиться с выводами С.В. Бурмагина, что характерная особенность судебных полномочий заключается в том, что для суда мера возможного часто является мерой необходимого (должного) поведения, когда сформулированное в законе право на совершение определенного процессуального действия как потенциально допустимое поведение при конкретно разрешаемой правовой ситуации становится обязанностью суда. Исследователь также отмечает властный характер судебных полномочий и их обусловленность выполняемыми судом функциями и то, что полномочия суда должны находиться в согласии с его процессуальными функциями, вытекающими из задач, стоящих перед судом в уголовном процессе [1, с. 20].

Перечисленные признаки одинаково присущи как полномочиям суда первой, так и апелляционной инстанции.

Также следует отметить, что в теории уголовного процесса устоявшимся является мнение, что один субъект правоотношения (должностное лицо или гражданин) может реализовать свои права только при условии, что другой субъект при этом наделен соответствующими обязанностями. [11, с. 17]. И подтверждением этого является тот факт, что праву участника уголовного производства на апелляционное обжалование (при условии реализации его в установленные процессуальным законом сроки, порядке и форме) корреспондирует обязанность суда апелляционной инстанции возбудить апелляционное производство, рассмотреть апелляционную жалобу, проверить законность, обосно-



ванность и мотивированность решения суда первой инстанции и в результате апелляционного рассмотрения принять решение в пределах установленных полномочий.

Кроме того, анализ норм Уголовного процессуального кодекса Украины от 13.04.2012г. (далее по тексту – УПК Украины) позволяет выделить и отличительные признаки полномочий суда апелляционной инстанции, а именно факторы, которые определяют границы их реализации. Это и пределы апелляционного пересмотра, которые в первую очередь определяются апелляционными требованиями, хотя возможен и выход за их пределы в целях принятия решения в пользу лиц, в интересах которых апелляционные жалобы не подавались, а также в целях улучшения положения лиц, которые обжаловали судебное решение, но при этом, не ухудшая положения обвиняемого или лица, в отношении которого решался вопрос о применении принудительных мер воспитательного или медицинского характера; и положения о недопустимости «поворота к худшему»; и предусмотренные процессуальным законом основания для отмены или изменения судебного решения.

Также для правильного определения понятия «полномочия суда апелляционной инстанции» следует подчеркнуть, что термин «суд» по своей природе является собирательным, который обозначает в уголовных процессуальных нормах и судебные учреждения, и судей, являющихся носителями судебной власти, и инстанционность суда, и его состав и др.

Согласно пункту 20 ст. 3 УПК Украины термин «суд апелляционной инстанции» определен как Апелляционный суд Автономной Республики Крым, апелляционный суд области, городов Киева и Севастополя, в пределах территориальной юрисдикции которого находится суд первой инстанции, который принял обжалуемое решение.

А ст. 27 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей» № 2453-VI от 07.07.2010г. полномочия апелляционного суда определены как: 1) рассмотрение дела соответствующей судебной юрисдикции в апелляционном порядке согласно процессуальному закону, 2) в случаях, предусмотренных процессуальным законом, рассмотрение дела со-

ответствующей судебной юрисдикции как суд первой инстанции, 3) анализ судебной статистики, изучение и обобщение судебной практики, 4) предоставление местным судам методической помощи в применении законодательства; 5) осуществление других полномочий, определенные законом. Хотя перечисленные полномочия, скорее, можно считать направлениями деятельности апелляционных судов, а не их правами и обязанностями.

Поэтому крайне важно обозначить, что термин «полномочия суда апелляционной инстанции» следует употреблять применительно к процессуальным полномочиям, которые реализуются апелляционным судом в производстве по пересмотру судебных решений в апелляционном порядке.

Выводы. Конечно, данное исследование не может быть исчерпывающим, так как для определения сущности полномочий суда апелляционной инстанции требуется изучение их системы, истории и тенденций развития, порядка реализации на разных этапах апелляционного производства и т.д. Но все же исходя из всего вышеперечисленного следует не согласиться с мнением тех процессуалистов, которые обозначают полномочия суда апелляционной инстанции в узком значении только как полномочия на принятие решения по результатам рассмотрения апелляционной жалобы. Полномочия суда апелляционной инстанции следует рассматривать как совокупность всех предусмотренных процессуальным законом прав и обязанностей суда апелляционной инстанции по пересмотру судебных решений начиная с момента получения апелляционной жалобы и заканчивая принятием решения по результатам апелляционного производства. Эти полномочия могут быть реализованы судом апелляционной инстанции только в случае подачи лицом, которое имеет право на апелляционное обжалование, в установленные уголовным процессуальным законом сроки, порядке и форме жалобы на подлежащие апелляционному обжалованию приговоры и определения суда первой инстанции и определения следственного судьи. Они включают в себя как полномочия по совершению отдельных процессуальных действий, разрешению различных вопросов, кото-

рые возникают при апелляционном производстве, так и по принятию решения по его результатам.

Список использованной литературы:

1. Бурмагин С.В. Роль и правовое положение суда в современном российском уголовном процессе: Автореф. дис... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 – уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-разыскная деятельность. – Владимир, 2009. – 30с.
2. Гетьманова А.Д. Логика для юристов: Учебное пособие. – 2-е изд. – Москва: Омега-Л, 2005. – 424с.
3. Голосніченко І.П., Голосніченко Д.І. Теорія повноважень, їх легітимність та врахування потреб і інтересів при встановленні на законодавчому рівні // Вісник Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут». – Політологія. Соціологія. Право. – Київ, 2011. – №1. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://visnyk-ppsp.kpi.ua/uk/2011-1/11%20-%201_9_%20-%2025.pdf.
4. Горбань В.В. Функции и полномочия суда в досудебных стадиях уголовного судопроизводства: Автореф. дис... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-разыскная деятельность». – Краснодар, 2008. – 30с.
5. Элкінд П.С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. – Москва, 1967. – 192с.
6. Есина А.С. Процессуальная компетенция органов дознания МВД России: Дис... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 – уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-разыскная деятельность. – Москва, 2001. – 212с.
7. Лобойко Л.М. Кримінально-процесуальна компетенція: Монографія. – Дніпропетровськ: Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ, 2006. – 188с.
8. Мірошников І.Ю. Судове слідство в апеляційній інстанції: Монографія. – Харків: Право, 2007. – 192с.
9. Назмутдинов Б. В. Понятие «правообязанности» в трудах евразийцев // Правовые исследования: новые подходы. Сборник статей фа-



культета права НИУ ВШЭ / Под общ. ред.: Е. Н. Салыгин, О. М. Олейник, М. А. Краснов и др. – Москва: юридическая фирма «КОНТРАКТ», 2012. – С. 491 – 504. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.hse.ru/data/2012/12/31/1303957836/Правообязанность.%20Назмутдинов%20Б.В_.pdf.

10. Нове у кримінально-процесуальному законодавстві України: Навч. посібник для студентів юрид. спеціальностей вищих закладів освіти / За ред. Ю.М. Грошевого. – Харків: Право, 2002. – 160с.

11. Погорецький М.А. Кримінально-процесуальні правовідносини: структура і система: Монографія. – Харків: Арсіс, 2002. – 160с.

12. Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. академика РАН, д. ю. и., проф. В. С. Нерсисянца. — Москва: Норма, 2004. – 832с.

13. Скаун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. 2-ге вид. / Пер. з рос. – Харків: Консум, 2005. – 656с.

14. Сліпченко В.І. Апеляційне провадження в системі кримінально-процесуальних стадій: Автореф. дис... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза / Київський національний ун-т внутрішніх справ. – Київ, 2007. – 17с.

15. Смірнова В.В. Правомірність як властивість судових рішень у кримінальному судочинстві // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – Донецьк, 2008. – №4. – С. 275 – 286.

16. Теремецький В.І. Проблеми становлення інституту апеляції у кримінальному судочинстві України // Вісник Національного університету внутрішніх справ. – Київ, 2002. – Вип. 18. – С. 188 – 194.

17. Тихомиров Ю.А. Теория компетенции. – Москва: Изд-е г-на Тихомирова М.Ю., 2001. – 355с.

18. Штогун С. Функції та повноваження судової влади // Юридична Україна. – Київ, 2008. – №4. – С. 88 – 92.

19. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемчушенко (голова редкол.) та ін. – Київ.: Укр. енцикл., 2004. – Т. 3: К-М. – 792с.

ИМЕЮТ ЛИ РЕШЕНИЯ НАЧАЛЬНОГО ЭТАПА ДОСУДЕБНОГО ПРОИЗВОДСТВА ПРОЦЕССУАЛЬНУЮ ПРИРОДУ?

А. КВАШУК,

соискатель Донецкого юридического института МВД Украины

SUMMARY

Explore the relevance of legal theory and practice of decision-making problem at the initial stage of pre-trial proceedings being conducted under the Criminal Procedure Code of 2012. The basic approaches to this problem in the theory of the criminal process and the author's vision set out in its resolution. The conclusion is that the initial stage of pre-trial proceedings in the Criminal Procedure Code of Ukraine does not have to be in temporary borders of pre-trial investigation, and the decisions made at this stage have a criminal procedural nature.

Key words: pre-trial proceedings, the initial stage, decisions, criminal offense.

* * *

Исследована актуальная для юридической теории и практики проблема принятия решений на начальном этапе досудебного производства, осуществляемого на основании Уголовного процессуального кодекса Украины 2012 года. Рассмотрены основные подходы по данной проблеме в теории уголовного процесса и изложено авторское видение путей ее решения. Обоснован вывод о том, что начальный этап досудебного производства в УПК Украины не должен осуществляться во временных границах стадии досудебного расследования, а решения, принимаемые на этом этапе, имеют уголовную процессуальную природу.

Ключевые слова: досудебное производство, начальный этап, решения, уголовное правонарушение.

Введение. С 20 ноября 2012 года в Украине действует новый Уголовный процессуальный кодекс Украины (далее – УПК), в котором отсутствует правовая регламентация начального этапа досудебного производства. Между тем в начале досудебного расследования все правоохранительные органы осуществляют определенную процессуальную деятельность, которая завершается принятием процессуальных решений. В связи с этим существует насущная проблема научного исследования этих решений.

Выяснить природу решений начального этапа досудебного производства можно только после выяснения, существует ли такой этап процессуальной деятельности в структуре уголовного процесса Украины. Вывод о наличии его в структуре процесса по-зволит определить природу указанных решений как процессуальную. Понятие начального этапа, хотя и с использованием другой терминологии – «начальный этап подготовительного производства (А. К.)» было исследовано в 2009 году в кандидатской диссертации И. И. Стативой [10]. Но исследования это касалось правовых отношений, возникавших при реализации положений УПК 1960, которыми регламентировалась деятельность в стадии возбуждения уголовного дела (доследственном уголовном процессе), а также решений, которыми она завершалась (ст. 97 УПК 1960).

Целями статьи являются: 1) исследование нормативной регламентации начального этапа досудебного производства, 2) определение не является ли он частью стадии досудебного расследования; 3) решение вопроса о природе решений на начальном этапе досудебного производства.

Методы и использованные материалы. После отмены стадии воз-

буждения уголовного дела в УПК 2012 года уголовное процессуальное законодательство отошло не только от термина «уголовные процессуальные решения» на начальном этапе, но и от понятия «возбуждение уголовного дела». Согласно ст. 214 УПК, уголовный процесс начинается стадией досудебного расследования в связи с поступлением в компетентный государ-



ственный орган (орган досудебного расследования, прокурора) сведений о совершенном уголовном правонарушении.

Очевидно, законодатель стремился установить автоматический порядок начала досудебного расследования в каждом случае получения компетентным органом сведений об уголовном правонарушении, установив правило о неотложности внесении сведений в Единый реестр досудебных расследований (далее – ЕРДР) (ч. 1 ст. 214 УПК). Но этого не произошло, потому что этой же нормой установлен срок в двадцать четыре часа, в течение которого следователь, прокурор имеет возможность подумать над решением вопроса о том, вносить ли сведения в ЕРДР. Именно так поняли данное положение УПК в МВД Украины, установив правило, согласно которому, до 30 июня 2013 года в дежурных частях МВД, ГУБОП МВД, ГУВД, УВД, горрайлинорганов и территориальных подразделений борьбы с организованной преступностью (далее – ОВД) единый учет (ЕУ) заявлений и сообщений о совершенных уголовных правонарушениях и других событиях нужно осуществлять в «бумажном» виде, путем ведения журнала (п. 7 приказа МВД Украины от 19 ноября 2012 № 1050 «Об утверждении Инструкции о порядке ведения единого учета в органах и подразделениях внутренних дел Украины заявлений и сообщений о совершенных уголовных правонарушениях и других событиях и положений о комиссиях») [8]. Пунктом 9 указанного приказа с 1 июля 2013 года в органах внутренних дел предусмотрено ведение единого учета заявлений и сообщений о совершенных уголовных правонарушениях и других событиях в электронном виде.

И до 1 июля 2013 года и после этой даты в МВД Украины предусматривается двойная регистрация сведений об уголовных правонарушениях - сначала в журнале ЕО, а затем - в ЕРДР. Для чего это сделано? По нашему мнению, несмотря на то, что в названии упомянутого приказа речь идет не только об уголовных правонарушениях, но и о «других событиях», приказ издан в развитие положений УПК в части регламентации порядка принятия и регистрации сведений об уголовных

правонарушениях. А другие события - это события, в которых вполне вероятно наличие признаков уголовного правонарушения. Иначе источники таких сведений рассматривались бы в порядке, определенном Законом Украины от 2 октября 1996 года «Об обращении граждан» [1], с момента поступления их в ОВД.

Отказ во внесении сведений об уголовном правонарушении в ЕРДР может быть обжалован (п. 1 ч. 1 ст. 303 УПК). Законодатель расценивает такой отказ как бездействие следователя, прокурора. Но об отказе во внесении сведений можно условно говорить в случае, если речь идет о сведениях относительно деяния, имеющего признаки уголовного правонарушения. А как быть с теми случаями, когда сведения об «ином событии» были зарегистрированы в ЕУ, и в течение двадцати четырех часов их проверки (например, путем осмотра места происшествия) признаки уголовного правонарушения не установлены? В таком случае есть все основания утверждать, что не регистрация сведений является процессуальным решением. УПК 2012 года не предусмотрел принятие такого решения, но фактически оно принимается. Поскольку данное решение не оформляется процессуальным документом, его (решение) можно рассматривать как «латентное» уголовное процессуальное решение.

Так же следует решать и вопрос об отказе во внесении в ЕРДР сведений о деяниях с признаками уголовного преступления. Такой отказ является ничем иным как решением, но решением незаконным.

Процессуальным решением является также внесение сведений об уголовном правонарушении в ЕРДР. Внесение сведений не является простой технической акцией. Внося сведения об уголовном правонарушении в ЕРДР, следователь, прокурор определяют, пусть и предварительно, уголовно-правовую квалификацию деяния, о котором говорится в первичной информации. А квалификация уголовного правонарушения имеет существенное значение в стадии досудебного расследования при решении вопросов об избрании меры пресечения, производстве негласных следственных (розыскных) действий и т. п.

Для того, чтобы установить есть ли в деянии, о котором сообщено, признаки уголовного правонарушения и определить его уголовно-правовую квалификацию следователь, прокурор в определенных случаях должны провести проверку первичной информации. В ч. 3 ст. 214 УПК предусмотрено право следователя, прокурора на производство до внесения сведений в ЕРДР только осмотра места происшествия. Но до внесения сведений в ЕРДР могут быть проведены и другие процессуальные действия. Так, статьи 207 и 208 УПК предусматривают законное задержание лица и задержания уполномоченным лицом при совершении или покушении на совершение уголовного правонарушения, а также непосредственно после его совершения. Следователь, прокурор или другое уполномоченное лицо вправе осуществить обыск задержанного с соблюдением правил, предусмотренных ч. 7 ст. 223 и ст. 236 УПК. У лица, задержанного в порядке ст. 208 УПК, следователь, прокурор вправе временно изъять документы, удостоверяющие пользование специальным правом.

Процессуальные действия, имеющие чисто познавательный характер (осмотр места происшествия), направлены на установление признаков уголовного правонарушения в деянии, о котором в компетентные государственные органы поступила первичная информация. Другие процессуальные действия (задержание, временное изъятие и т.д.), хотя и не имеют познавательного характера, однако свидетельствуют, хотя и косвенно, о возможном наличии признаков уголовного правонарушения.

Если даже при проверке первичной информации не будут применяться так называемые материальные средства познания (следственные (розыскные) действия), а только логические средства, то все равно следователь, прокурор будут решать вносить сведения в ЕРДР или не вносить.

Следовательно, решение как о внесении, так и о невнесении сведений в ЕРДР требуют определенной проверочной, а иногда и другой процессуальной деятельности, на результатах которой они основываются. Эту деятельность в юридической литературе, из-



данной после вступления в силу УПК 2012 года, называют самостоятельным производством - «началом досудебного расследования», не относя ее к числу стадий уголовного производства. Аргументом в пользу такой позиции является то, что деятельность по началу досудебного расследования (принятия и регистрации информации об уголовных правонарушениях), несмотря на небольшой срок, отведенный законом для этого, и незначительный объем действий, которые должны быть осуществлены, довольно трудно считать относительно обособленным этапом движения уголовного производства. Кроме того, этот этап не заканчивается принятием итогового процессуального решения в смысле ч. 3 ст. 110 УПК (внесение или невнесение сведений в ЕРДР не оформляется постановлением следователя, прокурора) [3, с. 333-334].

Позволим себе не согласиться с такой позицией уважаемых ученых. Действительно, досудебным расследованием является та деятельность, которая осуществляется после внесения сведений об уголовном правонарушении в ЕРДР. Но до внесения этих сведений деятельность тоже осуществляется и она составляет содержание особого производства (по версии автора цитируемых выше строк). Деятельность эту можно называть по-разному: этап, стадия, фаза, период или как-то иначе. Для достижения цели нашего исследования название не имеет значения. Главное, что любая деятельность всегда направлена на определенный результат. А поскольку речь идет о результате, что является желаемым для лица, осуществляющего эту деятельность, то он имеет вполне определенное название - цель. После внесения сведений об уголовном правонарушении в ЕРДР начинается досудебное расследование, которое имеет свою цель. Но деятельность, осуществляемая до начала досудебного расследования, тоже имеет цель - решение вопроса о внесении первичных сведений в ЕРДР. Называть ее началом досудебного расследования нет ни логических, ни законодательных оснований. Потому законом четко определено, что досудебное расследование «начинается» (выд. - А. К.) только после внесения сведений в реестр. Но до этого момен-

та осуществляется деятельность, о которой говорилось выше.

К тому же ведомственными приказами предусмотрено такую составляющую этой деятельности как «рассмотрение заявлений и сообщений об уголовных правонарушениях». Так, в преамбуле к приказу МВД Украины от 19 ноября 2012 № 1050 [8] указано, что одной из целей его издания является укрепление законности в органах и подразделениях внутренних дел Украины при приеме, регистрации и рассмотрении заявлений и сообщений об уголовных правонарушениях.

В органах прокуратуры действует Инструкция о порядке приема, регистрации и рассмотрения в органах прокуратуры Украины заявлений, сообщений о совершенных уголовных правонарушениях [2], которой прокурорам предоставлены полномочия не только по приему, регистрации и рассмотрению заявлений об уголовных правонарушениях, но и по определению оснований внесения сведений в ЕРДР (абз. 3 п. 1. 2.). Указанной Инструкцией предусматривается и принятие решений прокурором или его заместителем по результатам рассмотрения заявлений и сообщений об уголовных правонарушениях. В частности речь идет о (1) самостоятельном внесении прокурором (его заместителем) сведений об уголовном правонарушении в ЕРДР или определении в форме резолюции следователя прокуратуры или прокурора для внесения сведений в ЕРДР, (2) передаче с соблюдением правил подследственности имеющихся материалов в орган досудебного расследования (п. 3. 5. указанной Инструкции).

О разрешении заявлений и сообщений об уголовных правонарушениях говорится и в других приказах Генерального прокурора Украины. Так, приказом Генерального прокурора Украины от 19 декабря 2012 № 4 «Об организации деятельности прокуроров в уголовном производстве» [7] руководителям прокуратур всех уровней и отраслевых подразделений аппаратов, прокурорам - процессуальным руководителям досудебного расследования предписано обеспечить выполнение требований закона при приеме, регистрации, рассмотрении и *разрешении* (А. К.) в органах досудебного рассле-

дования заявлений и сообщений об уголовных правонарушениях.

Наличие такой ведомственной регламентации в принципе не противоречит действующему УПК, в частности положениям ст. 214, и подчеркивает важность деятельности, осуществляемой до внесения сведений об уголовном правонарушении в ЕРДР. Безусловно, эта деятельность является уголовной процессуальной, поскольку она регламентирована в УПК. В частности о принятии и регистрации сведений о совершенном уголовном правонарушении говорится в ст. 214 УПК. Рассмотрение и разрешение таких сведений прямо УПК не предусмотрены. Но если законодатель допускает возможность проведения до начала досудебного расследования осмотра места происшествия и других процессуальных действий, о которых говорилось выше, то, очевидно, их можно считать рассмотрением первичных сведений об уголовном правонарушении. А внесение (невнесение) сведений в ЕРДР является уголовным процессуальным решением.

В связи с ликвидацией в УПК стадии возбуждения уголовного дела, Генеральным прокурором Украины было принято решение по существу о переносе ее в стадию досудебного расследования. Согласно приказу от 14 ноября 2012 № 113 [6] в Положении о порядке ведения Единого реестра досудебных расследований, утвержденное приказом Генерального прокурора Украины от 17 августа 2012 № 69 [9], были внесены изменения. Ими предусматривается возможность проведения проверки заявлений и сообщений об уголовных правонарушениях в пределах стадии досудебного расследования. Пунктом первым указанного приказа установлено правило о том, что в случае, когда в заявлении, сообщении, вопреки требованиям ч. 5 ст. 214 УПК, не приведена достаточная информация о совершенном уголовном правонарушении, то для ее установления производятся следующие действия: направление требования в учреждение, предприятия, организации о предоставлении документов или соответствующих данных и т. д. Такие действия должны быть выполнены в срок, не превышающий семь дней.



При не подтверждении при проверке обстоятельств, свидетельствующих о совершении уголовного правонарушения в соответствии с пунктами 1 или 2 ч. 1 ст. 284 УПК принимается постановление о прекращении уголовного производства. При установлении обстоятельств, свидетельствующих о совершении уголовного правонарушения производится досудебное расследование в соответствии с требованиями статьи 214 УПК.

Таким образом, указанным приказом Генерального прокурора Украины нивелировано положение УПК о начале досудебного расследования в каждом случае обнаружения признаков уголовного правонарушения. Потому вносить в ЕРДР надо сведения, свидетельствующие о совершении уголовного правонарушения, а потому дополнительная «проверка» их является избыточной. Более того, она противоречит УПК. Согласно ч. 3 ст. 9 УПК указанные пункты приказа Генерального прокурора Украины от 14 ноября 2012 № 113 как противоречащие УПК, не должны применяться.

Хотя практика идет другим путем. Следователи, прокуроры, подчиняясь требованиям указанного приказа, осуществляют проверки первичной информации об уголовных правонарушениях в пределах стадии досудебного расследования. Так, например, действовали следователи ОВД по уголовным производствам под номерами 12013120060000955 [4] и 12013120060001022 [5], начатыми по факту срабатывания сигнализации «по признакам уголовного правонарушения, квалификация которого не определена». А к материалам второго из указанных производств помещены «материалы доследственной проверки» – рапорта сотрудников, которые выезжали на место происшествия и объяснения.

Получается, что проверочная деятельность по установлению признаков преступления, которая существовала по УПК 1960 года в настоящее время осуществляется в пространственно-временных границах досудебного расследования с применением познавательных средств, не присущих этой стадии. Возникает вопрос: какую правовую природу имеет процесс, осуществляемый в течение семи

дней после внесения сведений в ЕРДР для установления признаков уголовного правонарушения? Иначе, как квазиправовым процессом, его назвать нельзя.

Понятно, что проверочная деятельность («доследственная проверка») не соответствует требованиям УПК в части начала расследования в каждом случае поступления в компетентный орган сведений об уголовном правонарушении. Поэтому п. 2. 2. из Положения о порядке ведения Единого реестра досудебных расследований [9] должен быть исключен.

Вернемся к деятельности, осуществляемой до внесения сведений в ЕРДР. Поскольку она объективно существует в течение определенного времени, завершается процессуальными решениями, то ее нельзя не считать частью уголовного производства. Указанная деятельность (назовем ее условно «начальным этапом досудебного производства») осуществляется до начала досудебного расследования, а потому не является его частью. Но и доследственное производство и досудебное расследование осуществляются до начала судебного разбирательства. Так что они в совокупности образуют досудебное производство. В ст. 3 УПК определение понятия досудебного производства отсутствует вероятно в связи с тем, что законодатель пытался урегулировать уголовное производство с момента внесения сведений об уголовном правонарушении в ЕРДР. Но у него это не получилось, да и не могло получиться. Потому что для того, чтобы определить, есть ли в действиях, о которых поступили сведения, признаки преступления, нужна какая-то предварительная проверка. Да и законодатель сам допускает возможность осуществления такой деятельности, так как допустил производство следственного действия – осмотра места происшествия – до внесения сведений в ЕРДР.

Подводя итоги исследования, проведенного в этой статье, считаем целесообразным сделать следующие выводы: 1) нормативная регламентация начального этапа уголовной процессуальной деятельности и практика применения ст. 214 УПК убедительно свидетельствуют о наличии в структуре уголовного процесса относительно

самостоятельной его части - начального этапа досудебного производства, 2) на начальном этапе производства принимаются процессуальные решения: промежуточные (о задержании лица по подозрению в совершении уголовного преступления, о временном изъятии имущества, документов и т. д.); итоговые (о внесении сведений об уголовном правонарушении в ЕРДР, о невнесении этих сведений в ЕРДР) 3) решения начального этапа досудебного производства имеют уголовную процессуальную природу.

Список использованной литературы:

1. Закон України від 2 жовтня 1996 року «Про звернення громадян» // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 47. – Ст. 256.
2. Інструкція про порядок приймання, реєстрації та розгляду в органах прокуратури України заяв, повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення, затв. наказом Генерального прокурора України від 3 грудня 2012 року № 125. – К., 2012. – 7 с.
3. Кримінальний процес: підручник / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін.; за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. – Х.: Право, 2013. – 824 с.
4. Матеріали кримінального провадження № 12013120060001022 // Архів УМВС України в Кіровоградській області.
5. Матеріали кримінального провадження № 12013120060000955 // Архів УМВС України в Кіровоградській області.
6. Наказ Генерального прокурора України від 14 листопада 2012 року № 113 «Про внесення змін до Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://document.ua/pro-vnesennja-zmin-do-polozhennja-pro-porjadok-vedennja-edin-doc134640.html>.
7. Наказ Генерального прокурора України від 19 грудня 2012 року № 4 «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні» [Електронний ресурс].



– Режим доступу : http://www.gp.gov.ua/ua/gl.html?_m=publications&t=rec&id=94102.

8. Наказ МВС України від 19 листопада 2012 року № 1050 «Про затвердження Інструкції про порядок ведення єдиного обліку в органах і підрозділах внутрішніх справ України заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події та положень про комісії» / зареєстрований в Міністерстві юстиції України 17 грудня 2012 року за № 2095/22407 // Офіційний вісник України. – 2013. – № 1. – Ст. 30.

9. Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань, за-тверджене наказом Генерального прокурора України від 17 серпня 2012 року № 69 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gp.gov.ua/ua/pd.html?_m=publications&t=rec&id=110522.

10. Статіва І. І. Початковий етап підготовчого провадження в кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Іван Ігоревич Статіва. – Дніпропетровськ, 2009. – 213 с.

ПРОБЛЕМЫ ОТНЕСЕНИЯ ГОСТИНИЦ К ЖИЛЬЮ

Ю. КОРОСТАШИВЕЦ,
соискатель Института государства и права имени В.М. Корецкого

SUMMARY

The article deals with the issues of hotel and other accommodation means designation to the category of housing. The nature and components of place of residence are identified in this article. The constitutional approaches to the choice of place of temporary residence and accommodation are revealed in this article. The national and international normative and legal acts in given sphere are analyzed, the prevailing stand for given issue in the scientific literature is examined, the theoretical conclusions are made.

Key words: hotel, accommodation means, housing, lodging, place of temporary residence, place of residence, permanent place of residence, primary place of residence, lodge.

* * *

В статье рассматриваются дискуссионные вопросы отнесения гостиниц и других средств размещения к жилью. Определяется суть места жительства, составляющие места жительства. Место пребывания физического лица включает и место его проживания. Раскрываются конституционные подходы к выбору места пребывания и проживания. Анализируются национальные и международные нормативно-правовые акты в данной сфере, рассмотрены преобладающие в научной литературе позиции по данному вопросу, сформулированы теоретические выводы.

Ключевые слова: гостиница, средства размещения, жилище, помещение, место пребывания, место жительства, помещение, постоянное место жительства, преимущественное место жительства, временное место жительства.

Постановка проблемы. Основными из проблемных являются вопросы об отнесении гостиниц к жилью, о возможности считать проживание в гостинице местом проживания физического лица или же местом его пребывания.

Актуальность темы исследования. Понятие «жильё физического лица» впервые закреплено в ГК Украины, который относит к нему жилые дома, квартиры, другие помещения, предназначенные и подходящие для постоянного проживания в них (ст. 379). Несмотря на то, что этим определением пользуются с 1 января 2004 г., на сегодняшний день у ученых и практиков нет единого мнения по поводу его определения из-за открытого перечня объектов, которые могут считаться жильем.

В Украине некоторые аспекты определения понятия «жильё» рассматриваются в работах Н. К. Галантича, Е. О. Харитоновой, Л. Г. Личмана, Р. А. Стефанчука, В. Н. Кравчука, В. И. Крата, В.И. Бобрика и других авторов, на работы которых мы ссылаемся в статье. Вместе с тем, вопрос отнесения гостиницы к жилью, определение гостиницы местом пребывания или местом проживания физического лица

остается без внимания ученых. Именно определение этих значений и является целью этой статьи.

Изложение основного материала. Гражданское законодательство называет гостиницу одним из мест проживания физического лица. Согласно ч. 1 ст. 29 ГК Украины местом проживания физического лица является жилой дом, квартира, другое помещение, подходящее для проживания в нём (общеежитие, гостиница и т. д.), в соответствующем населенном пункте, в котором физическое лицо проживает постоянно, преимущественно или временно.

Согласно ст. 30 ГК Республики Молдова, местом жительства физического лица признается место, где оно постоянно или преимущественно проживает. Лицо считается имеющим данное место жительства до тех пор, пока не приобрело другое. Местом нахождения физического лица является место, где оно временно или периодически проживает.



Анализ этого определения дает возможность одним ученым (Н. К. Галантич) определить две составляющие идентификации физических лиц: 1) наличие жилья, подходящего для проживания в нём; 2) размещение жилья в соответствующем населенном пункте [3, с. 65]; другим (В. Н. Кравчук, В. И. Крат) – определить три структурные составляющие места проживания: а) *помещение* (жилой дом, квартира, гостиница, общежитие и т.д.) к тому же подходящее для проживания; б) *населенный пункт* (село, поселок, город); в) *определенные временные рамки* (постоянно, временно, преимущественно) [15, с. 65]. Мы считаем, что последнее мнение является логическим и верным, поскольку в ст. 29 ГК Украины рассматривается место проживания физического лица и особенности места проживания, а не особенности, идентифицирующие физическое лицо.

По мнению разработчиков ГК Украины, нормы ст. 29 ЦК Украины зиждутся на конституционном положении, согласно которого каждый, кто законно пребывает на территории Украины, имеет право свободно перемещаться, выбирать место пребывания и проживания (ст. 33 Конституции). Ст. 27 Конституции Республики Молдова также гарантирует право на свободу передвижения по стране гарантируется. Каждому гражданину Республики Молдова обеспечивается право поселиться или пребывать в любом населенном пункте страны, выезжать из страны, эмигрировать из нее и возвращаться в нее.

Ими предлагается различать место пребывания гражданина и место его проживания. В месте пребывания физическое лицо находится временно (гостиница, санаторий и т. д.). А вот место проживания физического лица – это место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает как собственник жилья, наниматель жилья (поднаниматель), как член семьи собственника, нанимателя и т. д. или на других предусмотренных законодательством основаниях (жилой дом, квартира, служебное жилое помещение, общежитие, дом-интернат для инвалидов, граждан преклонного возраста, ветеранов и т. д.) (Е. О. Харитонов). [16, с. 35]

Эта позиция последовательно под-

держивается Н. К. Галантичем, который считает, что для гостиниц существует особый правовой режим, поскольку они не входят в жилищный фонд и предназначены для временного проживания в них, и что жилые помещения в гостиницах в понимании жилищного права не являются жильем [3, с. 13, 104]. Соглашаясь с этой мыслью, добавим, что проект ЖК Украины (регистр. № 2307-д от 04.09.2009 г.) предусматривает использование гостиниц в качестве временного жилья для временного проживания лиц, которые стали жертвами стихийного бедствия или вследствие других чрезвычайных ситуаций, хотя и не относит гостиницы ни к одному из жилищных фондов.

Другие учёные (В. М. Коссац, Р. А. Стефанчук), комментируя ст. 29 и ст. 311 ГК Украины в части права на неприкосновенность жилья, к месту проживания физического лица относят и гостиницы [9, с. 26; 13, с. 71; 5, с. 458].

На наш взгляд, место пребывания включает и место проживания, к тому же, как постоянное, так и преимущественное и временное. Что касается гостиниц и других средств размещения, то здесь местом проживания является номер.

Судебная практика также идёт путем причисления гостиниц к жилью. Так, согласно с п. 22 постановления Пленума Верховного суда Украины «О судебной практике по делам о корыстных преступлениях против частной собственности», решая вопрос о наличии в действиях виновного лица такого квалифицирующего признака, как проникновение в жилище, под жилищем нужно понимать помещение, предназначенное для постоянного или временного проживания людей (дом, квартира, дача, номер в гостинице и т. д.).

Вопрос о значении понятия жильё является на столько важным, что не единожды являлся предметом рассмотрения в Европейском суде по правам человека (далее – ЕСПЧ). Статьей 8 Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод 1950 года провозглашено право на уважение к жилью.

Толкование понятия жильё является достаточно широким в решениях ЕСПЧ – жильё как место проживания,

и жилье как место работы. В одном из решений, в частности, указано, что согласно с Конвенцией понятие «жильё» не ограничивается помещением, законно занятым или созданным. Является ли конкретное место проживания «жильём», которое подлежит защите на основании пункта 1 статьи 8 Конвенции, зависит от фактических обстоятельств, а именно – от наличия определенных и длительных связей с конкретным местом (см., среди других источников, решение по делу «Прокопчук против России» (*Prokopovich v. Russia*), заявление № 58255/00, п. 36, ECHR 2004-XI (извлечения)) [8, с. 107].

В другом решении, применяя ст. 8 Конвенции, ЕСПЧ распространил понятие «жильё» и на другие помещения, связанные с профессиональной деятельностью лица, а именно – на офисы адвокатов, отметив, что «не всегда можно определить точную границу: можно заниматься дома делами, связанными с профессией или торговлей, а в офисе или помещении коммерческого назначения заниматься делами личного характера. Если использовать понятие «жильё» в узком значении, то можно создать такую же опасность неравенства подходов, как и относительно понятия «частная жизнь». Таким образом, придав понятию «жильё» широкое значение, ЕСПЧ, распространил это понятие на профессиональные учреждения, которые одновременно являются частным жильем и местом осуществления профессиональной деятельности физического лица (решение в деле *Chappell v. the United Kingdom* от 30 марта 1989 г.), на помещения, в которых работают представители свободных профессий (адвокаты) (решение в деле *Niemietz v. Germany*), и даже на местонахождение юридического лица (дело *Societe Colas Est and Others v. France* от 16 апреля 2002 г.) [6, с. 145-147].

На наш взгляд, понятие жильё в контексте реализации права на неприкосновенность жилища может быть распространено на гостиницы. Известно, что и в Украине гостиницы предоставляют номера по договору аренды для использования предпринимателями для осуществления профессиональной деятельности и для проживания. Кроме того, номера в гостиницах



предоставляются народным депутатам и членам их семей для длительного проживания (ч. 5 ст. 35 Закона Украины «О статусе народного депутата Украины»). Таким образом, такие помещения могут считаться и частным жильем, и местом осуществления профессиональной деятельности физическими лицами.

В научной литературе В. И. Бобриком предлагалось расширить понятие жильё, включив в него помещения, предназначенные для временного проживания людей, что позволит не только обеспечить интересы лица относительно неприкосновенности его жилья, но и интересы собственника помещения, назначенного для временного проживания (гостиницами, базами отдыха, пансионатами, дачами, общежитиями и т. д.) [2, с. 127]. Относительно гостиницы право на неприкосновенность жилья возникает одновременно с моментом подписания договора с гостиницами, базами отдыха и т. д. Эти права и факты должны подтверждаться соответствующими документами, должным образом оформленными (например, картой или книжкой отдыхающего, оплаченным чеком на услуги гостиницы и др. документами) [2, с. 128]. Соглашаясь с автором относительно отнесения гостиниц и других средств размещения к жилью с тем, чтобы обеспечить реализацию права человека на неприкосновенность жилья, всё же моментом его возникновения считаем не момент подписания договора с гостиницами и другими средствами размещения, а момент вселения в них. Поскольку момент подписания и момент вселения могут иметь большой временной промежуток.

Относя гостиницу к жилью, мы всё же считаем, что гостиницы и другие средства размещения предназначены для временного проживания, а не для постоянного. Поэтому нам импонирует позиция В. Н. Кравчука и В. И. Крата, которые считают, что проживание в гостинице можно характеризовать как временное место пребывания физического лица [15, с. 68]. Доказательством этого является анализ ч. 1 ст. 22 Закона Украины «О туризме» и Правил пользования гостиницами и аналогичными средствами размещения и предоставления гостиничных услуг, в которых при

определении договора на гостиничное обслуживание используется словосочетание «с временным проживанием» (курсив – авторов комментария). Также можно согласиться с выводом учёных, что указанные толкования вызваны исключительно прагматической целью, т. е. для использования их в правоприменительной деятельности. Однако они не убирают тех противоречий в концептуальном плане между временным, постоянным, преимущественным местом проживания и местом пребывания, которые требуют законодательного урегулирования [15, с. 68].

Для объяснения постоянного места проживания можно использовать ч. 5 п. 6 Положения о паспорте гражданина Украины, где указано, что на одиннадцатой–шестнадцатой страницах паспорта делаются отметки о регистрации постоянного места проживания гражданина. Кроме того, ч. 8 п. 6 указанного Положения запрещает вносить в паспорт записи, не предусмотренные этим Положением или законодательными актами Украины. Таким образом, другие записи (о временном или преимущественном месте проживания) не подлежат внесению в паспорт. Данный вывод подтверждается абз. 7 ч. 1 ст. 3 Закона Украины «О свободе передвижения и свободном выборе места проживания в Украине», согласно которому под регистрацией понимается внесение в паспортный документ информации о месте проживания или месте пребывания с указанием адреса жилья лица и внесение этих данных в регистрационный учет соответствующего специально уполномоченного центрального органа исполнительной власти по вопросам регистрации [15, с. 68–69].

Выводы. Подводя итог, можно сделать следующие обобщения:

1. Гостиницы следует считать жильём в контексте реализации права человека на неприкосновенность жилища.
2. Место пребывания физического лица включает и место его проживания (постоянное, преимущественное и временное). В гостиницах и других средствах размещения местом проживания является номер.
3. Относительно гостиниц и других средств размещения моментом воз-

никновения права человека на неприкосновенность жилья является момент вселения в данные помещения.

Список использованной литературы:

1. Конституція України : [Текст] : офіц. текст : [прийнятий на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. із змінами, встановленими Законом України від 8 грудня 2004 р. : станом на 1 січня 2012 р.]. – К. : Міністерство Юстиції України, 2012. – 124. – ISBN 966-7630-14-5.
2. Бобрик В. І. Цивільно-правова охорона особистого життя фізичних осіб / В. І. Бобрик : дис. ... на здобуття наук. ступеня к. ю. н. : спец. : 12.00.03. – Харків, 2004. – 207 с.
3. Галянтич М. К. Житлове право України : навч. посібник. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – 528 с.
4. Гражданский кодекс Республики Молдова от 06.06.2002 Опубликован : 22.06.2002 в Monitorul Oficial Nr. 82-86 статья № : 661 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://lex.justice.md/ru/325085/>.
5. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року [Электронный ресурс]. – Офіційний сай ВРУ. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004
6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод у практиці судів України / Автор. кол. : Ярема А. Г., Григор'єва Л. І., Гуменюк В. І., Кривенко В. В., Самсін І. Л., Шевчук С. В., Філатов В. М. – К., 2008. – 329 с.
7. Конституция Республики Молдова от 29.07.1994 Опубликован : 18.08.1994 в Monitorul Oficial Nr. 1 статья № : 1 Дата вступления в силу : 27.08.1994 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://lex.justice.md/viewdoc.php?id=311496&lang=2>.
8. Кривіцька та Кривіцький проти України (Kryvitska and Kryvitskyu v. Ukraine) : Рішення Європейського суду з прав людини // Практика Європейського суду з прав людини Рішення. Коментарі. – 2012. – № 1(06). – С. 99–113.
9. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. В. М. Коссака. – К. : Істина, 2004. – 976 с.
10. Науково-практичний коментар



Цивільного кодексу України : У 2 т. / За відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – Т. I. – 832 с.

11. Положення про паспорт громадянина України Затверджено Постановою Верховної Ради України від 26 червня 1992 року № 2503-XII [Електронний ресурс] // Офіційний сайт ВРУ. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2503-12>.

12. Про статус народного депутата України : Закон України від 17.11.1992 р. № 2790-XII (в редакції від 06.12.2012 р.) [Електронний ресурс] // Офіційний сайт ВРУ. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2790-12>.

13. Про судову практику у справах про злочини проти власності : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 06.11.2009 р. № 10 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт ВРУ. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0010700-09>.

14. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / Відп. ред. Я. М. Шевченко. – Хмельницький : Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. – 626 с.

15. Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т. 2 : Фізична особа. – Х. : Страйд, 2009. – 296 с. – Серія «Коментарі та аналітика».

16. Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К. : Істина, 2004. – 928 с.

ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ И ПЕРСПЕКТИВЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ГОСУДАРСТВЕННОЙ СИСТЕМЫ ГРАЖДАНСКОЙ ЗАЩИТЫ В КОНТЕКСТЕ ЕВРОПЕЙСКОЙ ИНТЕГРАЦИИ УКРАИНЫ

В. КОСТЕНКО,

начальник смены оперативно-координационного центра Управления Государственной службы Украины по чрезвычайным ситуациям в Кировоградской области, майор службы гражданской защиты

SUMMARY

It was examined a current state and was formulated main problems of functioning of government system of civil protection of Ukraine, was shown the necessity and importance of scientific researches in the sphere of civil protection in order to provide an efficient protection of population and national territories from emergency situations of anthropogenic and natural character. It was also covered the main tendencies of modernization and improvement of state system of civil protection at the current stage of reformation in the system of executive agencies of Ukraine. It was shown strategic ways of collaboration of Ukraine with European institutions in the area of common reaction on emergency situations and solving of other important problems in the sphere of civil protection, was outlined the prospects for its further development in the context of the European integration of Ukraine.

Key words: emergency situation, system of civil protection, European Union, European integration, public administration.

Рассмотрено современное состояние и сформулированы основные проблемы функционирования государственной системы гражданской защиты Украины, показана необходимость и важность проведения научных исследований в сфере гражданской защиты для обеспечения эффективной защиты населения и территорий государства от чрезвычайных ситуаций техногенного и природного характера. Освещены основные направления модернизации и совершенствования государственной системы гражданской защиты на современном этапе реформирования системы органов исполнительной власти Украины. Показаны стратегические направления сотрудничества Украины с институтами Европейского Союза в области общего реагирования на чрезвычайные ситуации и решения других важных глобальных проблем в сфере гражданской защиты, намечены перспективы её дальнейшего развития в контексте европейской интеграции украинского государства.

Ключевые слова: чрезвычайная ситуация, система гражданской защиты, Европейский Союз, европейская интеграция, государственное управление.

Постановка проблемы. Надежная защита населения, территорий, окружающей среды и имущества от чрезвычайных ситуаций техногенного и природного характера является одной из основных функций государства по обеспечению ее национальной безопасности, экономического и социального развития. Согласно Кодексу гражданской защиты Украины, для обеспечения реализации указанных задач в государстве создана Единая государственная система гражданской защиты, которая состоит из функциональных и территориальных подсистем и их звеньев. По результатам практического опыта функционирования данной системы и анализа последних научных исследований в сфере государственного управления ею установлено наличие ряда проблем системного характера, требующих срочного решения на основе комплексного научного исследования. Учитывая евроинтеграционный вектор развития Украины возникает необходимость в модернизации государственной системы гражданской защиты Украины в контексте внедрения европейских стандартов безопасности в государстве.



Актуальность темы исследования. Вопросы безопасности жизни и здоровья человека тесно связаны с процессом устойчивого развития человечества. Успех развития и будущее любого общества или государства в значительной степени зависят от эффективной управленческой деятельности и способности органов государственной власти оперативно и адекватно отвечать на запросы времени.

Современный этап глобализирующегося развития общества характеризуется особым динамизмом по росту количества и масштабов техногенных аварий и природных катастроф, размеров материальных и социальных убытков. Учитывая мировые тенденции повышения уровня таких угроз общечеловеческого значения приобретает проблема обеспечения эффективной защиты населения, территорий, имущества и окружающей среды от чрезвычайных ситуаций (далее – ЧС) различного характера.

В условиях глобализации всех сфер жизнедеятельности человечества – материально-производственной, бытовой, социально-политической и культурно-духовной – эту проблему надо рассматривать как одну из приоритетных в деятельности мирового сообщества. Эффективное решение проблем безопасного существования человечества возможно только благодаря постоянному развитию науки и внедрению достижений ученых в практику управления сферой гражданской защиты (далее – ГЗ). Учитывая свою социальную значимость научные исследования в сфере обеспечения безопасности жизни и деятельности человека, сохранения окружающей среды никогда не теряли свою актуальность.

Сегодня необходимость научных разработок в области управления ГЗ повышается учитывая глобальные изменения в мировом хозяйстве, изменение логики социального поведения людей, возникновения новых видов опасностей и угроз, таких как распространение международного терроризма и преступности, значительного ухудшения биосферной среды, природных катаклизмов и других, на которые мировое сообщество

и отдельные государства не нашли еще гарантированных механизмов противодействия.

Украина как государство с развитой промышленностью сохраняет высокий уровень техногенной нагрузки и потенциальной опасности вредных производств для населения и окружающей среды, который, по экспертным оценкам, в 5-6 раз превышает средне-европейский [1].

Анализ возникновения ЧС в Украине, масштабы их последствий и недостаточная научная исследованность всего спектра проблем в сфере ГЗ в отрасли знаний «государственное управление» ставят перед государством и научной средой на современном этапе модернизации системы ГЗ общую стратегически важную задачу разработки и внедрения современных эффективных управленческих механизмов в указанной сфере.

Суть стратегии по реализации этой задачи заключается в обязательной согласованности экономического, экологического и человеческого развития таким образом, чтобы от поколения к поколению не ухудшались качество и безопасность жизни людей, состояние окружающей среды и происходил социальный и экономический прогресс каждого человека.

Следовательно, для обеспечения эффективной защиты населения и территорий от ЧС и учитывая евроинтеграционные стремления Украины наше государство должно построить такую государственно-управленческую модель, которая бы гарантировала собственную безопасность и отвечала высоким европейским стандартам.

Проблема управления в сфере безопасной жизнедеятельности населения привлекает внимание многих ученых. Отдельные вопросы управления ЦЗ и его составляющими рассматривало в своих работах широкий круг отечественных и зарубежных ученых, среди которых: В. Абрамов, В. Акимов, А. Труш, Г. Приходько, С. Андреев, М. Брушлинский, Ю. Воробьев, Ю. Глуховенко, В. Доманский, А. Могильниченко, Б. Порфирьев, Г. Рева, Н. Стеблюк, М. Фалеев, Г. Федулов, В. Федоренко, В. Шоботов, В. Гейець, В. Ильяшенко, В. Мунтиян,

А. Новикова, В. Пилошенко, Г. Сытник, В. Шлемко.

Значительный вклад именно в развитие науки государственного управления и обеспечения безопасности оказали труды современных украинских ученых: В. Богдановича, А. Власюка, В. Косецова, В. Липкана, В. Предборской и др.

Исследуя различные аспекты системы ГЗ отечественные ученые отмечают наличие существенных проблем в различных направлениях ее функционирования и указывают на острую необходимость ее модернизации с учетом передового европейского опыта, социально и техногенно обусловленных потребностей государства [1; 2].

В частности, Р. В. Приходько в своих работах указывает на чрезвычайно сложный организационно-правовой механизм регулирования отношений в сфере ГЗ, неунормированность и противоречивость отдельных положений действующего отечественного законодательства, дублирование функций органов государственного управления, отвечающих за реализацию государственной политики в указанной сфере [1].

Если анализировать публикации последнего периода, то становится понятным, что их авторы рассматривали лишь отдельные аспекты этой проблемы, а комплексно, с учетом исследований в области науки «государственное управление», система ГЗ до сих пор остается неисследованной.

Целью данной статьи является исследование нынешнего состояния реформирования государственной системы гражданской защиты Украины и определение приоритетных направлений дальнейшего её развития в контексте европейской интеграции.

Изложение основного материала исследования. Реформирование системы ГЗ государства (в том числе изменения состава, структуры и основных задач МЧС Украины), которые были проведены в последние годы, в определенной степени привели к разрегулированности законодательной, нормативно-правовой и организационно-методической базы функционирования системы, разбалансированности системы управле-



ния и группировки сил реагирования на ЧС. Материально-техническое оснащение подразделений реагирования на ЧС остается на низком уровне и не отвечает современным требованиям. Технологии защиты территорий и ликвидации последствий техногенных и природных катастроф, единая база прогнозно-моделирующих систем и комплексов по прогнозированию угрозы и возникновения ЧС, масштабов их последствий по подготовке управленческих решений, создаются и внедряются в практику медленно.

Последние изменения в пенсионном законодательстве (увеличение пенсионного возраста на 5 лет) и недостаточный уровень финансового обеспечения привели к созданию в профессиональной среде спасателей дополнительной социальной напряженности и спровоцировали одновременный массовый отток квалифицированных кадров. При сохранении такой тенденции негативное влияние на проведение профориентационной работы и привлечения молодого поколения на службу и в целом на престижность данной профессии просто неизбежен.

Как показал опыт практической реализации принятых организационно-управленческих решений в сфере государственного управления системой ГЗ, большинство из них носили политически мотивированный и декларативный характер, были поспешными, не отвечали требованиям времени и не имели достаточного финансового обеспечения. Именно из-за этих и ряда других причин их реализация не обеспечила ожидаемого результата в запланированные сроки.

Прежде всего это касается создания в Украине в соответствии с Законом Украины от 13 марта 2012 № 4499-VI Системы экстренной помощи населению по единому телефонному номеру 112 (Система 112) [3]. В целях надлежащего создания постановлением Кабинета Министров Украины от 17 октября 2012 № 1031 был утвержден Порядок функционирования этой системы [4].

Главной целью ее создания является обеспечение соблюдения конституционных прав граждан на лич-

ную безопасность, охрану здоровья и имущества, предоставление государственной услуги европейского уровня, обеспечения единого номера вызова «112» для всех экстренных ситуаций, бесплатного подключения с каждой точки государства с любого доступного телефона (коммуникатора), высокой скорости соединения с оператором Системы 112, оперативного получения квалифицированной помощи, возможность общения на иностранных языках. Создание современной квалифицированной услуги населению предусматривает развитие на новом качественном уровне функционирования единой государственной системы ГЗ на всей территории страны, существенно приблизит Украину к европейским стандартам безопасности.

Однако из-за достаточно сложного организационно-управленческого и технического механизма реализации этой задачи, недостатка государственных средств обеспечить полноценное создание и функционирование Системы 112 до сих пор не удалось.

Одной из насущных проблем в области защиты населения и территорий от ЧС является противопожарная защита населенных пунктов и объектов в сельской местности, где ежегодно возникает в среднем 41% от общего количества пожаров. На основе проведенного анализа определено, что для поддержания минимального уровня пожарной безопасности в сельской местности в первоочередном порядке необходимо создать 485 подразделений местной пожарной охраны. Следует отметить, что Программой развития гражданской защиты на 2009-2013 годы предусмотрено создание 2367 подразделений местной пожарной охраны, однако на сегодняшний день функционируют лишь 1200 таких формирований. Создание подразделений местной пожарной охраны – это задача в первую очередь местных органов исполнительной власти и органов местного самоуправления.

Важным моментом для обеспечения эффективного реагирования на все виды чрезвычайных ситуаций является определение на законодательном уровне процедуры взаимодей-

ствия сил и средств Государственной службы Украины по чрезвычайным ситуациям, Министерства обороны Украины и Министерства внутренних дел Украины.

По официальной информации Государственной службы Украины по чрезвычайным ситуациям полноценная реализация всех положений введенного в действие с 1 июля 2013 года Кодекса гражданской защиты Украины и законодательное урегулирование взаимодействия субъектов реализации государственной политики в сфере ГЗ требует принятия ещё более 40 различных нормативно-правовых актов.

Учитывая ряд современных проблем в функционировании государственной системы ГЗ, в Украине начат процесс ее модернизации и совершенствования. С целью изучения и привлечения передового опыта других стран в области реагирования на ЧС техногенного и природного характера наша страна активно сотрудничает с развитыми европейскими странами.

В рамках провозглашенного ею внешнеполитического курса на интеграцию с Европейским Союзом (далее – ЕС) путем проведения необходимых реформ она постепенно и настойчиво приближается к европейским стандартам в сфере ГЗ. Положения, касающиеся безопасности жизнедеятельности человека, закрепленные в статье 9 основы внутренней политики в экологической сфере и сфере техногенной безопасности и статьи 11 основных принципах внешней политики Закона Украины от 1 июля 2010 № 2411 - VI «О принципах внутренней и внешней политики» [5].

В рамках реализации евроинтеграционного плана реформ на государственном уровне только в 2012 году и в начале 2013 года был принят ряд важнейших нормативно-правовых актов, которые должны обеспечить поступательное движение к развитию и совершенствованию системы (постановление КМУ от 18 апреля 2012 года N 606 «Об утверждении рекомендательных перечней структурных подразделений областной, Киевской и Севастопольской го-



родской, районной, районной в гг. Киве и Севастополе государственных администраций» [6]; Указ Президента Украины от 24 декабря 2012 года № 726 «О реорганизации Министерства чрезвычайных ситуаций и Государственной инспекции техногенной безопасности Украины в Государственную службу Украины по чрезвычайным ситуациям, как центральный орган исполнительной власти, деятельность которого направляется и координируется Кабинетом Министров Украины через Министра обороны Украины» [7]; Указ Президента Украины от 2 октября 2012 года № 5403 - VI «Об утверждении Кодекса гражданской защиты Украины» [8]; Указ Президента Украины от 15 мая 2013 года № 265 «О решении Совета национальной безопасности и обороны Украины от 29 марта 2013 года «Вопросы противодействия угрозам и ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций» [9].

Ориентация нашего государства на европейские стандарты в сфере ГЗ это, прежде всего, гарантия дальнейшего всестороннего развития и национальной безопасности, возможность совместно решать не только внутренние вопросы, касающиеся предупреждения и ликвидации масштабных ЧС на своей территории, но и активно участвовать в решении глобальных проблем человечества, затрагивающих интересы всех стран и народов мира, характеризующихся динамизмом и требующих для своего решения коллективных усилий мировой общности.

Следует отметить, что защита жизни и безопасность человека являются ключевым приоритетом в государственной политике стран ЕС, основанная на принципе коллективных усилий стран-членов в решении указанных вопросов. Достичь высоких показателей в сфере управления ЦЗ этим странам удалось благодаря построению и эффективному взаимодействию функционирующих национальных систем ЦЗ [2].

Основным документом двустороннего сотрудничества Украины с ЕС является Административная договоренность между Министерством Украины по вопросам ЧС и по делам

защиты населения от последствий Чернобыльской катастрофы и Генеральным директором по вопросам охраны окружающей среды Европейской Комиссии о сотрудничестве между оперативно-дежурной службой МЧС и Центром мониторинга и информации Механизма ЦЗ Сообщества (8 декабря 2008 в г. Брюсселе).

Подписание Договоренности позволило начать сотрудничество с Механизмом ГЗ Сообщества и позволило начать сотрудничество Еврокомиссии и ДСНС Украины в области ГЗ населения в период до подписания Соглашения об ассоциации между Украиной и ЕС. Согласно этой Договоренности, стороны взяли на себя обязательства по содействию взаимной помощи в случаях ЧС, проведение совместной работы по оценке влияния последствий стихийного бедствия на окружающую среду, привлечение экспертов к участию в профильных технических семинарах, сотрудничества в области более эффективного использования существующих сил и средств ГЗ, круглосуточного обмена информацией о ЧС.

Двустороннее сотрудничество с ЕС для Украины имеет чрезвычайно важное значение, ведь оно предполагает поддержание стабильности и безопасности в регионе, защиту окружающей среды и населения, природных ресурсов и инфраструктуры, усиление возможностей стран противодействовать природным и техногенным катастрофам. Очевидно, что мы должны развивать наши отношения и в дальнейшем, тем более что это не только желание Украины, но и стремление европейской стороны.

В соответствии со статьей 93 Закона Украины от 24 июня 2004 № 1859-IV «О правовых основах гражданской защиты» [10] представительство Украины в международных организациях по вопросам ГЗ, проведения аварийно-спасательных работ, а также работ по предотвращению и ликвидации ЧС в случаях, предусмотренных законом, осуществляются специально уполномоченным центральным органом исполнительной власти по вопросам ЦЗ (Государственная служба Украины по ЧС).

На сегодня Украиной подписаны

международные договоры, регулирующие взаимоотношения в этой сфере с 17 странами мира. Условия оказания помощи иностранным государствам по вопросам ГЗ и получения Украиной помощи для ликвидации ЧС определены соответственно в статьях 91 и 92 [10].

Именно благодаря финансовой и организационной поддержке со стороны ЕС постепенно решается вопрос о минимизации последствий Чернобыльской катастрофы – крупнейшей техногенной катастрофы в истории человечества. Для обеспечения работ по снятию с эксплуатации энергоблоков Чернобыльской АЭС и преобразования объекта «Укрытие» в экологически безопасную систему на площадке ЧАЭС сегодня реализуются следующие основные международные проекты: «Строительство нового безопасного конфаймента объекта» Укрытие «Чернобыльской АЭС», «Строительство хранилища отработанного ядерного топлива», «Строительство завода по переработке жидких радиоактивных отходов», «Строительство промышленного комплекса по обращению с твердыми радиоактивными отходами Чернобыльской АЭС» и другие. Очевидно, что Европа полностью понимает важность своевременного завершения строительства этого проекта, ведь это – гарантия безопасности не только для украинского, но и всего Европейского Сообщества.

Важно также плодотворное сотрудничество между ГСЧС Украины, Шведским гражданским агентством по ЧС и Управлением спасательной службы Эстонии в рамках международного проекта «Партнерское сотрудничество», которое рассматривается как одно из приоритетных направлений на пути Украины к европейской и евроатлантической интеграции. В частности, это техническое сотрудничество по направлениям спасания на воде и в случае ДТП, при выбросе химических веществ и загрязнении окружающей среды, развитие системы 112, готовность к паводковых ситуаций и т. п.

Выводы. Для построения качественно новой, эффективной и ориентированной на европейские стандар-



ты системы ГЗ Украины необходимо продолжить конструктивное сотрудничество с институтами ЕС и органами управления государств – членом ЕС, отвечающих за реализацию государственной политики в соответствующей сфере, для расширения возможностей сотрудничества в сфере ГЗ и присоединения нашего государства к механизму реагирования на ЧС в ЕС продолжить плодотворно работать над подписанием новых соглашений и адаптацией отечественного законодательства к общеевропейским стандартам, для внедрения европейских норм безопасности в украинскую систему осуществлять имплементацию новых подходов в сфере управления ГЗ, таких как развитие инициированного недавно Председателем Госслужбы по ЧС направления работы налаживания четкого взаимодействия и привлечения волонтеров и активистов общественных движений для повышения эффективности предупреждения и реагирования на ЧС [11] (помощь волонтеров в случае ЧП налажена во многих европейских странах и как никогда актуальна для нашего государства и общества) и образования в регионах консультативных пунктов по ГЗ, определить и сформировать в законодательной форме правильный вектор цели для построения управленческой системы, основной целью управления которой должно стать обеспечение надежной защиты населения, территорий и окружающей среды от негативных последствий ЧС.

При разработке законодательной и нормативно-правовой базы в такой важной области, как сфера ГЗ, следует обратить особое внимание на терминологический аппарат, который является важным базовым инструментом в системе государственного управления. В целом необходимо искать новый целостный подход к решению вопросов безопасности, который бы четко увязывал управленческий, организационно-технологический и экономический подходы.

И самое главное, накануне подписания Соглашения об ассоциации между Украиной и ЕС наше государство обязательно должно продолжить углубление взаимоотношений с ЕС и

приложить все усилия в части соблюдения требований двусторонних обязательств в сфере ГЗ для успешного подписания указанного Соглашения в ноябре 2013 года на саммите «Восточного партнерства» в Вильнюсе.

Список использованной литературы:

1. Приходько Р. В. Організаційно-правовий механізм регулювання сфери захисту населення і територій від наслідків надзвичайних ситуацій / Приходько Р. В. // Теорія та практика державного управління : зб. наук. пр., вип. 3 (34).

2. Труш О. О. Досвід побудови та функціонування систем цивільного захисту країн-членів Європейського Союзу / Труш О. О. // Теорія та практика державного управління : зб. наук. пр., вип. 1 (28) та вип. 4 (27).

3. Закон України від 13 березня 2012 року № 4499-VI «Про систему екстреної допомоги населенню за єдиним телефонним номером 112» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4499-17>.

4. Постанова Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2012 року № 1031 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1031-2012-п>.

5. Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» від 1 липня 2010 року № 2411 – VI (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, N 40, ст. 527) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2411-17>.

6. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження рекомендаційних переліків структурних підрозділів обласної, Київської та Севастопольської міської, районної, районної в м. Києві та Севастополі державних адміністрацій» від 18 квітня 2012 р. № 606 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kmu.gov.ua/control/npd/list>.

7. Указ Президента України «Про деякі заходи з оптимізації системи центральних органів виконавчої влади» від 24 грудня 2012 р. № 726 [Електронний

ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/15236.html>.

8. Кодекс цивільного захисту України від 2 жовтня 2012 р. № 5403-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/5403-17>.

9. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 29 березня 2013 року «Питання протидії загрозам і ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/15729.html>.

10. Закон України від 24 червня 2004 року № 1859-IV «Про правові засади цивільного захисту» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1859-15>.

11. Наказ ДСНС України від 30.04.13р. № 210 «Про створення Центру взаємодії ДСНС з волонтерами і волонтерськими організаціями» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mns.gov.ua/files/2013/5/13/210.pdf>.



ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО КАК МЕЖОТРАСЛЕВОЙ ИНСТИТУТ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА: ВОЗМОЖНОСТЬ УНИФИКАЦИИ

Н. КУРИЛО,

кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой правосудия
Сумского национального аграрного университета

SUMMARY

The article considers basic approaches to definition of representation, peculiarities of the institution of procedural representation in all branches of procedural law, namely the existence of a representative, warrant of attorney, the same procedural rights, describes traditional and new types of representation in three branches of procedural law, procedural rights of representatives, the role of prosecutor in the institution of representation, proves the possibility of unification of representation institution in the Integrated Court Procedural Code.

Key words: representation, representative, types of representation, institution of procedural representation, representatives' procedural rights.

* * *

В статье рассматриваются основные подходы к определению представительства, особенности института процессуального представительства во всех отраслях процессуального права: наличие представителя, наличие доверенности, наличие одних и тех же процессуальных прав, определяются традиционные и новые виды представительства в трех отраслях процессуального права, процессуальные права представителей, роль прокурора в институте представительства, доказывается возможность унификации института представительства в едином Судебном процессуальном кодексе. Автор подчеркивает, что институт процессуального представительства существует и действует во всех процессуальных отраслях права с однотипным содержанием.

Ключевые слова: представительство, представитель, виды представительства, институт процессуального представительства, процессуальные права представителей.

Постановка проблемы. Доступ к правосудию реализуется не только в технической возможности подать иск в суд, но и в возможности представления интересов одного человека другим. Суть таких действий связывается с институтом процессуального представительства.

Представительство в любом виде судопроизводства имеет важное значение в делах защиты прав и законных интересов сторон и третьих лиц, поскольку способствует полному осуществлению их процессуальных прав и обязанностей, в том числе и реализации их права на правовую помощь.

Сегодня институт процессуального представительства – это межотраслевой институт, который имеет место в гражданском, хозяйственном, административном и уголовном судопроизводстве.

В последнее время появилось много публикаций, посвященных отдельным аспектам представительства, но они не обобщены в едином комплексном исследовании всех аспектов представительства. Дискуссионными остаются вопросы относительно оснований возникновения процессуального представительства, процессуальных прав, видов представительства и т. п.

Учитывая это, можно утверждать, что данная проблематика нуждается в более тщательном научном исследовании, особенно в контексте современных изменений, происходящих в Украине в условиях судебно-правовой реформы.

Формулировка целей исследования. Цель нашего исследования – определение особенностей института представительства во всех отраслях процессуального права с целью его унификации в едином Судебном процессуальном кодексе.

Изложение основного материала исследования. Значение института представительства в общественной жизни обусловлено тем, что с помощью представительства становится возможным приобретение и реализация большинства материальных и ряда процессуальных гражданских, а также других по отраслевой принадлежности субъективных прав и обязанностей.

Однако в научной литературе нет однозначного подхода к определению этого понятия. Одни исследователи в сфере гражданского процессуального права определяют представительство как процессуальную деятельность в пределах предоставленных представителю полномочий от имени и в интересах другого лица (Ю. С. Червоний [1, с. 28-31], И. В. Решетникова [2, с. 73], И. А. Павлуник [3, с. 8]), другие – как правоотношения, в которых одно лицо осуществляет в суде процессуальные действия от имени и в интересах другого лица (В. И. Тертышников [4, с. 98], В. В. Комаров [5, с. 136], Ю. В. Бе-

Анализ последних исследований и публикаций. В гражданском процессуальном праве институт представительства исследовали Н. А. Абрамов, В. В. Антонов, Ю. В. Белосусов, В. В. Комаров, И. А. Павлуник, Д. М. Пригька, И. В. Решетникова, М. И. Титов, В. И. Тертышников, Е. И. Фурса, С. Я. Фурса, М. И. Штефан, В. С. Щербина, В. В. Ярков, М. М. Ясынок и др.

Проблемам представительства ин-

тересов юридических и физических лиц в хозяйственном процессе уделяли внимание В. Е. Беляневич, С. С. Бычкова, О. И. Харитоновна, С. А. Халатов, Д. П. Ватман, В. А. Елизаров, В. М. Шерстюк, М. Й. Штефан и др.

Не остался этот вопрос и вне поля зрения ученых-административистов, в частности О. М. Бандурки, Е. Ф. Демского, С. В. Кивалова, А. О. Селиванова, Р. О. Куйбиды, В. И. Шишкина и других.



лоусов [6, с. 60], третьи – и как совокупность процессуальных действий, и как процессуальное правоотношение (М. Й. Штефан) [7].

В хозяйственном и административном судопроизводстве понятия института процессуального представительства фактически дублируют теоретико-правовые наработки гражданского процессуального права. Однако нужно заметить, что учёные в сфере административно-процессуального права [8, с. 94] и хозяйственно-процессуального права [9, с. 81] под представительством понимают только процессуальную деятельность.

Проанализировав разные взгляды на понятие представительства, считаем возможным сделать вывод об однотипности их содержания в разных отраслях процессуального права, поскольку процессуальная деятельность – это процессуальные действия доверителя в судебном заседании, всегда приобретающие форму процессуальных правоотношений. Таким образом, процессуальная деятельность – это содержание процессуальной формы отдельных процессуальных правоотношений.

С теоретической точки зрения процессуальное представительство в гражданском, хозяйственном, административном судопроизводстве сегодня классифицируется на законное и договорное. В начале XX века в институте представительства выделяли обычное и юридическое представительство. Суть обычного представительства заключалась в простой передаче от имени доверителя учреждению, физическому или юридическому лицу определенных письменных документов, определенных вещей или слов. Вместе с тем существовало и юридическое представительство, в котором выделяли: а) законное; б) договорное и в) фактическое.

Необходимо заметить, что сегодня виды представительства почти не изменились, но вместо фактического появилось гражданское и официальное представительство. В современных исследованиях учёные классифицируют институт представительства по видам субъектов, по основаниям его возникновения и степени необходимости (Я. А. Розенберг, Ю. Ю. Рябченко) [10, с. 808].

В то же время в учебной и научной литературе процессуальное представительство классифицируется в зависимости от оснований возникновения: а) законное представительство и б) договорное представительство, в котором выделяют уставное представительство. В зависимости от процессуального статуса доверителя выделяют такие виды процессуального представительства: а) представительство прав и охраняемых законом интересов сторон, б) представительство третьих лиц. В зависимости от статуса лица, осуществляющего представительские функции, выделяют два основных вида представительства: а) представительство, осуществляемое адвокатом; б) представительство, осуществляемое лицом, достигшим 18-летнего возраста, имеющим гражданскую процессуальную дееспособность и должным образом оформленные полномочия [11, с. 204-207].

В административно-процессуальном праве в ч. 3 ст. 56 КАС Украины указывается, что представители принимают участие в административном процессе на основе договора или закона, то есть выделяют представительство: а) договорное и б) законное.

В хозяйственно-процессуальном праве представительство делится на: а) уставное и б) договорное (ст. 28 ГПК). Как можно заметить, административный и хозяйственный процессуальные кодексы четко определяют институт процессуального представительства по его видам. В гражданском процессуальном праве существуют разные подходы к определению видов процессуального представительства. Такая ситуация имеет место в связи с тем, что КАС и ГПК регулируют точно определенные сегменты общественных отношений, которые значительно уже видов общественных отношений, имеющих место в общем суде. Необходимо отметить, что в Гражданском процессуальном кодексе все виды представительства не закреплены, поскольку ч. 1 ст. 38 ГПК Украины закрепляет лишь договорное представительство и уставное (на основании положения). Первое имеет место во время защиты прав, свобод и интересов сторон, третьих лиц, заявителей и заинтересованных лиц. Второе касает-

ся юридических лиц (ч. 3 ст. 38 ГПК) и государства (ч. 4 ст. 38 ГПК).

Кроме того ст. 39 ГПК Украины закрепляет понятие законного представительства, которое осуществляется лицами, определенными в законе, и направляется на защиту прав, свобод и интересов малолетних, несовершеннолетних и недееспособных или ограниченно дееспособных лиц (ч. 1 и 2 в. 39 ГПК), лиц, признанных без вести пропавшими (ч. 3 ст. 39 ГПК), наследников (ч. 4 ст. 39 ГПК).

Таким образом, институт представительства как межотраслевой процессуальный институт можно классифицировать по видам лиц: представительство относительно а) физических и б) юридических лиц. Соответственно представительство относительно физических лиц делится на представительство: а) по закону и б) по договору. Представительство юридических лиц делится на: а) уставное и б) договорное.

Такой общий подход к классификации видов процессуального представительства является унифицированным и характеризует институт представительства как институт, с помощью которого стороны могут осуществлять управление судебным процессом на расстоянии, – через своего представителя. В эпоху информационного общества реальным считаем представительство с помощью информационных технологий, поскольку сегодня представитель (адвокат, юристконсульт) с помощью ноутбука имеет возможность быстро сообщить о ходе судебного процесса своему доверителю, а последний, имея скайп, может в режиме реального времени контролировать своего представителя. Это новый, еще не апробированный и законодательно не закрепленный, но, по нашему мнению, реальный шаг в развитии оперативного информационного вида представительства.

Необходимо обратить внимание на то, что в современных учебниках по гражданскому процессу отмечается, что субъектом процессуальных правоотношений в институте представительства есть представитель. Однако в судебной практике не единичны случаи, когда на стороне истца или ответчика в судебном процессе принимают



участие два-три представителя, то есть речь идет о коллективном представительстве. Следует заметить, что ни один из процессуальных кодексов, действующих в Украине, не закрепляет новый вид процессуального представительства – коллективное представительство.

Коллективное процессуальное представительство – это представление интересов доверителя, с одной стороны, и защита его прав, свобод и интересов, с другой, коллективом представителей на основании договора с распределением между ними определенных процессуальных прав и обязанностей.

Вместе с тем институт процессуального представительства по своей структуре есть синтезом гражданско-правового и гражданско-процессуального направления как обособленной его части, которая имеет место между доверителем и представителем, и исключительно гражданско-процессуального направления как обособленной части, имеющей место между представителем и судом.

Такой мысли в гражданском процессуальном праве придерживаются Д. М. Чечет, И. М. Ильинская, Л. Ф. Лесницкая, Е. Л. Невзогида. Аналогичный подход к данному вопросу в административно-процессуальном праве демонстрирует и О.Е. Харитонов, который понимает процессуальное представительство как систему правоотношений двух видов: внутренние и внешние. Внутренние отношения представительства, складывающиеся между представляемым лицом и представителем, характеризуются наличием материально-правового договора, доверенности или фактов родственных уз. Внешние отношения характеризуются наличием процессуальных правоотношений, имеющих место между представителем и судом [12, с. 144-145]. Такие подходы к структуре института процессуального представительства действительно объективны и логичны, поскольку они воспроизводят практику формирования процессуального представительства. Вместе с тем мы можем сказать, что формирование института представительства осуществляется и во внесудебном порядке. Процессуальная же

часть представительства имеет место только в пределах процессуальной формы судебных процессов. Содержательная часть судебного процессуального представительства связана с наличием процессуальных правоотношений. Защита нарушенных, непризнанных или оспариваемых прав, свобод и интересов, является правозаступничеством. Как отмечает М. М. Ясинок, правозаступничество основывается на платной функции государства или частного лица, что следует из гражданско-правовых соглашений или трудовых обязанностей [13, с.119].

В соответствии со ст. 27 ГПК, 22 ХПК, 49 КАС Украины лица, принимающие участие по делу, имеют право: знакомиться с материалами дела; делать из них выписки, копии; заявлять ходатайства и отводы, давать устные или письменные объяснения; предоставлять доказательства; принимать участие в исследовании доказательств; задавать вопросы свидетелям, экспертам, специалистам, другим лицам, которые принимают участие по делу; знакомиться с журналом судебного заседания, снимать с него копии и подавать письменные замечания по поводу его неправильности и неполноты; оспаривать решение и постановления суда, пользоваться другими правами, установленными законом.

Такие процессуальные права, как правило, предоставляют своим представителям доверители (физические лица), указывая их в письменных доверенностях, заверенных нотариально или организацией, в которой работает или учится доверитель. Доверенности юридических лиц выдаются с подписью должностного лица, уполномоченного на это законом или уставом, с проставлением печати юридического лица. Полномочия адвоката заверяются орденом с выпиской из договора, в котором указываются полномочия адвоката как представителя (ст. 42 ГПК, ст. 28 ХПК, 58 КАС).

Таким образом, во всех процессуальных отраслях права представительство характеризуется: а) наличием представителя (адвоката, юриста или физического лица, имеющего право на представительство), который выполняет процессуальные действия от имени

и в интересах другого лица – доверителя; б) наличием письменной доверенности, заверенной нотариально или юридическим лицом; в) наличием одних и тех же процессуальных прав, указанных в доверенностях, при этом договорное представительство является ограниченным из-за объема определенных в доверенности прав. Законное представительство является неограниченным, поскольку представитель имеет все процессуальные права, которые принадлежали бы лицу, если бы последнее принимало участие в судебных процессах; г) наличием ордера и выписки из договора про объем процессуальных прав, предоставленных адвокату.

Следовательно, институт представительства – это система полномочий, которые предоставляются доверителем своему представителю, процессуальное поведение которого регулируется процессуальным законом. Принимая участие в судебном процессе, представитель, с одной стороны, преследует частный интерес своего доверителя, действуя в пределах предоставленных последним ему полномочий, а с другой – сам действует в пределах процессуального закона, за выполнением которого следит суд. Таким образом, каждый представитель действует в сфере двойного процессуального подчинения: частного и законного.

Обращаем внимание на то, что в соответствии с ГПК и КАС представители могут выступать свидетелями. Например, ст. 57 ГПК Украины, давая определение понятия доказательств, в части второй указывает, что фактические данные устанавливаются на основании объяснений представителей сторон, третьих лиц, допрошенных как свидетелей. Такую же возможность закрепляет и ч. 1 ст. 76 КАС Украины. Мы считаем, что такой подход законодателя к расширению возможностей в доказывании за счет института представительства является нелогичным, поскольку для изменения статуса представителя на статус свидетеля необходимо разрешение доверителя в виде права на такую замену, закрепляемое в доверенности. Кроме того, по закону представитель может изменять свой процессуальный статус, но его

возвращение в статус представителя закон не предусматривает. Таким образом, законодатель создал прецедент двойного статуса института представительства, который сегодня действует в ГПК и КАС Украины.

Следовательно, институт процессуального представительства во всех процессуальных отраслях права – это самостоятельный, обособленный процессуальный институт, природа которого основывается на диспозитивной воле доверителя и согласии на это доверенного лица. При этом данный институт имеет свой предмет правового регулирования, свои цели, особое содержание правоотношений, которые, с одной стороны, возникают между доверителем и представителем на основе гражданско-правового договора, а с другой – между представителем и судом, которые имеют место в процессуальных правоотношениях на основе предоставленных в доверенности процессуальных прав.

Безусловно, представители, принимая участие в судебных процессах на стороне доверителя, своей юридической заинтересованности в предмете спора не имеют, а потому и не имеют материально-правового интереса относительно блага, являющегося интересом доверителя. Необходимо уточнить, что представители не выступают от своего имени, поскольку не имеют личных процессуальных прав и доверитель не наделяет своего представителя другими (кроме своих) процессуальными правами [13, с. 114-117]. Кроме того, М. М. Ясынок отмечает, что процессуальные правоотношения не могут возникать между представителем и судом сами по себе или за пределами такого разрешения, ибо в этом случае такие правоотношения не будут легитимными. Как видим, процессуальное представительство – это процессуальное посредничество между доверителем и судом.

Вместе с тем сегодня необходимо сказать и об одном из специфических видов представительства, субъектом которого является прокурор. В соответствии со ст. 121 Конституции Украины задача прокуратуры – представительство интересов гражданина или государства в суде в случаях, предусмотренных законом. Такой подход за-

конодателя к данному виду представительства получил свое закрепление и в ст. 45 ГПК Украины. Как известно, в теории гражданского процесса прокурора относят к участникам гражданского процесса, которым по закону предоставлено право обращаться в суд с заявлениями о защите прав, свобод и интересов других лиц, государственных или общественных интересов и принимать участие в этих делах. По мнению В. К. Гусарова, прокурор как представитель государства, действуя на основании закона, защищает в суде интересы государства или неограниченного круга лиц [14].

Это мнение В. К. Гусарова поддерживает и М. Косюта, который считает, что под представительской функцией прокурора понимается весь спектр защиты от неправомерных посягательств на важнейшие социальные ценности, закрепленные в Конституции Украины и других законодательных актах [15, с. 54].

Несмотря на то, что часть ученых-процессуалистов не относит прокурора к институту представительства, хозяйственное процессуальное право признает прокурора представителем «интересов гражданина или государства» (ч. 1 ст. 29 ХПК). Таким образом, часть ученых (С. Я. Фурса, В. К. Гусаров), как и часть законодательства Украины и ее Конституция отмечают, что прокурор является представителем в части защиты им прав, свобод и интересов физических и прав, интересов юридических лиц в суде. Это положение получило свое закрепление и в Законе Украины «О прокуратуре» (ст. 36-1), где подчеркивается, что представительство прокуратурой заключается в осуществлении прокурором от имени государства процессуальных действий, направленных на защиту интересов гражданина или государства.

В то же время в ч. 1 ст. 60 КАС Украины прокурор определяется не как представитель, а как лицо, которому законом предоставлено право защищать права, свободы и интересы других лиц.

По нашему мнению, прокурор, безусловно, не является процессуальным представителем, поскольку он, осуществляя в суде защиту нарушенных, непризнанных или оспариваемых

прав, свобод и интересов физических и юридических лиц, в сущности является правозаступником, поскольку не несет ответственность перед лицом, интересы которого он защищает. Прокурор как правозаступник не претендует на благо лица, которое защищает, действует на основании закона, ордера или договора. Таким образом, он не является представителем сторон, он является самостоятельной процессуальной фигурой. На таких же естественных составляющих правозаступничества действует и Уполномоченный Верховной Рады Украины по правам человека, органы государственной власти, органы местного самоуправления.

Выводы. Следовательно, институт процессуального представительства существует и действует во всех процессуальных отраслях права с однотипным содержанием. Процессуальное оформление института представительства и тех процессуальных прав, которые предоставляются доверителями своим представителям, является аналогичным. Безусловно, идентична и природа договорного и законного представительства и правозаступничества, субъектный состав представительства.

Таким образом, институт процессуального представительства – это межотраслевой институт с однотипным содержанием во всех отраслях процессуального права, а потому мы считаем, что его можно унифицировать в едином Судебном процессуальном кодексе.

Список использованной литературы:

1. Червоний Ю. С. Представительство в гражданском процессе // Суспільство, держава, право. – 2003. – Вип. 2. – С. 28–31.
2. Решетникова И. В., Ярков В. В. Гражданский процесс. – М., 2000.
3. Павлуник І. А. Представництво у цивільному процесі України : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / І. А. Павлуник. – К., 2002.
4. Тертишніков В. І. Цивільний



процес України : навч.-практ. посіб. / В. І. Тertiшніков, Вид. 4-те, доп. і переробл. – Х. : Вид-во «Юрайт», 2012. – 424 с.

5. Комаров В. В. Гражданский процесс : учебник / Под ред. проф. В. В. Комарова. – Х., 2001.

6. Білоусов Ю. В. Цивільний процес : навч. посібн. / За ред. Ю. В. Білоусова – К. : Наукова думка : Прецедент, 2004.

7. Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України / Академічний курс : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М. Й. Штефан. – К. : Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2005. – 624 с.

8. Демський Е. Ф. Адміністративне процесуальне право України : навч. посібн. / Е. Ф. Демський. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 496 с.

9. Притика Д. М., Тітов М. І., Щербина В. С. Арбітражний процес : навч. посібн. – Х. : Консум, 1999. – Ч. 2.

10. Розенберг Я. А., Рябченко Ю. Ю. Цивільний процес України : підруч. / за заг. ред. М. М. Ясинка. – Суми : Вид-во «Мак Ден», 2013.

11. Цивільний процес України: академічний курс : [підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.]; [за ред. С. Я. Фурси]. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2009. – 848 с.

12. Харитонов О. Є. Кодекс адміністративного судочинства України : науково-практичний коментар / За ред. С. В. Ківалова, О. І. Харитонової / С. В. Ківалов, О. І. Харитонova, О. М. Пасенюк та ін. – Харків : Одиссей, 2005.

13. Ясинок М. М. Особливості окремого провадження у цивільному процесуальному праві України (теоретико-правовий аспект) : монографія / М. М. Ясинок. – Одеса : Національний університет «Одеська юридична академія», 2011. – 380 с.

14. Гусаров К. В. Проблеми цивільної процесуальної правосуб'єктності : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / К. В. Гусаров. – Х., 2000. – 19 с.

15. Косюта Н. М. Правове регулювання представницької функції прокуратури / Н. М. Косюта // Право України. – 1997. – № 12. – С. 53–57.

ЭВОЛЮЦИЯ НАКАЗАНИЙ ЗА НАРУШЕНИЕ ПРАВИЛ НЕСЕНИЯ ПОГРАНИЧНОЙ СЛУЖБЫ НА ТЕРРИТОРИИ УКРАИНСКОГО ГОСУДАРСТВА

Ю. КУРЫЛЮК,
соискатель кафедры уголовного права и процесса
Национальной академии управления

SUMMARY

Genesis of punishments for criminal violation of rules of border guard duty is searched on the basis of analysis of criminal-legal sources have been acting within the territory of the modern Ukrainian State during XV century till now. Essential legislative depenalization of the death penalty (covered by «The Lithuanian Grand Principality», 1529) to sanction in the form of deprivation of liberty for eight years (set in the effective Ukrainian Criminal Code) is found out by the carried out research. Taking into account quite efficient historical experience of fighting against military crimes the range of amendments to the effective criminal laws, that would provide protection of the State border security on the respective level, is proposed.

Key words: punishment, genesis, border guard, violation of rules.

* * *

Исследован генезис наказаний за преступное нарушение правил несения пограничной службы на основании анализа уголовно-правовых источников, которые действовали в пределах территории современного украинского государства в период XV века до настоящего времени. Проведенным исследованием установлена существенная законодательная депенализация от смертной казни (предусмотренной в «Литовских статутах» 1529 г.) до санкции в виде лишения свободы на срок до восьми лет (закрепленной в действующем украинском Уголовном кодексе). Учитывая довольно эффективный исторический опыт борьбы с воинскими преступлениями, предложено внести ряд изменений в действующие уголовные законы, которые на надлежащем уровне охраняли бы пограничную безопасность государства.

Ключевые слова: наказание, генезис, пограничная служба, нарушение правил.

Постановка проблемы. Исследование эволюции уголовной ответственности за нарушение правил несения пограничной службы способствует более глубокому пониманию общественной опасности этого преступления, обусловленность существования уголовной ответственности за такое деяние, а также влияние других государств на развитие украинского уголовного законодательства о нарушении правил несения пограничной службы.

Актуальность темы исследования. Развитие уголовного законодательства – это непрерывный исторический временной процесс, в ходе которого оно, изменяясь, сохраняет свои основные характеристики, воспринимая предыдущий правовой опыт [1, с. 33-34]. Как отметил один из украинских ученых-криминалистов М. И. Колос, юристам очень важно знать сущность правотворчества, осознавать причины возникновения тех или иных общественно опасных деяний и видеть возможности предотвращения. Совершенное овладение знаниями своего народа, которые на-

правлялись на борьбу с преступностью в разные исторические периоды развития украинского общества, также открывает перспективы для познания и понимания достижений других народов в противодействии упомянутому социальному злу [2, с. 13].

За время украинской независимости вопросу, связанному с развитием уголовной ответственности за преступления против установленного порядка несения военной службы (воинские преступления) уделялось внимание многими учеными: В. К. Гришкоком, С. И. Дячуком, Н. И. Карпенко, П. П. Михайленко, Н. И. Хавронюком и др. Од-



нако вопрос происхождения проблемы уголовно-правовой охраны правил несения пограничной службы в пределах территории современного украинского государства, в том числе ее истоков, исследованию не подлежал.

Указанные обстоятельства обуславливают необходимость проведения исследования исторических аспектов этой проблемы, что является целью данной статьи.

Изложение основного материала. Первым уголовным законом, который действовал на большинстве украинских земель и устанавливал ответственность за нарушение правил несения пограничной службы, были «Литовские статуты» 1529 г., в которых вмещались нормы, охраняющие общественные отношения, связанные обеспечением выполнения установленных правил несения службы по охране границ государства от врагов.

Так, статьями 11 и 12 предусматривалась суровая ответственность за недостаточную бдительность во время несения сторожевой службы, а также за непопадение в установленный срок на заставу в замок. За указанные правонарушения, в случае если это привело к потере людей или боевых лошадей, законодателем того времени предусматривалась санкция в виде лишения имения (своего рода конфискация) и смертной казни.

В это же время значительная часть восточных украинских земель также находилась еще и под патронажем России, а потому там действовало законодательство этого государства. Одним из таких нормативных актов Российской империи был «Боярский приговор про станичную и сторожевую службу» 1571 г. За совершение рассматриваемого нами преступления Приговором предусматривалась смертная казнь, которая могла быть применена к правонарушителю только в случае, если его действия влекли за собой наступление войны. В современном толковании такие последствия следует трактовать как особо тяжкие. За иные нарушения, которые не причиняли указанных последствий, «Боярским приговором...», в частности за нарушение правил дозора, предусма-

тривались телесные наказания в виде «битьё кнутьём».

Вскоре, после распада Великого Литовского княжества и присоединения к Российской империи большинства украинских территорий, в конце XVIII в. военнослужащие на Украине стали нести уголовную ответственность наравне с другими российскими подданными.

В это время Россия имела довольно развитое военно-уголовное законодательство. Еще 30 марта 1716 г. Петром I был утвержден так называемый «Воинский устав», который действовал с незначительными изменениями более ста лет. Одна из частей данного нормативно-правового акта под названием «Артикулы воинские с кратким токованием» (далее – «Воинские артикулы ...») стала первым в Российской империи военно-уголовным кодексом. На территорию Украины «Воинский устав» начал распространяться только лишь с 1763 г.

С принятием «Воинских артикулов ...» состоялась значительная законодательная пенализация уголовной ответственности за нарушение правил несения пограничной службы. Анализ содержания их норм показал, что за нарушение правил несения службы по охране государственной границы (караула) основным наказанием предусматривалось «аркебузирование» (растрел). Данное наказание было наименее распространенным и прямо предусматривалось лишь в семи случаях, из которых два за преступления, связанные с нарушением правил несения воинской службы. Кроме того, предусмотрены ранее отсутствовавшие в славянском законе другие виды наказаний в виде смертной казни, отличающиеся особой жестокостью, такие как насаждение на кол, колесование, заливка в горло раскаленного железа и т. п.

В некоторых артикулах не определялся конкретный вид смертной казни, предоставляя право выбора суду (напр.: артикул 39 – всемерное живота лишение). Вместе с тем, при определении наказания, при наличии определенных смягчающих обстоятельств, суд вместо смерти мог применить менее строгое наказание в виде погоней

шпицрутенами, признанное самим законодателем (артикул 26) жестоким. Однако это наказание иногда могло привести к летальным последствиям – смерти наказуемого, а поэтому являлось своего рода скрытой формой смертной казни*.

Конечно, жестокость наказаний обосновывалась тем, что во времена захватнических войн войско на границе должно было пристально осуществлять свои карательные функции, поскольку ненадлежащее их исполнение могло привести к быстрому уничтожению войска, захвата и порабощения государства. Поэтому, из содержания норм (статей, артикулов) следует, что одной из главных целей наказаний является запугивание. Наказания за совершенные преступления не рассматривались как самоцель, это было средство предупреждения для других. Об этом свидетельствует и тот факт, что документ предусматривал обстоятельства, смягчающие или отягчающие вину.

Все эти нормы (воинские артикулы) без значительных изменений действовали для военных в военное время до 1812 г. (до появления «Полевого уголовного уложения»), а в мирное время к изданию «Военно-уголовного устава» 1839 г., который большинство положений позаимствовал из «Военных артикулов ...» [3, с. 68].

«Воинским уставом о наказаниях» 1869 г. нарушению обязанностей службы в карауле и во время дежурства посвящено уже целую самостоятельную главу. Первым отделением в этой главе предусмотрено несколько статей, определявших уголовную ответственность за нарушение пограничниками правил несения караульной службы. При этом выделялись нарушения общих (ст. 153) и специальных (ст. 154) правил службы. Впервые за совершение таких преступлений предусматривалось наказание в виде лишения свободы. Так, в случае если дисциплинарное взыскание не соответствовало совершенному проступку, предусмотренному ст. 153, то оно влекло за собой наказание до четырех месяцев одиночного лишения свободы в военной тюрьме. Более строгое наказание, которое включало в себя от исключения со службы до помещения в дисциплинарный батальон или роту от

* Об этом наказании достаточно подробно описано в работе проф. Е. В. Анисимова: *Русская пытка. Политический сыск в России XVIII века.* – СПб.: Норинт, 2004. – 464 с.



одного до трех лет. Аналогичное наказание начальник караула или часовой получали за самовольную отлучку с поста (ст. 155).

Наказания, предусмотренные ст.ст. 153-155 «Воинского устава о наказаниях» 1869 г. увеличивалось на одну или две ступени, когда противозаконные действия совершались в военное время или же во время смут, бунтов, пожаров, наводнения или других несчастных случаев, а также в случае наступления последствий для службы (ст. 156). Смертная казнь в виде расстрела осталась только за один вид нарушения правил несения службы – самовольную отлучку из караула в виду неприятеля и предусматривалась ст. 158.

После Великой Октябрьской социалистической революции 1917 г. старое уголовное законодательство было отменено, однако своих уголовно-правовых норм в революционный период в Украине почти не было. Здесь выступала творческая роль собраний, суда, исполкома. При вынесении приговоров и принятии решений сельские сходы, исполкомы и суды руководствовались революционной совестью и социалистическим правосознанием [4, с. 64-65].

В связи с отсутствием новых военно-уголовных законов командования войск пытались решать эти вопросы самостоятельно, в том числе относительно порядка несения военной службы. Эти обстоятельства подтверждаются изданием полевым штабом Главного верховного командования по Петроградскому военному округу приказа. В соответствии с ним во всех воинских частях Округа были созданы публичные товарищеские суды и, в частности, ст. 7 предусмотрено наказание в виде общественных работ до 6 месяцев за самовольное оставление поста, пьянство при несении службы [5].

Уже 1 июня 1922 г. вступил в силу первый Уголовный кодекс (далее – УК) РСФСР, а 23 августа 1922 г., после предварительной подготовки, был утвержден и с 15 сентября 1922 г. введен в действие первый УК УССР.

Как и до этого, нарушение правил несения пограничной службы кодексом не выделялось в отдельное преступление, продолжая приравнивать

его к нарушению правил несения караульной службы, определяя уголовную ответственность в ст. 208 УК УССР. Наказание за указанное правонарушение предусматривалось от лишения свободы до одного года (также могло быть применено дисциплинарное взыскание) до высшей меры наказания (если преступление было совершено в военное время или в боевой обстановке). Своеобразным видом наказания было определение законодателем в части третьей указанной нормы лишь минимального предела наказания (не ниже трех лет лишения свободы) без указания ее максимума.

Кодекс 1922 г. по своему объему был наименьшим из всех кодифицированных уголовных советских законов и имел наименьший срок действия. 31 октября 1924 г., в связи с образованием 30 декабря 1922 г. СССР, а также утверждением Конституции СССР 1924 г., были приняты «Основные начала уголовного законодательства СССР и союзных республик» и «Положение о воинских преступлениях».

В целом указанное Положение мало чем отличалось от норм, заложенных в главу VII «Воинские преступления» УК УССР 1922 г., а преступления, определенные ст. 208, изменений не претерпели.

По устоявшейся практике, после принятия в 1926 г. нового УК РСФСР, в июне 1927 г. был утвержден и введен в действие новый УК УССР. Позже в Особенную часть нового УК УССР было включено «Положение о военных преступлениях», утвержденное 27 июля 1927 г.

В новом кодексе уголовная ответственность за нарушение уставных правил несения караульной службы получила некоторые изменения, предусмотрев ответственность за «ломание уставных правил караульной или конвойной службы» (ст. 206-15) и за «ломание уставных правил внутренней (вахтенной) службы» (ст. 206-16). Последнее преступление, учитывая размер определенных санкций, законодателем признано менее общественно опасным. В целом структура диспозиций статей этих преступлений, по сравнению с УК 1922 г., в новом кодексе значительных изменений не претерпела.

31 мая 1957 г. Указом Президиума Верховного Совета УССР внесено достаточно большое количество изменений и дополнений в раздел IX «Воинские преступления» УК УССР. В частности кодекс дополнено ст. 206-15а, которая предусматривала уже самостоятельный состав преступления за нарушение правил несения пограничной службы, отделив от нарушений правил караульной службы.

Существенной новацией, которая сохранилась и с принятием УК УССР 1960 г. (ст. 250), стала отмена возможности привлечения пограничника к уголовной ответственности за совершение исследуемого противоправного деяния в виде высшей меры наказания – смертной казни, ограничившись лишением свободы (на срок не менее трех лет). Особенностью санкций в этот период времени было наличие закрепленной в уголовном законе возможности привлечения лица (при наличии смягчающих обстоятельств) к дисциплинарной ответственности.

5 апреля 2001 г. Верховной Радой Украины принят новый УК, которым в ст. 419 установлена уголовная ответственность за нарушение уставных правил несения пограничной службы. Диспозиция статьи состояла из двух частей, из которых первая предусматривала формальный состав преступления с санкцией двух видов: содержание в дисциплинарном батальоне (на срок до двух лет) и лишение свободы (сроком до трех лет). Вторая же часть, с материальным составом, предусматривала наказание в виде лишения свободы на срок от трех до восьми лет.

В апреле 2008 г. украинским законодателем, в связи с проводимой в государстве политикой гуманизации наказаний и значительной декриминализации уголовно-наказуемых деяний, принято решение об исключении части первой ст. 419 УК Украины, определив уголовную наказуемость нарушения правил несения пограничной службы исключительно при наличии причиненных ими тяжких последствий.

Выводы. Проведенное нами исследование эволюции на территории украинского государства наказаний за нарушение правил несения погранич-



ной службы показало довольно существенную законодательную депенализацию от смертной казни, предусмотренной в «Литовских статутах» 1529 г., до санкции в виде лишения свободы на срок до восьми лет, закрепленной в действующем УК Украины.

Известно, что исследуемое нами преступление в абсолютном большинстве уголовных законов многих стран внесено в раздел так называемых «Воинских преступлений», что само по себе делает его более общественно опасным. Однако, исходя из действующей максимальной санкции статьи украинского закона (армянский и казахский уголовные законы предусматривают за аналогичное преступление и того меньше – до двух лет лишения свободы), законодатель приравнял это деяние к разбою или же к хулиганству, что мы считаем неправильным. Учитывая довольно эффективный исторический опыт борьбы с воинскими преступлениями, следовало бы внести ряд изменений в действующие уголовные законы, которые на надлежащем уровне охраняли бы пограничную безопасность государства, включающую в себя такие элементы, как оборона государства, защита ее границ, суверенитета, территориальной целостности и неприкосновенности.

Список использованной литературы:

1. Баулин Ю. В. Пределы преемственности в развитии уголовного права и ее значение для современности : матер. V Междунар. научн.-практ. конф. (г. Москва, 25–27 мая 2005 г.) / МГУ им. М. В. Ломоносова. – М. : Лекс Эст, 2005. – С. 33–37.
2. Колос М. І. Кримінальне право в Україні (X–початок XXI століття) : монографія: [у 2 т.]. – Т. 1 : Освіта, наука, законодавство. – К.; Острог : Нац. ун-т «Острозька академія», 2011. – 448 с.
3. Чхиквадзе В. М. Советское военно-уголовное право. – М. : Юрид. изд-во Минюста СССР, 1948. – 452 с.
4. Михайленко П. П. Нариси з історії кримінального законодавства Української РСР. Частина перша. – К. : Академія наук УРСР, 1959. – 440 с.
5. СУ РСФСР. – 1917. – № 5. – Ст. 87.

ТИП ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ОРГАНОВ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Т. ЛОСКУТОВ,

кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса
Донецкого юридического института МВД Украины

SUMMARY

In article the type of legal regulation of activity of bodies of criminal legal proceedings through a prism of a subject of criminal procedural regulation is investigated. On the basis of a priority of human rights the conclusion concerning a choice like legal regulation of criminal procedural activity of bodies of criminal legal proceedings locates. Considering possibility of restriction of human rights possibility of application by analogy of standards of the criminal procedural legislation is considered during implementation of criminal procedural activity. In a context of questions of legal regulation the principle of harmony of restriction of the rights of participants of the criminal legal proceedings, providing comparison of potential and available consequences of restriction (violation) of different human rights is defined.

Key words: type of legal regulation, all-allowing type, specially allowing type, criminal rights, procedural laws, harmony.

* * *

В статье исследуется тип правового регулирования деятельности органов уголовного судопроизводства через призму предмета уголовного процессуального регулирования. На основании приоритета прав человека обосновывается вывод относительно выбора типа правового регулирования уголовной процессуальной деятельности органов уголовного судопроизводства. Учитывая возможность ограничения прав человека, рассматривается возможность применения по аналогии норм уголовного процессуального законодательства в ходе осуществления уголовной процессуальной деятельности. В контексте вопросов правового регулирования определяется принцип соразмерности ограничения прав участников уголовного судопроизводства, предусматривающий сравнение потенциальных и имеющихся последствий ограничения (нарушения) разных прав человека.

Ключевые слова: тип правового регулирования, общеразрешительный тип, специально разрешительный тип, уголовные права, процессуальные права, соразмерность.

Вводная часть (введение). Анализ норм УПК Украины 2012 года свидетельствует, что главными задачами уголовного судопроизводства являются: 1) защита личности, общества и государства от уголовных правонарушений; 2) охрана прав, свобод и законных интересов участников уголовного судопроизводства (ст. 2). Выполнение указанных задач возложено на органы уголовного судопроизводства, деятельность которых регламентируется по определенному типу правового регулирования. Поэтому теоретическое исследование последнего является достаточно актуальным для практики уголовного процесса.

Необходимость и своевременность исследования типа юридического регулирования деятельности органов судопроизводства также обуславливается изменением вектора теоретических исследований, предметом которых все больше становятся права и свободы человека [1; 2; 3; 4; 5; 6; 7]. Последние в уголовной процессуальной теории рассматриваются как предмет уголовного процессуального регулирования, под который надо выписывать нормы, регламентирующие

уголовную процессуальную деятельность и уголовные процессуальные правоотношения [8, с. 32].

Тип правового регулирования целесообразно исследовать под углом зрения прав и свобод человека, которые могут существенно ограничиваться в ходе осуществления уголовной процессуальной деятельности органов уголовного судопроизводства (реализации уголовных процессуальных правоотношений этих органов с другими участниками производства).



Проблемы правового регулирования в уголовном процессе исследовали такие ученые, как В. П. Божьев, Л. В. Головкин, Ю. М. Грошевой, П. С. Элькин, В. С. Зеленецкий, Л. Б. Зусь, О. В. Каплина, А. М. Ларин, Л. Н. Лобойко, Е. Б. Мизулина, С. Д. Милицын, М. С. Строгович, И. Л. Петрухин, С. Д. Шестакова и другие. Вместе с тем, исследования ученых были акцентированы на общих проблемах уголовного процессуального регулирования, предметом их исследований не был тип правового регулирования деятельности органов уголовного судопроизводства.

Целью статьи является получение научного результата в виде определения типа правового регулирования деятельности органов уголовного судопроизводства.

Изложение основного материала исследования. Нормы уголовного закона охраняют одни из самых важных прав человека (право на жизнь, безопасность, частную собственность и другие) (далее – уголовные права). Большая ценность последних для конкретного человека и общества в целом обуславливает столь суровые виды наказаний, устанавливаемых государством в санкциях уголовного закона за их (уголовных прав) нарушение.

Нарушение нормативных запретов уголовного закона свидетельствует о нарушении уголовных прав человека, что должно тянуть за собой наступление уголовной ответственности для нарушителя. Однако последний не желает быть привлеченным к ответственности и поэтому любыми способами пытается от нее уклониться.

Кроме того, нарушение уголовных прав может быть специально подстроено (имитировано) для привлечения к ответственности лица, которое добросовестно придерживалось всех запретов уголовного законодательства. Такая ситуация, так же, как и уклонение от уголовной ответственности лица, нарушившего уголовное право, не будет соответствовать интересам защиты личности, общества и государства в противодействии преступности.

Во избежание вышеприведенных негативных ситуаций осуществляется уголовный правоприменительный процесс, который направлен прежде

всего на установление факта нарушения уголовного права и лица, нарушившего его нормы для привлечения к ответственности.

Для достижения указанной цели органы судопроизводства наделяются широкими процессуальными полномочиями, в рамках которых могут приниматься правоприменительные акты относительно проведения следственных (розыскных) действий, негласных следственных (розыскных) действий, применения мер обеспечения уголовного производства (в том числе, мер пресечения), изменения процессуального статуса. Перечисленные группы правоприменительных актов так или иначе направлены на ограничение прав лиц, участвующих в уголовном производстве (далее – процессуальные права).

Например, при производстве следственных (розыскных) действий могут ограничиваться процессуальные права на: неприкосновенность жилища или иного владения лица, тайну общения, невмешательство в частную жизнь и другие. А применение мер обеспечения уголовного производства связано с возможным ограничением процессуального права на: уважение человеческого достоинства, обеспечение права на свободу и личную неприкосновенность, неприкосновенность права собственности.

Правоприменительная деятельность органов уголовного судопроизводства не может эффективно осуществляться без ограничения определенных процессуальных прав. Это является необходимым для установления факта нарушения нормы уголовного права и лица, нарушившего ее требования для привлечения последнего к уголовной ответственности. Поэтому Л. Н. Лобойко справедливо подчеркивает, что наиболее «чувствительной» сферой соблюдения прав человека является уголовный процесс [8, с. 32].

Вместе с тем наделять органы судопроизводства неограниченными процессуальными полномочиями относительно осуществления уголовной процессуальной деятельности было бы неправильным. Поскольку это может привести к юридической неопределенности, которая грозит произволом со стороны органов, уполномо-

ченных ограничивать процессуальные права с целью охраны уголовных прав. Именно поэтому деятельность органов судопроизводства регламентируется по специально разрешительному типу правового регулирования.

В соответствии со специально разрешительным типом регулирования органы уголовного судопроизводства уполномочены осуществлять правоприменительную деятельность только на основании, в пределах и способами, которые четко определены уголовным процессуальным законодательством. Иначе говоря, органам судопроизводства запрещается действовать иначе, нежели так, как прямо предусматривается нормами закона.

Если нормами уголовного процессуального закона не регламентируется проведение определенного следственного (розыскного) действия, то последнее органы уголовного судопроизводства осуществить не могут. Примером может выступать отсутствие в действующем УПК Украины 2012 года положения относительно возможности осуществления обыска в государственных учреждениях, что делает невозможным его проведение органами досудебного расследования.

Опираясь на специально разрешительный тип регулирования, приведенный пробел законодательства может значительно затруднять проведения расследования, избличение виновного лица, нарушившего уголовное право. Поскольку во время обыска в государственном учреждении можно получить важные доказательства, свидетельствующие о причастности лица к совершению уголовного правонарушения. В связи с этим необходимо разобраться в том, во всех ли случаях является целесообразным такое специально разрешительное регулирование уголовной процессуальной деятельности.

Анализируя вышеуказанный обыск в государственных учреждениях, приходим к выводу о том, что органами судопроизводства в ходе его производства не могут существенно ограничиваться ничьи процессуальные права. Потому что государственные учреждения, предприятия, организации, как и органы уголовного судопроизводства, являются частью



единого государственного аппарата. Они наделяются необходимыми полномочиями для охраны и защиты прав человека и общества. Поэтому, нам представляется излишним закрепление юридических гарантий в виде четко урегулированной процедуры проведения следственных (розыскных) действий представителями одних государственных органов (следователями, прокурорами) в других государственных органах.

Также из-за невозможности ограничения процессуальных прав человека излишним представляется детальное регулирование отношений между органами уголовного судопроизводства (оперативные подразделения, следователь, руководитель органа дознания, руководитель органа дознания, прокурор, следственный судья, суд). В противном случае процессуальная форма, являющаяся гарантией соблюдения процессуальных прав, может переходить в формализм, затрудняющий охрану и защиту уголовных прав. Например, Л. Н. Лобойко насчитал двенадцать (!) этапов выполнения органом дознания поручения следователя в порядке ч. 3 ст. 114 УПК Украины 1960 года: 1) составление поручения следователем; 2) направление его в отдел документального обеспечения органа дознания; 3) направления поручения из отдела документального обеспечения к начальнику органа дознания; 4) рассмотрение этого документа начальником органа дознания и определение исполнителя; 5) направление поручения в отдел документального обеспечения; 6) получение и выполнение поручения лицом, которому оно поручено начальником; 7) подготовка материалов на выполнение поручения и сопроводительного письма от имени начальника органа дознания на имя следователя; 8) направление материалов и письма в отдел документального обеспечения; 9) направление их из отдела документального обеспечения к начальнику; 10) рассмотрение материалов начальником и подписания письма; 11) направление письма и материалов в отдел документального обеспечения; 12) получение следователем материалов выполнения поручения [9, с. 41]. И в новом УПК Украины 2012 года ничего в этом плане не изменилось.

В ходе такой процедуры не только не ограничивались процессуальные права, но и существенно «тормозилось» установление факта нарушения уголовного права и лица, нарушившего такое право, для привлечения его к уголовной ответственности. Поскольку на выполнение поручения следователя сотрудникам органа дознания отводилось всего десять дней, но только не с момента его получения, а с момента регистрации поручения в отделе документального обеспечения органа дознания. В таких условиях у оперативных сотрудников едва хватало времени на составление ответного рапорта без осуществления каких-либо действий.

Обобщая вышеприведенные примеры регламентации (не регламентации) процессуальных действий, в ходе которых не ограничиваются процессуальные права, приходим к выводу о том, что детальное юридическое регулирование в таких ситуациях является нецелесообразным. Этот вывод может быть важным исключением из специально разрешительного типа правового регулирования деятельности органов уголовного судопроизводства. Если последние не ограничивают процессуальные права, то их деятельность может регулироваться в соответствии с общеразрешительным типом правового регулирования, согласно которому разрешается действовать как угодно, кроме того, как прямо запрещено законом. Такой порядок регулирования будет способствовать быстрому восстановлению нарушенных уголовных прав.

Также нам представляется, что в таком ключе нужно применять по аналогии нормы уголовного процессуального законодательства. Невозможность ограничения процессуальных прав обуславливает возможность преодоления определенного пробела закона путем нахождения и применения похожих (аналогичных) процессуальных норм для регулирования уголовной процессуальной деятельности. Последняя будет осуществляться с целью охраны и защиты уголовных прав без возможного ограничения процессуальных прав. В этом случае применение по аналогии уголовных процессуальных норм не будет не-

гативно влиять на выполнение задач уголовного судопроизводства.

Полностью противоположной является ситуация, когда органы уголовного судопроизводства, применяя похожие нормы уголовного процессуального законодательства, могут ограничивать процессуальные права. Последние могут иметь большее значение для человека, чем уголовные права, реализация которых влечет осуществление уголовного правоприменительного процесса. Поэтому логическим является запрет аналогии применения уголовных процессуальных норм, когда могут ограничиваться процессуальные права.

Если с целью установления факта нарушения уголовного права и лица, нарушившего уголовное право, для привлечения последнего к ответственности органы судопроизводства могут ограничивать процессуальные права, то их деятельность должна регулироваться по специально разрешительному типу правового регулирования. Такое (и только такое) регулирование является оправданным в плане охраны прав, свобод и законных интересов участников уголовного судопроизводства. Эта позиция обосновано поддерживается в юридической литературе [10].

Однако сам по себе специально разрешительный тип правового регулирования деятельности органов судопроизводства не будет являться гарантией соблюдения прав, свобод, законных интересов участников уголовного производства. Потому что требования этого типа регулирования могут полностью нивелироваться качеством уголовного процессуального закона. Последний может содержать абстрактные нормативные положения, допускающие произвольное ограничение процессуальных прав.

Поэтому специально разрешительное регулирование процессуальной деятельности, связанной с ограничением процессуальных прав должно дополняться наличием достаточно высокой степени правовой определенности уголовного процессуального законодательства.

Детализированное (конкретизированное) регулирование деятельности органов уголовного судопроизводства



максимально уменьшит их свободу усмотрения относительно ограничения процессуальных прав. Ограничение последних будет возможным только на основаниях и в порядке, однозначно определенных нормами уголовного процессуального закона.

Требования правовой определенности к национальному законодательству обосновано предъявляются нормами Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод, развивающихся в Решениях Европейского Суда по правам человека [11; 12; 13].

Таким образом, можно подытожить, что наличие опасности ограничения процессуальных прав требует использования специально разрешительного типа для регулирования деятельности органов уголовного судопроизводства. Такое регулирование должно дополняться высокой степенью правовой определенности уголовного процессуального законодательства.

Кроме того, деятельность органов уголовного судопроизводства касательно ограничения процессуальных прав должна осуществляться с учетом принципа соразмерности, содержание которого четко выписать под все жизненные ситуации в законодательстве невозможно.

Соответствие принципу соразмерности устанавливается путем всесторонней сравнительной оценки последствий вмешательства в частную сферу жизни лица, значения конкретного уголовного производства и ожидаемой тяжести наказания [14, с. 45].

Выражаясь другими словами, соразмерность оценивается путем сравнения потенциальных последствий ограничения процессуальных прав с последствиями нарушения уголовных прав. Если потенциальные последствия ограничения процессуальных прав не будут превышать последствий нарушения уголовных прав, то правоприменительная деятельность органов уголовного судопроизводства будет соответствовать принципу соразмерности. И, наоборот, процессуальная деятельность не будет согласовываться с принципом соразмерности в том случае, когда последствия нарушения уголовных прав будут меньшими относительно

последствий ограничения процессуальных прав.

Примером несоответствия принципу соразмерности может быть случай, произошедший в практической деятельности одного из следственных подразделений по линии расследования преступлений, связанных с дорожно-транспортными происшествиями. Один из следователей указанного подразделения задержал лицо по подозрению в совершении неумышленного преступления, санкцией которого не предусматривалась возможность применения наказания в виде лишения свободы (ч. 1 ст. 286 УК Украины). Тем самым следователь несоразмерно ограничил право человека на свободу и личную неприкосновенность, потому что последствия предполагаемого нарушения уголовного права (нет обвинительного приговора) явно являются меньшими по сравнению с последствиями ограничения указанного процессуального права. Даже если виновность лица в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 286 УК Украины была бы доказана, то суд не смог бы назначить наказание в виде лишения свободы. А следователь уже лишил человека свободы, применив процессуальное задержание.

Во избежание приведенной ситуации УПК Украины 2012 года включает требование, согласно которому меры обеспечения уголовного производства могут быть применены, если потребности уголовного судопроизводства оправдывают необходимую степень вмешательства в права и свободы лица (п. 2 ч. 3 ст. 132).

На наш взгляд, аналогичное требование нужно закрепить на законодательном уровне относительно возможного ограничения процессуальных прав при производстве следственных (розыскных) действий. Поскольку в результате осуществления последних последствия ограничения процессуальных прав могут намного превышать последствия нарушения уголовных прав, в связи с которыми начинается и проводится уголовное судопроизводство. Представляется, что такими следственными (розыскными) действиями могут быть личный обыск, принудительное освидетельствование, осмотр, следственный экс-

перимент, произведенные в жилище или другом владении лица.

Выводы. Выбор типа правового регулирования деятельности органов уголовного судопроизводства целесообразно ставить в зависимость от возможности ограничения процессуальных прав. При отсутствии возможности ограничения последних необходимо использовать общеразрешительный тип регулирования, а в противоположном случае – специально разрешительный тип регулирования, дополняемый правовой определенностью уголовного процессуального законодательства.

Деятельность органов уголовного судопроизводства, связанная с ограничением процессуальных прав, должна осуществляться с учетом принципа соразмерности. Последний предусматривает сравнение потенциальных последствий ограничения процессуальных прав с последствиями нарушения уголовных прав.

Список использованной литературы:

1. Амеліна А. С. Дотримання конституційних прав і свобод у кримінальному судочинстві / А. С. Амеліна // Вісн. Луган. держ. ун-ту внутр. справ. Спец. вип. – 2011. – № 8. – С. 266–270.
2. Барташук Л. П. Ретроспективний аналіз забезпечення права людини на повагу до гідності у кримінальному судочинстві / Л. П. Барташук // Адвокат. – 2010. – № 7. – С. 23–28.
3. Грошевий Ю. М. Забезпечення свободи в кримінальному судочинстві / Ю. М. Грошевий // Вибр. праці. – Х. : Право, 2011. – С. 578–582.
4. Кучинська О. Забезпечення права на захист та кваліфіковану правову допомогу в кримінальному провадженні / О. Кучинська // Юрид. України. – 2012. – № 4. – С. 65–69.
5. Літвінова І. Ф. Забезпечення недоторканості житла чи іншого володіння особи в кримінальному процесі: монографія / І. Ф. Літвінова. – К. : О. С. Лімкан, 2012. – 230 с.
6. Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної



правової традиції / С. Шевчук. Вид. 3-ге. – К. : Реферат, 2010. – 848 с.

7. Шило О. Г. Теоретико-прикладні основи реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захист у досудовому провадженні в кримінальному процесі України : монографія / О. Г. Шило. – Х. : Право, 2011. – 472 с.

8. Лобойко Л. М. Завдання теорії кримінального процесу у зв'язку із ухваленням нового КПК / Л. М. Лобойко // Теоретичні та практичні проблеми кримінального судочинства : матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Донецьк, 19 жовтня 2012 року). Ред. кол.: О. О. Волобуєва, О. В. Одерій, В. П. Горбачов, А. І. Журба. – Донецьк : ДЮІ МВС України, 2013. – С. 30–32.

9. Лобойко Л. М. Реформування кримінально-процесуального законодавства в Україні (2006-2011 роки). Частина 1. Загальні положення і досудове розслідування: монографія / Л. М. Лобойко. – К. : Істина, 2012. – 288 с.

10. Корнієнко В. В. Дозвіл і заборона в праві: підтримання балансу [Електронний ресурс] / В. В. Корнієнко // Режим доступу : http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/vkhnvvs/2011_54/54/4.pdf.

11. Решение Европейского Суда по правам человека в деле «Волохы против Украины» от 2 ноября 2006 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.khpg.org.ua/index.php?id=1179487257>.

12. Решение Европейского Суда по правам человека в деле «Мейлоун против Великобритании» от 2 августа 1984 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57533>.

13. Решение Европейского Суда по правам человека в деле «Аманн против Швейцарии» от 16 февраля 2000 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58497>.

14. Головненков П. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия – Strafprozessordnung (StPO). Научно-практический комментарий и перевод текста закона / П. Головненков, Н. Спица. – Berlin : Universitätsverlag Potsdam, 2012. – 404 с.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ПЕРИОДИЗАЦИИ МЕЖДУНАРОДНОГО МОРСКОГО ПРАВА

Л. МАЖАР,
преподаватель кафедры гражданского права
и правового обеспечения туристической деятельности КУТЭП,
аспирант кафедры международного права
Украинского государственного университета
финансов и международной торговли

SUMMARY

The article describes the periodization in the International Law of the Sea, the existence of various doctrinal approaches, compares the applicability of the periodization of the International Law to the Law of the Sea. Also are considered the features classifying international disputes in the scientific doctrine and the most important international legal instruments such as the UN Charter, the Statute of the International Court of Justice. The article summarizes the most common criteria for the classification of international maritime disputes and points out the possibility to apply the obtained periodization for the purpose of the classification of international maritime disputes.

Key words: periodization, the International Law of the Sea, classification of international maritime disputes.

* * *

В статье рассмотрены вопросы периодизации в международном морском праве, указано на существование разных доктринальных подходов в этом вопросе, произведено сравнение и применимость периодизации международного общего права к международному морскому праву. Также рассмотрены признаки, по которым классифицируют международные споры в научной доктрине и самых важных международно-правовых инструментах, таких как Устав ООН, Устав Международного Суда ООН. Обобщены самые распространенные критерии классификации международных морских споров. Автором указано на возможность применения полученной периодизации в международном морском праве к произведенной классификации международных морских споров.

Ключевые слова: периодизация, международное морское право, классификация международных морских споров.

Постановка проблемы. Международное морское право является одной из старейших отраслей международного права. Этапы становления международного морского права напрямую связаны с этапами становления человеческой цивилизации, поэтому бесспорно является довольно интересным и актуальным вопросом периодизации международного морского права, определение возможности ее применения к классификации международных морских споров.

В научной доктрине по этому вопросу нет единого мнения, но поскольку международное морское право является частью общего международного права, то первому свойственны наиболее существенные черты и характеристики последнего, в том числе в вопросе периодизации, однако со своими особенностями, присущими специфике морского права.

Анализ последних исследований и публикаций. Вопросы периодизации международного морского права освещались в трудах Г. А. Анцелевича, Д. Коломбоса, Л. Б. Отфейля, А. Н. Шемякина, а периодизация международного общего права рассматривалась многими исследователями, в частности В. Г. Буткевичем, В. И. Кузнецовым, Ю. М. Колосовым,

И. И. Лукашук, Л. Д. Тимченко, Ж. Тускоз и другими. Однако предыдущие авторы не анализировали возможность применения периодизации международного морского права к классификации международных морских споров.

Целью статьи является анализ существующих доктринальных подходов в вопросе периодизации меж-



дународного морского права и сравнение их с периодизацией международного общего права, определение возможности применения полученной периодизации к классификации международных морских споров.

Изложение основного материала. Сегодня существует много вариантов периодизации международного общего и международного морского права, что объясняется мировоззренческими предпочтениями ученых, которые пытались дать ответ на этот вопрос [1, с. 62-65; 2, с. 50-58].

По утверждению В. Г. Буткевича, сегодня наиболее влиятельное воздействие на констатацию времени возникновения международного права и его периодизации добились четыре идеологических направления: нигилистическое, этатическое (особенно в его марксистско-ленинском варианте), христианское и либерально-демократическое направление. Ученые, доказывая справедливость своих выводов, оперируют одними и теми же факторами правового (появление источников права, особенности правотворчества, субъекты права, юридическая сила актов, ответственность и санкции за нарушение норм и др.) или внеправового характера (война, степень развития духовной культуры, развитый способ производства, уровень развития технических средств общения и др.), но с разной заранее поставленной целью. Нигилисты – чтобы отрицать существование международного права, марксисты – чтобы доказать, что международное право формируется там и тогда, где появляются государства, христиане – что оно зарождается в лоне христианской церкви, либерал-демократы – что это право возникает в период ренессанса и буржуазных революций в Европе [2, с. 50].

Исходя из этого, В. Г. Буткевич и А. В. Задорожный излагают свое видение периодизации международного права по такой классификации: 1) догосударственный период (этап вождеств, трансформации межплеменных, межродовых обычаев в нормы международного права, становление основных его институтов); 2) античное международное право (региональное международное право на-

родов Ближнего Востока, античных Египта, Индии, Китая, Греции, Рима и др.); 3) международное право в эпоху средневековья; 4) классическое международное право; 5) современное международное право. В основу такой периодизации положены не столько исторические события или изменение экономических укладов, сколько генезис норм и трансформация институтов, в конечном итоге – системные международно-правовые изменения [2, с. 58].

Сегодня эта концепция находит поддержку среди некоторых современных ученых. В частности Л. Д. Тимченко в этом вопросе предлагает следующую периодизацию: 1) античное международное право (древнее время-V век); 2) феодальное (средневековое) международное право (V-XVII века); 3) буржуазное (классическое) международное право (XVII-XX века) 4) современное международное право [3, с. 11-12].

В то же время, многие бывшие советские правоведы отошли от такой концепции, среди которых известные российские ученые Ю. Н. Колосов и В. И. Кузнецов, которые отметили, что не является бесспорной периодизация истории международного права в соответствии с изменениями общественно-экономических формаций. Предложенная ими периодизация отражает определенные этапы международных отношений. В. И. Кузнецов первым этапом называет первобытнообщинные, локальные «международные отношения» с зарождением обычаев. В древнем мире международные отношения характеризовались региональностью, поэтому региональный характер имело и международное право. Перед универсализацией международного права был этап его деления на право «цивилизованных» и других народов. В настоящее время международное право находится на этапе его всеобщего признания и применения, хотя региональные тенденции еще продолжают ощущаться [4, с. 8-9].

Известный российский ученый по международному праву И. И. Лукашук отходит от такой концепции и предлагает следующую периодизацию: 1) предистория международ-

ного права (от Древних времен до конца Средневековья); 2) классическое международное право (с конца Средневековья до принятия Статута Лиги Наций); 3) переход от классического к современному международному праву (от принятия Устава Лиги Наций до принятия Устава ООН) 4) современное международное право – право Устава ООН [5, с. 69].

Иной позиции придерживается французский правовед-международник Ж. Гускоз, выделяя три периода: 1) появление международного права: а) с древних времен до 476 года (имперский экспансионизм и появление христианства); б) от 467 до 1492 года (развитие международного права в христианском мире); 2) возникновение европоцентристского международного права (с XV века до Первой мировой войны); 3) распространение международного права (после Первой мировой войны до наших дней, в том числе современный международный правопорядок после 1945 года) [6, с. 12-24].

Относительно периодизации международного морского права, то согласно мнению известного в XIX веке ученого Л. Б. Отфейля можно выделить следующие периоды: 1) международное морское право у древних; 2) период от вторжения варваров в Европу до открытия европейцами Америки и морского пути в Индию; 3) с 1492 года до Утрехтских трактатов 1713; 4) с 1713 до 1856 года, включая принятие Парижской декларации о принципах морского международного права [7, с. 13].

Украинский ученый в области международного морского права Г. А. Анцелевич предлагает свою периодизацию международного морского права, в частности морского торгового права, которая состоит из шести этапов: 1) развитие мореплавания и его регулирование в древних шумеров, египтян, финикийцев; 2) греческий и римский периоды развития морского права; 3) эпоха развития морских кодексов (сборники морских обычаев, регулирующих торговое мореплавание); 4) период от Вестфальского трактата до Парижского конгресса; 5) от Парижского конгресса до Второй мировой во-



йны; 6) период после Второй мировой войны до наших дней. Также он рассматривает более короткий вариант периодизации: 1) до появления сборников морских обычаев; 2) эпоха морских кодексов; 3) от Вестфальского трактата до Второй мировой войны; 4) после Второй мировой войны до наших дней. Но при этом Г. А. Анцелевич не исключает, что возможно предложить также другие варианты [1, с. 64-65].

Хотя английский исследователь морского права Д. Коломбос отдельно не останавливается на вопросе периодизации международного морского права, однако описывая источники и историю развития международного морского права, он выделяет следующие периоды: 1) эра древних морских кодексов до появления трактата Гуго Ван Грота (Гроция) о праве войны и мира в 1625 году; 2) от появления внутреннего законодательства государств по вопросам морского права к первой попытке кодификации международного морского права на Парижском конгрессе в 1856 году; 3) эра развития морского права от Парижского конгресса в 1856 году до Лиги Наций; 4) эпоха кодификации морского права под эгидой ООН до настоящего времени [8, с. 21-44].

В западной доктрине международного права является распространенным (Г. Кельзен [9], М. Сиберт [10], В. Гулд [11], М. Ламадрид [12], Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пелле [13, с. 62]) разделение споров и ситуаций на политические и юридические.

Традиционно не разделяла такого подхода советская наука международного права (Е. А. Пушмин [14, с. 15], А. М. Ладыженский, И. П. Блищенко [15, с. 293], А. П. Мовчан [16]). В концентрированном выражении этот тезис сводился к смешиванию юридического и политического аспектов в международном споре, поскольку любой международный спор носит политический характер, а столкновение политических интересов субъектов международного права должно разрешаться в соответствии с принципами и нормами международного права.

Устав ООН не содержит четкого

разграничения между юридическими (правовыми) и политическими спорами. По этому поводу Устав ООН содержит следующую терминологию: «спор, продолжение которого могло бы угрожать поддержанию международного мира и безопасности» (статья 33), «международные споры» (пункт 3 статьи 2), «любой спор», то есть, в том числе спор, который может и не угрожать международному миру и безопасности (статья 38), «местные споры» (пункты 2 и 3 статьи 52), «споры юридического характера» (пункт 3 статьи 36) [17].

Вместе с тем в пункте 2 статьи 36 Устава Международного Суда ООН содержится перечень критериев, которые дают представление о том, что следует понимать под спорами юридического характера. Правовыми (юридическими) спорами, подпадающими под юрисдикцию Международного Суда ООН, являются споры, касающиеся толкования договора; любого вопроса международного права; наличия факта, который, если он будет установлен, будет означать нарушение международного обязательства; а также те, которые касаются характера и размеров возмещения за нарушение международного обязательства [17].

Другие критерии разделения споров сугубо доктринальны и зависят от позиции того или иного автора. Однако, по нашему мнению, наиболее распространенными критериями разделения международных споров (дополнительно к приведенному выше разграничению между юридическими и политическими спорами) являются следующие: 1) по предмету спора (по поводу спорных территорий, ресурсов, морских пространств, континентального шельфа и т. д.); 2) по количеству участников - двусторонние и многосторонние; 3) по географическому признаку (глобальные, региональные, локальные); 4) по времени существования или разрешения: краткосрочные и долгосрочные; 5) по методу урегулирования: мирные или немирные (например, вооруженные); 6) по направленности урегулирования спора: процессуальные и по существу спора, и т. д. [18, с. 76; 4, с. 275].

Классификация международных морских споров, таким образом, будет зависеть от критериев, по которым эти споры будут отнесены к тому или иному виду.

Безусловно, каждый ученый может предлагать свою концепцию периодизации международного морского права и критерии классификации международных морских споров, обосновывать их убедительность. Мы считаем наиболее приемлемой для периодизации международного морского права ту концепцию, которая предложена Ю. Н. Колосовым и В. И. Кузнецовым для периодизации собственно международного права. Так как, по нашему мнению, в ней наиболее емко, логично отражаются периоды развития международного права вообще и морского в частности.

Также обобщенные нами критерии классификации международных морских споров показывают их приемлемость к периодизации международного морского права на три периода: древнее региональное морское право, морское право цивилизованных и других народов, универсальное международное морское право.

Выводы. Подытоживая указанную научную дискуссию по вопросу периодизации международного морского права, следует согласиться, что каждая из выше предложенных доктринальных концепций периодизации дает ответы на те вопросы, под углом зрения которых ученый обосновывал именно такую периодизацию.

Периодизация международного морского права на три периода: древнее региональное морское право, морское право цивилизованных и других народов, универсальное международное морское право, по нашему мнению, является наиболее удачной.

Предложена классификация международных морских споров по следующим наиболее распространенным критериям, которые могут быть применены к указанной выше периодизации международного морского права: 1) по критерию субъектного состава сторон спора: межгосударственные, споры с уча-



ствием государств и международных организаций; 2) по критерию количества участников – двусторонние и многосторонние споры; 3) по критерию географического признака – глобальные, региональные, локальные споры; 4) по критерию времени существования или разрешения спора: краткосрочные и долгосрочные; 5) по критерию метода урегулирования: мирные или немирные (например, вооруженные); 6) по критерию направленности результата урегулирования спора: процессуальные и по существу; 7) по критерию выбора средства (процедуры) урегулирования спора – споры, которые разрешаются посредством переговоров; споры, которые разрешаются обращением к судебным, арбитражным процедурам и т. п.; 8) по критерию предмета спора можно выделить споры по поводу пользования морскими пространствами, споры по поводу использования ресурсов моря, континентального шельфа, морского дна, споры по поводу сохранения морской среды и т. п.; 9) по критерию угрозы для мира: споры и ситуации, продолжение которых угрожает международному миру и безопасности, а также другие споры и ситуации, которые не вызывают такой угрозы.

Список использованной литературы:

1. Анцелевич Г. А. Международное морское торговое право : учебное пособие. – К. : Издательский дом «Слово», – 2004. – 560 с.
2. Міжнародне право: Основи теорії : підруч. для студ. вузів, що навчаються за спец. «Міжнар. право», «Міжнар. відносини» / Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В.; За ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – 605, [1] с.
3. Тимченко Леонид Дмитриевич. Международное право [Текст] : учеб. для юрид. спец. вузов МВД / Л. Д. Тимченко ; Университет внутренних дел. – Х. : Консум, 1999. - 526 с.
4. Международное право : учебник/ Отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. – М. : Междунар. Отношения, 1995. – 608с.
5. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть : учебник. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 432с.
6. Тускоз Жан. Міжнародне право : підручник. Пер. з фран. – К. : АртЕк, 1998. – 416 с.
7. Л. Б. Отфейль. История происхождения, развития и изменения морского международного права. – СПб., 1887. – С. XIII.
8. Д. Коломбос. Международное морское право. Пер. с англ. В. В. Зайцевой и Н. И. Кузьминского. Под ред. и вступ. статьей А. К. Жудро, М. И. Лазарева. – М. : Издательство «Прогресс», 1975.
9. Kelsen H. Peace through Law. – Washington, 1944. – P. 31–34.
10. Sibert M. Traité du Droit International public. – Paris, 1951. – V.II. – P. 367.
11. Gould W. L. An Introduction to International Law. – New York, 1957. – P. 535.
12. Lamadrid M. Perspectivas del Derecho Publico. – Madrid, 1969. – P. 185–187.
13. Нгуен К. Динь, Патрик Дайе, Аллен Пелле. Международное публичное право: в 2-х т. Т.1: Кн.1, 2 : Международные отношения. / Пер. с фр. – К. : Сфера, 200.– 440с.
14. Пушмин Э. А. Мирные средства разрешения международных споров : учебное пособие. – Ярославль., 1981 –79 с.
15. Міжнародне право : Основ. галузі : підруч. для студ. навч. закл., що навч. за спец. «Міжнар. право», «Міжнар. відносини» / [В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній та ін.]; За ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2004. – 814 с.
16. Мовчан А. П. Мирные средства разрешения международных споров. – М., 1957. – 28 с.
17. Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду від 26 червня 1945 року [Електронний ресурс] / Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>. – Назва з екрану.
18. Международные отношения: теории, конфликты, движения, ор-



THE IMPACT OF PHILOSOPHICAL AND IDEOLOGICAL VIEWS OF ARYANISM UPON THE FORMATION OF REGULATORY-LEGAL INSTITUTIONS IN KYIV RUSS

S. MELENKO,

Candidate of Law, Associated Professor, Department of Theory and History of Law,
The Yuriy Fedkovych National University of Chernivtsi

SUMMARY

The formation of state and legal institutions is a complicated, versatile and controversial process that can be affected by various events, circumstances or factors. Religious beliefs and convictions, professed by the population of the states where the phenomena of state and law development take place, are not the exception. That is why, the objective of the article under discussion is to carry out the gnoseological analyses of the Arian ideological doctrine, the reasons of its occurrence and wide-range extension, axiological essence, logical and theological reasoning. This analyses has been conducted on the bases of philosophical and legal methodology, and aims at determining the extent of impact of Aryanism upon the creation and development of different state and legal institutions on the territory of Kyiv Russ.

Key words: Aryanism, Christianity, ideology, law, state, right, religion.

* * *

Формирование государственно-правовых институций является сложным, много-гранным и неоднозначным процессом, повлиять на который могут разнообразные события, обстоятельства и факторы. Не являются исключением из этого перечня и религиозные убеждения и верования, исповедуемые населением территорий, на которых фактически развиваются процессы становления государства и права. Исходя из вышесказанного, в статье на основании проведенного философско-правового исследования, предпринята попытка гносеологического анализа арианской мировоззренческой доктрины, причин ее формирования и широкомасштабного распространения, аксиологической сути и логико-теологической обоснованности. Данный анализ проведен в ключе философско-правовой методологии с целью определения степени влияния арианства на процесс зарождения, становления и развития государственно-правовых институций на территории Киевской Руси.

Ключевые слова: арианство, христианство, мировоззрение, право, государство, закон, религия.

The problem description. The formation of philosophical and ideological preferences at any stage of development of the state and legal phenomena plays one of the key roles in the process of state power functioning, as well as in creation of the regulatory and legal bases that are both considered to be inseparable parts of any sovereign territorial unity. The factors that exercise direct influence on the process of formation of philosophical and ideological outlook may belong to various phenomena of social being of both a separate individual and some society. The ideological phenomenological constants, which originate from different religious principles, views, postulates, traditions, values etc., are known to be the most efficient ones. The above mentioned statement may equally refer to both traditional religious beliefs and heretic ones that generated the views, opposite to those accepted by the society and recognized on the state level. Aryanism, being a heretic trend in Christianity, belongs to the above mentioned non-traditional phenomena. It has exercised considerable affect on the development of regulatory, legal, state and managerial systems of the Roman Empire and Kyiv Russ. That is why, the affect of Aryan-ism on the formation of regulatory and legal institutions of Kyiv Russ will be the object of this investigation.

Degree of the problem investigation. Unfortunately, very few scientific investigations were dedicated to the affect of Aryanism on the formation of state and legal phenomena of a sovereign territorial unity. The problem under discussion has received only partial consideration by such researchers as V. Rubanik and E. Anners. However, it has never been treated as a separate issue.

The objective of the article under discussion lies in determining the influence of philosophical and ideological views of Aryanism upon the formation of state and legal institutions in Kyiv Russ.

The investigation lay-out. Aryanism is a heretic trend in Christianity that appeared in Alexandria in about 315-320 A.D. and is closely connected with the name of priest Aries. The distinctive

feature of Aryanism that distinguished it from other religious trends of that time, consisted in the fact, that its supporters were convinced in God's being an eternally existing, self-conscious unit that contains the complete range of ideal definitions and has his own Logos and wisdom. That is why, according to the Arians, God has not always been the Father. The God's Son, in his turn, is the creation of the Father. Thus, he has nothing in common with God, being neither The Father's real Logos, nor His real wisdom. In other words, the Son cannot be the real God. On the other hand, the Son is God's creation and cannot be compared to other creations of the Father. Actually, the supporters of Aryanism have worked out their own philosophical and theological system. They have used the Socrates' definition of God as the one possessing the complete range of ideal features, as well as His own Logos and Arch-wisdom. Taking into account the above mentioned definition of God, the Arians have practically restricted the divinity of other creations of God, such as the Son and the Holy Spirit. The latter restriction has essentially differentiated them



from the generally recognized Christian doctrinal tradition and indicated the essence of their heresy. Everything that really exists in time and space except for the God-Father is alien to God since it has its own unique essence. The latter feature makes the Son-Logos and the Holy Spirit different from the God-Father, thus, they cannot be considered as the whole unity. The Arians explained their theological views by the fact that the Son had received his being from the Father and by His will, as well as other creations of God. However, the Son enters the sphere of being as the God's Middleman in the process of the world creation. That is why the Son cannot be compared to the Father. Proving their doctrine, the Arians expediently applied various time factors. In particular, they pointed out the existence of a certain chronologically-historical period, when the Son did not exist at all, whereas the fact of his birth proved that he has his own beginning, which, in its turn does not correspond to the essence of the eternal God-Father. Another component of the Holy Trinity, the Holy Spirit, has descended on the God's Son in the image of a white pigeon only when Jesus Christ was being baptized in the waters of the Jordan River. The very fact of the Holy Spirit's descending has been interpreted by the Arians in the context of a certain time continuum. They claimed that the Holy Spirit had descended at a fixed time – thus it has its own beginning. In this respect, the Holy Spirit, as well the Savior has some initial time boundary which does not comply with the essence of the eternally existing God-Father. That is why, these two elements cannot be correlated with the Father, thus being not able to form any sort of unity with Him.

The Aries' theory denied the Holy Trinity, as its elements differed in time. In fact, both the Son and the Holy Spirit possess such features as "apparition", "beginning of existence" and "functioning". It should be noted that in working out his own religious concept Aries relied on the views of orthodox monotheism. That is why he did not consider the Holy Trinity as the only God's essence. The Father is the only God, whereas the Son and the Holy Spirit are His ultimate creation and

the middlemen in the process of world formation. Based on the theological and theoretical fundamentals of Aryanism, there appeared a new theological trend, called "subordinationism". It explained the hierarchal essence of correlation between the divine elements of the Holy Trinity and proved Aries' theological and theoretical principles. It is important that in subordinationism Logos (the Savior) and the Holy Spirit are not presented as real individuals (the Father's creations), but as the "Divine Force" that helps the Father create the world and manage it thoroughly with the aim of saving the mankind.

No wonder, Aries' theory has been perceived differently in various social layers. For instance, the representatives of the lower layers totally agreed to these theological ideas which have provided for a wide extension of Aryanism. On the other hand, it has become a real threat for the existing traditional Christianity. Such a conflict of interests has generated an urgent necessity for settling down certain theological contradictions. As a result, the First Ecumenical Council was called in the city of Nicea in 325 A.D. where Aries was exposed to anathema for his religious views. Those professing Christianity, proclaimed the Symbol of Belief concerning the common origin of the Holy Trinity – the God-Father, the God's Son (Logos), and the Holy Spirit. However, it should be borne in mind that Aryanism, having assumed popularity among a wide range of social masses, has exercised considerable influence on the development of human relations in various social spheres of life, particularly in the field of constructing and developing the regulatory and legal fundamentals in Byzantium. Nevertheless, the detailed analyses of the problem under discussion, is impossible in the framework of this research, since it will lead beyond its subject. That is why we think it expedient to investigate the issue on the example of formation and development of different state and legal elements in Kyiv Russ. Christianity in this powerful feudal state has generated reforms not only in the spiritual life of its population, but also in such vitally important fields as the system of government, regulatory and legal systems, ideological bases of

the state power, etc. That is why, having traced up the history of Aryanism, we shall make an attempt to examine its impact upon the formation of the systems of law and government on the territory of Kyiv Russ.

It is a wide known historical fact that the Kyivan prince Vladimir the Great adopted Christianity in 988. Christianity is also known to have derived from Byzantium. Having found out that the prince was facing a complicated choice from among various religions for his state, the Greeks sent him a philosopher who told the prince everything about the Byzantine Christianity and thus determined his choice [3, c.249]. However, it is not worth discussing only the orthodox form of Christianity in Kyiv Russ, because there have always existed certain postulates that indirectly testify the existence of Aryanism on the territory of Kyiv Russ. To be more specific, in one of the ancient chronicles the Son (Logos, Savior) is different from the Father and the Spirit by his birth. The Spirit is divine like the Father and the Son [3, c.261]. The latter statement contains certain theological features that were characteristic for the Arian Symbol of Belief, since it emphasizes the time and subordination procession of the God-Father over the other divine creations. It is also possible to presume that the author of the chronicle has shared Aries' views, because the latter's infidelity and heresy (damned by the First Ecumenical Council) were not mentioned in the text at all. Moreover, the author of the chronicle gave distinct description of the theories by other heretic ideologists who had been exposed to anathema at the following Ecumenical Councils [3, c.262].

In fact, the Pre-Christian Russ used to be called a barbarian state by the Greek historians and philosophers. And it was true - taking into consideration the objective reality of that time, the country had not achieved the level of cultural, social, religious, institutional, regulatory and legal development as Greece, where all the above mentioned phenomena had already become quite complicated social systems and penetrated into the life of various social layers. In the 10th century Kyiv Russ was considered as a territorial unity



with unstable borders and regulatory-legal system, with continuous struggle for power. The population of Russ was mostly barbarian, and its social development had only passed to the initial stage of feudal relationship. Besides, such phenomenon as slavery, which was fundamental for Greece, Rome, and Byzantium, had not assumed considerable significance in Kyiv Russ yet and was not so numerous and definite as in other states. Due to the previous identifying features Russ occupied somewhat specific (or different) position in the system of other Mediterranean states. The essence of its state existence was not comprehensible for other peoples that belonged at that time to a civilized group and could not imagine another form of state existence. Slavery had always been the major economic bases of the Mediterranean states, their distinctive feature. Hence, not a single Ancient Greek or Roman philosopher, who touched upon the problem of state and legal being in his creative activity, could ignore the phenomenon of slavery. Moreover, almost all of them laid particular emphases on the importance of this institution for the process of state's formation and development. They considered slavery as a key component in the development of the state structure, as an inseparable part of their own theories concerning the ideal type of the state. Let's consider Plato as an example. Being a slave himself he had never refused from the institution of slavery while working out his own theoretical bases of the ideal state. That is why there exists a presumption that during the development of comprehensive contacts between Byzantium (the most vivid representative of the Mediterranean civilization) and Kyiv Russ, the latter, due to its cultural, state and legal peculiarities, caused not only astonishment, but also fear on the part of the Byzantines. This hypotheses may be proved not only by the fact that the first contacts between Russ and Byzantium have appeared as a result of military conflicts, but also by the absence of written law in Kyiv Russ, which did not go in compliance with Byzantine idea of the state and the law, as well as turned the mechanism of existence

of a strong Kyiv state into some incomprehensible phenomenon for the whole "Mediterranean Platform". It is known that the first so called "written law" appeared on the territory of Kyiv Russ in years 907, 911, 945 and 971 as a series of treaties between Russ (signed by princes Oleg, Igor and Sviatoslav) and Byzantium. However, long before the above mentioned treaties there was, according to V. Rubanik, "active participation of Slavonic state unities in Byzantine cultural life which consisted in extensive translation of Byzantine religious books into the Slavonic languages". This activity started during the Moravian mission of St. Constantine-Cyril and Methodius (863-885) and was continued by the southern Slavs up to the middle of the XVII century [2, c.89]. The first treaties between Kyiv Russ and Byzantium were partially of military nature. However, they contained numerous interstate and legal aspects (of both private and public origin) with a quite perfect explanation of various regulatory acts, which in their legal essence were considerably ahead of the international law science of that time. Naturally, the above mentioned individual features of Kyiv Russ were not perceived adequately by the Greek philosophers, the latter calling it barbarian. On the other hand, each highly developed Mediterranean state experienced an irresistible wish to attach the Russian lands to its own state. The first stage of this process was to propagate on the territory of Russ the religious beliefs, popular with the population of "civilized" states. With the aim of gaining necessary influence on the Kyiv Russ state various delegations (Bulgarian-Muslim, German-Latin, and Greek) arrived to negotiate with Prince Vladimir the Great. Having considered the opinion of his own ambassadors, who had already visited Bulgaria, Germany and Greece, the Great Prince gave his preference to the religion of ancient Greeks. That is why, the process assimilation with Greek culture and science began right after Kyiv Russ had adopted Christianity. Thus, we may assume that this "Greek intellectual flow" could be accompanied with the penetration of Aryanism into the Russian territories (in spite of its severe

prohibition by the First Ecumenical Council). The contents of the decisions, taken at the Council, proved that Arianism was severely condemned by the clergy. It was announced as a heretic trend, whereas Athenian doctrine was recognized as the only proper one. Moreover, any attempt to keep to Arian principles or even to hide some Arian written sources at home could lead to death sentence [1, c.56]. As a result, Arians' disciples, who were trying to preserve their theory, had to flee to other countries, the Slavonic states, and Kyiv Russ in particular, being the perfect place for such a purpose. This can be explained by the fact that the Orthodox Christianity on the territory of Russ has not become dogmatic yet - it was busy with "demolishing" the pagan tradition and thus made up for the activity of Arians in the sphere of spreading their religious theory.

It is not a secret that the majority of population of Kyiv Russ has not achieved the level of world understanding and world perception as it was in Byzantium. Consequently, the basic features of any theory, that could be cultivated on the territory of the state, were simplicity and accessibility. In this respect, Arianism turned out to be the most efficient doctrine for most population. Theologically-irrational principles of explaining the divine origin of the Holy Trinity were much more complicated than philosophically-rational principles of Aryanism that presented distinct clarification of the hierarchal nature of the Three Divine Creations. At that time the population of Kyiv Russ was at the stage of historical transition from the ancestral and tribal relations to the feudal ones. Moreover, the communal connections were too solid and played an important role in the functional formation of the Old-Russian society. That is why the principles of Aryanism have received some fruitful soil for its further existence and development in Kyiv Russ.

It should be also borne in mind that Aryanism has gained wide-spread recognition with the population of Kyiv Russ due to the fact that its disciples kept to the principles of selectivity of the church hierarchs. Such an order was familiar to those social groups



were the tribal and communal relations were much more significant than the feudal ones.

Distinct hierarchal and subordination structures of the Divine Creations, inherent for Aryanism, proved to be more comprehensive for the population of Kyiv Russ than the theological contradictions between the representatives of this religious trend and those of the Orthodox Christianity. The above mentioned peculiarity was also stipulated by the fact that the population of Russ had been professing Christianity for quite a short while, thus pagan traditions maintaining their strength in the Russian society. However, Arianism played considerable role in the process of formation of state, regulatory and legal traditions in Kyiv Russ. A distinct hierarchal structure, inherent for the Arian Symbol of Belief, enabled to create ideological bases for the absolute power of the Great Kyiv Prince. Being the baptizer of Russ, Vladimir the Great practically became the God's Middleman in the process of development of Christianity and played a significant role in saving numerous social masses by means of Christ. Taking this into account, the Great Prince's power gained the oriole of divinity. The head of the state was perceived by his people as the God's envoy, endowed with God's blessing and, respectively, with absolute protection. In fact, the Great Prince became an inviolable person, endowed with the absolute state power. That is the reason, why the number of encroachments at the principedom in Kyiv Russ has decreased considerably after the adoption of Christianity. These encroachments assumed the features of blood rivalry between Vladimir's off-springs. It should be taken into consideration that not only the prince received the status of divinity and inviolability, but also the regulatory acts, issued by him. The population of the state shared the axiomatic conviction that to disobey the Prince's order meant to ignore the God's Will. This conviction (on the level of personal consciousness) required to keep strictly to the Prince's laws, which, in its turn, promoted the formation of the institution of state coercion. The latter's function consisted in control

over the execution of Prince's regulatory orders. Besides, it was endowed with the power to punish those violating the Prince's regulations and laws. This is a vivid example of implementation of the Socrates' principle by means of the Arian doctrine. The axiological essence of the above mentioned philosophical and legal constructions lies in the following: "The law is a good sense, the very good sense that comes from the God. Consequently, the law itself comes from the God too". In other words, keeping to the above mentioned principle, we might possibly come to the conclusion that any law may assume the absolute force [1, c.39]. In this case, however, it should be noted that the Plato's principle did not concern only Aryanism. Plato's logically-legal construction referred to Christianity on the whole, notwithstanding the confessional affiliation. Verses 1 and 2 of the Gospel of John claim that at first there was the Word; the Word belonged to God and God was the Word. To put it differently, the Holy Scripture identified the highest essence, God, with the Word. The generally recognized definition of the Word may be conferred from the following expression: it is the unit of information that contains certain contents and is not only a sound. The Word is the informational unit of something divine. The Word is a means of world formation; it is the cornerstone of everything on the Earth. On the other hand, the Word may also be considered as a means of the state managerial functioning. Any law – ranging from the oral directions, given to Adam and Eve by God in the Garden of Eden, and the rules, written in the Sacred Scroll on the top of the Sinai Mountain, to the contemporary regulatory-legal acts – is a verbal construction that contains the required vitally important information and possesses certain features of universal obligation. Hence, it is possible to draw some analogy between the Word and the Law, to make sure that the Plato's statement about the divine origin of the law has Christian-theological proofs. That is why, any Christian religion, either Aryanism, Catholicism or Orthodoxy, has played a significant role in the process of formation of regulatory-legal systems

in Christian states on the whole, and in Kyiv Russ in particular.

Conclusions. The distinct hierarchal managerial structure of the state, with a shade of divinity that appeared on the territory of Kyiv Russ, has later turned into the necessity of conducting the required ritual actions by the Orthodox Church concerning the reign of the Moscow tsars. Thus, Aryanism has indirectly stipulated Orthodoxy to adjust itself to the hierarchal structure of the state power. The latter structure has exercised some favorable influence not only on the development of Christianity in the form of Orthodoxy in Kyiv Russ, but also on the formation and development of the regulatory-legal bases on the territory of the state.

List of reference links:

1. Аннерс Э. История европейского права / Ин-т Европы.- М.: Наука, 1994. – 397с.
2. Рубаник В.Е. Государство, право и суд в Киевской Руси: историко-юридический очерк. – М.: Юрлитинформ, 2013. – 352с.
3. Тисяча років української суспільно-політичної думки. У 9-ти т. – К.: Дніпро, 2001. – Т. 1. X-XV ст. – 632с.



НЕКОТОРЫЕ ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ЗЕМЕЛЬ ВОДНОГО ФОНДА

М. МУРАВСКАЯ,
аспирант отдела проблем аграрного, земельного и экологического права
Института государства и права имени В.М. Корецкого НАН Украины

SUMMARY

It was analyzed the advisability to divide the land fund into categories according to the main purpose. It was proposed to put two criteria in the basis of this classification. They have to be caused by the particularity of natural resources and land improvements. Zoning is considered as an instrument for identification of land zones to use them for a particular purpose. It was proved that the inner boundary of protection coastal zone can't be determined. It was proposed to change the approach to the normalization of legal relations for the use of water body and its protection zone. It was proposed to set the external border of protection coastal zone taking into account the natural processes and the influence of water and land use on water body.

Key words: land fund, water body, zoning, protection coastal zone, ecosystem object of management.

* * *

Проведен анализ целесообразности деления земельного фонда на категории по основному целевому назначению. Предложено в основу такой классификации заложить два критерия, обусловленных особенностью природных ресурсов и земельных улучшений. Зонирование рассматривается в качестве инструмента при выделении территорий для их использования по определенному целевому назначению. Доказано, что определить внутреннюю границу прибрежной защитной полосы невозможно. Предложено изменить подход к урегулированию правовых отношений по использованию водного объекта и охранной зоны. Внешнюю границу прибрежной защитной полосы предлагается устанавливать с учетом природных процессов и влияния водо- и землепользования на водный объект.

Ключевые слова: земельный фонд, водный объект, зонирование, прибрежная защитная полоса, экосистемный объект управления.

Введение. Основной классификационный признак деления земельного фонда Украины (ст. 19 Земельного кодекса Украины [1] (далее – ЗКУ)) и Республики Молдова (ст. 2 Земельного кодекса Республики Молдова [2] (далее – ЗК РМ)) на категории – основное целевое назначение. Это вызывает дискуссии в правовой доктрине, предметом которых является целесообразность деления земель на категории (А. М. Мирошниченко [3], В. М. Правдюк [4, с. 93]). Основание для таких дискуссий становится очевидным после проведения анализа норм Земельных кодексов Украины и Молдавии. Например, в границах прибрежной защитной полосы законодательством Украины предусмотрен такой вид деятельности как сенокосение (п. 4 ст. 59 ЗКУ). Вместе с тем для сенокосения в соответствии со ст. 34 ЗКУ земельные участки выделяются за счет категории земель сельскохозяйственного назначения.

Подход законодателя Республики Молдова не отличается. Так, согласно со ст. 36 ЗК РМ к землям сельскохозяйственного назначения принадлежат пастбища, огороды, пашня и т.д. В то же время на основании ст. 44 ЗК РМ земли сельскохозяйственного назначения входят в состав земель городов и сел (коммун), которые выделены в отдельную категорию земель (ст. 2 ЗК РМ).

Цель статьи заключается в проведении анализа эффективности правового механизма использования земель водного фонда и определения путей повышения его эффективности.

Методы и использованные материалы. При написании статьи были использованы такие методы: сравнительно-правовой, формально-правовой,

толкования норм права, системный, логико-юридический, технико-юридического анализа. Исследование проводилось на основании материалов представителей украинской юридической науки: В. О. Джуган, В. В. Кононов, П. Ф. Кулинич, А. М. Мирошниченко, И. М. Потапчук, В. М. Правдюк. Кроме того, анализировались материалы представителей землеустроительной науки, в частности О. П. Канаша, А. Г. Мартина, И. В. Покидько.

Изложение основного материала. В юридической литературе формулируются разные предложения по поводу решения обозначенной проблемы. Одним из основных является замена института целевого назначения земельных участков институтом зонирования земель (зо-

нинг) [5, с. 50], под которым понимают осуществляемый в соответствии с законом раздел территории города либо иного населенного пункта на зоны, поля, районы с целью установления на них определенных ограничений в использовании земель, определения минимальных размеров земельных участков, регламентации типов зданий и сооружений, которые разрешается строить в границах зоны и т.д. [5, с. 51]. Зонирование земель предусмотрено в соответствии со ст. 180 ЗКУ. Однако его использование может осуществляться исключительно в границах населенных пунктов. Поэтому такой правовой институт становится непригодным к определению условий использования земель под водными объектами, прибрежными защитными полосами и полосами отвода, значительное количество которых расположено за границами населенных пунктов.

На целесообразность применения зонирования территорий населенных пунктов к прибрежным защитным полосам как к природоохранным территориям (зонам) с установлением на них специального правового режима хозяйственной деятельности обратил внимание и В. В. Кононов [6, с. 129]. В то же время указанным автором высказано и другое предложение, которое противоречит предыдущему. В частности, он предлагает отказаться от того, чтобы



прибрежная защитная полоса относилась к категории земель водного фонда. Вместо этого В. В. Кононов предлагает определять категорию земель в зависимости от вида «допустимого использования» [6, с. 86]. Однако такое мнение может быть оспорено. Реализация указанного подхода не будет способствовать упрощению отношений по управлению водными ресурсами государства. Ведь приоритетным заданием в Украине («Общегосударственная целевая программа развития водного хозяйства и экологического оздоровления бассейна реки Днепр на период до 2021 года» [7]) и в Молдавии (Постановление Парламента Республики Молдова № 325 от 18.07.2003 года «Про утверждение Концепции национальной политики в отрасли водных ресурсов [8]) признано введение интегрированного управления водными ресурсами. А в рамках интегрированной системы управления на основе бассейнового принципа должен быть выделен единый объект управления.

В целом В. В. Кононов верно отмечает, что прибрежная защитная полоса является природоохранной территорией [9, с. 9]. В соответствии с п. 1 ст. 60 ЗКУ и ст. 88 Водного кодекса Украины [10] (далее – ВКУ) прибрежная защитная полоса устанавливается с целью охраны поверхностных водных объектов от загрязнения, засорения и для сохранения их водности. Таким образом, принципы обеспечения охраны земель и приоритета требований экологической безопасности являются основоположными при использовании таких территорий. Именно потому мы считаем целесообразным выделение отдельного водного объекта вместе с прибрежной защитной полосой (полосой отвода), установленной вдоль (вокруг) него, как одного из элементов единого объекта управления водными, земельными и другими смежными с ними ресурсами. Это позволит сосредоточить внимание на поиске наилучших методов по охране соответствующего водного объекта и будет способствовать восстановлению природных ресурсов. А при определении содержания прав на земли водного фонда правовые условия использования указанных земель должны быть вторичными по отношению к экологическим требованиям. Потому необходимость

относить к категории земель водного фонда участков с водными объектами, в том числе и искусственными, прибрежной защитной полосы и полосы отвода сомнений не вызывает.

Подобного мнения придерживаются А. М. Мирошниченко [11] и И. М. Потапчук [12], которые предлагают сформировать комплексный объект правовой охраны (в частности моря), который включал бы в себя воды, земельный участок под ними и прилегающую территорию берега. Назвать такую правовую категорию ученые предлагают «прибрежная полоса водного объекта».

Однако, указанное название созвучно с другой правовой категорией «прибрежная защитная полоса». Это может стать причиной путаницы во время применения норм на практике. Поэтому мы предлагаем ввести в Водные кодексы Украины и Молдавии правовую категорию «экосистемный объект управления». Такое название правовой категории, которая характеризовала бы единое целое: отдельный водный объект, прибрежную защитную полосу (полосу отвода) этого водного объекта и смежные с ними природные компоненты (флора, фауна и т. д.), позволит подчеркнуть единство всех указанных природных элементов для совместного управления ними и для их защиты.

Правовая категория «экосистемный объект управления» отличается от правовых категорий «земли водного фонда» и «прибрежная защитная полоса». Так, категорией «земли водного фонда» охватываются все земли, включенные в состав этой категории земель в соответствии со ст. 58 ЗКУ и ст. 63 ЗК РМ. А правовая категория «прибрежная защитная полоса» характеризует только земли, которые прилегают к водному объекту.

Однако это не решает обозначенной выше проблемы классификации различных категорий земель по основному целевому назначению. Мы полагаем, что указанное выше противоречие между нормами земельных кодексов Украины и Молдавии является основанием для пересмотра основного классификационного признака разделения земельного фонда указанных стран на категории. Основанием для его определения должен стать особый подход, который может

найти проявление в четко сформулированных требованиях, в первую очередь, к охране природных объектов и, как следствие, к установлению особого правового режима их использования. Мы предлагаем в основу классификации земельного фонда Украины и Молдавии заложить два критерия. Одним из них должна стать специфика самого природного объекта (природные воды, леса, земли и другие природные ресурсы), которая обуславливает необходимость в особом подходе к их использованию. Сегодня это присуще таким категориям земель: сельскохозяйственного назначения, природно-заповедного фонда и другого природоохранного назначения, оздоровительного назначения, водного фонда, лесохозяйственного назначения, рекреационного назначения. Другой критерий должен быть обусловлен спецификой объектов, расположенных на земельных участках (земельных улучшений) и неразрывно с ними связанных. Это присуще категориям земель жилой и общественной застройки (ст. 19 ЗКУ), земель в границах населенных пунктов (ст. 2 ЗУ РМ), земель промышленности, транспорта, связи, энергетики, обороны и другого назначения, земель историко-культурного назначения.

Похожее предложение уже высказывалось в юридической литературе. Так, А. М. Мирошниченко полагает, что законодательство должно устанавливать перечень основных ограничений и предписаний по отношению к использованию наиболее типовых земельных участков (категорий земель). В связи с этим ученый считает, что перечень категорий «можно и следует оставить открытым» [3]. Действительно, в связи с предложенными классификационными критериями деления земель на категории, виды категорий могут быть пересмотрены, но категория земель водного фонда в структуре земель Украины и Молдавии должна оставаться.

Предложенный подход позволит правомерно использовать земли различных категорий в соответствии с одинаковым целевым назначением. Механизмом его реализации может стать зонирование, о котором речь шла выше. Однако его содержание должно отличаться от содержания зонирования, предусмотренного ст. 180 ЗКУ.

В статье 1 проекта Закона Украины



«О зонировании земель» [13] предложено следующее определение зонирования – это способ правового регулирования использования земель, при котором в границах выделенных однородных зон устанавливается особый земельно-правовой режим осуществления землепользования и контроля над его соблюдением. Причем, согласно ст. 7 проекта Закона Украины «О зонировании земель», выполнение работ по проведению зонирования земель предусматривалось отдельно на застроенных, сельскохозяйственных и других землях. Именно такая трактовка зонирования может стать инструментом определения территорий (зон) для использования земель водного фонда как покрытых, так и непокрытых водой. При этом зонирование как правовой инструмент может применяться не только на землях водного фонда, расположенных в границах населенных пунктов, а и на землях водного фонда, расположенных за границами населенных пунктов. То есть на территории прибрежной защитной полосы водного объекта должны быть выделены зоны, которые будут формироваться, например, по составу угодий, и смогут быть использованы по одному либо нескольким видам целевого назначения. Виды целевого назначения должны фиксироваться в документе, которым предоставляется право на пользование прибрежной защитной полосой. Кроме того, одной из возможных зон могут стать и земли, покрытые водой. Это связано с потребностью в особых условиях пользования ними.

На практике водные объекты передаются в пользование вместе с прибрежной защитной полосой, которая устанавливается вдоль (вокруг) них [14, с. 309]. Прибрежная защитная полоса имеет внутреннюю и внешнюю границы. Внутренняя граница прибрежной защитной полосы и граница водного объекта совпадают. В п. 2 ст. 60 ЗКУ и ст. 88 ВКУ указывается, что прибрежная защитная полоса устанавливается по берегу рек и вокруг водоемов вдоль уреза воды (в меженьный период). Однако из-за неотвратимости действия природных законов, которые проявляются в виде колебания уровня природных вод, определение четких координат внутренней границы прибрежной защитной полосы является

сложным заданием. Поэтому на практике указанная норма не может быть применена. На это справедливо обращает внимание В. В. Кононов. Ссылаясь на опыт соседних стран (Россия, Белоруссия, Казахстан), автор предлагает отказаться от закрепленного в п. 2 ст. 60 ЗКУ и ст. 8 ВКУ обобщенного подхода к определению внутренней границы прибрежной защитной полосы вдоль (вокруг) всех водных объектов, заменив его избирательным подходом в зависимости от вида водного объекта и природы его происхождения. В. В. Кононов предлагает устанавливать внутреннюю границу прибрежной защитной полосы для рек и водоемов – от среднего многолетнего уреза воды в летний период, для водохранилищ и прудов – от уреза воды при нормальном подпорном уровне, для морей – от максимального уровня прилива, для болот – от их границы (нулевой глубины торфяных залежей) [6, с. 140]. Однако, на наш взгляд, практической реализации такое предложение не может получиться по двум причинам. Во-первых, сегодня работы по наблюдению за уровнем воды в небольших водных объектах не проводятся. Во-вторых, из-за действия уже упомянутых выше законов природы, следствием которых являются процессы берегоразрушения, эрозионные процессы, затопление, подтопление, обмеление, сезонные колебания уровня воды и т.д. Даже при условии проведения предупредительных мероприятий такие процессы будут происходить постепенно. Поэтому мы полностью соглашаемся с В. О. Джуган, которая отмечает, что одним из дополнительных признаков водного объекта является отсутствие постоянных границ [15, с. 5].

По нашему мнению, для правовых отношений определение закордированной границы водного объекта и внутренней границы прибрежной защитной полосы не является важным. Правом должны быть урегулированы условия пользования единым объектом – экосистемным объектом управления, в состав которого входят земли, покрытые водой, и земли, не покрытые водой. Это объясняется следующим. В случае передачи в пользование водного объекта он передается вместе с прибрежной защитной полосой как единое целое для использования в соответствии с

определенным целевым назначением. Координаты внутренней границы прибрежной защитной полосы водного объекта потенциально могут иметь значение для отношений по уплате налогов либо арендной платы. Сегодня налогообложение основывается на физических величинах (объем воды, площадь покрытых и непокрытых водой земель), которые не могут быть определены без погрешности и не позволяют учесть все природные процессы, в том числе колебания уровня воды в течение года. Поэтому для определения четкого объекта налогообложения необходимо учитывать общую площадь земельного участка, которая включает покрытые и непокрытые водой земли. А ставки налога (арендной платы) должны определяться в зависимости от особенности данного земельного участка. Такая особенность связана с размещением в границах земельного участка водного объекта, его видом и условиями водопользования.

В случае передачи в пользование либо в частную собственность только земель прибрежной защитной полосы, физические размеры таких земельных участков должны определяться возможностью использовать земли суши по определенному целевому назначению, не связанному и водопользованием.

Однако установление внешней границы прибрежной защитной полосы имеет существенное значение для правовых отношений. Чаще всего именно она является границей земельного участка с водным объектом, который передается в частную собственность (пользование). В соответствии со ст. 88 ВКУ и п. 2 ст. 60 ЗКУ ширина прибрежной защитной полосы устанавливается на основании четких нормативов. Отсчет начинается от внутренней границы прибрежной защитной полосы. Однако, как уже отмечалось, именно определение четкой линии внутренней границы прибрежной защитной полосы является сложным заданием. Поэтому и подход к определению внешней границы прибрежной защитной полосы должен отличаться.

В 2012 году Кабинет Министров Украины внес на рассмотрение Верховного Совета Украины проект Закона Украины «О внесении изменений в Земельный и Водный кодексы Украи-



ны относительно земель водного фонда» [16]. В частности, было предложено внести изменения в ст. 60 ЗКУ и ст. 88 ВКУ, которыми предполагалось устанавливать прибрежные защитные полосы вдоль морей и вокруг морских затоков и лиманов, расположенных за границами населенных пунктов на основании проекта землеустройства с учетом градостроительной документации. В границах населенных пунктов прибрежные защитные полосы должны были бы устанавливаться на основании градостроительной документации с учетом существующих условий застройки. Однако такое предложение было подвергнуто критике Главным юридическим управлением Верховного Совета Украины [17] (далее – ГЮУ ВСУ). Среди замечаний ГЮУ ВСУ выделяет следующие. Не указаны виды документации по землеустройству (проекты), которыми предусматривается установление прибрежных защитных полос, и в каких случаях они будут устанавливаться. А установление прибрежных защитных полос на основании градостроительной документации критикуется с позиции больших затрат, которые будут сопровождать ее разработку и внесение в нее изменений. Недопустимым, по мнению ГЮУ ВСУ, является легализация предусмотренного законопроектом подхода к установлению прибрежных защитных полос с учетом существующих условий застройки, поскольку, как показывают реалии, застройка часто происходит с нарушением требований законодательства.

С учетом проведенного анализа и отмеченных выше предложений ГЮУ ВСУ мы склоняемся к необходимости устанавливать внешнюю границу прибрежной защитной полосы в составе только землеустроительной документации, в частности, на основании проектов. Учитываться должны рельеф местности, конструкции инженерной защиты берега, вероятность затопления или подтопления земель, интенсивность берегоразрушения [18, с. 18], засоление и загрязнение продуктивных земель, ухудшение качества почв. Прибрежная защитная полоса не должна ограничиваться существующей застройкой. Вместо этого условия ее установления и использования должны изучаться с пози-

ции влияния водо- и землепользования на гидрологический режим природного либо искусственного водного объекта и на состояние прилегающих земель.

То же самое может быть экстраполировано и на правовые условия установления полос отвода.

Выводы. На основании анализа юридической литературы, законодательства Украины и Республики Молдова можно сделать следующие выводы:

1. Терминологический состав водного законодательства необходимо пополнить правовой категорией «эко-системный объект управления» для характеристики единого целого: отдельного водного объекта, прибрежной защитной полосы (полосы отвода) данного водного объекта и смежных с ними природных компонентов.

2. Мы предлагаем классифицировать земельный фонд Украины и Молдавии по следующим критериям. Первый критерий должен учесть специфику природного объекта, которая предопределяет особый поход к использованию земель. Другой критерий должен отображать специфику объектов, расположенных на земельных участках (земельных улучшений) и неразрывно с ними связанных.

3. Инструментом определения территорий земель водного фонда для их использования по определенному целевому назначению может стать зонирование.

4. Внутреннюю границу прибрежной защитной полосы и границу водного объекта вследствие действия законов природы невозможно определить. Поэтому, необходимо изменить поход к урегулированию правовых отношений по использованию водного объекта. В частности, при налоговых отношениях ставки налога (арендной платы) должны определяться особенностью земельного участка. Такая особенность связана с расположением в границах земельного участка водного объекта, его видом и условиями водопользования.

5. Внешняя граница прибрежной защитной полосы должна устанавливаться на основании землеустроительной документации с учетом природных процессов, а также влияния водо- и землепользования на гидрологический режим водного объекта и на состояние прилегающих земель.

Список использованной литературы:

1. Земельний кодекс України від 25.10.2001 № 2768-III [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2768-14>.
2. Земельний кодекс Республіки Молдова от 25.12.1991 № 828-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступа : http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=3321.
3. Мірошніченко А. М. Проблемні правові питання поділу земель на категорії // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2005. – № 12 (50). – С. 42–51 [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://www.eucon.ua/ua/efforts/effort854>.
4. Правдюк В. М. Проблемні питання, які пов'язані із цільовим призначенням земель України // Економіка і право, 2010. – № 3. – С. 90–93.
5. Кулинич П. Ф. Заочний круглий стіл: Проблеми земельної політики України і шляхи їх розв'язання: позиції експертів // Центр Розумкова. Національна безпека і оборона, 2009. – № 3. – с. 43–53.
6. Кононов В. В. Правовий режим земель прибережних захисних смуг в Україні : дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 / В. В. Кононов. – К., 2013.
7. Закон України «Про затвердження Загальнодержавної цільової програми розвитку водного господарства та екологічного оздоровлення басейну річки Дніпро на період до 2021 року» від 24.05.2012 № 4836-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4836-17>.
8. Постановление Парламента Республики Молдова от 18.07.2003 № 325 «Об утверждении Концепции национальной политики в отрасли водных ресурсов» [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://dniester.org/wp-content/uploads/2010/09/postanovlenie-d0bed0b1-d183d182d0b2-d0bad0bed0bdd186-d0bdd0b0d186-d0bfd0bed0bb-d180d0bc.doc>.
9. Кононов В. В. Правовий режим земель прибережних захисних смуг в Україні : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук



: спец. 12.00.06 / В. В. Кононов. – К., 2013. – 16 с.;

10. Водний кодекс України від 06.06.1995 № 213/92 – ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/213/95-вр>.

11. Мірошніченко А. М. Земельне право України : підручник. – К. : Алерта ; Центр учбової літератури, 2011. – 680 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://amm.org.ua/study-book/20-water-fund/154-water-fund-types-particularities>.

12. Потапчук І. М. Прибережна смуга морів як елемент правової охорони морів в Україні // Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. Юридичні науки. Випуск 66. – 2005. – С. 100–102.

13. Проект Закону України «Про зонування земель» від 19.03.2009 № 4238 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.dazru.gov.ua/terra/control/uk/publish/article.jsessionid=D06D190240B7BE6CAE794CFEC95947C4?art_id=41021&cat_id=38306.

14. Кулинич П. Ф. Правові проблеми охорони і використання земель сільськогосподарського призначення в Україні : монографія. – К. : Логос, 2011. – 688 с.

15. Джуган. В. О. Правове регулювання використання та охорони вод в Україні : автореф. дис. ... на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 / О. В. Джуган. – К. : 2009- 22 с.

16. Проект Закону України «Про внесення змін до Земельного і Водного кодексів України щодо земель водного фонду» від 27.06.2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=8693&skl=7.

17. Зауваження Головного юридичного управління Верховної Ради України до проекту Закону України «Про внесення змін до Водного і Земельного кодексів України щодо земель водного фонду» від 22.06.2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=8693&skl=7.

18. Мартин А. Г., Канаш О. П., Покидько І. В. Проблеми землевпорядного забезпечення формування водохоронних зон // Землеустрій і кадастр, 2009. – № 3 – С. 17–28.

СПОСОБИ ПРЕКРАЩЕНИЯ ДЕЛИКТНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПО ВОЛЕ СТОРОН: УКРАИНСКИЙ ОПЫТ

О. ОТРАДНОВА,

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

SUMMARY

Ways of obligatory termination, depended from parties will are examined in the article. The author analyses a definition of «obligational termination» and proposes a definition of «termination of tort obligation». The author makes a conclusion that a performance of tort obligation – compensation of caused harm – is the main but not the only way of tort obligation termination. Besides tort obligation could be terminated by such ways as: digression, offset of homogeneous counterclaims, novation, debt forgiveness. The author explores specialties of tort obligation termination by each of pointed ways and legal prohibitions of some ways use for tort obligations termination.

Key words: tort obligation termination, performance, digression, offset of homogeneous counterclaims, novation, debt forgiveness.

* * *

В статье исследуются способы прекращения обязательств, зависящие от воли сторон. Автор анализирует понятие прекращения обязательства как таковое и предлагает определение «прекращения деликтного обязательства». В статье делается вывод, что исполнение деликтного обязательства – возмещение причиненного вреда – является основным, но не единственным способом прекращения данного обязательства. Кроме исполнения деликтное обязательство может прекращаться такими способами, как передача отступного, зачет однородных встречных требований, новация, прощение долга. Автор исследует особенности прекращения деликтного обязательства каждым из указанных способов, а также существующие законодательные запреты, касающиеся прекращения конкретных деликтных обязательств теми или иными общими способами прекращения обязательств.

Ключевые слова: прекращение деликтного обязательства, исполнение, отступное, зачет однородных встречных требований, новация, прощение долга.

Постановка проблемы. Прекращение – неотвратимая стадия существования любого гражданско-правового обязательства. Данный постулат относится и к обязательствам, возникшим из причинения внедоговорного вреда или, как их еще называют, деликтным обязательствам. Общепринятым является мнение, что основным, или даже единственным способом прекращения деликтного обязательства является его исполнение, проведенное надлежащим образом. Иные способы прекращения обязательств, известные гражданскому законодательству (передача отступного, зачет однородных встречных требований, новация, отступное) применимы только к договорным обязательствам. Вместе с тем в законодательстве нет императивных запретов применения указанных способов к деликтным обязательствам. Правда реальное их применение в деликтных правоотношениях имеет свои особенности, рассматриваемые в данной статье.

Актуальность темы исследования подтверждается отсутствием исследований способов прекращения деликтных обязательств в гражданском праве. Основные исследования в сфере прекращения обязательств касаются либо общих положений о прекращении обязательств как гражданских правоотношений, либо прекращения

договорных обязательств. Прекращение деликтных обязательств как правило остается вне внимания исследователей.

Состояние исследования. Прекращению обязательств в гражданско-правовой доктрине посвящены работы известных дореволюционных, советских, российских, украинских цивилистов, таких как: Д. И.



Мейер, О. С. Иоффе, А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой, А. В. Дзера, Т. В. Боднар и др.

Целью данной работы является исследование возможности прекращения деликтного обязательства способами, зависящими от воли стороны деликтного обязательства, и особенностей применения того или иного способа прекращения к деликтным обязательствам.

Задача исследования – определение особенностей прекращения деликтного обязательства передачей отступного, зачетом однородных встречных требований, новацией, передачей отступного, анализ законодательных запретов прекращения деликтных обязательств указанными способами.

Изложение основного материала. В Украинском законодательстве отсутствует легальное определение термина «прекращение обязательства». Статья 598 ГК Украины определяет только, что обязательство прекращается частично или в полном объеме на основаниях, установленных договором или законом. В дальнейших статьях Главы 50 ГК Украины перечисляются и описываются отдельные способы прекращения гражданско-правовых обязательств.

Определение прекращения обязательства можно встретить в научной и учебной литературе. Так, О. С. Иоффе определяет, что прекращение обязательства есть отпадение первоначально установленного обязательства как конкретного вида обязательственных связей [1, с. 228]. По мнению А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого, прекращение обязательства означает отпадение правовой связанности его субъектов, утрачивающих вследствие прекращения обязательства субъективные права и обязанности, составляющие содержание обязательственного правоотношения [2, с. 619]. Т. В. Боднар в научно-практическом комментарии к Гражданскому кодексу Украины отмечает, что поскольку содержание обязательства составляют права и обязанности его участников, прекращением обязательства является прекращение указанных прав и обязанностей [3, с. 118]. По мнению В. И. Трубы, правовая связь, суще-

ствующая между субъектами обязательства, никогда не может быть вечной, а поэтому появившись однажды, с истечением некоторого времени при тех или иных обстоятельствах эта связь имеет свойство исчезать, и субъективные права и обязанности, составлявшие содержание обязательственного правоотношения, отпадают, в связи с чем действие существующего гражданско-правового обязательства прекращается [4, с. 504].

Из изложенного можно увидеть, что, несмотря на различные по объему формулировки, все исследователи в целом одинаково понимают прекращение обязательства как отпадение (разрыв, прекращение, исчезновение) правовой связи между субъектами обязательственного правоотношения, утрату ими субъективных прав и обязанностей, составляющих содержание обязательства.

Исходя из этого, можно определить понятие прекращения деликтного обязательства, сформулировав его следующим образом. Прекращение деликтного обязательства – это отпадение правовой связи потерпевшего и делинквента с утратой потерпевшим права требовать возмещения причиненного вреда, в тому числе и в судебном порядке, и с утратой делинквентом обязанности осуществить возмещение. Прекращение деликтного обязательства означает, что потерпевший уже не вправе требовать от делинквента возмещения причиненного вреда, в том числе обращаться в суд с соответствующим иском заявлением. В свою очередь, делинквент не обязан осуществлять возмещение причиненного вреда. А в случае, если он такое возмещение осуществит, оно должно расцениваться как неосновательное обогащение потерпевшего.

В соответствии с ч. 1 ст. 598 ГК Украины, обязательства прекращаются частично или в полном объеме на основаниях, установленных договором или законом. Основания прекращения обязательств соответственно являются правопрекращающими юридическими фактами.

Что касается деликтных обязательств, основания их прекращения не могут устанавливаться договором,

при отсутствии последнего. Поэтому для определения юридических фактов, способных прекратить деликтное обязательство, мы можем обращаться исключительно к закону. В гражданском законодательстве Украины можно встретить как специальные способы прекращения конкретного обязательства (в том числе и деликтного), так и общие, основные способы, с помощью которых прекращается любое обязательство.

Перечень основных способов прекращения обязательств представлен в Главе 50 ГК Украины. Соответственно обязательства могут прекращаться такими способами: исполнение, передача отступного, зачет встречных требований, соглашение сторон, в частности новация, прощение долга, совпадение должника и кредитора в одном лице, невозможность исполнения, смерть физического лица, ликвидация юридического лица.

В доктрине гражданского права можно встретить различные подходы к систематизации отдельных способов прекращения обязательств. Так, Г. Ф. Шершеневич определял, что все способы прекращения обязательств могут быть разделены на две группы: смотря по тому, происходит ли погашение их силы вследствие взаимного соглашения верителя и должника или вследствие обстоятельств, стоящих вне соглашения. К первому разряду относятся: исполнение, замена исполнения, новация, договор. Ко второму разряду следует отнести: невозможность исполнения, смерть одного из субъектов, слияние в одном лице активного и пассивного субъектов, давность [5, 389].

О. С. Иоффе разделял основания прекращения обязательств на две группы:

а) прекращение обязательств в результате их осуществления. Сюда войдут исполнение, зачет, соглашение сторон о замене одного обязательства другим – новация;

б) собственно прекращение обязательств. Оно вызывается соответствующим соглашением сторон, а также совпадением должника и кредитора в одном лице, изменением плана, невозможностью исполнения,



смертью гражданина или ликвидации юридическое лица [1, с. 228].

А. П. Сергеев и Ю. К. Толстой в качестве критерия систематизации способов прекращения обязательств предлагают рассматривать волю сторон. «Одни правопрекращающие факты возникают по воле участников обязательства и приводят к прекращению обязательства, например, новация, зачет, предоставление отступного, прощение долга; другие прекращают обязательство независимо от воли участников и стадии его исполнения, например, смерть физического лица, участвующего в обязательстве личного характера, совпадение должника и кредитора в одном лице, ликвидация юридического лица – участника обязательства; третьи делают объективно невозможным дальнейшее существование обязательства, например, из-за издания акта государственного органа, наступившей невозможности исполнения обязательства и т. д.» [2, с. 619].

Д. Н. Кархалев, анализируя основания прекращения охранительных обязательств, определял, что в зависимости от достижения цели правоотношения их можно поделить на два вида:

1) Основания прекращения, с помощью которых достигается цель правоотношения (субъективное право или правовое положение восстанавливается) – это надлежащее исполнение, новация, отступное, зачет.

2) Юридические факты, при реализации которых цель не достигается (нарушенное право остается не восстановленным) – это смерть гражданина, ликвидация юридического лица, невозможность исполнения, прощение долга, совпадение должника и кредитора в одном лице и принятие акта государственного органа или органа местного самоуправления [6, с. 150].

В целом, по нашему мнению, не имеет особого значения, по какому критерию классифицировать общие способы прекращения обязательств. Это может быть и воля сторон, и достижение цели обязательства, и отнесение того или иного способа к сделкам.

Обычным и нормальным спо-

собом прекращения любого обязательства, в том числе и деликтного, является его *исполнение*. В соответствии со ст. 599 ГК Украины обязательство прекращается исполнением, проведенным надлежащим образом. Из положения данной статьи можно увидеть, что обязательство прекращается не любым исполнением, а только исполнением надлежащим. Основные критерии надлежащего исполнения содержатся в ст. 526 ЦК Украины, в соответствии с которой надлежаще исполненным будет считаться обязательство, которое исполнено в соответствии с условиями договора, требованиями ГК и иных актов гражданского законодательства, а при их отсутствии – в соответствии с обычаями гражданского оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями. Понятно, что не все вышеуказанные критерии надлежащего исполнения могут быть применены к деликтным обязательствам. Так, например, исполнение деликтного обязательства не сравнивается с договором или обычаями делового оборота, поскольку данные регуляторы не имеют отношения к охранительным обязательствам из причинения внедоговорного вреда. Детально о критериях надлежащего исполнения деликтного обязательства можно посмотреть в иной нашей работе [7, с. 326-341]. Здесь установим только, что деликтное обязательство прекращается в случае исполнения его в соответствии с требованиями Гражданского кодекса Украины, иных актов законодательства, иными обычно предъявляемыми требованиями, порядком возмещения вреда, установленным в решении суда. Надлежащее исполнение деликтного обязательства также включает в себя исполнение надлежащими сторонами, в обусловленные сроки, в надлежащем месте и установленным способом.

В статье 600 ГК Украины содержится правило, в соответствии с которым обязательство прекращается соглашением сторон вследствие передачи должником кредитору *отступного* (денег, иного имущества и т. п.). Размер, сроки и порядок передачи отступного устанавливаются сторонами.

Стороны деликтного обязательства – потерпевший и делинквент – вправе заключить соглашение, которым определить, что и когда будет делать делинквент вместо предоставления потерпевшему полного возмещения причиненного вреда. Такое соглашение, на наш взгляд, соответствует основному предназначению деликтного обязательства – удовлетворению интересов потерпевшего. Поэтому если потерпевший соглашается заключить соглашение, которым заменить полное возмещение вреда на какие-либо иные действия со стороны делинквента, такое соглашение является законным и прекратит деликтное обязательство.

Один из актуальных вопросов, возникающих в данном случае, заключается в том, может ли отступное быть меньшим по стоимости, чем полный объем причиненного вреда. В практике часто бывают ситуации, когда делинквент сразу после причинения вреда добровольно предлагает потерпевшему какую-то сумму в качестве возмещения с тем, что потерпевший в дальнейшем не будет обращаться в суд с требованием о взыскании с делинквента полного возмещения.

В целом, рассматривая проблемы прекращения обязательства передачей отступного, подавляющее большинство исследователей занимают позицию, что размер отступного не обязательно должен совпадать с размером исполнения по обязательству: его размер может быть как меньшим, так и большим [8; с. 184, 9; с. 166, 2; с. 622]. Вместе с тем О. Ю. Шилохов, исследуя возможность прекращения отступным внедоговорных обязательств, утверждал, что следует иметь в виду, что отказ от осуществления прав не влечет за собой прекращение таких прав, если иное не предусмотрено законом. И если рассматривать согласие потерпевшего на возмещение вреда в меньшем объеме как его отказ от права на получение возмещения в полном объеме, следует признать, что в силу отсутствия в законе прямых указаний на прекращение указанного права при отказе потерпевшего от его осуществления, потерпевший всегда может обратиться



ся в суд и добиться выплат в полном объеме, предусмотренном законом [9, с. 200].

На наш взгляд, с предложенной позицией согласиться сложно. Соглашаясь получить отступное вместо полного возмещения вреда, потерпевший не отказывается от реализации своего права на полное возмещение, а только соглашается на замену предмета исполнения. Согласие получить возмещение в меньшем объеме может обосновываться различными факторами – желанием быстрее получить возмещение, не тратить время на судебные разбирательства, нежеланием нести затраты на правовую помощь, проведение экспертиз и т.п. Такая «синица в руках» может действительно быть привлекательной для потерпевшего. Кроме того, передача отступного прекращает основное обязательство, поэтому подписанием соглашения об отступном и получении отступного потерпевший утрачивает право требования к делинквенту, а делинквент утрачивает обязанность возместить вред в полном объеме.

В то же время если в дальнейшем будет выявлено, что предоставленное делинквентом отступное является значительно меньшим, чем объем причиненного вреда, о чем потерпевший не догадывался на момент подписания соглашения об отступном или был введен в заблуждение делинквентом, соглашение об отступном может быть признано недействительным как заключенное под влиянием ошибки или обмана (ст.ст. 229-230 ГК Украины).

Определенные трудности могут возникнуть в случаях причинения вреда увечьем, иным повреждением здоровья или смертью потерпевшего. Как правило, такие возмещения осуществляются периодическими платежами, в связи с чем общая сумма возмещения может быть не известна. В таком случае не совсем понятным будет и механизм выбора предмета отступного. Однако, по нашему мнению, в данной ситуации приоритет должна иметь воля сторон деликтного обязательства. Если потерпевший соглашается на принятие отступного вместо полного возмещения вреда, его воля должна приниматься во внимание.

Следующим способом прекращения гражданско-правового обязательства является *зачет однородных встречных требований*. Статья 601 ГК Украины определяет, что обязательство прекращается зачетом встречных однородных требований, срок исполнения которых настал, а также срок исполнения которых не установлен или определен моментом предъявления требования.

Зачет как способ прекращения обязательства был предметом анализа многих как дореволюционных, так и советских и современных исследователей. К. П. Победоносцев в свое время отмечал, что погашение одного требования другим тогда только могут иметь место, когда оба требования в минуту взыскания имеют абсолютно одинаковую силу, когда они однородны по предмету взыскания, оба подлежат осуществлению в одинаковой мере и степени и оба бесспорны, не подлежат сомнению [10, с. 178]. Д. И. Мейер определял следующие условия проведения зачета: а) когда оба обязательства действительны; б) когда одно обязательство покрывает другое; в) когда оба они однородны; г) когда оба подлежат удовлетворению и д) когда оба существуют между одними и теми же участниками [11, с. 344]. О. А. Красавчиков называл зачет взаимных требований особенной формой исполнения двух или нескольких обязательств, связывающих одних и тех же лиц. Удовлетворение интереса кредитора при зачете осуществляется путем погашения его требования встречным требованием должника, вытекающим из иного обязательства [12, с. 528].

Таким образом, можно прийти к выводу, что зачет однородных встречных требований прекращает целиком или полностью два обязательства. В первом обязательстве одно лицо является кредитором, а второе – должником, а в другом – наоборот: кредитор по первому обязательству является должником, а должник – соответственно кредитором. В связи с этим встает вопрос о возможности прекращения зачетом деликтного обязательства.

В ст. 602 ГК Украины содержится

императивное правило о невозможности зачета встречных требований о возмещении вреда, причиненного увечьем, иным повреждением здоровья или смертью. При этом не важно, идет ли речь о зачете одинаковых требований или одно из встречных требований будет вытекать из какого-то иного обязательства. Такой подход законодателя объясняется целевой направленностью обязательства по возмещению вреда, причиненного увечьем, иным повреждением здоровья или смертью – восстановление одного из основных неимущественных благ лица – здоровья – или материальное обеспечение нетрудоспособных лиц – иждивенцев умершего.

Во всех иных случаях закон не содержит каких-то запретов осуществления зачета требования о возмещении причиненного вреда. То есть можно утверждать, что прекращение зачетом деликтного обязательства из причинения вреда имуществу возможно.

Новация (от лат. Novation – изменение, обновление) – весьма распространенный способ прекращения обязательств соглашением сторон. Под новацией понимается соглашение о замене первичного обязательства новым обязательством между теми же самыми сторонами [8, с. 186]. Новация в целом не прекращает правовую связь между сторонами обязательства. По соглашению о новации вместо существующего между сторонами обязательства возникает новое обязательство, отличное от первичного по виду, предмету, способу исполнения и т. п.

В советской правовой литературе встречается мнение, что деликтные обязательства, по крайней мере те, что возникли между юридическими лицами, не могут прекращаться «в силу общего принципа недопустимости взаимного амнистирования» [12, с. 530]. В современном гражданском законодательстве существует прямой запрет новации относительно обязательств о возмещении вреда, причиненного увечьем, иным повреждением здоровья или смертью. Так же, как и в случае с зачетом, это связано с целевым характером подобных возмещений – восстановлением одного



из основных нарушенных прав лица (права на здоровье) или материальным обеспечением нетрудоспособных иждивенцев умершего. В отношении иных деликтных обязательств, в частности возникших в связи с причинением вреда имуществу, законодательных запретов их новации не существует. Поэтому, на наш взгляд, деликтное обязательство по возмещению вреда, причиненного имуществу потерпевшего, может быть прекращено соглашением сторон о замене его иным обязательством, например, заемным.

Статьей 605 ГК Украины устанавливается правило, что обязательство прекращается вследствие освобождения (*прощения долга*) кредитором должника от его обязанностей, если это не нарушает прав третьих лиц на имущество кредитора. То есть современное гражданское законодательство разрешает прекратить обязательство таким способом, как прощение долга. В учебной литературе прощение долга как способ прекращения обязательства объясняется как ситуация, когда кредитор освобождает должника от исполнения его обязанностей, не требуя исполнения обязательства, и таким образом обязательство прекращается [8, с. 188].

Отсутствие императивных законодательных запретов позволяет утверждать, что прекращение деликтного обязательства прощением долга является возможным. На практике такие случаи имеют место, когда вред причиняется неумышленно близким родственником (ребенком, родителями, супругом) или другом, иным близким человеком потерпевшего. Выражается прощение долга обычно в неосуществлении потерпевшим права на обращение в суд с требованием возмещения, поэтому случаи прекращения деликтного обязательства прощением долга редко попадают судебную практику.

Выводы. Основным способом прекращения деликтного обязательства является его исполнение, произведенное надлежащим образом. Полное возмещение причиненного потерпевшему вреда влечет за собой прекращение обязательственных правоотношений между ним и де-

линквентом. Однако и иные известные гражданскому законодательству способы прекращения обязательств, зависящие от воли сторон, также могут быть применены к деликтным обязательствам. Так, деликтное обязательство может быть прекращено путем передачи отступного, проведения зачета однородных встречных требований, прощения долга, соглашения о новации и иными способами по соглашению сторон. Ограничения в данном случае содержатся в самом гражданском законодательстве, запрещающем в некоторых случаях прекращать деликтное обязательство (в частности из причинения вреда жизни или здоровью) тем или иным общим способом прекращения обязательств.

Список использованной литературы:

1. Иоффе О. С. Избранные труды: в 4 т. Т. 3 Обязательственное право. – СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 228.
2. Гражданское право : учебник. Часть 1 Издание 3. /под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1999. – С. 619.
3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. / за відп. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 118.
4. Цивільне право України. Академічний курс : підручник у 2-х томах./ за заг. ред. Я. М. Шевченко. – Т. 1. – К. : Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2004. – С. 504.
5. Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. – Тула : Автограф, 2001. – С. 389.
6. Кархалев Д. Н. Охранительное гражданское правоотношение. – М. : Статут, 2009. – С. 150.
7. Отраднава О. А. Исполнение деликтных обязательств: общие проблемы теории и практики // Альманах цивилистики: Сборник статей. Вып. 4 / под ред. Р. А. Майданика. – К. : Алерта ; ЦУЛ, 2011 – С. 326–341.
8. Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. О. В.

Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. – 3-те вид. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 184.

9. Шиловост О. Ю. Отступное в гражданском праве России. – М. : Статут, 1999. – С. 166.

10. Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Часть 3. Договоры и обязательства. – М. : «Статут», 2003. – С. 178

11. Мейер Д. И. Русское гражданское право (в 2-х ч. Часть 2). – М. : «Статут», 1997. – С. 344.

12. Советское гражданское право : учебник. В 2-х томах. Т. 1 / Илларионова Т. И., Кириллова М. Я., Красавчиков О. В. – М. : «Высшая школа», 1985. – С. 528.



МЕСТО И РОЛЬ АППАРАТА В СТРУКТУРЕ ПАРЛАМЕНТА

Н. ПОГРЕБНЯК,

практикующий юрист, соискатель кафедры государственного строительства
Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

SUMMARY

The research is devoted to the revealing and analysis on the base of the systematization of the scientific and practical material; peculiarities and problems of the place and role of the Staff in the structure of the Parliament. The definition of the Staff of the Verkhovna Rada of Ukraine has being proposed. The assumption that the Staff of the Verkhovna Rada of Ukraine is the subject (participator) of the constitutional - legal relations; permanently acting auxiliary structure subdivision of the Parliament has been suggested. The significance of the behavior standards of the Staff members, which in the Parliament of Ireland being govern by: impartiality, professionalism, rapid response, honesty, reliability have been stressed. Conceptual positions have been formulated, new recommendations and conclusions concerning investigating problems have been justified. The article is intended for specialists and a wide circle of readers.

Key words: staff, Parliament, place and role in the structure of the Parliament, the Verkhovna Rada of Ukraine.

* * *

Исследование посвящено выявлению и анализу на основе систематизации научного и практического материала особенностей и проблем места и роли аппарата в структуре парламента. Предложено определение Аппарата Верховной Рады Украины. Высказывается предположение, что Аппарат Верховной Рады Украины – субъект (участник) конституционно-правовых отношений; постоянно действующее, вспомогательное структурное подразделение парламента. Особенно подчеркивается значение стандартов поведения работников Аппарата, которыми руководствуются в Парламенте Ирландии: непредвзятость, профессионализм, быстрое реагирование, честность, достоверность. Сформулированы концептуальные положения, обоснованы новые рекомендации и выводы относительно исследуемых вопросов. Статья рассчитана на специалистов и широкий круг читателей.

Ключевые слова: аппарат, парламента, место и роль в структуре парламента, Верховная Рада Украины.

Введение. Показатели результативности Аппарата определяются, в частности, его местом и ролью в структуре парламента. Налаживание системы эффективного взаимодействия Аппарата с другими элементами в структуре коллегиального органа – один из основных ориентиров в обеспечении качественной деятельности последнего.

Вопрос места и роли Аппарата в структуре парламента остается изученным фрагментарно. Исследуемая проблема анализировалась такими учеными и практиками как: С. А. Авакьян, Г. В. Барабашев, А. А. Безуглов, З. И. Елкибаева, В. А. Ёлчев, А. Н. Колодий, Н. М. Коркунов, А. Ю. Лялюк, А. М. Осавелюк, В. Э. Телинко, В. И. Шевелев, Ю. С. Шемшученко, К. Ф. Шеремет, А. И. Ющик, А. Н. Ярмыш и др. В Украине комплексное научное исследование на диссертационном и монографическом уровне этой проблемы не проводилось.

Целью статьи является определение места и роли аппарата в структуре парламента.

Методы исследования. В процессе исследования использовались логический, системный, формально-юридический, сравнительный методы правоведения.

Изложение основного материала исследования. В силу структурированности как неотъемлемого признака какого-либо органа публичной власти [1, с. 97], в структуре парламента различается аппарат. Рассматривая парламента в структурном и процедурном аспектах как систему с внутренними элементами и связями [2, с. 6], следует отметить определенную самостоя-

тельность последних в пределах своих функций и полномочий, которые одновременно составляют неразрывное целое и могут полноценно действовать при наличии внутриорганизационных связей. Структурирование депутатского корпуса осуществляется по направлениям: создание депутатских объединений, организация комитетов, формирование социальных групп. Каждую из этих структур обслуживают соответствующие аппараты, которые действуют в «вопросах нормотворчества ... не в вакууме, а в тесном контакте [3, с. 86]».

Выяснение места аппарата в структуре парламента требует представления его качественной характе-

ристики как постоянно действующего рабочего структурного подразделения парламента, ответа на вопрос: является ли он государственным органом. В научной сфере по-разному толкуют понятие «вспомогательная» институция того или иного органа публичной власти. Одни считают, что это государственный орган, не наделенный «государственно-властными полномочиями»; выполняет «в основном функции координации, подготовки рабочих документов, экспертных заключений и консультаций». Другие к этой категории относят все аппараты высших органов – как «вспомогательные» органы государственных органов в механизме государства» [4 – 5]. А. А. Безуглов считает его вспомогательным органом, Г. В. Барабашев и К. Ф. Шеремет – служебным [6, с. 91], А. М. Осавелюк – вспомогательным государственным органом [7, с. 9-10]. Ю. С. Шемшученко рассматривает его как совокупность служб [8]. А. Ю. Лялюк, приводя определение аппарата как органа Верховной Рады (в соответствии с положением про аппарат), отмечает, что он является вспомогательным подразделением парламента [9]. Впрочем, Аппарат – это элемент в структуре парламента [10].

На практике по-разному определяется дефиниция Аппарата. Так,



согласно Положению об Аппарате Верховной Рады Украины [11], он является органом, который осуществляет соответствующее обеспечение деятельности парламента, народных депутатов. Диспозиция ч. 1 ст. 70 проекта Закона «Про Верховную Раду Украины» [12] определяет его как постоянно действующее вспомогательное подразделение парламента. Анализ нормативной базы, которая составляет основу деятельности вспомогательных служб других органов публичной власти, свидетельствует об отсутствии научного определения понятия «аппарат». Но это не мешает на практике называть отдельные из них государственными органами. Так, статус Аппарата Совета национальной безопасности и обороны определен как государственный орган (п. 1) [13]. Одновременно положения об аппаратах других органов государственного аппарата Украины не определяют их как государственные. Как постоянно действующий вспомогательный орган отмечен статус Администрации Президента [14]. С. Г. Серёгина указывает, что она «не является органом государственной власти; это – административный аппарат Президента, который вступает в правоотношения с другими органами только от имени и по поручениям главы государства [15]». Постоянно действующим органом с гражданско-правовым статусом юридического лица (п. 26) [17] является и Секретариат правительства (п. 21) [16].

В нормативных актах по-разному определяется дефиниция аппаратов органов государственной власти: в одних встречается слово «орган» или просто «аппарат», указывается на вспомогательный, постоянный характер; в других – определяются права юридического лица; за должностными лицами закрепляется статус государственных служащих; содержатся положения про финансирование из Государственного бюджета. Только один из исследованных актов определяет статус аппарата как вспомогательного органа, указывая, что он является государственным органом. Вероятно, такой подход отражает противоречия в науке.

Понятие «аппарат парламента»

следует рассматривать через анализ понятий «власть», «государственная власть», «государственный аппарат», «государственный орган», «аппарат государственного органа власти».

Персонификация понятия «власть» проявляется через ее носителя – конкретное лицо или определенную структуру (орган, группу), наделённых правом и которые имеют реальную возможность осуществлять властное влияние на других лиц [17, с. 103]. Понятие «государственная власть» является взаимосвязанным с понятием «государственный аппарат». Последнее в научной литературе рассматривают в двух значениях: 1) структурном – совокупность органов, которые осуществляют управление государством; 2) кадровом – определенным способом организованная совокупность служащих, занятых ежедневной работой по осуществлению исполнительно-распорядительной деятельности государства [18]. В. И. Шевелев отмечает многосторонность понятия «государственный аппарат» [6, с. 18]. Автор включает Аппарат Государственной Думы в «государственный аппарат», но сомневается, что это государственный орган [6, с. 21]. А. М. Осавелюк под «вспомогательным государственным (подчеркивание – наше) аппаратом парламента» понимает организацию государственных служащих, которые «никаких решений от имени парламента не принимают, но обеспечивают разработку проектов многих решений, их подготовку и выполнение» [7, с. 99].

Толковые словари содержат следующие определения понятия «аппарат». Аппарат [от лат. *apparatus* – снаряжение, оборудование]: 1) прибор, устройство для выполнения какой-либо определенной работы (*летательный аппарат*); 2) большое учреждение или совокупность учреждений, обслуживающих какой-либо участок управления или хозяйства (*государственный аппарат*); 3) совокупность работников таких учреждений; штат (аппарат министерства); 4) совокупность органов, выполняющих какую-либо функцию (*физиологическое понятие: вестибулярный аппарат*); 5) примечания, указатели и другие вспомогательные сведения к изданию

(*справочный аппарат*) [19]; 6) метод, способ исследования (*математический аппарат*) [20]; 7) церковное обложение [21].

В энциклопедическом словаре С. А. Авакьяна даётся определение следующих понятий. Аппарат – это совокупность государственных или муниципальных органов, учреждений, а также должностных лиц этих органов, которые выполняют общие или близкие друг другу функции и обеспечивают руководство определенными сферами деятельности органов, учреждений и их руководителей. *Аппарат государственный* – совокупность всех органов государства, независимо от их видов и уровней. *Аппарат при руководителе* – совокупность должностных лиц и подразделений, обеспечивающих выполнение функций должностным лицом, возглавляющим определенный орган [6, с. 20]. Отсюда государственным органом (органом) является парламента, а его аппарат – это служба, которая обеспечивает деятельность парламента, его органов и должностных лиц.

В общей теории государства и права понятие «государственного аппарата» является обобщающим, охватывает всю совокупность различных государственных органов [22, с. 126]. В литературе «государственный орган» иногда понимают широко: в это понятие входит орган государственной власти и орган, который обслуживает его работу (аппарат) [6, с. 24]. Понятие «орган» (от греч. *organon* – орудие, инструмент) толкуется как организация, учреждение, которое выполняет определенные функции в области государственного управления [23, с. 606]. «Государственный орган» – сложное образование и включает два относительно обособленных подразделения, один из которых осуществляет уставные полномочия этого органа, а другой выполняет вспомогательные функции [22, с. 127]. Следует различать понятия «аппарат государственного управления» и «аппарат органов государственного управления». В последнее входят определенные структурные подразделения, которые по своему характеру имеют консультативное и другое вспомогательное или обслуживающее значение для



выполнения соответствующими органами возложенных на них государственно-властных полномочий [24]». Следовательно, аппарат органа государственного управления не является органом государственного управления, он является его структурным подразделением. Аппарат Верховной Рады Украины хотя и образуется согласно Конституции, – не наделяется государственно-властными полномочиями, и в рамках установленной для него компетенции реализует функции по обслуживанию парламента, а не функции государства. Он лишь способствует реализации функций парламента, равно как и реализации государственных функций.

Российская исследовательница З. И. Елкибаева аппарат парламента, комитеты и комиссии относит к государственным органам, которые не имеют государственных властных полномочий [5]. Автор подкрепляет свое утверждение позицией известного правоведа Н. М. Коркунова: «... организация государственных учреждений состоит из органов двоякого вида – разрешающих и способствующих [5]». В связи с тем, что Аппарат не имеет признаков государственного органа, в частности не наделен государственно-властными полномочиями, что не отрицают и указанные исследователи, представляется терминологически нечетким его отнесение к государственным органам. «Способствующий орган» – структурный элемент «решающего» государственного органа.

Если принимать во внимание понятие «государственного органа» в узком смысле, то аппарат парламента является частью органа государственной власти в государственном аппарате [6, с. 43]. Собственно, он является элементом государственного механизма. При широком подходе аппарат легислатуры не является органом государственной власти. Аргументацией этого является то, что исследуемая институция не имеет специфического признака органа государственной власти – публично-властного характера. Ее деятельность не оформляется в виде официальных юридически значимых решений от имени парламента и его органов. Она ориентирована на

обеспечение разработки проектов государственно-властных решений. Ее работа в значительной степени сопровождается устными решениями и приказами. Является учреждением, которое относится к неспецифической («невластной») части государственного механизма. Такие учреждения «не имеют властных полномочий ... Такого рода властные полномочия ... могут быть только у органа управления – руководителя ..., причём исключительно в рамках данного учреждения [25, с. 135-137]». В этом аспекте полномочия руководителя Аппарата являются властными: большинство его предписаний имеют нормативный характер.

Таким образом, Аппарат является структурным элементом парламента и элементом в механизме государства, в государственном аппарате. Среди исследователей существует утверждение об относительной самостоятельности Аппарата [5]. Однако его относительная самостоятельность ограничивается рамками обеспечения надлежущего функционирования органа законодательной власти. Соглашаемся с А. Н. Ярмышем, что «Аппарат Верховной Рады Украины не имеет статуса самостоятельного органа государственной власти». Поддерживаем А. И. Ющик, что Аппарат «не может функционировать отдельно от Верховной Рады Украины, в автономном режиме, а образует вместе с последней специфическую целостность», – парламента как государственное учреждение [26]. Место Аппарата в структуре парламента определяется задачами, функциями, внутренними и внешними взаимосвязями.

Можно по-разному определить дефиницию Аппарата в зависимости от подхода (системного, кадрового, структурного, широкого или узкого). В частности, Аппарат Верховной Рады Украины – это: 1) вспомогательный конституционно определенный субъект конституционно-правовых отношений; участник официальной деятельности Верховной Рады Украины, направленной на разработку, принятие законов и введения их в действие (законодательного процесса); 2) вспомогательная служба при парламенте для обслуживания парламентской деятельности; 3) часть госу-

дарственного аппарата, элемент механизма государства; 4) постоянно действующее структурное подразделение Верховной Рады Украины, наделенное гражданско-правовым статусом юридического лица, структурные образования, должностные лица, специалисты и обеспечивающий персонал которого объединены единой целью и составляют систему, возглавляемую высшим должностным лицом – руководителем Аппарата, – основными направлениями которого являются организационное, информационное, аналитическое, правовое, кадровое, коммуникационное, документальное, экспертное, материально-техническое, контрольное и другое обеспечение основ деятельности Верховной Рады Украины.

Назначение аппарата обуславливает его вторичное положение по отношению к первичным органам, деятельность которых он сопровождает. Автономное право парламента на образование постоянно действующего аппарата определяет ведущую роль последнего в обеспечении законодателей.

Персонал аппарата парламента играет большую роль в эффективной поддержке и беспристрастном консультировании членов парламента. В этом аспекте особое внимание заслуживает опыт Парламента Ирландии. Так, в Рекомендациях для персонала парламента, разработанных на основе Стратегии работы на 2007-2009 гг. «Совершенство услуг для парламента», определены основные ценности (стандарты поведения), на которые должны ориентироваться служащие Аппарата. Это: 1) *беспристрастность*: предоставление одинаковых услуг членам парламента с различными политическими взглядами и надлежущее выполнение всех обязанностей; 2) *профессионализм*: высокий уровень компетентности при выполнении всех обязанностей и работа с членами парламента в соответствующей манере; 3) *быстрое реагирование*: предоставление услуг по высоким стандартам для своевременного удовлетворения потребностей членов парламента; 4) *честность и достоверность*: работа с вопросами искренно, ответственно и объективно,



отсутствие попыток использовать любое неподходящее влияние в свою или чью-либо другую пользу.

Заключение. Глобализационное развитие технологического процесса обуславливает усиление роли аппарата парламента путем осовременивания его структуры в соответствии с функциональным назначением, совершенствования форм и методов деятельности, формирования высокопрофессионального кадрового состава. Перспективой исследований может быть анализ взаимодействия Аппарата с парламентариями, органами Верховной Рады, вспомогательными службами других органов публичной власти.

Список использованной литературы:

1. Серьогіна С. Г. Система і будова місцевих рад : сучасний стан та перспективи розвитку // Проблеми функціонування місцевих рад та їх виконавчих органів : Монографія / В. Я. Тацій, Ю. М. Тодика, І. І. Бодрова, С. В. Болдирев [та ін.] ; за ред. Ю. М. Тодики / Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – Х. : Право, 2009. – С. 86–127.
2. Котелевская И. В. Современный парламент / И. В. Котелевская // Государство и право. – 1997. – № 3. – С. 5–13.
3. Ёлчев В. А. Государственная Дума. Роль и место аппарата в законотворческом процессе / В. А. Ёлчев ; Российская государственная библиотека. – М. : Памятники исторической мысли, 2000. – 240 с.
4. Осавелюк А. М. Вспомогательный аппарат высших органов государственной власти в механизме государства: автореф. дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.02 / А. М. Осавелюк ; Российский государственный финансово-экономический университет. – М. : [б. в.], 2006. – 45 с.
5. Елкибаева З. И. Правовые основы организации и деятельности аппаратов палат Федерального Собрания Российской Федерации / З. И. Елкибаева // Представительная власть – XXI век : законодательство, комментарии, проблемы. – 2009. – № 4 (91). – С. 60–63.
6. Шевелев В. И. Аппарат Государственной Думы – представительного и законодательного органа Российской Федерации [Электронный ресурс] : Теоретические, историко-правовые и политико-правовые аспекты организации и деятельности : дис. ... канд. юрид. наук : 23.00.02 / В. И. Шевелев ; Российская академия государственной службы при Президенте Российской Федерации. – Москва, 2003. – 209 с.
7. Осавелюк А. М. Вспомогательные государственные органы зарубежных стран : конституционно-правовой аспект / А. М. Осавелюк. – М. : Юристъ, 1998. – 198 с.
8. Шемшученко Ю. С. Аппарат Верховной Рады Украины / Ю. С. Шемшученко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / Нац. акад. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Вид-во «Укр. енцикл.» ім. М. П. Бажана ; редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова), М. П. Зяблюк, В. П. Горбатенко [та ін.] – К. : «Укр. енцикл.», 1998. – Вид-во «Юридична думка». – К., 2011. – Т. 1 : А–Г. – С. 126.
9. Лялюк, О. Ю. Структура, функції та організація роботи апарату Верховної Ради України [Текст] / О. Ю. Лялюк / Державне будівництво і місцеве самоврядування в Україні : підручник / І. І. Бодрова, С. В. Болдирев, В. О. Величко [та ін.] ; за ред. С. Г. Серьогіної. – 2-ге вид., переробл. і допов. / Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України, Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». – Х. : Право, 2011. – С. 127.
10. Барабаш Ю. Г. Верховна Рада України. Спеціалізовані органи парламентського контролю / Ю. Г. Барабаш // Конституційне право України: підручник для студ. вищ. навч. закл. / Міністерство освіти і науки України, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого ; за ред. В. П. Колісника та Ю. Г. Барабаша. – Х. : Право, 2008. – С. 265–266.
11. Положення про Апарат Верховної Ради України [Електронний ресурс] / Про затвердження положення про Апарат Верховної Ради України : Розпорядження Голови Верховної Ради України № 769 від 25.08.2011 р. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show?nreg=769%2F11-%F0%E3&fnd=1&text=%EF%EB%E0%ED>.
12. Про Верховну Раду України [Електронний ресурс] : Проект Закону № 4039 від 06.02.2009 р. / І. Ф. Шаров [ініціатор внесення]. – Режим доступу : <http://www.narodna.org.ua/news.php?AYear=2009&AMonth=2&ADay=14&ArticleID=6745&>.
13. Положення про Апарат Ради Національної безпеки і оборони України [Електронний ресурс] / Питання Апарату Ради національної безпеки і оборони України : Указ Президента України № 1446/2005 від 14.10.2005 р. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1446/2005>.
14. Положення про Секретаріат Президента України [Електронний ресурс] / Питання Секретаріату Президента України : Указ Президента України № 1548/2005 від 04.11.2005 р. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1548/2005>.
15. Серьогіна, С. Г. Організація роботи Президента України / С. Г. Серьогіна // Державне будівництво і місцеве самоврядування в Україні : підруч. для студентів вищих навч. закладів / Міністерство освіти і науки України, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого ; за ред. С. Г. Серьогіної. – Х. : Право, 2004. – С. 146.
16. Положення про Секретаріат Кабінету Міністрів України / Про затвердження Положення про Секретаріат Кабінету Міністрів України : Постанова Кабінету Міністрів України від 12.08.2009 р. № 850 [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/850-2009-%D0%BF>.
17. Радько Т. Н. Теория государства и права / Т. Н. Радько : учебн. – 2-е изд. – Москва : Проспект, 2011. – 752 с.
18. Государственная служба (комплексный подход) : учебн. пособие. – 2-е изд. – М. : Дело, 2000. – С. 11.
19. Великий тлумачний словник сучасної української мови / В. М. Білоножко, В. А. Бурячок, Г. М. Гнатюк [та ін.] / Інститут української мови НАН України, Інститут мовознавства НАН України, Всеукраїнське товариство «Просвіта» ім. Т. Шевченка ; за ред. П. М. Мовчан (кер. видав. проєк-



ту), В. В. Німчук, В. Й. Клічак. – К. : Вид-во «Дніпро», 2009. – С. 28.

20. Словник іншомовних слів / видання друге, випр. і допов. ; за ред. акад. АН УРСР О. С. Мельничука. – К. : Головна редакція Укр. радянської енциклопедії. – 1985. – С. 72.

21. Новий тлумачний словник української мови : у трьох томах (42 000 слів) / В. Ярошенко, О. Сліпущко (укладачі). – Т. 1 (А – К). – К. : Вид-во «Аконіт», 2004. – С. 37.

22. Цвік М. В. Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юрид. вищих навч. закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко [та ін.] / Міністерство освіти і науки України, Національна юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого ; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. – Харків : Право, 2011. – 584 с.

23. Сучасний тлумачний словник української мови : 65 000 слів ; за заг. ред. В. В. Дубчинського. – Х. : ВД «ШКОЛА», 2006. – С. 606.

24. Авер'янов В. Б. Апарат державного управління / В. Б. Авер'янов / Юридична енциклопедія : в 6 т. / Нац. акад. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України ; редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова) [та ін.] – К. : «Укр. енцикл.», 1998. – Вид-во «Юридична думка». – К., 2011. – Т. 1 : А–Г. – С. 127.

25. Актуальные проблемы теории государства и права : учеб. пособие ; отв. ред. Р. В. Шагиева. – М. : Норма, 2011. – 576 с.

26. Ярмиш О. Н. Парламентське право України : навч. посібник / кол. авт. О. Н. Ярмиш, О. В. Марцеляк, Ю. М. Коломієць [та ін.] ; за ред. д-ра юрид. наук, проф. О. Н. Ярмиша. – Харків : Вид-во Харківського національного університету внутрішніх справ, 2007. – С. 278.

СОЦИАЛЬНОЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВО В УКРАИНЕ: ОПТИМАЛЬНЫЕ ЮРИДИЧЕСКИЕ И ОРГАНИЗАЦИОННЫЕ СПОСОБЫ ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ

Т. ПОЛЯНСКИЙ,

кандидат юридических наук, доцент кафедры административного
и финансового права юридического факультета
Львовского национального университета имени Ивана Франко

SUMMARY

In the article the possible legal and institutional ways of functioning of social entrepreneurship in accordance with the laws of Ukraine are being researched and compared. In particular, the author provides characteristic of legal regulation of social enterprise in Ukraine, the realities of the functioning of the social enterprise in Ukraine, the self-management of economic and financial activities of non-profit (including charitable) organizations, the establishment of an independent enterprise, the enterprise of association of citizens, of limited liability company, other possible forms of additional funds. Depending on the short-term and strategic goals of the non-profit charitable organization the author recommends relevant organizational and legal forms of its functioning.

Key words: social enterprise, social entrepreneurship, social enterprise business operations.

* * *

В статье исследуются и сравниваются возможные юридические и организационные способы функционирования социального предпринимательства в соответствии с законодательством Украины. В частности, автор осуществляет характеристику нормативно-правового регулирования деятельности социального предпринимательства в Украине, реалий функционирования социального предпринимательства в Украине, самостоятельного ведения хозяйственной и финансовой деятельности Неприбыльное (в т. ч. благотворительной) организацией, создания самостоятельного предприятия, предприятие объединения граждан, общества с ограниченной ответственностью, других возможных форм привлечения дополнительных средств. В зависимости от краткосрочных и стратегических целей деятельности неприбыльной благотворительной организации рекомендуются соответствующие организационно-правовые формы.

Ключевые слова: социальное предприятие, социальное предпринимательство, хозяйственная деятельность социального предприятия.

Постановка проблемы. «Социально-ответственный бизнес» становится одним из «модных» трендов современного украинского предпринимательства. Несмотря на это, действующее законодательство по большей части не создает ощутимых преимуществ или льготных условий для такого рода предпринимателей. Целью этой статьи является краткое представление результатов более широкого исследования современного состояния и перспектив ведения социального бизнеса в условиях украинских законодательных реалий.

Социальное предпринимательство: понятие, цель создания и деятельности. *Социальное предпринимательство* – это один из способов организации хозяйственной деятельности, в результате которой значительная часть или весь доход (прибыль) предприятия направляется на финансирование проектов, мероприятий, программ и т. п. по поддержке социально-уязви-

мых слоев населения. Образованное в процессе или для такой деятельности предприятие (в т. ч. реорганизованную общественную организацию) можно назвать «социальным предприятием».

Если целью «обычного» предпринимательства является получение прибыли для ее последующего распределения между учредителями/акционерами предприятия, то

целью «социального» предпринимательства является получение прибыли для его направления на социальные цели.

Нормативно-правовое регулирование деятельности социального предпринимательства в Украине. Действующее украинское законодательство не определяет и прямо (с применением соответствующей терминологии) не устанавливает нормативных требований по ведению социального предпринимательства. Между тем действующее законодательство дает право названным ниже действующим юридическим лицам:

1. *Благотворительным организациям* – вести хозяйственную и финансовую деятельность, прибыль от которой освобождается от налогообложения, если такая деятельность направлена на выполнение уставных целей этих организаций и осуществляется в пределах их основной деятельности (см., в частности, ЗУ «О благотворительности и благотворительных организациях» (в . 20 и ст. 21), НК Украины (п. 157.3)).

2. *Благотворительным организациям* и общественным организациям инвалидов – создавать предприятия, доход которых может направляться на финансирование деятельности таких организаций и, следовательно, подпадать под льготные условия налогообложения (см., в частности, ЗУ «О благотворительности и благотворительных организациях» (ст. 13), « Об основах социальной защищенности инвалидов в Украине» (ст. 14), НК Украины (ст. 154, 136.1.8. в), 138.5.3., 138.10.6. а), 139.1.1., 152.6., п. 197.1.15)).

3. *Неприбыльным организациям* (в т. ч. благотворительным организациям) – освобождать от налогообложения не только доход от своей основной (уставной) деятельности (абз. 3 п. 157.3. НКУ), но и ряд других доходов, полученных в виде: а) денежных средств или имущества, поступающих безвозмездно или в виде безвозвратной финансовой помощи или добровольных пожертвований; б) пассивных доходов; в) дотаций или субсидий, полученных из государственного или местного

бюджетов, государственных целевых фондов или в пределах технической или благотворительной, в том числе гуманитарной помощи (см., в частности, п. 157.3. НК Украины).

Реалии функционирования социального предпринимательства в Украине. До 01.01.2003 г. неприбыльным организациям (в т. ч. благотворительным организациям) было выгоднее самостоятельно финансировать свою деятельность путем создания собственных предприятий, прибыль которых – после уплаты надлежащих налогов и сборов – направлялась таким организациям.

С указанной даты вступили в силу изменения в ЗУ «О налогообложении прибыли предприятий», которыми было расширено понятие «основной деятельности неприбыльных организаций» (ведение которой не облагалось налогом на прибыль предприятий), в которую также были отнесены «продажа неприбыльной организацией товаров (услуг), пропагандирующих принципы и идеи, для защиты которых была создана такая неприбыльная организация, и которые тесно связаны с ее основной деятельностью, если цена таких товаров (услуг) ниже обычной или когда такая цена регулируется государством». Следовательно, неприбыльные, в частности благотворительные, организации начали шире вести собственную хозяйственную и финансовую деятельность.

Действующий НК Украины, с незначительными и несущественными изменениями, оставил обозначено определение основной деятельности и сохранил налоговые преференции как для неприбыльных организаций, так и для общественных организаций инвалидов.

Основываясь на положениях Гражданского кодекса Украины (далее – ГК Украины), ХК Украины, ЗУ «О благотворительности и благотворительных организациях», «Об основах социальной защищенности инвалидов», социальное предпринимательство в Украине в основном функционирует в правовых формах:

- *неприбыльной организации* – создается заинтересованными физическими и юридическими лицами и

осуществляет разрешенную хозяйственную и финансовую деятельность;

- *предприятия объединения граждан* (неприбыльной организации или общественной организации инвалидов) – создается таким объединением граждан и осуществляет любую предусмотренную уставом хозяйственную деятельность на основе прав хозяйственного ведения или оперативного управления;

- *хозяйственного общества* – создается заинтересованными физическими и юридическими лицами (в т. ч. может создаваться самой благотворительной организацией, ее работниками) чаще всего в организационно-правовой форме общества с ограниченной ответственностью и имеет право осуществлять любую не запрещенную законодательством хозяйственной деятельности;

- *частного предприятия* – создается членами-участниками, учредителями неприбыльных организаций или общественных организаций инвалидов или самими этими организациями.

Ниже мы попытаемся дать краткую сравнительную характеристику ключевых элементов функционирования социальных предприятий, самостоятельно ведущих соответствующую хозяйственную и финансовую деятельность, созданных в форме предприятий объединений граждан и обществ с ограниченной ответственностью.

Самостоятельное ведение хозяйственной и финансовой деятельности неприбыльной (в т. ч. благотворительной) организацией. *Юридические предпосылки создания.* Согласно положениям ст. 20 и ст. 21 ЗУ «О благотворительности и благотворительных организациях» последние имеют право самостоятельно, не с целью получения прибыли, но на выполнение ее уставных целей и задач осуществлять *хозяйственную деятельность и финансовую деятельность*, которая направлена на благотворительность, и поступления от которой поступают на такую цель или на обеспечение хозяйственной деятельности этих организаций.

Хозяйственная деятельность



благотворительной организации может включать:

1. *Оказание материальной помощи как за плату, так и безвозмездно* (ч. 2 ст. 5, ч. 4 ст. 7 ЗУ «О социальных услугах»). Такая помощь оказывается лицам, находящимся в сложной жизненной ситуации, в виде денежной или натуральной помощи: продуктов питания, средств санитарии и личной гигиены, средств ухода за детьми, одежды, обуви и других предметов первой необходимости, топлива, а также технических и вспомогательных средств реабилитации.

2. *Социальное обслуживание, которое осуществляется как за плату, так и безвозмездно* (ч. 3 ст. 5, ч. 4 ст. 7, ч. 1, 5 ст. 12 ЗУ «О социальных услугах»). Сюда относятся социально-бытовые услуги, психологические услуги, социально-педагогические, социально-медицинские услуги, социально-экономические услуги, юридические услуги, услуги по трудоустройству, информационные услуги.

3. *Осуществление иной хозяйственной деятельности* (с соблюдением требований ст. 20 ЗУ «О благотворительности и благотворительных организациях»).

Перечень социальных услуг, которые предоставляются *платно*, является исчерпывающим и содержится в Перечне и порядка предоставления

платных социальных услуг, утвержденным Постановлением Кабинета Министров Украины «О порядке предоставления платных социальных услуг и утверждения их перечня» от 14.01.2004 г. № 12.

Финансовая деятельность, направленная на благотворительность, не рассматривается как предпринимательская или другая прибыльная деятельность. Поступление благотворительной организации от финансовой деятельности направляются исключительно на благотворительность и обеспечение хозяйственной деятельности (в соответствии со ст. 21 ЗУ «О благотворительности и благотворительных организациях»).

В случае нарушения требований ст. 20 и ст. 21 ЗУ «О благотворительности и благотворительных организациях» могут быть применены наведенные ниже в схеме санкции.

Порядок и возможные виды деятельности благотворительной организации могут быть изображены в виде следующей схемы:

Основные позитивы некоммерческой деятельности благотворительной организации:

1. Отсутствие необходимости регистрации нового предприятия; следовательно, экономится время, организационно-материальные и другие затраты на такую регистрацию.

2. Отсутствие необходимости перевода части активов/человеческих ресурсов из благотворительной организации к вновь созданному предприятию.

3. Возможность расширения деятельности (в т. ч. хозяйственной) неприбыльной организации через широкое привлечение благотворительных взносов, которые уменьшают налогооблагаемый доход юридических лиц или будут включаться в налоговую скидку физических лиц налогоплательщиков.

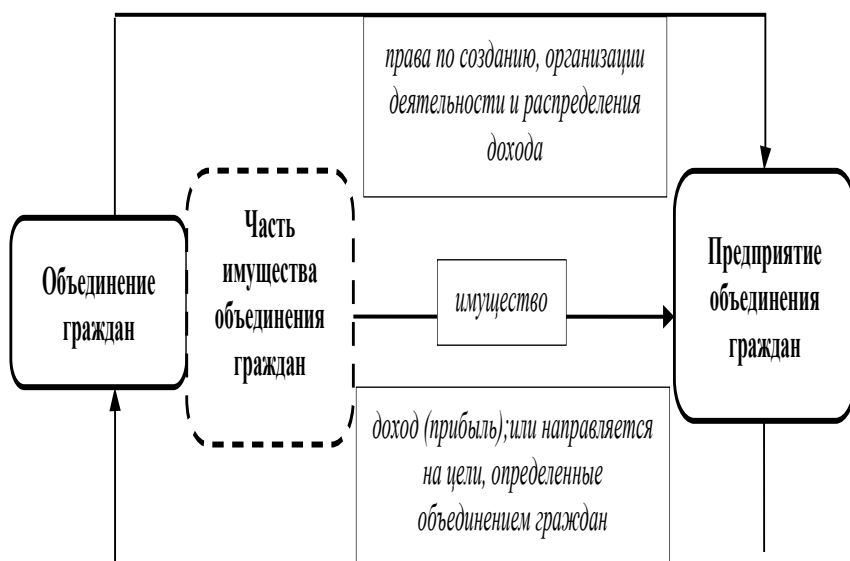
Основные негативы некоммерческой деятельности благотворительной организации:

1. Некоммерческая хозяйственная деятельность может осуществляться только в определенных Уставом и законодательством пределах.

2. Перечень платных социальных услуг, которые могут предоставляться неприбыльной организацией, четко регламентирован соответствующим нормативным актом.

Риски некоммерческой деятельности благотворительной организации:

1. В соответствии с п. 157.10. НК Украины «доходы или имущество отдельных неприбыльных организаций (в т. ч. благотворительных) не подлежат распределению между их учредителями, участниками или членами и не могут использоваться



для выгоды любого отдельного учредителя, участника или члена такой неприбыльной организации, ее должностных лиц (кроме оплаты их труда и отчислений на социальные мероприятия).

2. В соответствии с абз. 2 п. 157.11 НК Украины в случае если неприбыльная организация получает доход из иных источников, чем определенные в п. 157.3, такая неприбыльная организация обязана уплатить налог на прибыль, который определяется как сумма доходов, полученных из таких других источников, уменьшенная на сумму расходов, связанных с получением таких доходов, но не выше суммы таких доходов.

3. В случае нарушения неприбыльной организацией требований по предоставлению услуг, порядка налогообложения и т. п. она может быть исключена из Реестра неприбыльных организаций и учреждений с последующим лишением налоговых преференций (п. 157.12. НК Украины).

4. В случае ликвидации неприбыльной организации ее активы должны быть переданы одной или нескольким неприбыльным организациям соответствующего вида или зачислены в доход бюджета (согласно п. 157.13. НК Украины).

Создание самостоятельного предприятия. Юридические предпосылки создания. Согласно ч. 1 ст. 13

этого ЗУ «О благотворительности и благотворительных организациях»: «С целью осуществления благотворительной деятельности благотворительные организации имеют право: учреждать средства массовой информации, предприятия и организации, заниматься издательской деятельностью». Исходя из ч. 1 ст. 19 этого же ЗУ имущество и средства благотворительных организаций состоят из «доходов от депозитных вкладов и от ценных бумаг, поступления от предприятий, организаций, находящихся в собственности благотворительной организации». Кроме того, в рассматриваемом Законе, в ч. 2 ст. 15 предусмотрено, что: «На финансирование благотворительных программ должна использоваться вся сумма поступлений, поступившая за финансовый год от предприятий и организаций, находящихся в собственности благотворительной организации, за исключением административно-хозяйственных расходов, связанных с функционированием благотворительной организации».

Исходя из изложенного, можно сделать вывод, что действующее украинское законодательство дает право благотворительным организациям создавать предприятия, с последующим направлением их прибыли для финансирования своей уставной деятельности.

Возможными, наиболее опти-

мальными, формами создаваемых предприятий могут быть следующие: а) предприятия объединения граждан (ЗУ «Об объединении граждан» (ч. 1 ст. 24), ГК Украины (ст. 112)); б) хозяйственные общества – в организационно-правовых формах полного общества, командитного общества, общества с ограниченной или дополнительной ответственностью, акционерного общества (ГК Украины (Главы 8, 9), ГК Украины (Главы 7, 9)). Организационно, а также с точки зрения: 1) налогообложения; 2) ведения бухгалтерии; 3) внесения изменений в учредительные документы или прекращения деятельности, оптимальным вариантом – для ведения бизнеса в небольших масштабах – является создание общества с ограниченной ответственностью. Поэтому ниже среди всех форм хозяйственных обществ будут анализироваться только создание, особенности правового статуса и функционирования последнего, в) частные предприятия (ГК Украины (ст. 113)).

Ниже приводится детализация: 1) правовых форм организации; 2) порядка создания таких предприятий; 3) освещение возможных позитивов/негативов и рисков такой деятельности.

Предприятие объединения граждан. Правовая форма организации. На основании анализа ч. 1, 3, 4 ст. 63, ст. 93, ст. 112, ч. 1-3 ст. 135 ГК Украины предприятие объединения граждан – это унитарное предприятие, основывается объединением граждан (в т. ч. благотворительной организацией) на основе его коллективной собственности.

Организационно-правовая форма создания и деятельности предприятия объединения граждан может быть изображена в виде следующей схемы:

Основные позитивы создания и деятельности предприятия объединения граждан:

1. Вновь созданное предприятие находится полностью в собственности объединения граждан (неприбыльной организации), при этом последнее владеет, пользуется и распоряжается переданным имуществом на праве хозяйственного ведения.



2. Неприбыльная организация распределяет доходы вновь созданного предприятия, может назначать его руководителя, осуществлять текущее руководство таким предприятием.

3. Предприятие может осуществлять любой из видов хозяйственной деятельности.

Основные *негативы* создания и деятельности предприятия объединения граждан:

1. Потребность в регистрации нового предприятия со всеми вытекающими временными, организационными и другими затратами.

2. Единственным владельцем и основателем такого предприятия может быть только объединение граждан – некоммерческая организация (без возможного участия физических лиц – работников, благотворителей, меценатов и т. д.).

Общество с ограниченной ответственностью. *Правовая форма организации.* На основании анализа статей 83, 84, 87-89, 113, ч. 2 ст. 115,

ставление соответствующей доли в уставном капитале) других юридических или физических лиц.

2. Оптимальный организационно-правовой способ ведения хозяйственной деятельности в небольших размерах.

3. Широкие возможности для привлечения инвестиций, имущества, наемных работников и т. п.

4. Возможность избежать рисков, связанных с хозяйственной деятельностью (учредители, участники ООО несут ответственность за деятельность ООО только в размерах своих долей в уставном капитале ООО) (ч. 2 ст. 140 ГК Украины).

Основные *негативы* создания и деятельности ООО:

1. Необходимость создания и регистрации отдельного предприятия с соответствующими расходами и переводом части имущества, имущественных прав в уставный капитал ООО.

2. Необходимость создания орга-

нирования, то *рекомендуем* не создавать отдельных юридических лиц или регистрировать ФЛП, а только оптимизировать/реорганизовать осуществляемую хозяйственную/финансовую деятельность.

2. Если целью такой неприбыльной организации является развертывание более масштабной хозяйственной деятельности, любых ее видов и при этом имеются или планируется получить достаточно для этого ресурсов, *рекомендуем* создавать: а) предприятие объединения граждан – неприбыльную организацию (если ее единственным учредителем и владельцем имеет намерение быть только такое объединение граждан); б) ООО (если его учредителями и/или участниками будут как одно или несколько юридических и физических лиц).

3. Если целью неприбыльной организации является осуществление хозяйственной деятельности в небольших размерах – по видам, разрешенным законодательством для таких неприбыльных организаций, – с привлечением имеющихся материальных и человеческих ресурсов, *рекомендуем* регистрировать частное предприятие или провести государственную регистрацию одного/нескольких физических лиц – предпринимателей.

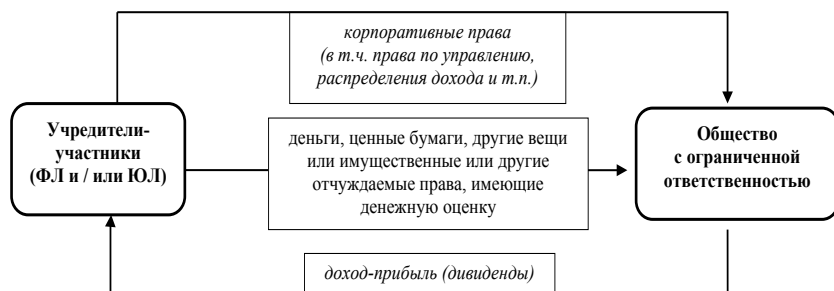
Список использованной литературы:

1. Гражданский кодекс Украины от 16.01.2003 г. (с последующими изменениями и дополнениями) [Электронный ресурс] / Верховная Рада Украины. – Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua>.

2. Хозяйственный кодекс Украины от 16.01.2003 г. (с последующими изменениями и дополнениями) [Электронный ресурс] / Верховная Рада Украины. – Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua>.

3. Налоговый кодекс Украины от 02.12.2010 г. (с последующими изменениями и дополнениями) [Электронный ресурс] / Верховная Рада Украины. – Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua>.

4. Закон Украины «О благоотво-



140-151 ГК Украины статей 62, 63, 79-91 ХК Украины общество с ограниченной ответственностью (далее – ООО) – это корпоративное частное предприятие (предпринимательское общество), созданное с целью получения прибыли и последующего ее распределения между участниками, уставный капитал которого разделен на доли между его участниками.

Организационно-правовая форма создания и деятельности ООО может быть изображена в виде следующей схемы:

Основные *позитивы* создания и деятельности ООО:

1. Возможность создания одним или несколькими юридическими или физическими лицами; возможность привлечения к совместной собственности в дальнейшем (через предо-

низационно-имущественного структуры ООО, полностью отделенной от структуры неприбыльной организации.

3. Управления имуществом, распределение прибыли осуществляется органами управления ООО.

Краткие итоги. В зависимости от краткосрочных и стратегических целей деятельности неприбыльной благотворительной организации, в Украине она может выбирать одну или несколько из охарактеризованных выше видов деятельности.

1. Если существующие виды хозяйственной/финансовой деятельности неприбыльной благотворительной организации приносят или, в условиях привлечения в будущем больших ресурсов, будут приносить достаточно дохода для ее самофинан-



рительности и благотворительных организациях» от 16.09.1997 г. (с последующими изменениями и дополнениями) [Электронный ресурс] / Верховная Рада Украины. – Режим доступа: <http://zakon.rada.gov.ua>.

5. Закон Украины «Об основах социальной защищенности инвалидов в Украине» от 21.03.1991 г. (с последующими изменениями и дополнениями) [Электронный ресурс] / Верховная Рада Украины. – Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua>.

6. Закон Украины «Об объединении граждан» от 6.06.1992 г. (с последующими изменениями и дополнениями) [Электронный ресурс] / Верховная Рада Украины. – Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua>.

8. Закон Украины «О социальных услугах» от 19.06.2003 г. (с последующими изменениями и дополнениями) [Электронный ресурс] / Верховная Рада Украины. – Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua>.

9. Закон Украины «О лицензировании отдельных видов хозяйственной деятельности» от 01.06.2000 г. (с последующими изменениями и дополнениями) [Электронный ресурс] / Верховная Рада Украины. – Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua>.

11. Постановление Кабинета Министров Украины «О порядке предоставления платных социальных услуг и утверждения их перечня» от 14.01.2004 г. (с последующими изменениями и дополнениями) [Электронный ресурс] / Верховная Рада Украины. – Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua>.

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ АРЕНДЫ ОБЪЕКТОВ КУЛЬТУРНОГО НАСЛЕДИЯ УКРАИНЫ

А. РОМАНЮК,

соискатель кафедры гражданского права и процесса
Национальной академии внутренних дел

SUMMARY

This article describes some of the actual problems in the area of regulation of the lease relations, the object of which are the historical and cultural values. The author has analyzed a significant number of normative acts that regulate these relations. The scientific articles and materials of judicial practice regarding resolution of disputes relating with rent of cultural heritage objects have been studied. The article reflects the latest changes in the legislation of Ukraine and foreign countries regarding the rent matters, their positive and negative aspects. Based on the research, conclusions were made by the author, were formulated certain proposals for the improvement of the current legislation, that can be included in both the scientific and legislative practice.

Key words: lease, the right of property, private property, object of cultural heritage, monuments of history and culture.

* * *

В данной статье рассмотрены некоторые актуальные проблемы в сфере регулирования арендных отношений, объектом которых выступают исторические и культурные ценности. Автор анализирует значительное количество нормативных актов, которые регулируют данные отношения, рассматривает научные статьи и материалы судебной практики относительно решения споров, связанных с арендой объектов культурного наследия. В статье отражены последние изменения законодательства Украины и иностранных государств, касающиеся вопросов аренды, их положительные и отрицательные стороны. На основе проведенного исследования автором сделаны выводы, сформулированы определенные предложения относительно усовершенствования действующего законодательства, которые могут быть учтены как в научной, так и в законодательной практике.

Ключевые слова: аренда, право собственности, частная собственность, объект культурного наследия, памятники истории и культуры.

Постановка проблемы. Имущество, которое имеет значительную историческую и культурную ценность, рассматривается как культурное наследие всего народа. Однако это не исключает закрепления такого рода объектов за отдельными субъектами права собственности. В соответствии со ст. 17 Закона Украины «Об охране культурного наследия», памятник, кроме памятника археологии, может находиться в государственной, коммунальной или частной собственности. Субъекты права собственности на памятник определяются согласно закону. Следовательно, отношения по владению, пользованию и распоряжению культурными ценностями, которые принадлежат отдельным гражданам, регулируются правом частной собственности.

Стоит отметить, что ни Конституция Украины, ни Гражданский кодекс Украины, вообще не называют исторические и культурные ценности в качестве предметов, которые могут принадлежать гражданам на праве частной собственности. Од-

нако абсолютно очевидно, что в Конституции Украины и в гражданском законодательстве очерчен лишь приблизительный круг объектов личной собственности, к которому не вошли, да и не могли войти, все предметы, способные удовлетворять личные



потребности граждан. Следовательно, в частной собственности может находиться любая вещь, если она служит средством удовлетворения потребительских запросов человека, кроме вещей, которые принадлежат исключительно государству, или кооперативным и общественным организациям.

Культурные ценности как объекты права личной собственности подчиняются специальному правовому режиму, который выражается в особенных правилах их приобретения и отчуждения, а также особенностях владения и пользования ими. Установление этих особенных правил продиктовано большой социальной значимостью культурных ценностей и направлено главным образом на обеспечение их сохранения для общества.

Актуальность темы. Большое значение для сохранения и заботливого отношения к объектам культурного наследия играет надлежащее гражданско-правовое регулирование порядка заключения и действия договоров о передаче имущества, которое имеет историческую и культурную ценность, во временное пользование. Современное гражданское законодательство в сфере регулирования арендных отношений характеризуется противоречивостью и нестабильностью, которая предопределяет нарушения, в частности, сроков в договорах имущественного найма, нарушения охранных обязательств, а также возникновение споров между участниками таких договоров. Это, в свою очередь, и обуславливает актуальность данной темы исследования, особенно когда речь заходит о таком виде договора как передача имущества во временное пользование, а именно – договор найма (аренды) недвижимого имущества, которое является памятником истории и культуры.

Цель статьи. Целью этой статьи является установление особенностей гражданско-правового регулирования отношений по поводу найма (аренды) недвижимого имущества, которое представляет собой историческую и культурную ценность.

Термин аренда происходит от латинского «attendare», что буквально

означает «отдавать внаем». Аренда представляет собой вид отношений между собственником имущества, который отдает его во временное пользование арендатору (нанимателю), при условии оплаты.

Институт договора аренды является одним из самых старых. Ведь еще в дореволюционный период договору аренды уделяли внимание такие ученые как Д.И. Мейер, Г.Ф. Шершневич, К.Д. Кавелин.

Обзор последних источников и публикаций. В праве Украины институт договора аренды исследовался многими учеными, а именно: В. Гончаренко, Ю. Гоптаренко, Л. Гулина, В. Жмуцкий, О. Иваненко, Г. Королева, С. Косинов, М. Мороз, О. Онищенко, В. Салтицкая, О. Смитюк, М. Стаднийчук, С. Теньков, В. Черный, В. Шпак, О. Уханева и др. Однако проблемы заключения и содержательного наполнения договоров аренды объектов культурного наследия недостаточно освещены в научной литературе, остаются актуальными и нуждаются в неотложном решении [8].

Правовое регулирование арендных отношений осуществляется Гражданским и Хозяйственным кодексами Украины. Нормы Гражданского кодекса Украины (ст. 759-786; 792-806) устанавливают общие положения об аренде с учетом особенностей, предусмотренных Хозяйственным кодексом Украины.

Закон Украины «Об аренде государственного и коммунального имущества» регулирует «организационные отношения, связанные с передачей в аренду имущества государственных предприятий и организаций, предприятий в коммунальной собственности» [2].

В соответствии с ч. 1 ст. 18 Закона Украины «Об охране культурного наследия», объекты культурного наследия, являющиеся памятниками, кроме памятников, занесенных в перечень памятников, не подлежащих приватизации, могут быть отчуждены, а также переданы собственником или уполномоченным им органом во владение, пользование либо управление другому юридическому или физическому лицу при наличии со-

гласования соответствующего органа охраны культурного наследия. Порядок предоставления согласований устанавливается центральным органом исполнительной власти в сфере охраны культурного наследия [1].

Пункт 2 ст. 4 Закона Украины «Об аренде государственного и коммунального имущества» устанавливает, что не могут быть объектами аренды: объекты государственной собственности, имеющие общегосударственное значение и не подлежат приватизации в соответствии с частью второй ст. 5 Закона Украины «О приватизации государственного имущества», кроме памятников культурного наследия, недвижимых объектов, которые находятся на территории историко-культурных заповедников. Таким образом, законодатель оставляет право предоставления в аренду отмеченных объектов, хотя и устанавливает определенные требования к таким соглашениям.

Арендаторами, согласно данному закону, могут быть хозяйственные общества, созданные членами трудового коллектива предприятия, его структурного подразделения, другие юридические лица и граждане Украины, физические и юридические лица иностранных государств, международные организации и лица без гражданства [2].

Законодатель установил определенные требования к физическому лицу, которое желает заключить договор аренды государственного имущества с целью использования его для предпринимательской деятельности. До заключения договора лицо обязано зарегистрироваться как субъект предпринимательской деятельности.

Памятник национального значения, который находится в государственной или коммунальной собственности и нуждается в специальном режиме охраны, может предоставляться в пользование по согласованию с центральным органом исполнительной власти, которая реализует государственную политику в сфере охраны культурного наследия.

Лицу, которое приобрело право владения, пользования или управления объектом культурного наследия,



за исключением нанимателя государственной или коммунальной квартиры (дома), запрещается передавать этот объект во владение, пользование или управление другому лицу, без согласования соответствующего органа охраны культурного наследия п. 2 в. 18 отмеченного Закона.

На наш взгляд, право пользования как особенное субъективное гражданское право имеет место тогда, когда за субъектом закрепляется обеспеченная законом, и которая не входит в состав других субъективных прав, возможность получения из имущества полезных свойств или удовлетворения за счет имущества своих потребностей, без права определения его юридической судьбы.

Возвращаясь к вопросу о юридической природе прав на культурные ценности тех государственных организаций, которые ими владеют, необходимо обратить внимание на ряд следующих обстоятельств. Прежде всего, стоит отметить, что памятники истории и культуры и другие культурные ценности не отнесены законом к числу объектов, которые находятся исключительно в государственной собственности. Как уже отмечалось, они могут находиться в государственной, коммунальной или частной собственности. Однако, конечно, нельзя обойти вниманием то обстоятельство, что правовой режим культурных ценностей носит особый характер, который выражается в определенном ограничении прав их владельцев, в том числе права распоряжения. Хотя, с похожими ограничениями мы сталкиваемся почти всегда, когда речь идет о сравнительно ценном и индивидуальном имуществе. Так, юридические и физические лица, в пользовании которых находятся объекты культурного наследия, отвечают за их сохранность и обязаны соблюдать требования органов охраны культурного наследия.

Юридические и физические лица обязаны обеспечить сохранность памятников на землях, которыми они пользуются, и заключать с органами охраны культурного наследия охранные договоры.

Дискуссии по поводу того, могут

ли объекты культурного наследия находиться не только в государственной собственности, длиться долгое время. Так, в советское время Ю.К. Толстой считал, что памятники истории и культуры могут находиться лишь в государственной собственности [3]. Конечно, в первую очередь объекты культурного наследия должны использоваться в интересах развития науки, образования и культуры, национального и эстетического воспитания. Развитие этих отраслей должно выполняться именно на государственном уровне. Конституцией Украины, действующим законодательством Украины определено, что все памятники истории и культуры, которые находятся на территории Украины, охраняются государством. Украина, как член Конвенции «Об охране всемирного культурного и природного наследия», обязалась обеспечивать охрану и сохранение в надлежащем состоянии культурного наследия, которое расположено на ее территории.

Однако, на наш взгляд, оставление объектов культурного наследия в государственной собственности не может отображать истинное состояние дел, поскольку организации, на балансах которых числятся объекты культурного наследия, владеют достаточно широкими возможностями распоряжения ими. Объекты культурного наследия, пригодные для хозяйственного или другого практического использования, органы охраны предоставляют в пользование предприятиям, учреждениям, организациям и гражданам, заключая с ними соответствующие договоры.

До недавнего времени предоставление выдающихся достопримечательностей архитектуры, искусства и культуры, в частную собственность казалось невозможным. Однако, как свидетельствует мировая практика, состояние дел в этой сфере в корне изменилось. В последнее время аренда известных сооружений пользуется популярностью во всем мире. В частности в Европе распространена практика передачи памятников истории в аренду частным лицам, коммерческим компаниям, неприбыльным организациям на достаточно жестких

условиях, которые поощряют выгодные и стабильные инвестиции.

В Италии сегодня много объектов культурного наследия находится в весьма удручающем состоянии. Власти страны планируют провести около 63 аукционов, на которых будут выставлены исторические здания с целью их дальнейшей передачи в аренду. В оправдание столь решительной политики отмечается, что новые владельцы не только приведут объекты культурного наследия в порядок, но и будут получать с них хорошие доходы, часть которых пойдет в государственный бюджет [6].

Греция также дала согласие на то, чтобы сдавать в аренду свои памятники, в числе которых оказался легендарный Акрополь. Тяжелое финансовое положение в стране вынуждает правительство искать разные способы заработка. Средства, полученные от аренды памятников греческой истории, будут направлены на содержание этих самых сооружений [5].

Следовательно, передача памятников архитектуры в аренду обеспечивает содержание в надлежащем состоянии государственного или коммунального имущества, которое не используется органами местного самоуправления или предприятиями, учреждениями, заведениями и другими организациями, и дает возможность получить максимальную прибыль от его использования.

Но как быть с теми объектами культурного наследия, которые находятся в крайне запущенном или разрушенном состоянии? При этом о самом статусе памятника архитектуры мнения тоже противоречивые. Одни считают, что далеко не все нынешние памятники архитектуры можно считать таковыми. И, прежде всего, именно из-за их ветхости. Другие, например, заслуженный архитектор России, член-корреспондент Российской Академии архитектуры и строительных наук, профессор Ваган Каркарьян неоднократно утверждали, что ценность памятников архитектуры не зависит от их ветхости. Ветхость – это признак отношения к ним. Когда же в Украину приезжают иностранцы, они



начинают фотографировать наши старые дома не потому, что они ветхие, а потому что они видят их историческую красоту [7].

На сегодняшний день в Украине под государственную охрану взято свыше 150 тысяч недвижимых памятников истории и культуры, в том числе 15600 памятников архитектуры и градостроения.

Процесс сохранения историко-культурного наследия страны, невзирая на принятие трех государственных программ, осуществлялся в 2009—2011 гг. в условиях хронического недофинансирования и неэффективного выполнения центральными и региональными органами власти соответствующих функций.

Однако в течение 2009—2011 гг. на реставрацию и консервирование объектов историко-культурного наследия в этих регионах из государственного бюджета было направлено менее 10% от необходимых объемов финансирования.

Коллегия Счетной палаты отметила, что культурное наследие страны нуждается в надлежащем внимании со стороны Правительства, безотлагательных мероприятий по спасению архитектурных и исторических памятников, в частности, разработки и утверждения соответствующей долгосрочной целевой государственной программы [4].

Практически каждый объект архитектурно-градостроительного наследия нуждается в проведении комплекса научно-исследовательских и реставрационно-ремонтных работ. Почти каждая достопримечательность находится в неудовлетворительном состоянии, а каждая десятая – в аварийном. Недостаток государственного финансирования реставрационно-ремонтных работ неудовлетворительно влияет на состояние памятников архитектуры и градостроения, особенно тех, которые используются бюджетными учреждениями или не находятся в хозяйственном использовании.

Ветхое состояние памятников архитектуры и градостроения объясняется следующими факторами:

– отсутствием надлежащего госу-

дарственного финансирования в объемах, предусмотренных бюджетом;

– низкой финансовой возможностью пользователей памятников архитектуры;

– недостаточной общественной определенностью приоритетности дела сохранения объектов культурного наследия.

И в связи с этим, инновационным решением данной проблемы является привлечение частных инвестиций в сферу сохранения объектов культурного наследия. Так, большую популярность в настоящий момент набирает такой механизм привлечения инвестиций в данную сферу, как сдача в аренду физическим и юридическим лицам памятников истории и культуры.

Правительство Российской Федерации уже начало очень решительную политику в этой сфере. С 1 января в 2013 г. вступило в действие Постановление Правительства РФ от 4 октября 2012 г. № 1005 «Об утверждении Положения об установлении льготной арендной платы и ее размеров юридическим и физическим лицам, владеющим на праве аренды находящимися в федеральной собственности объектами культурного наследия (памятниками истории и культуры) народов Российской Федерации, вложившим свои средства в работы по их сохранению и обеспечившим выполнение этих работ».

В соответствии с указанным Постановлением Правительства РФ, граждане, юридические лица, которые владеют на праве аренды объектом культурного наследия, которые вложили свои средства в работы по его сохранению, имеют право на льготную арендную плату. При этом стоит отметить, что в большинстве случаев условия действительно очень выгодные. Так, например, в соответствии с пунктами 2.1 и 2.5 Положения о предоставлении в аренду объектов культурного наследия г. Москвы, которые находятся в ветхом состоянии (утв. Постановлением Правительства Москвы от 24.01.2012 г. № 12-ПП) инвестор может получить в аренду объект культурного наследия на 49 лет, при установлении после при-

нятия работ по сохранению объекта культурного наследия минимальной ставки годовой арендной платы в размере 1 рубль за квадратный метр площади объекта культурного наследия в год, на весь последующий период к окончанию срока действия договора аренды.

Самым главным заданием при предоставлении подобного рода объектов в аренду является разработка таких условий, которые бы не позволили арендатору лишиться предоставленного в пользование объект своей историко-культурной значимости. По нашему мнению, главным инструментом, который бы урегулировал данные отношения, должен быть договор найма (аренды) объектов культурного наследия, заключенный в письменной форме, а также нотариально удостоверенный.

Договоры аренды домов или помещений, которые являются памятниками истории и культуры, кроме существенных условий, должны содержать дополнительные условия, а именно охранные обязательства и меру ответственности за невыполнение условий договора.

Анализ судебной практики Украины указывает на наличие споров между участниками таких договоров как аренда объектов культурного наследия. Так, в Постановлении Высшего хозяйственного суда Украины (далее – ВХСУ) от 15.12.2008 г. по делу № 17/111-06-4961 рассмотрено дело о признании договора аренды частично недействительным. Предметом спора был объект культурного наследия. Из материалов дела следует, что 20.01.2005 г. между Одесским областным советом в лице Управления охраны объектов культурного наследия и ООО «Городской Антропологический центр» был заключен договор аренды объекта культурного наследия с охранными условиями, предметом которого является арендное пользование объектом культурного наследия – прежним особняком Гавсевича, построенным в 1903 г., который расположен по ул. Черноморской, 1 в г. Одессе. По настоящему договору, обществу было передано в аренду объект культурного наследия (родом



№ 6) общей площадью 1153,99 кв. м с целью проведения комплекса ремонтно-реставрационных работ с последующим размещением медицинского учреждения [9].

По делу 10/378 Окружной административный суд г. Киева рассмотрел иск Главного управления культуры и искусств исполнительного органа Киевского городского совета (Киевской городской государственной администрации) к Историко-архитектурной памятке-музею «Киевская крепость» об обязательстве совершить действия касательно объекта национального культурного наследия. 13.03.2008 г. Киевским городским советом принято Решение № 92/4564 «О передаче в аренду имущества коммунальной собственности города Киева», согласно которому Киевский городской совет решил: передать в аренду Благотворительному фонду «Платар. Памяти Сергея Платонова» нежилой дом – Башню № 4, которая находится в Печерском районе г. Киева по ул. Старонаводницкой, 2, общей площадью 3588,00 кв.м. (далее – Башня № 4), сроком на 49 лет при условии проведения реставрации объекта за средства арендатора и использования его по целевому назначению под размещение музея; арендодателем указанного имущества установить Главное управление культуры и искусств.

Историко-архитектурная памятка-музей «Киевская крепость» является целостным и неделимым имущественным комплексом, который имеет общий единственный охранительный номер 867. Его важнейшей составной частью является Башня № 4. Именно с целью сохранения целостности этого комплекса памятник национально-го значения постановлениями Верховной Рады Украины от 27.11.2003 года № 1351 и от 04.03.2004 года № 1585-iv Башня № 4 была передана на баланс ИАПМ «Киевская крепость». Предоставив памятнику, статус объекта национального культурного значения, государство установило правовые гарантии сохранения неделимого имущественного комплекса как уникального объекта культурного наследия украинского народа.

Передача указанной башни, которая является неотъемлемой и неделимой частью архитектурного ансамбля ИАПМ «Киевская крепость», в аренду благотворительному фонду «Платар. Памяти Сергея Платонова» для использования ее в качестве помещения для сохранения объектов этого фонда, не отвечает целям создания архитектурного ансамбля ИАПМ «Киевская крепость», основными заданиями которого является использование памятников культуры, сохранение, приумножение и популяризация историко-культурного наследия, а также приобретение граждан, к национальному и мировому культурно-художественному и историческому наследию. Иск был удовлетворен в интересах истца [10].

Выводы. Учитывая бесспорную необходимость дальнейшего развития института аренды объектов культурного наследия в Украине, необходимо ответить на ряд вопросов, очерченных выше. Используя иностранный опыт в современных украинских условиях, мы не должны допустить «слепого» копирования и применения эффективных на Западе и в Российской Федерации теорий и концепций. По нашему мнению, разработки ученых, успешно реализованные в других странах, не могут и не должны «один-в-один» применяться в современных украинских условиях, поскольку национальные особенности, образ жизни многих народов иностранных государств и украинцев абсолютно разные. Отсюда выходит, что нужна разработка особенной украинской стратегии сохранения объектов культурного наследия.

В долгосрочной перспективе государство должно обеспечивать ликвидацию аварийного состояния памятников архитектуры. Особенное внимание необходимо обратить на достопримечательности, которые находятся в Списке всемирного наследия ЮНЕСКО. В директивах ЮНЕСКО акцентируется внимание на целесообразности разработки долгосрочной (на срок от 5 до 30-ти лет) Концепции деятельности на объектах всемирного наследия [11].

Список использованной литературы:

1. Про охорону культурної спадщини. Закон України від 08.06.2000 № 1805 ІІІ // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 39. Ст. 333
2. Про оренду державного та комунального майна. Закон України від 10.04.1992 №2269-ХІІ (В редакції Закону №98/95-ВР від 14.03.95) // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – №15. Ст. 99.
3. Толстой Ю.К. Социалистическая собственность и оперативное управление// Проблемы гражданского права. С. 45-46.
4. Занедбані пам'ятки. Закон і Бізнес Випуск №21 (1060) 19.05—25.05.2012
5. Греция дала согласие на то, чтобы сдавать в аренду свои памятники // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.iksteelhead.com/articles/94-greciya-dala-soglasiena-to-chtoby-sdavav-t-v-arendu-svoipamyatniki.html>
6. Д. Мароко. Италия сдает в аренду памятники. // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://rbctv.rbc.ru/archive/main_news/562949986602583.shtml
7. Ю. Савельева Что делать с ветхим памятником архитектуры?// [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://dom.63.ru/text/expert/38557.html>
8. Уханьова О.О. Договір оренди у порівнянні з іншими господарськими договорами //О.О. Уханьова Вісник Донецького університету. Серія В. Економіка і право. – 2007. – № 1. – С. 526-533.
9. Офіційний сайт Вищого господарського суду України. // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.arbitr.gov.ua
10. Офіційний сайт Єдиного державного реєстру судових рішень. // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.reyestr.court.gov.ua
11. Постійне представництво України при ЮНЕСКО. // [Электронный ресурс]. – Режим доступа:<http://unesco.mfa.gov.ua/ua/ukraine-unesco-cooperation>



УЧАСТИЕ ОРГАНОВ ВНУТРЕННИХ ДЕЛ УКРАИНЫ В МИРОТВОРЧЕСКИХ ОПЕРАЦИЯХ ПО ОБЕСПЕЧЕНИЮ МЕЖДУНАРОДНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ

Е. РУДОЙ,
кандидат юридических наук, доцент, профессор
кафедры административного права и административного процесса
Одесского государственного университета внутренних дел

SUMMARY

The legal base of the process of peacekeeping activity and the participation in it of the staff of the Ministry of Interior were considered. The mechanism of administrative and legal regulation of the process of maintenance of the participation of employees of the Ministry of Interior in the international peacekeeping activity, its origin, its development and modern state are accentuated. The legal base of peacekeeping activity is examined too. The characteristic of national and international legislation that designate the process of peacekeeping activity is set and on this foundation the proposition had been made – to mark out the sub-branch of administrative law – the law of peacekeeping activity.

Key words: International Peacekeeping operations, maintenance of the participation of the staff of the Ministry of interior in International Peacekeeping activity, International civilian police, Peacekeeping contingent, Peacekeeping personnel, selection and training of the candidates, financial and resource supply, mechanism of legal regulation.

* * *

Рассмотрены правовые основы участия работников органов внутренних дел в международных миротворческих операциях. Определены элементы административно-правового механизма обеспечения участия работников органов внутренних дел Украины в международных миротворческих операциях. Исследована структура деятельности гражданской полиции ООН в международных миротворческих операциях. Определены основные субъекты, которые обеспечивают процесс участия сотрудников милиции в международном миротворческом процессе, правоотношения и способы правового регулирования правоотношений в сфере миротворческой деятельности. Проанализирована роль гражданской полиции ООН в деятельности по разрешению внутрисубъектных конфликтов: ее основные задачи, принципы функционирования, нормативное обеспечение. Сформулирован вывод о многоуровневой системе правового обеспечения миротворческих операций, куда входят нормы международного права, нормы права международных организаций, национального права, а также права международных миротворческих миссий.

Ключевые слова: международные миротворческие операции, обеспечение участия работников органов внутренних дел Украины в международной миротворческой деятельности, международная гражданская полиция, миротворческий контингент, миротворческий персонал, отбор и подготовка кандидатов, ресурсное и финансовое обеспечение, механизм правового регулирования.

Постановка проблемы. Защищать мир и спокойствие на чужих землях доверяют только настоящим специалистам своего дела. Ведь именно от их профессионализма зависит не просто должный уровень общественного порядка в стране, но и достаточно часто и человеческие жизни. Не допустить столкновений и предупредить беду – задача не из легких, однако ежедневно оно предстает перед нашими соотечественниками на территориях земель, охраняемых международными миротворческими организациями. Сотрудники органов внутренних дел Украины во время пребывания в составе международных групп находятся в условиях локальных конфликтов, которые вызывают страдания местного населения и дестабилизируют обстановку в странах ближайшего окружения. Тяжелым злом они отзываются даже на других континентах — в странах, куда потоки беженцев несут с собой отголоски своих гражданских войн, а также эмиссаров организованной преступности, которая зародилась и окрепла в условиях ослабленного или утраченного правопорядка и в ходе своего развития стремится приобрести международный характер.

Подготовка миротворцев в Украине началась еще с 1994 года. За период участия МВД Украины в международной миротворческой деятельности в миротворческих операциях ООН на территории 18 стран, среди которых Косово, Конго, Кот-д'Ивуар, Судан,

Восточный Тимор, Либерия и другие, приняли участие около 3 тысяч работников органов внутренних дел и военнослужащих внутренних войск. Сейчас миротворческую службу под эгидой ООН в 6 странах несут 80 представителей МВД Украины [8].

Методы и использованные материалы. В странах СНГ за последнее время завершены диссертационные исследования по релевантным направлениям. В области защиты прав человека и международного гуманитарного права — это работы авторов: А.А. Маевская (2002), Мохаммад Абдель Карим Мусса Аль Нсур (2002), Н.В. Плахотнюк (2002), Ю.В. Климчук (2003), Л.В. Пастухова (2003), В.И. Дяченко (2003), П.Г. Зверев (2005), С.В. Бухмин (2005), Л.Н. Тарасова (2007). В области применения международного права в разрешении вооруженных конфликтов — это работы О.Е. Болгова (1999), С.А. Егорова (1999), О.О. Хохлышевой (2000), Кебеде Гобена Геллан (2001), Ю.В. Земскова (2003). В области деятельности международных организаций по сохранению мира — работы А.А. Делинского (2003), В.С. Ржевской (2003), С.С. Новикова (2003), О.О.



Хохлышевой (2003), Ю.В. Запарий (2004), С.Н. Снегиной (2006), И.М. Крупянко (2008), Е.В. Годованик (2011). Обеспечение подготовки и участия персонала национальных правоохранительных органов в международных ОПМ (далее – МОПМ) исследовались в работах А.А. Теличкина (2004) [3], А.А. Гридчина (2009) [4], В.А. Заросило (2009) [5].

Каждая из перечисленных работ освещает важные проблемы, которые приходится разрешать в борьбе за права человека, а также при осуществлении МОПМ в зонах вооруженных конфликтов. Однако указанные работы не отражают особенности участия органов внутренних дел Украины в международных операциях по обеспечению международной безопасности.

Целью статьи является раскрытие особенностей подготовки и участия органов внутренних дел Украины в международных операциях по обеспечению международной безопасности, а также разработка отдельных предложений по усовершенствованию организационных и международно-правовых мероприятий данной деятельности.

На сегодняшний день на базе специального миротворческого центра Национальной академии внутренних дел Украины проходят учебно-организационные сборы по отбору и подготовке кандидатов для направления в составе миротворческого подразделения МВД в Миссии ООН в Либерии. Либерия – старейшая республика в Африке. Однако с начала 90-х годов эта страна больше известна затяжной и разрушительной гражданской войной и участием в вооруженном конфликте с другой западноафриканским государством – Сьерра-Леоне. Различные жизненные обстоятельства подталкивают наших земляков покинуть земли родной Украины и улететь в неизвестность в далекую Африку. Свою готовность к участию в миротворческих миссиях на базе специального центра НАВД Украины продемонстрировали присутствующим работники милиции – будущие миротворцы. Из 356 кандидатов, которые присутствовали на собрании, было

отобрано 140 человек, ближайшие полгода они будут с гордостью носить звание миротворцев на другом континенте Земли.

На миротворцев обычно возлагают такие основные задачи, как выполнение полицейских функций по охране общественного порядка и борьбе с преступностью, функции пограничной полиции и проведение следственных действий, отбор, подготовку и обучение кандидатов в местную полицию, круглосуточное патрулирование зоны ответственности, постоянное информирование о развитии событий центральных структур ООН и др.

Украинские специальные миротворческие подразделения и офицеры численной полиции под эгидой различных международных организаций должны обладать навыками вождения автомобиля, владения оружием, приемами рукопашного боя и иметь надлежащий уровень физической подготовки. Несмотря на то, что многие из правоохранителей уже не впервые отправляются в миротворческие миссии, каждый следующий раз они проходят отбор снова и снова. ... Английский, приемы рукопашного боя, навыки экстремального вождения ... все это новобранцы сдают каждый раз, причем не делается никаких ограничений мужчина или женщина хотят отправиться в миротворческую миссию. Наоборот, в соответствии с требованиями ООН предпочтение отдается все же слабому полу. Но как показывает практика, женщинам немного труднее оторваться от семейных и бытовых проблем, поэтому основной контингент – это мужчины. Это прекрасная возможность, в первую очередь для себя, испытать себя в экстремальных ситуациях.

Уже много лет сотрудники украинской милиции ездят в данные республики и находятся в составе миссии ООН, приобретая интересный опыт работы с международными организациями и с различными правоохранительными органами и не только с полицейскими. Например, участвуют в подготовке работников следственных подразделений по расследованию дорожно-транс-

портных происшествий в Либерии для работников полиции, а также для будущих судей и прокуроров, работают координаторами местной полиции, ассистентами заместителей комиссаров по оперативной работе и, наконец, советниками по вопросам обучения местной полиции.

Один из основных мотивов, который толкает наших соотечественников отправиться на другой конец земного шара, – это достойная оплата труда. Наши правоохранители на чужой земле получают от одной до четырех тысяч долларов, кроме того 100-процентное денежное обеспечение по месту работы в Украине. Еще одно из преимуществ – это приобретенный опыт, путешествия по миру и большие перспективы карьеры в будущем.

Однако сотрудники органов внутренних дел Украины, кроме личных навыков и подготовки, должны быть готовы к непредсказуемым условиям и специфической обстановке, которые обусловлены характером конфликтов, подавляемых международными миссиями.

Во-первых, это игнорирование международных и национальных правовых актов по защите прав, свобод и интересов человека, т.е. выражение правового нигилизма со стороны вооруженных масс. Взрыв вооруженного конфликта ликвидировал единую систему правопорядка в зоне. Оружие попало в руки к массам людей, причем, далеко не все взяли его для обеспечения политических прав и свобод или, по крайней мере, для самообороны. Многие стали пользоваться им для совершения грабежей и других преступлений, основанных на насилии. Отрицание прежних систем: с одной стороны — защиты, с другой стороны — сдерживания, — разрушило былые нормы поведения, привело к массовому правовому нигилизму, попранию человеческого достоинства и основных прав человека.

Во-вторых, проблема для зоны вооруженного конфликта – жестокости. В условиях вооруженных конфликтов на смену существовавшей системе правопорядка в качестве хоть какого-то защитника населения



от полного беззакония естественным путем выдвигается руководство местных кланов, в частности, бывшие полевые командиры. С размещением международной операции по поддержанию мира негласная власть неформального руководства территориальной общины сохраняется. Практика подтверждает, что эта власть распространяется и на местных полицейских, набранных из состава общины, о чем свидетельствуют многочисленные примеры из Боснии и Герцеговины, бывшей Югославской республики Македонии и пр., когда местные полицейские непосредственно занимались транспортированием и передачей невольниц грузовыми контейнерами в сопредельные территории своим же коллегам.

Следует особо отметить, что в процессе конфликта преступники ведут себя весьма активно, максимально провоцируя беспорядки, с тем, чтобы под лозунгами национальной (религиозной и т. п. борьбы) обеспечить себе условия для мародерства, грабежей и насилия. Ощувив выгоду пребывания во власти во время конфликта, по мере его видимого угасания, вызванного внешними и внутренними причинами, они всеми силами стремятся проникнуть во власть гражданскую: и вовсе не для того, чтобы обеспечить скорейшее процветание края, а для всемерной эксплуатации своих новых возможностей чиновника в корыстных целях, не гнушаясь при этом всеми видами преступной деятельности, всецело защищая ее от правоохранительных и судебных органов. Имели место случаи, когда их защитники (адвокаты) внушали жертвам торговли людьми целесообразность отказаться от показаний против преступников.

Кроме прочих проблем, остается предусмотренная правовой базой деятельности МОПМ передача преступников из интернационального состава миссий под юрисдикцию их национальных стран, что в подавляющем большинстве случаев приводит к безнаказанности, тем более, что система внутренних расследований ОПМ авторизована для осу-

ществления расследований лишь по административным правонарушениям, но не по уголовным преступлениям [10].

Остаются неразрешенными проблемы взаимодействия полиции из состава МОПМ с полициями других стран. Следует заметить, что необходимость взаимодействия полиции из состава МОПМ с полициями суверенных государств ярко проявилась еще в 1997 г. в намерениях о контактах между Департаментом операций по поддержанию мира и Интерполом с целью борьбы с транснациональной преступностью [11]. В составе Временной международной администрации Косово даже создано подобие Национального бюро Интерпола [12]. Однако есть основания считать, что эффективность взаимодействия через Интерпол все же ниже, чем непосредственное взаимодействие с полицией отдельно взятой страны на основании специального международного договора. В каком-то смысле организовать прямое взаимодействие гражданской полиции из состава МОПМ с полицией конкретной страны — проще, чем между полициями двух суверенных стран. Это связано с тем, что в состав полиции МОПМ могут быть приглашены представители соответствующего подразделения полиции из необходимой страны — для службы в гражданской полиции на определенный период (при условии, разумеется, что они удовлетворяют требованиям, предъявляемым к служащим гражданской полиции ООН). Указанное взаимодействие между полициями значительно облегчит взятие под контроль преступных транснациональных связей.

Следует вспомнить о сети так называемых «международных организаций предупреждения преступлений». Ветви этой сети распространены по всему миру: в Европе [13], в обеих Америках [14], [15], в Африке [16], в Азии [17] и многие другие. Эти организации позиционируют себя, как информационные организации. Сегодня их деятельность состоит, в основном, в проведении лекций, семинаров, круглых столов и пр. по тематике предупреждения

преступлений в регионах — для учреждений, которые в этом нуждаются. Мы же считаем, что на этапах планирования и развертывания МОПМ должна обязательно использоваться информация от этих организаций относительно транснациональной преступности, которая имеет связи с зоной, в которой предполагается развернуть МОПМ. Это необходимо для того, чтобы заранее подготовиться к взаимодействию с полициями стран, в которых действуют преступные эмиссары из зоны конфликта. В частности, это взаимодействие должно начинаться с приглашения в состав МОПМ представителей из соответствующих подразделений полиции указанных стран.

Необходимо знать, что также в зонах МОПМ работу ведут десятки неправительственных организаций, начиная с организаций оказания помощи женщинам, как, например, «La Strada» [19], организаций по борьбе за права человека «Amnesty International» [20], и заканчивая организациями защиты детей «Save the Children» [21]. В силу своего нейтрального статуса в отношении сторон вооруженного конфликта, команды неправительственных организаций имеют большую осведомленность о событиях. Именно поэтому взаимодействие с ними полиции, в частности, с международной полицией, представляет с одной стороны большой интерес. Но с другой стороны это взаимодействие весьма проблематично. Дело в том, что контакты с международной полицией, особенно в условиях, когда последняя поддерживает сторону правительства, подрывают уверенность второй стороны конфликта в беспристрастности неправительственной организации. В этом случае не только для деятельности команды неправительственной организации, но и для жизни ее членов возникает смертельная опасность. И вообще, в условиях массовых преступлений, связанных с угнетением и даже убийствами между сторонами конфликта, деятельность по своей сути незащищенных неправительственных организаций, направленная



на защиту прав человека, в глазах представителей сторон конфликта ставит эти организации в один ряд с противниками и, соответственно, подвергает их представителей смертельной опасности. Кроме того, в условиях правового нигилизма и пренебрежения к жизни людей как таковой, имеют место случаи, когда команды неправительственных организаций просто подвергаются атакам со стороны банд-формирований: грабёжам, насилию, убийствам.

Сегодня вопрос о том, как обеспечить деликатное взаимодействие гражданской полиции в зонах МОПМ с неправительственными организациями, чтобы не навредить последним, формально остается открытым. Следует заметить, что самые современные инструкции по созданию неправительственных организаций, в свою очередь, не содержат информации о правилах взаимодействия с полицией [22]. Мы же, принимая во внимание с одной стороны исключительную полезность деятельности этих организаций, с другой — их полную незащищенность в зонах МОПМ, считаем, что международная гражданская полиция во всех случаях обязана изыскать средства и способы для обмена информацией с неправительственными организациями и для обеспечения надлежащей защиты их штаб-квартирам и полевым командам.

Важной особенностью успешной деятельности органов внутренних дел Украины в составе международных миссий является владение национальным языком, того населения, которое приходится защищать. Поскольку языковой барьер является препятствием к получению конфиденциальной информации международной гражданской полицией от местного населения.

Потерпевшие от преступлений в зонах МОПМ большей частью доверяют дознавателям и следователям только из международного состава, поскольку местные полицейские и переводчики могут быть в контакте с местными преступниками. Однако прямое общение между ними зачастую невозможно из-за проблемы языкового барьера. Указанная про-

блема неизбежно возникает в тех МОПМ, где язык местного населения не совпадает с официальным языком миссии — одним из официальных языков международного общения (до сих пор — только английский, французский или испанский). Такое несовпадение имело место, например, во всех МОПМ на Балканах, на Гаити, в Восточном Тиморе и др. Позитивным примером выхода из такой ситуации в МОПМ на Балканах было освоение и использование в работе македонского и сербохорватского языков представителями международной гражданской полиции из числа сотрудников правоохранительных органов из России и Украины. Последнее указывает на необходимость принятия мер для привлечения в состав гражданской полиции МОПМ определенного числа лиц (профессиональных полицейских из зарубежных по отношению к МОПМ стран), владеющих кроме официального языка миссии — языком территории МОПМ.

Кроме того, приговоры для осуждения преступников в зоне МОПМ выносятся на основании нормативно-правовой базы, которая действовала в зоне МОПМ еще до разгара вооруженного конфликта, а, следовательно, до обретения преступления столь массового и жестокого характера. Неадекватность (мягкость) наказания за отдельные преступления требует скорейшего введения адекватной законодательной базы на территории каждой МОПМ с момента ее развертывания.

Выводы. Сотрудникам органов внутренних дел Украины во время участия в международных операциях по обеспечению международной безопасности и мира необходимо владеть специальными навыками и знаниями по противодействию преступлениям транснационального характера. Для успешной борьбы с ними необходимо взаимодействие с полициями отдельных национальных государств, а также с международными организациями предупреждения преступлений и неправительственными организациями, действующими в зоне МОПМ. Однако, взаимодействие с ними следует

осуществлять аккуратно, чтобы не подвергать их опасности. Хотя предлагаемые решения в полном объеме соответствуют положениям Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности, их воплощение требует обсуждения в Совете Безопасности ООН с последующим внесением соответствующих изменений в мандаты МОПМ, в правовой статус сотрудников ООН, в руководства для офицеров гражданской полиции ООН.

Список использованной литературы:

1. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 24 квітня 2009 року «Про Стратегію міжнародної миротворчої діяльності України» [Електронний ресурс] // Указ Президента України № 435/2009. – Режим доступа: <http://www.president.gov.ua/documents/9454.html>
2. Human Trafficking and Peacekeeping Operations [Electronic source] // Center for Strategic and International Studies. Washington, DC. 2013. – Access mode: <http://csis.org/program/human-trafficking-and-peacekeeping-operations>
3. Телічкін О.О. Правоохорона діяльність у сфері забезпечення міжнародного миру і безпеки: організаційно-правові засади: дис.... доктора юрид. наук : 12.00.07 / Олексій Олексійович Телічкін – Харків, 2004. – 428 с.
4. Гридчин А.А. Повышение готовности персонала миротворческих организаций к регулированию региональных конфликтов: автореф. дис. на соискание ученой степени доктора социолог. наук : 22.00.08 [Электронный ресурс] / Александр Анатольевич Гридчин — Орел, 2009. — 43 с. – Режим доступа: <http://www.dissers.ru/avtoreferati-dissertatsii-sotsiologiya/a72.php>
5. Заросило В.О. Адміністративно-правове забезпечення участі працівників органів внутрішніх справ України у міжнародній миротворчій діяльності : автореф.



дис. на здобуття наук. ступеня доктора юрид. наук : 12.00.07 / Володимир Олексійович Заросило – К.: «ДКС Центр» 2009. – 40 с.

6. Григор'єва І. Миротворці: є ким пишатися // Газета «День»: №22, (2013) <http://www.day.kiev.ua/uk/article/podrobici/mirotvorci-ie-kim-pishatisya>

7. Protecting the human rights of women and girls trafficked for forced prostitution in Kosovo. [Electronic source] // Amnesty International. International Secretariat, Peter Benenson House, 1 Easton Street, London WC1X 0DW, United Kingdom. – Access mode: http://www.aieu.be/static/documents/Kosovo_summary.doc

8. Украинские правоохранители готовятся к миротворческой миссии в Либерии (18.03.13) <http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/ru/publish/article/827496;jsessionid=2252042DDBC6B44FAAEE3EE1D4E973D8>

9. Annan K.A. Letter dated 9 February 2005 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council [Electronic source] / Kofi A. Annan // United Nations Security Council. Distr.: General. – 2005. – 9 February – 4 p. – Access mode: <http://cdu.unlb.org/Policy/ReformstoEliminateSexualExploitationandAbuse.aspx>

10. O'Brien M. Sexual Exploitation and Beyond: Using the Rome Statute of the International Criminal Court to Prosecute UN Peacekeepers for Gender-based Crimes [Electronic source] / Melanie O'Brien // International Criminal Law Review. Martinus Nijhoff Publishers. – 2011. – № 11. – p. 803 – 827. – Access mode: http://griffith.academia.edu/MelanieOBrien/Papers/850002/Sexual_Exploitation_and_Beyond_Using_the_Rome_Statute_of_the_International_Criminal_Court_to_Prosecute_UN_Peacekeepers_for_Gender-based_Crimes

11. Co-operation agreement between the United Nations and the International Criminal Police Organization-Interpol [Electronic source] // (Interpol. Co-operation Agreements). – Access mode:

<http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/cooperation/agreements/UN1997.asp>

12. Memorandum of understanding between the International Criminal Police Organization-Interpol and the United Nations Interim Administration mission in Kosovo on Co-operation in crime prevention and criminal justice [Electronic source] // Interpol 8 Dec 2005. – Access mode: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/cooperation/agreements/UNMIK.asp>

13. The European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations [Electronic source] // – Helsinki: HEUNI. – Access mode: <http://www.heuni.fi/>

14. Mission. International Center for the Prevention of Crime. [Electronic source] // – Montreal: ICPC-CIPC, 2003. – Access mode: http://www.crime-prevention-intl.org/menu_item.php?code=mission

15. United Nations Latin American Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders; San José, Costa Rica – (ILANUD). [Electronic source] // – Vienna: UNODC International Centre, 2009. – Access mode: <http://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CCPCJ/institutes-ILANUD.html>

16. United Nations African Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders; Kampala, Uganda – (UNAFRI). [Electronic source] // – Vienna: UNODC International Centre, 2009. – Access mode: <http://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CCPCJ/institutes-UNAFRI.html>

17. The United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders [Electronic source] // – Vienna: UNODC International Centre, 2009. – Access mode: <http://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CCPCJ/institutes-UNAFEI.html>

18. Non-Governmental Organizations and Academic Institutions. [Electronic source] // – Access Mode: <http://www.summit-americas.org/ngolist2.htm>

19. La Strada International – European Network Against Trafficking in Human Beings. [Electronic source] // – Access Mode: <http://lastradainternational.org/?main=home>

20. Amnesty International [Electronic source] // – Access Mode: <http://www.amnesty.org/>

21. Save the Children [Electronic source] // – Access Mode: http://www.savethechildren.org/site/c.8rKLIXMGIpI4E/b.6115947/k.8D6E/Official_Site.htm

22. The NGO Handbook [Electronic source] // The U.S. Department of State. 26 October 2012. – Access mode: <http://iipdigital.usembassy.gov/st/english/publication/2012/09/20120907135600.html#axzz2XhiuxOQu>



ПОНЯТИЕ И ПРИЗНАКИ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПАРЛАМЕНТАРИЕВ

И. РЫЖУК,

адъюнкт кафедры конституционного и международного права Национальной академии внутренних дел

SUMMARY

Article is devoted to subjects of constitutional law responsibility. There are determined a place of constitutional law responsibility among others kinds and types of legal responsibility. This article define signs of constitutional law responsibility. There are analyzed concepts of «constitutional law responsibility» and «constitutional responsibility». On the basis hold analyzed concepts of constitutional law responsibility shown like in general and particular. Also selected indication of this kind of responsibility and justified term of constitutional responsibility. In conclusion consolidated term of constitutional law responsibility on legislative level and determined base with order to attract for constitutional law responsibility MP in single legal act.

Key words: legal responsibility, constitutional law responsibility, constitutional responsibility, parliamentarians.

* * *

Статья посвящена исследованию конституционно-правовой ответственности. Определено место конституционно-правовой ответственности среди других видов юридической ответственности. Определены признаки конституционно-правовой ответственности. Проанализированы понятия «конституционно-правовая ответственность» и «конституционная ответственность», обосновано использование термина «конституционно-правовая ответственность». На основании проведенного анализа дается понятие конституционно-правовой ответственности в общем и конституционно-правовой ответственности парламентариев в частности. Выделяются признаки данного вида ответственности. В качестве вывода предлагается закрепить понятие «конституционно-правовая ответственность» на законодательном уровне и в едином нормативно-правовом акте определить основания и порядок привлечения к конституционно-правовой ответственности народных депутатов.

Ключевые слова: юридическая ответственность, конституционно-правовая ответственность, конституционная ответственность, парламентарии.

Постановка проблемы. Изучая ответственность, можно отметить, что данное понятие является многоаспектным и многозначным, оно используется многими науками, в том числе и юридическими. Единства взглядов относительно понятия «ответственность» до сих пор нет. Это можно объяснить тем, что предметная сфера данного понятия постоянно изменяется. Даже в юридической науке данный термин используется для определения разных аспектов деятельности субъекта, и каждый вид ответственности имеет свою специфику. Особенность конституционно-правовой ответственности объясняется предметом, методом конституционно-правового регулирования общественных отношений; функциями, которые исполняет конституционное право в общей системе права, спецификой субъектов конституционно-правовых отношений, особенностями юридической природы неправомерного поведения в конституционно-правовой сфере; характером конституционных норм, на основе которых возникает ответственность, особенной процедурой ее реализации. Учитывая особенности конституционно-правовой ответственности и неоднозначность взглядов ученых относительно вышесказанной проблематики, более детальное исследование данного вида ответственности является актуальным.

Анализ последних исследований и публикаций. Вопросам конституционно-правовой ответственности уделялось много внимания ученых, среди которых Г. В. Барабашев, В. А. Виноградов, Н. М. Колосова, О. Ф. Фрицкий, Г. В. Задорожна, О. О. Майданник, Л. Р. Наливайко и другие. Достаточно обоснованно в работах вышечисленных ученых проанализирована конституционно-правовая ответственность, но значительно меньше внимания уделялось исследованию конституци-

онно-правовой ответственности государственных органов (Я.И. Ленгер, О.В. Мельник), и практически не исследована конституционно-правовая ответственность парламентария.

Цель статьи – определить место конституционно-правовой ответственности среди других видов ответственности, дать определение. Разграничить конституционно-правовую ответственность и конституционную ответственность. Выделить признаки данного вида ответственности. Определить понятие конституционно-

правовой ответственности парламентария.

Изложение основных положений. Вопросы юридической ответственности являются одними из сложнейших в юридической науке.

Юридическая ответственность — важнейший институт любой правовой системы, один из существенных признаков права, необходимый элемент его действия. Так как юридическая ответственность является одним из основных средств исполнения правовых норм, пресечения и предупреждения нежелательного поведения субъектов общественных отношений, и является категорией, которая свойственна всем отраслям права, в том числе и конституционному праву [1].

Рассматривая юридическую ответственность в широком (философском) значении, данное понятие можно трактовать как отношение лица к обществу и государству, к другим лицам с точки зрения выполнения ими определенных требований, осознания и правильного понимания гражданами своих обязанностей (долга) по отношению к обществу, государству и другим лицам.

В узком или юридическом значении юридическая ответственность интерпретируется как реакция государства на совершенное правонару-



шение. В указанном значении юридическая ответственность – это обязанность лица претерпевать за совершенное правонарушение определенные лишения государственно-властного характера, предусмотренные законом.

Из приведенного определения можно выделить признаки, которые характеризуют юридическую ответственность. Во-первых, юридическая ответственность всегда связана с государственным принуждением, которое выступает содержанием юридической ответственности.

Во-вторых, юридическая ответственность характеризуется определенными лишениями, которые виновный обязан претерпеть. Лишение правонарушителя определенных благ является объективным свойством ответственности.

В-третьих, юридическая ответственность наступает только за совершенное правонарушение. Правонарушение выступает в качестве основания юридической ответственности [2, с. 34].

Отдельное место в изучении юридической ответственности занимает ее классификация. Есть несколько оснований для классификации юридической ответственности. Среди них одной из самых распространенных является классификация юридической ответственности по отраслевому признаку. По данному признаку выделяют такие виды юридической ответственности, как уголовная, административная, дисциплинарная, гражданско-правовая, конституционная и международно-правовая.

Любая отрасль права не может нормально функционировать без наличия собственного института юридической ответственности. Не является исключением и конституционное право. Именно на конституционно-правовой ответственности мы сосредоточим наше внимание.

Теория права в целом и наука конституционного права рассматривают конституционно-правовую ответственность как самостоятельный вид юридической ответственности сравнительно недавно. Это повлияло на то, что в науке конституционного права среди ученых-государствоведов нет единства не только в определении са-

мого понятия конституционно-правовой ответственности, но и в самом названии данного вида ответственности. Н.М. Колосова употребляет термин «конституционная ответственность» [3, с. 86], М.В. Баглай использует как термин «конституционная ответственность», так и термин «конституционно-правовая ответственность». [4] А.А. Безуглов и С.А. Солдатов полагают, что более верным является название «конституционно-правовая ответственность», поскольку «конституционная ответственность – это ответственность, которая предусмотрена нормами Конституции и может наступить при нарушении конституционных обязанностей. Что же касается конституционно-правовой ответственности, то она предусмотрена нормами конституционного права и может быть применена за нарушение обязанностей, закрепленных нормами конституционного права. А так как конституционное право в настоящее время включает в себя нормы права, не только закрепленные в Конституции, но и содержащиеся во многих других источниках конституционного права, то, естественно, понятие конституционно-правовой ответственности значительно шире понятия конституционной ответственности» [5].

Аналогичное мнение высказывает Л.И. Нудненко, она утверждает, что конституционно-правовая ответственность является более широким понятием, чем конституционная ответственность [6, с. 361].

Кроме этого в научных кругах есть мнение, что понятие «конституционно-правовая ответственность» и «конституционная ответственность» являются синонимами и обозначают самостоятельный вид юридической ответственности, предусмотренный нормами конституционного права. Однако, по нашему мнению, такое отождествление не является верным.

На основе данных положений можно утверждать, что конституционная и конституционно-правовая ответственность не совпадают по источникам правового регулирования: основания конституционной ответственности устанавливаются Основным Законом, конституционно-правовой – не только Конституцией, но и

другими конституционно-правовыми актами. Таким образом, для обозначения самостоятельного вида юридической ответственности, которая отвечает ведущей отрасли права, по нашему мнению подходит именно термин «конституционно-правовая ответственность», поскольку именно он в полной мере отражает сферу применения и демократическую сущность данного института, который является гарантией свободы личности, защищенности общества от государственных злоупотреблений.

Среди ученых также продолжается дискуссия относительно определения конституционно-правовой ответственности. В украинской науке чаще конституционную ответственность рассматривается в двух аспектах – как специфический вид юридической ответственности с собственным механизмом и кругом субъектов и санкций, который связан с действиями политического характера и существует в положительном и отрицательном аспектах [7 с. 185], или просто как разновидность юридической ответственности, которая имеет сложный политико-правовой характер [8, с. 232].

Конституционно-правовая ответственность призвана сформировать и закрепить правомерное поведение высших должностных лиц, урегулировать их деятельность и деятельность государства в целом. Особое место конституционной ответственности определяется характером регулируемых общественных отношений, целенаправленным воздействием на развитие законодательства, наивысшей юридической силой Конституции Украины.

Конституционно-правовая ответственность – основа, базис для развития и формирования других видов юридической ответственности.

К характерным чертам конституционно-правовой ответственности можно отнести следующее:

1. Моментом возникновения конституционной ответственности является юридический факт получения специального статуса субъекта конституционных отношений. Получение конституционного статуса требует от субъекта реализации функций, выпол-



нение определенных обязанностей, при нарушении которых становится возможным применение санкций конституционной ответственности.

2. Конституционная ответственность имеет ярко выраженный политический характер. Она реализуется в политической сфере (что характерно отношениям по осуществлению власти), во многих случаях она имеет общее с политической ответственностью (например, отставку должностных лиц). Но при этом необходимо четко отличать политическую ответственность от ответственности конституционной. Последняя имеет четко выраженные правовые основания, процедуру и последствия.

3. Содержанием конституционной ответственности является правовая связь между субъектом властоотношений и обществом, имеет двухвекторный характер. Один вектор направлен к источнику получения конституционных полномочий, второй – к специально уполномоченным органам, которые имеют право применять карательные санкции к нарушителям конституционных отношений.

Эту связь можем рассматривать как абсолютное правоотношение. Субъект обязуется действовать определенным способом, общество имеет право контролировать его деятельность. Волевой частью ответственности является осознание последствий своих действий. Внешним выражением ответственности выступает реализация функций, выполнение обязанностей и соблюдение запретов.

4. Основанием применения санкций конституционной ответственности является факт совершения деяния, содержащего предусмотренные в законе признаки конституционного деликта. Состав конституционного правонарушения имеет свои особенности, которые обусловлены спецификой предмета конституционного права. Признание действия субъекта конституционных отношений противоправным направляет отраслевое конституционное законодательство на разработку действенных механизмов конституционной ответственности.

5. Конституционная ответственность предполагает самостоятельные конституционные санкции: досрочное

прекращение полномочий государственного органа, органа местного самоуправления, отставка, импичмент, снятие с регистрации кандидатов на выборные должности, предупреждение о прекращении противоправной деятельности и т.д..

6. Конституционная ответственность является механизмом правовой защиты и охраны Конституции государства и действующего конституционного законодательства. Задачей института конституционной ответственности является защита конституционных правоотношений, обеспечение стабильности конституционного строя, сбалансированности прав и обязанностей участников конституционных правоотношений.

Учитывая данные особенности, мы можем сформулировать определение конституционно-правовой ответственности парламентария как одного из субъектов конституционно-правовой ответственности. Итак, конституционно-правовая ответственность парламентария – это ответственное состояние парламентария за выполнение возложенных на него функций перед народом Украины, в случае нарушения которых, при совершении им конституционного деликта, применяются принудительные меры воздействия, суть которых заключается в исключении парламентария из сферы осуществления публичной власти, принятия решений, касающихся и затрагивающих интересы всего общества, государства в целом или ее отдельного региона [9, с. 94].

Ответственность парламентариев представляет собой целостное понятие, не меняет своей сущности в зависимости от того, идет ли речь о возможных последствиях поведения субъекта ответственности, или о последствиях, что уже наступили.

Как мы уже отмечали, данный вид ответственности имеет свои особенности, то же самое относится и к конституционно-правовой ответственности парламентария. Основная составляющая такой ответственности – не момент наступления общественно-опасных последствий, а наличие особой правовой связи, с одной стороны, между парламентарием и гражданами (избирателями), а с другой – между

парламентарием и органами конституционного контроля. Таким образом, конституционно-правовая ответственность парламентариев также имеет двухвекторный характер: инстанция, перед которой парламентарии являются ответственными, – это народ (депутаты действуют в его интересах), а субъектами, которые контролируют деятельность депутатов, соблюдения ими регламента и требований законодательства, – это специальные государственные органы.

Сущностной характеристикой конституционно-правовой ответственности парламентариев является то, что она представляет собой отдельное правовое явление, которое входит в состав их конституционного статуса и направлено на реализацию возложенных на них функций и выполнение специальных конституционных обязанностей (участие в выборах, создание местных ячеек, соблюдение правил предвыборной борьбы, выполнение предвыборной программы и т.д.).

Конституционно-правовая ответственность является специальным правовым средством, призванным удерживать деятельность депутатов в рамках правового поля.

Моментом возникновения конституционно-правовой ответственности является момент получения гражданином специального конституционного статуса народного депутата. С этого времени он может использовать предоставленные ему права, но в то же время должен исполнять обязанности и реализовывать функции, которые на него возлагаются в связи с полученным статусом.

Фактически, это обязанность строить свое поведение в соответствии с моделью, которая ожидается в обществе. Во время этой деятельности депутат всегда обладает определенной свободой выбора собственного варианта поведения среди многих существующих. Поэтому ответственность в данном случае понимается также как осознание возможных последствий выбранного варианта действий. При нарушении депутатом правовых норм (совершении конституционного деликта) к нему должны быть применены санкции конституционно-правовой ответственности.



Необходимо отметить, что в само понятие статуса парламентария ответственность входит одновременно с возможностью применения принуждения. Без принуждения не может быть ответственности, если нет добровольного и правомерного выполнения действий, которые возложены на субъект с его статусом. Возможность принуждения делает обязательными действия субъектов в той мере, в которой они в случае невыполнения (нарушения, ненадлежащего исполнения) могут быть принудительно исполнены, а субъект несет ответственность в той форме, которая определена в законе.

Основанием применения санкций конституционно-правовой ответственности к народным депутатам Украины, к примеру, может быть ненадлежащее исполнение возложенных на него обязанностей или факт совершения им конституционного деликта.

Еще одним признаком конституционно-правовой ответственности народных депутатов является специфичность санкций этой ответственности, которые закрепляются не напрямую в норме, определяющей данное деяние как противоправное, а в отдельных статьях закона о народных депутатах, Конституции Украины.

Кроме этого, к признакам конституционно-правовой ответственности парламентариев можно отнести специальные процессуальные формы реализации этой ответственности. Необходимо отметить, что соответствующие процедурные нормы нашли свое отражение в конституционном законодательстве Украины о выборах депутатов Верховной Рады Украины, органов местного самоуправления. В связи с этим возникает проблема становления конституционного процесса, как механизма реализации материальных норм конституционной ответственности.

Выводы. Проведенный анализ особенностей конституционно-правовой ответственности парламентариев показывает, что среди ученых нет единства по данному вопросу, кроме того, украинское законодательство имеет много «шероховатостей». Чтобы устранить эти пробелы в законо-

дательстве, во-первых, нужно дать четкое определение конституционно-правовой ответственности и закрепить его на законодательном уровне, во-вторых, в едином нормативно-правовом акте определить основания и порядок привлечения к конституционно-правовой ответственности народных депутатов, и, наконец, в-третьих, дать четкое определение, что следует понимать под санкциями конституционно-правовой ответственности.

Необходимо отметить, что активное изучение различных аспектов теории ответственности может послужить более интенсивному развитию отраслевого законодательства, постепенному совершенствованию института конституционно-правовой ответственности.

Желательно, чтобы конституционная ответственность стала необходимым институтом взаимоотношений общества и государства, способствующим повышению взаимного доверия народа и власти, оказывающим позитивное влияние на становление гражданского общества и правового демократического государства.

Список использованной литературы:

1. Дунайцева К. Ю. Конституционно-правовая ответственность как особый вид юридической ответственности / К.Ю. Дунайцева // [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://forum.rae.ru/pdf/article370.pdf>
2. Муниципальное право России: [Учебник] / А.П. Алексеев, С.Н. Братановский. - М.: ИЦ РИОР: НИЦ Инфра-М, 2013. - 268 с.
3. Колосова Н. М. Конституционная ответственность – самостоятельный вид юридической ответственности / Н.М.Колосова // Государство и право. - 1997. - № 2. - С. 86-90.
4. Конституционное право Российской Федерации. Баглай М.В. 6-е изд., изм. и доп. - М.: Норма, 2007. - 784 с.
5. Безуглов А. А., Солдатов С. А. Конституционное право России [Учебник]: В 3 т. - М., 2001. - Т. 1. - 799 с.
6. Нудненко Л.А. Конституционно-правовой статус депутата законодательного органа государственной власти в Российской Федерации / Л. А. Нудненко.

- Спб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. - 475с.

7. Фрицький О.Ф. Конституційне право України: [Підручник]. - К.: Юрінком Інтер, 2002. - 536 с.

8. Шаповал В. М. Юридична енциклопедія: В 6 Т./ Редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. - К.: «Українська енциклопедія», 1998. - Т. 1. - 672 с.

9. Армаш, Н. Особливості відповідальності керівників органів виконавчої влади/ Армаш Н. ; Армаш Н. // Право України. - 2004. - № 12. - С. 94-96



ОБЩИЕ ОСНОВАНИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПЕРЕВОЗЧИКА ПО ДОГОВОРУ МЕЖДУНАРОДНОЙ МОРСКОЙ ПЕРЕВОЗКИ ГРУЗОВ

Д. РЯБИКИН,

аспирант кафедры международного частного права Института международных отношений Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

SUMMARY

This article deals with the liability of the carrier arising from the international maritime cargo transportation contracts as one of the major concepts of private international maritime law. Carrier's liability is currently one of the principal issues in merchant shipping. General grounds for the carrier's liability are set out both in the international treaties and in the national legislation. The liability of the carrier may arise from the breach of various obligations, inter alia, loss of cargo, breach of terms of delivery and deviation.

Key words: transportation contract, bill of lading, time charter, freight, safety of cargo, deviation.

* * *

В данной статье речь идет об ответственности перевозчика по договору международной морской перевозки грузов, как об одном из основных институтов международного частного морского права. Именно ответственность перевозчика является сегодня одним из наиболее актуальных вопросов торгового мореплавания. Общие основания для ответственности перевозчика содержатся как в международных договорах, так и в национальном законодательстве. Такими основаниями являются требования в связи с несохранностью груза, нарушением сроков доставки, а также девиация. Указанные основания предоставляют грузовладельцу возможность требовать привлечения перевозчика к ответственности.

Ключевые слова: договор перевозки, коносамент, тайм-чартер, фрахт, сохранность груза, девиация.

Введение. Международные морские перевозки всегда занимали особое место в международной торговле, а их регламентация издавна являлась предметом правового регулирования, как международного частного морского права, так и национального права государств. В XXI в. – в эпоху глобализации и интенсификации международного товарооборота, вопросы правового регулирования торгового мореплавания и регулирования института ответственности морского перевозчика, в качестве одного из центральных институтов сферы торгового судоходства, не теряют своей актуальности.

Значение института ответственности перевозчика состоит в том, что в условиях непрерывного товарооборота, в котором морские перевозки занимают около 60% от всех грузоперевозок, порядок привлечения перевозчика к ответственности должен быть надлежаще урегулирован, как на международном, так и внутригосударственном уровне. Именно от степени урегулированности института ответственности перевозчика, а также от разработанности практики правоприменения зависит возможность эффективного и своевременного разрешения споров между грузовладельцами и перевозчиками.

Ответственность перевозчика носит договорной характер. Именно договор международной морской перевозки грузов является основным источником возникновения ответственности перевозчика. При этом история международно-договорной унификации правового регулирования института ответственности перевозчика берет свое начало в

20-х гг. XX в. Наличие унифицированного регулирования института ответственности перевозчиков подтолкнуло государства к принятию соответствующих норм на уровне национального законодательства, в результате чего, на сегодняшний день законодательство большинства государств содержит положения, регулирующие вопросы ответственности перевозчика. Вышеуказанное дает возможность эффективно исследовать институт ответственности перевозчика, а также определить основные основания для возникновения такой ответственности. Практический интерес, вызванный вопросами, связанными с привлечением перевозчиков к ответственности, а также недостаточный уровень разработанности законодательства по данному вопросу в Украине обуславливают актуальность исследования общих оснований ответственности перевозчика по договору международной морской перевозки грузов.

Анализ исследований и публикаций. Существенный вклад в исследова-

ние международно-правового и национального регулирования института ответственности перевозчика по договору международной морской перевозки грузов внесли А. Воробьев, С. Грудницкая, В. Грязнов, Ю. Драгунова, К. Егорова, А. Зорин, Г. Иванова, Е. Каминская, А. Кейлин, А. Кокин, А. Комаров, С. Кузнецов, С. Лебедев, А. Маковский, В. Сидорченко, А. Скворцов, Р. Стоянова, В. Тетлей, Д. Хилл, К. Хохлов, Ю. Юшкевич, А. Яннополус и др.

Цель статьи – изучение оснований возникновения ответственности перевозчика (фрахтователя либо судовладельца), вытекающей из договоров международной морской перевозки грузов, анализ положений международных договоров и национального законодательства в сфере регламентации ответственности перевозчика. При написании статьи были использованы общие и отраслевые методы научного познания такие как, диалектический, формально-логический, исторический, нормативный, метод сравнительного правоведения, метод комплексного исследования международных соглашений в сфере морского судоходства, метод системного анализа нормативно-правовой базы по вопросам ответственности перевозчика, а также метод исторического анализа развития института ответственности перевозчика.

Изложение основного материала. Договорная ответственность по своей сути является ответственностью, возни-



кающей из правоотношений, связанных с волеизъявлением субъектов международного частного морского права, то есть вытекающая из договорных отношений. Основное отличие договорной и внедоговорной ответственности заключается в том, что она, помимо норм, содержащихся в нормативных актах, устанавливается также нормами договора. При заключении договора стороны могут установить дополнительную ответственность за нарушение его условий, при этом международные договоры (конвенции) и национальное законодательство в сфере морских перевозок предусматривает невозможность ограничения ответственности по договору, например ст. 357 Кодекса торгового мореплавания Украины (КТМ) предусматривает, что соглашение об уменьшении ответственности судовладельца, определяемой положениями КТМ, является недействительным [6]. Это означает, что стороны, при заключении договора морской перевозки грузов, не могут избрать право, ухудшающее положение грузовладельца по сравнению с положениями Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте (принятой в Брюсселе 25 августа 1924 г., с изменениями, внесенными протоколами 1968 г. и 1979 г.), именуемой правилами Гаага-Висби.

Положение о запрете уменьшения ответственности перевозчика содержится в ч. 8 ст. 3 правил Гаага-Висби: «Любая оговорка, условие или соглашение в договоре перевозки, освобождающее перевозчика или судно от ответственности за потери или убытки, касающиеся груза, возникшие вследствие небрежности, вины или неисполнения обязанностей и обязательств, предусмотренных в настоящей статье, или уменьшающие такую ответственность иначе, чем это предусмотрено настоящей Конвенцией, считаются ничтожными, недействительными и не имеющими силы».

Прежде чем рассматривать вопрос об ответственности, возникающей из договоров перевозки грузов, необходимо определить основные понятия, так как они имеют свою особенность по сравнению в общепринятыми гражданско-правовыми определениями аналогичных правоотношений. Такие определения содержатся в Конвенции ООН

о морской перевозке грузов от 31 марта 1978 г. (Гамбургские правила).

Под морской перевозкой груза понимается не только перевозка по морю. В соответствии со ст. 133 КТМ перевозчик или фрахтователь обязуется доставить груз в порт назначения, то есть если в чартере (коносаменте) предусмотрен речной порт, куда судно по своим техническим характеристикам способно зайти, то перевозчик обязан доставить груз в такой порт. Такие перевозки являются достаточно распространенными в торговом судоходстве и для их осуществления используются специальные суда класса «река-море». Перевозка грузов морским судном по внутренним водным путям также будет рассматриваться как морская перевозка [4, с. 26]. Морской перевозкой является совокупность действий по перемещению груза из одного порта в другой при помощи судна. Перевозка берет свое начало в порту погрузки и завершается в порту выгрузки.

Перевозка грузов морем означает транспортировку надлежащим образом принятых для доставки морским судном предметов в твердом, жидком либо газообразном состоянии [1, с. 90]. Груз может быть в форме товаров, а также предметов, не имеющих потребительской стоимости (например, почта). Предметы, принятые на борт для использования в нуждах судна и его экипажа (топливо, запасные части, продукты питания и проч.), грузом не признаются. Перевозка пассажиров также не является перевозкой грузов. Имущество пассажиров, перевозимое одновременно с ними, признается не грузом, а багажом, и его перевозка попадает в категорию морской перевозки багажа.

Перевозчиком считается лицо, в распоряжении которого имеются суда, используемые для перевозки грузов с целью получения соответствующей платы (фрахта). В качестве перевозчика может выступать как судовладелец, так и лицо, взявшее судно в аренду (фрахтователь). Арендатор (фрахтователь) судна несет ответственность за сохранность груза в следующих случаях:

1. Когда фрахтователь фрахтует судно по димайз-чартеру.
2. Когда фрахтователь заключает договор перевозки с отправителем от своего имени.
3. Когда фрахтователь несет соли-

дарную ответственность за перевозку грузов наравне с судовладельцем.

Отношения, возникающие из морской перевозки грузов, считаются правоотношениями, имеющими договорной характер, если их содержание обусловлено договором морской перевозки грузов. В зависимости от того, идет ли речь о перевозке грузов на условиях предоставления для этого всего судна, его части или определенных помещений или о перевозке без подобного условий, договор морской перевозки заключается в форме чартера либо договора перевозки на линейных условиях (по коносаменту).

Указанный признак, являющийся основным при определении договора перевозки по чартеру и договора перевозки по коносаменту, дополняется другими признаками, позволяющими отличить эти договоры по их правовому характеру, субъектам, а также допустимости перехода прав сторон к третьим лицам [2, с. 67].

Переход права на груз от одного грузовладельца к другому, при перевозке по коносаменту, регулируется законом, который признает коносамент в качестве товарораспорядительного документа. Так, возможность передачи коносамента прямо предусмотрена в ст. 140 КТМ.

В свою очередь, чартер не является товарораспорядительным документом. Переход прав от одного лица к другому при чартерных перевозках, определяется не законом, а условиями чартера.

Данный признак договора коносаментной перевозки тесно связан с еще одной особенностью, позволяющей противопоставить его чартеру. Условия перевозки на основании коносамента распространяются на третьих лиц, не участвовавших в заключении договора морской перевозки, если такие лица указаны в качестве грузополучателей.

Нарушение условий договора морской перевозки грузов, в соответствии с которыми перевозчик принял на себя обязательство доставить в порт назначения вверенный ему отправителем груз и выдать его грузополучателю, а отправитель обязуется уплатить за перевозку обусловленную сумму (фрахт), влечет за собой договорную ответственность виновной стороны. Возникающие в результате нарушения договора перевозки споры обычно связаны с несохранно-



стью груза (требования, возникающие в результате утраты, недостачи либо повреждения груза), независимо от того, возникла ли она из-за недостачи веса, содержания грузовых мест, порчи или хищения груза.

Сроки доставки груза определяются соглашением между сторонами, а при отсутствии соглашения – в разумный, обычно принятый срок. Статья 919 Гражданского кодекса Украины от 16 января 2003 года (ГК) предусматривает, что если срок доставки груза не установлен в договоре, он может быть предусмотрен транспортными кодексами (уставами), прочими правилами, принимаемыми в соответствии с ними, а в случае отсутствия таких сроков – в разумный срок. КТМ, являющийся *lex specialis* в сфере торгового мореплавания, в ст. 133 не определяет конкретных сроков для доставки груза, однако это не означает, что в морском судоходстве сроки доставки устанавливаются только соглашением сторон. В соответствии с ч. 2 ст. 5 КТМ центральный орган исполнительной власти в сфере транспорта, которым является Министерство транспорта и связи Украины, в рамках своих полномочий разрабатывает и утверждает нормативные документы по вопросам торгового мореплавания, инструкции, правила перевозок грузов, являющиеся обязательными для всех юридических и физических лиц. Это означает, что в определенных условиях сроки доставки грузов могут быть предусмотрены.

Договоры международной перевозки грузов морем, как правило, не предусматривают сроков доставки [3, с. 51]. Так, при перевозке на основании чартера обычно указывается, что судно будет следовать «со всей возможной скоростью» либо «с разумной скоростью». При этом понимается не максимальная, а обычная, наиболее экономичная скорость. Вопрос о том, осуществлена ли перевозка в разумные сроки, решается в зависимости от конкретных обстоятельств и условий перевозки.

В соответствии со ст. 4 правил Гаага-Висби, никакая девиация (существенное отклонение от принятого пути следования) для спасения либо попытки спасти жизни, либо имущество на море и никакая разумная девиация не считаются нарушением конвенции или дого-

вора перевозки, а перевозчик не несет ответственности за любые, возникшие в результате этого, потери или убытки.

Коносаменты содержат примерно одинаковые положения, регулирующие девиацию. В соответствии с ними, груз может перевозиться по любому маршруту, который не обязательно должен быть прямым маршрутом, через любые порты, которые судно может посетить для любых целей и в любой последовательности. Линейный коносамент, принятый Балтийским и международным морским советом (БИМКО), при условии того, что судно осуществляет линейную перевозку, предусматривает, что намеченный рейс не должен быть ограничен прямым маршрутом и включает в себя любой маршрут, в том числе возвращение, стоянку, замедление скорости в любых портах или местах с разумной целью, связанной с выполнением рейса, в том числе с обслуживанием судна и экипажа.

Условие о девиации также включено во все формы коносаментов, и обычно сформулировано достаточно широко. Типичной оговоркой о девиации в коносаменте является оговорка о том, что судно может заходить попутно в любой порт или порты в любом направлении для любых целей, оказывать помощь судам, а также отклоняться от своего пути в целях спасения жизни, имущества либо для буксировки [1, с. 95]. Несмотря на условия коносаментов о девиации, они рассматриваются с учетом требований п. 8 ст. 3 и п. 4 ст. 4 правил Гаага-Висби. Так, согласно ст. 4 любая оговорка, условие или соглашение в договоре перевозки, освобождающие перевозчика или судно от ответственности за потери или убытки, касающиеся груза, возникшие вследствие небрежности, вины или неисполнения обязанностей, считаются ничтожными, недействительными и не имеющими силы. Следовательно, главным являются не условия о девиации, включенные в коносамент, а фактические обстоятельства каждого случая, определяющие, насколько девиация была разумной. Только в одном случае разумность девиации не может быть оспорена – это любые меры по спасению человеческих жизней на море. Разумной, также будет считаться девиация с целью выгрузки опасного груза, а также в случае, если судно было

забункеровано должным образом, однако в силу чрезвычайных обстоятельств топлива оказалось недостаточно для продолжения рейса. Также разумная девиация имеет место, когда судно отклоняется от курса с целью избежать захода в порт, охваченный забастовкой, либо в порт, в котором присутствует большое скопление судов (при условии, что перевозчик не знал об этом во время погрузки груза).

Поскольку перевозка грузов должна быть осуществлена в установленный договором срок, а при его отсутствии – в разумный или обычно принятый срок, возможным является возникновение ответственности перевозчика за просрочку доставки груза. Ранее задержка в доставке груза не считалась основанием для предъявления требований, так как предполагалось, что может возникнуть задержка, являющаяся обычным коммерческим риском. Кроме того, расчет убытков, понесенных в результате задержки, является сложным и не всегда отвечает принципу предполагаемого ущерба. Однако убытки, возникающие в результате задержки доставки груза, могут присуждаться и присуждаются в соответствии с принципом полной реституции при условии, что истец предоставляет необходимые доказательства [5, с. 107].

Основной обязанностью перевозчика является проявление должной заботливости о грузе на всех этапах его перевозки. В п. 2 ст. 3 правил Гаага-Висби содержится положение о том, что перевозчик должен надлежащим образом и старательно грузить, обрабатывать, укладывать, перевозить, хранить перевозимые грузы, заботиться о них и выгружать их. При этом данная статья не содержит оговорок и каких-либо исключений для перевозчика. Ошибки в обращении с грузом называются «коммерческими ошибками» и всегда являются основанием для ответственности перевозчика.

Правила Гаага-Висби содержат примерный перечень обстоятельств, освобождающих перевозчика от ответственности (ст. 4), однако доказать наличие таких обстоятельств и причинно-следственную связь между ними и ущербом должен перевозчик. В случае если обстоятельства ущерба не выяснены, предусматривается вина пере-



возчика [1, с. 98]. Такие нормы носят императивный характер, а договоры, не соответствующие положениям об ограничении ответственности перевозчика, являются недействительными. Однако перечень обстоятельств, свидетельствующих об отсутствии вины перевозчика, не является исчерпывающим. Ст. 176 КТМ, практически дословно воспроизводящая перечень обстоятельств, освобождающих перевозчика от ответственности, содержащийся в правилах Гаага-Висби, также, в соответствии с ч. 3, признает договоры, несоответствующие ее положениям, недействительными.

В торговом мореплавании часто возникают споры о том, кто должен нести ответственность за утрату либо повреждение груза, если судно осуществляет перевозку на основании тайм-чартера. В таких случаях необходимо установить собственника груза, поскольку в случае перевозки груза самого фрахтователя отношения судовладельца и фрахтователя по использованию судна регулируются только чартером, и ответственность судовладельца за утрату или повреждение груза будет регулироваться исключительно условиями чартера. При этом перевозчик несет ответственность за утрату или повреждение груза, если утрата или повреждение возникли вследствие отсутствия должной заботливости со стороны перевозчика по приведению судна в мореходное состояние или любого иного личного действия или бездействия, или неисполнения обязанностей, лежащих на перевозчике. В ином случае перевозчик несет ответственность за ущерб, даже если он возник в результате небрежности или ошибки со стороны экипажа.

Стороны также могут включить в договор перевозки условие о том, что судовладелец несет ответственность по тайм-чартеру на основании Брюссельской конвенции 1924 года или основанного на ней национального законодательства.

В случае перевозки груза третьих лиц, с которыми фрахтователь заключил договор перевозки, ответственность за повреждение или потерю груза будет нести фрахтователь, поскольку именно с ним был заключен договор. В свою очередь, фрахтователь имеет право на регрессный иск к судовладельцу.

Законодательство некоторых госу-

дарств, например Нидерландов, устанавливает солидарную ответственность судовладельца и фрахтователя, в результате чего грузовладелец вправе предъявить иск к любому из них, либо к обоим сразу.

Законодательство других стран устанавливает ответственность только фрахтователя перед грузовладельцем независимо от того, указано ли в коносаменте, что он подписан от имени фрахтователя.

В случае предъявления фрахтователем регрессного иска к судовладельцу, ответственность судовладельца перед фрахтователем будет регулироваться условиями тайм-чартера.

Выводы. Институт ответственности перевозчика по договору международной морской перевозки грузов является одним из основных институтов международного частного морского права. Основания для ответственности перевозчика содержатся как в международных договорах, так и в национальном законодательстве. Ответственность перевозчика по своей природе является договорной, и возникает вследствие нарушения перевозчиком условий договора международной морской перевозки грузов. Общими основаниями ответственности перевозчика являются требования в связи с несохранностью груза, нарушением сроков доставки, а также девиация (отклонение от курса). Именно эти основания предоставляют грузовладельцу возможность требовать привлечения перевозчика к ответственности.

Список использованной литературы:

1. Воробьев А. А. Ответственность судовладельца, возникающая из международной перевозки грузов морем : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – 222 с.
2. Зорин А. П. Правовое регулирование коносаментных перевозок в международном мореплавании : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1972.
3. Каминская Е. И. Ответственность морского перевозчика за девиацию и нарушение сроков доставки груза : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1991. – 282 с.
4. Сидорченко В. Ф., Сквоцов А. И. Капитан морского судна. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2001. – 307 с.

5. Тетлей В. Претензии и иски при перевозке грузов морем. – М. : Транспорт, 1983. – 351 с.

6. Кодекс торгового мореплавания Украины от 23.05.1995 года № 176/95-ВР // Ведомости Верховной Рады Украины от 21.11.1995 г. – № 47. – Ст. 349.