

LEGEA ȘI VIAȚA

Publicație științifico-practică
ISSN 1810-309X

Întreprindere de stat
Fondator – Ministerul Justiției
al Republicii Moldova
Certifi cat de înregistrare
nr. 10202264 din 11.02.1993

Publicație acreditată de Consiliul
Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică
al Academiei de Științe a Moldovei prin
Hotărîrea nr. 61
din 30.04.2009
Reconfirmare prin Hotărîrea nr.146 din 27 iunie 2013

Categoria C

Asociați: Curtea Constituțională, Curtea Supremă de
Justiție, Ministerul Afacerilor Interne, Ministerul
Sănătății, Institutul de Științe Penale și Criminologie
Aplicată, Institutul de Istorie, Stat și Drept al Academiei
de Științe a Moldovei, Academia „Ștefan cel Mare” a
MAI, Universitatea de Stat „B. P. Hasdeu” (Cahul),
Universitatea Slavonă, Universitatea „Spiru Haret”
(Constanța), Universitatea „Petre Andrei” (Iași),
Universitatea de Stat din Herson (Ucraina).

Se editează din ianuarie 1991
Nr. 5/3 (281) 2015

Redactor-șef L. Arsene

Colegiul de redacție:

Gh. Alecu, doctor în drept, prof. univ. (Constanța,
România); A. Armeanic, doctor în drept, conf. univ.;
V. Balmuș, doctor în drept; C. Bocancea, doctor în
drept, prof. univ. (Iași, România); V. Bujor, doctor
în drept, prof. univ.; A. Burian, doctor habilitat în
drept; T. Capșa, doctor în drept; Gh. Costachi, doctor
habilitat în drept, prof. univ.; I. Floander, doctor în
drept (Constanța, România); M. Gheorghică, doctor
habilitat în drept, prof. univ.; Gh. Gladchi, doctor
habilitat în drept; V. Guțuleac, doctor în drept, prof.
univ.; V. Florea, doctor în drept, prof. univ.; V. Moraru,
doctor în drept, prof. univ.; V. Naumov, redactor șef
adjunct; V. Popa, doctor habilitat în drept, prof.
univ.; V. Stratonov, doctor în drept, profesor (Herson,
Ucraina).

Adresa redacției:

Casa presei, et. 5 – 512; 515
str. Pușkin 22, mun. Chișinău, MD – 2012,
Republica Moldova
Tel.: 233 790; mob. 069190887;
234 132 (contabilitatea)

E-mail: publicare@legeasiviata.in.ua

Index: RM 77030

© Legea și viața

Pagina web: www.legeazakon.md

www.legeasiviata.in.ua

СОДЕРЖАНИЕ

- Александр БУХАНЕВИЧ. Трансформация
системы предоставления качественных
административных услуг в Украине..... 3
- Ирина ВЛАСЮК. Решение конфликта
юрисдикций в делах о трансграничной
несостоятельности.....7
- Андрей ГАРКУША, Евгения ГАРКУША.
Зарубежный опыт правового обеспечения
производства и торговли изделиями
медицинского назначения
и медицинской техникой.....10
- Елена ДЖАФАРОВА. Квотирование
как направление разрешительной
деятельности в Украине.....14
- Iryna IZAROVA. Historical traditions
of Ukrainian civil procedure.....18
- Oksana KRUKOVYCH, Julia TSYHANYUK.
Warranties of rights and freedoms
in the juvenile detention.....22
- Инна ЛЮДЬКОВА. Проблема определения
административно-правового статуса
национального агентства Украины
по вопросам государственной службы.....25
- Марк МАКАРОВ. Сроки обжалования
и рассмотрения следственным судьей жалоб
на решения, действия или бездействие
следователя и прокурора.....29
- Юлия МЕДВЕДЕНКО. Правовая защита
персональных данных: европейский опыт
для Украины на основе практики
Республики Кипр.....32
- Марьян МИГАЩУК. Осуществление
субъективного права
на корреспонденцию лицами,
не достигшими совершеннолетия..... 37
- Светлана НИЩИМНАЯ. Доктринальное
понимание бюджетного права
как сферы реализации
бюджетной деятельности.....41
- Татьяна ОЛЕКСЕНКО. Модели и технологии
структурно-системных отношений государства
и гражданина в административном праве.....44

Ирина ПЕРЕВЕРЗА. Теоретико-методологический потенциал моделирования в исследовании института адвокатуры.....	49
Инна ПИВОВАР. Дисциплинарная ответственность судьи.....	53
Валерия ПОЕДИНОК. Проблемы реформирования режимов специальных экономических зон в Украине.....	57
Виктория ПРИСТУПЛЮК. Административно-юрисдикционная деятельность органов государственной исполнительной власти в сфере защиты прав потребителей.....	61
Сергей САБЛУК. Противодействие возникновению массовых драк в Украине во второй половине 1940–1950-х годах.....	65
Svitlana SYNENKO. Theoretical and legal problems concerning disciplinary responsibility of transport workers.....	68
Артем СТОЯНОВ. Правовой режим недвижимого имущества в семейных правоотношениях.....	72
Вера ТОКАРЕВА. Правовое регулирование прав дизайнеров в США.....	76
Александр ФЕЛЬДМАН. Альтруизм в правовой культуре.....	79
Екатерина ХРИМЛИ. Направления совершенствования законодательства Украины о хозяйственно-торговой деятельности.....	83
Станислав ЧЕРНОПЯТОВ. Место охранительных отношений в предмете трудового права.....	88
Оксана ШИЦАК-КАЧАК. Проблемные аспекты эффективной защиты прав детей Уполномоченным при президенте Украины по правам ребенка.....	92

Мария ЩЕРБИНА. Право постоянного пользования земельным участком как препятствие в реализации принципа единства юридической судьбы земельного участка и объектов недвижимости, которые на нем расположены.....	95
Максим ЮХНО. Процессуальный статус защитника в уголовном производстве Украины.....	98
Светлана ЯЩЕНКО. Уголовная ответственность за умышленное неисполнение соглашения о примирении или о признании вины: сравнительно-правовой анализ.....	103
Салман АЛЬ-БРАЙЧАТ. Право личного статуса в современном Ираке: особенности формирования и перспективы развития.....	107



ТРАНСФОРМАЦИЯ СИСТЕМЫ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ КАЧЕСТВЕННЫХ АДМИНИСТРАТИВНЫХ УСЛУГ В УКРАИНЕ

Александр БУХАНЕВИЧ,
кандидат юридических наук, доцент,
соискатель Института законодательства Верховной Рады Украины

Summary

This article focuses on transformation of quality of administrative services in context of formation and development of modern state policy in field of administrative services in Ukraine. Draws attention to some success in providing quality administrative services. It is noted that, despite work done, the quality of administrative services still needs to be improved. In this regard, considers problems of providing quality administrative services and suggests ways of improving the legislation in provision of administrative services.

Key words: administrative services, quality, subject of the treatment, subject of administrative services.

Аннотация

Данная статья посвящена трансформации предоставления качественных административных услуг в контексте формирования и развития современной государственной политики в сфере предоставления административных услуг в Украине. Обращается внимание на определенные успехи в сфере предоставления качественных административных услуг. Отмечается, что, несмотря на проделанную работу, качество административных услуг по-прежнему нуждается в повышении. В связи с этим рассматриваются проблемы предоставления качественных административных услуг и предлагаются пути совершенствования законодательства в сфере предоставления административных услуг.

Ключевые слова: административная услуга, качество, субъект обращения, субъект предоставления административных услуг.

Постановка проблемы. Административная реформа, проводимая в Украине, предусматривает повышение эффективности государственного управления в целом, и необходимость переориентации деятельности государственных служащих и должностных лиц государственной власти и местного самоуправления на предоставление качественных административных услуг. В ежегодном Послании Президента Украины Верховной Раде Украины «Модернизация Украины – наш стратегический выбор» 2011 года отмечалось: «Назначение административной реформы – сделать власть открытой, прозрачной, эффективной и подконтрольной гражданам. Ее реализация будет способствовать повышению эффективности публичного управления, в частности, качества предоставления административных услуг, будет предотвращать возможности злоупотребления властью, усилит защиту прав и законных интересов граждан, будет обеспечивать последующее развитие гражданского общества» [1]. Однако согласно проведенному опросу фондом «Демократические инициативы имени Илька Кучерива» по заказу Центра политико-правовых реформ, положительно качество предоставления административных услуг в Украине в целом оценивают лишь 5% населения, что на 7% меньше, чем в 2013 году. В то же время доля тех, кто считает ка-

чество предоставления услуг плохой, с 2013 г. увеличилась с 32% до 40%. Среди основных негативных моментов при предоставлении административных услуг зачастую указывали на следующее: большие очереди (42%), отсутствие четких объяснений относительно необходимых документов, необходимость посещать учреждения несколько раз (30%), волокита с рассмотрением дела (28%), необходимость ходить по другим инстанциям (20%), а также покупать бланки и платить за какие-то «дополнительные услуги» (19%) [2]. Это говорит о низком качестве предоставления административных услуг.

Актуальность темы исследования. Общая демократизация и становление гражданского общества способствовали осознанию украинским обществом того, что целью современного, сервисного государства является не управление обществом, а предоставление ему услуг. Это стало толчком к началу процесса модернизации государственного управления, с целью трансформации Украины в сервисное государство, одной из основных функций которого признается обслуживание граждан в целях удовлетворения их потребностей и защиты их интересов. Именно с переориентацией характера управленческой деятельности из «управления человеком» на «предоставление услуг» и связано применение категории «административные

услуги», которое объясняется тем, что эта деятельность по удовлетворению определенных потребностей лица осуществляется по обращению этого лица. При этом уровень качества и доступности таких услуг является основным критерием эффективности государственного управления. В Украине достигнуты определенные успехи в сфере предоставления административных услуг. Вместе с тем развитие общества, изменение условий и требований нынешнего дня требуют оценки возможностей изменения во взаимоотношениях государства и граждан в целях более эффективного и качественного повышения уровня жизни населения.

Вопросам исследования и усовершенствования правового обеспечения предоставления административных услуг уделяли внимание такие ученые, как В.Д. Бакуменко, И.П. Голосниченко, Е.Ф. Демский, И.В. Дроздова, И.Б. Колиушко, В.К. Колпаков, Г.М. Писаренко, А.В. Таможний, В.П. Тимошук, М.М. Шапоренко и др. Вместе с тем сегодня много вопросов в этой сфере остаются недостаточно изученными. Одним из таких вопросов является необходимость детального исследования вопросов качества предоставления административных услуг.

Целью статьи является исследование трансформации предоставления качественных административных услуг в контексте формирования и раз-



вития современной государственной политики в сфере предоставления административных услуг в Украине.

Изложение основного материала исследования. Одним из основных документов государственной политики в части реформирования сферы предоставления административных услуг является одобренная Кабинетом Министров Украины в феврале 2006 г. Концепция развития системы предоставления административных услуг органами исполнительной власти [3]. Задачей этой Концепции является определение принципов и направлений дальнейшего реформирования деятельности органов исполнительной власти в сфере административных услуг. Ключевой элемент в процессе создания эффективной системы предоставления административных услуг – качество предоставления таких услуг. Согласно данной Концепции для повышения качества предоставления административных услуг необходимо: максимально децентрализовать их предоставление; обеспечить конкурентоспособную оплату труда в административных органах, способствовать выработке у работников мотивации для достижения конечного результата, а не формального соблюдения правил; разработать стандарты предоставления административных услуг; вводить современные формы предоставления административных услуг, что позволит организовать получение всех или наиболее распространенных административных услуг, которые предоставляются на определенном административно-территориальном уровне, в одном помещении; осуществлять оплату услуг непосредственно на месте. Повышению качества предоставления административных услуг будет способствовать определение критериев оценки их качества и стандартов предоставления. Оценивание качества предоставления административных услуг должно осуществляться на основании таких критериев, как результативность, своевременность, доступность, удобство, открытость, уважение к личности, профессионализм. Исходя из этих критериев, устанавливаются стандарты предоставления административных услуг.

Формирование единого подхода к оценке качества государственных услуг выступает главной составляю-

щей механизма управления качеством. Данный элемент позволяет не только производить измерения в области удовлетворенности граждан получаемыми услугами, но и представляет основу для выявления слабых мест данного процесса и дальнейшего принятия управленческих решений по его совершенствованию. В этой связи Кабинетом Министров Украины 11 мая 2006 года принято Программу внедрения системы управления качеством в органах исполнительной власти [4], которая была обусловлена: отсутствием единых для всех органов исполнительной власти стандартов и процедур деятельности; недостаточной ориентированностью деятельности органов исполнительной власти на удовлетворение потребностей граждан, особенно в области предоставления услуг; низким качеством значительного количества услуг, предоставляемых органами исполнительной власти; потребностью в осуществлении дополнительных мероприятий по предотвращению проявлений коррупции среди должностных лиц, уполномоченных на выполнение функций государства.

Для целей совершенствования системы процесса предоставления административных услуг и повышения качества самой услуги Кабинетом Министров Украины был также разработан План мероприятий по реализации Концепции развития системы предоставления административных услуг органами исполнительной власти [5], в котором указывалось на необходимость подготовки рекомендаций по разработке стандартов предоставления административных услуг.

Первыми шагами на пути стандартизации и регламентации процесса предоставления административных услуг стали принятые Методические рекомендации по разработке стандартов предоставления административных услуг [6] и Временный порядок предоставления административных услуг [7]. В Разделе I Методических рекомендаций было предусмотрено, что стандарт предоставления административной услуги – это акт административного органа, в котором определяются требования относительно предоставления административной услуги; в случае делегирования полномочий по предоставлению административной

услуги стандарт утверждается органом, который делегировал такие полномочия. Немного другое определение приводилось в п. 1 Временного порядка, согласно которому под стандартом административной услуги понимался акт, который выдается субъектам в соответствии с нормативно-правовыми актами, определяющими порядок предоставления административной услуги, и содержит информацию об административной услуге и процедуре ее предоставления, в частности условиях и ответственных лицах. Кроме этого, в данном документе отмечалось, что при разработке стандартов отдельной услуги следует включать требования, обеспечивающие необходимый уровень доступности и качества административной услуги в целом, а также на каждом этапе ее предоставления, включая внесение запроса о предоставлении административной услуги, его оформление и регистрацию, ожидание предоставления административной услуги, ее получения, контроль за качеством административной услуги. Несмотря на то, что субъекты предоставления административных услуг разработали стандарты предоставления таких услуг, правительством Украины было принято решение об отмене данных требований оценки качества административных услуг.

Следующим шагом на пути оптимизации процессов предоставления качественных административных услуг стало принятие долгожданного Закона Украины «Об административных услугах». В этом Законе о понятии «качества» указано в ст. 7 «Требования относительно качества предоставления административных услуг». Так, субъект предоставления административных услуг может выдавать организационно-распорядительные акты об установлении собственных требований относительно качества предоставления административных услуг (определение количества часов приема, максимального времени ожидания в очереди и других параметров оценки качества предоставления административных услуг). В случае, если субъектом предоставления административной услуги является должностное лицо, требования относительно качества предоставления административных услуг определяются органом, которому подчиняется. Как



видим, в ст. 7 Закона Украины «Об административных услугах» речь идет о поощрении субъектов предоставления административных услуг к постоянному улучшению качества предоставления административных услуг. Вместе с этим следует отметить, что в данной статье, как и во всем Законе, ничего не говорится о категории «стандарт предоставления административной услуги», хотя ст. 7 касается именно стандартов услуг в смысле, распространенном в зарубежных странах. Ведь стандарт качества административных услуг – это требования по предоставлению административной услуги, которые должен обеспечить административный орган, а также критерии, с помощью которых можно оценить, насколько потребитель административной услуги доволен ее предоставлением [9, с. 136].

Существенной новацией Закона Украины «Об административных услугах» в части предоставления качественных административных услуг стало введение информационной и технологической карт административной услуги, которые, по своей сути, заменили стандарты предоставления административных услуг.

Согласно ч. 2 ст. 8 Закона Украины «Об административных услугах» информационная карта административной услуги содержит информацию о: 1) субъекте предоставления административной услуги и/или центре предоставления административных услуг (наименование, местонахождение, режим работы, телефон, адрес электронной почты и веб-сайта); 2) перечень документов, необходимых для получения государственной услуги, порядок и способ их предоставления, а в случае необходимости – информацию об условиях или право на получение государственной услуги; 3) платность или бесплатность административной услуги, размер и порядок внесения платы (административного сбора) за платную административную услугу; 4) срок предоставления административной услуги; 5) результат предоставления административной услуги; 6) возможные способы получения ответа (результата); 7) акты законодательства, регулирующие порядок и условия предоставления административной услуги. Информационная карта административной услуги размещается субъектом

предоставления административных услуг на официальном веб-сайте и в месте осуществления приема субъектов обращений. Следует отметить, что качественная информационная карточка уменьшает потребности в устных и других персональных консультациях, и является источником информации, как для потребителей услуг, так и для персонала, осуществляющего прием посетителей.

В свою очередь технологическая карта административной услуги содержит информацию о порядке предоставления государственной услуги. В технологической карте административной услуги указываются: 1) этапы обработки обращения о предоставлении государственной услуги; 2) ответственное должностное лицо; 3) структурные подразделения, ответственные за этапы (действие, решение); 4) сроки выполнения этапов (действия, решения). То есть, технологическая карта административной услуги – это детальное описание процедуры предоставления конкретной административной услуги, а точнее, порядок действий работников субъекта предоставления административных услуг с момента получения заявления об административной услуге, и заканчивая выдачей результата субъекту обращения.

Информационная и технологическая карты административной услуги утверждаются субъектом предоставления административных услуг на каждую административную услугу, предоставляемую согласно закону, а в случае, если субъектом предоставления является должностное лицо – органом, которому подчиняется.

Изложенное выше свидетельствует о достижении определенных успехов в сфере предоставления качественных административных услуг, однако проделанной работы оказалось недостаточно – качество административных услуг по-прежнему нуждается в повышении. В связи с этим необходимо дальнейшее преобразование этой сферы и продолжение поисков новых способов решения актуальных проблем.

Прежде всего, следует отметить, что в Украине практически не существует простых административных услуг, то есть таких, которые за рубежом предоставляются за 10–15 минут. Например, в Грузии любой документ, начиная с

регистрации рождения ребенка и заканчивая визой для иностранцев, видом на жительство или актом на землю, можно получить за 15 минут [10]. В Украине же этот процесс занимает месяц походов в различные органы государственной власти и собирание справок. Так, после рождения ребенка необходимо последовательно посетить три разные инстанции (зарегистрировать факт рождения ребенка в ЗАГСе, зарегистрировать его местожительство в миграционной службе (на практике – в основном у паспортиста ЖЭКа) и начать процедуру получения помощи в социальной службе). На наш взгляд, все это должно осуществляться в центрах предоставления административных услуг по однократному обращению.

Серьезной проблемой в сфере предоставления административных услуг является то, что в подавляющем большинстве центров предоставления административных услуг невозможно получить популярные административные услуги: паспорт, регистрация места проживания, регистрация недвижимости, регистрация земельных участков, социальные административные услуги и т. д. Причина этого проста – центры предоставления административных услуг образуют городские советы и районные государственные администрации, а все популярные услуги предоставляют территориальные подразделения органов исполнительной власти: Государственная регистрационная служба Украины, Государственная миграционная служба, Государственное земельное агентство и тому подобное.

Не менее важным вопросом, который подлежит решению, является упорядочение перечня административных услуг. Согласно ч. 3 ст. 5 Закона Украины «Об административных услугах» перечень административных услуг определяется законом. Однако такой закон еще не принят. Сегодня перечни административных услуг утверждены постановлениями Кабинета Министров Украины, либо приказами органов государственной власти. Как следствие, система предоставления административных услуг на современном этапе ее развития является непрозрачной для обращения граждан за административными услугами.

Еще одним направлением по повышению качества предоставляемых



услуг является перевод их предоставления в электронный вариант. Международный опыт показывает, что технологии электронного управления способствуют улучшению эффективности и качества административных услуг, снижению коррупции, снижению административного бремени для граждан и бизнеса, а также усилению демократии и конкурентоспособности. Например, в Канаде считали, что стоимость предоставления услуги при физическом посещении человеком офиса составляет в среднем 28 долларов, а предоставление услуги через Интернет стоит всего 15 центов [11]. Существующий Единый государственный портал административных услуг является невостребованным, поскольку: 1) нет возможности получения административной услуги через Интернет; 2) не предоставляются консультации в режиме on-line; 3) отсутствуют наиболее популярные и востребованные административные услуги. Поэтому совершенствование нормативно-правовой и нормативно-технической базы, в частности относительно предоставления административных услуг в электронной форме, является важным научно-техническим направлением развития нашей страны.

К другим, наиболее эффективным шагам на пути оптимизации процесса предоставления качественных административных услуг следует отнести: 1) устранение очередей и недостаточности консультирования по вопросам предоставления административных услуг; 2) недопущение фактов требования дополнительных документов для предоставления административной услуги от субъектов обращения, самостоятельного согласования документов в других органах государственной и местной власти; 3) улучшение осведомленности населения по вопросам предоставления административных услуг; 4) увеличение количества дней и часов приема граждан; 5) уменьшение сроков для предоставления отдельных административных услуг; 6) налаживание эффективного межведомственного взаимодействия в предоставлении административных услуг органами власти различного уровня; 7) решение вопроса о дифференциации ответственности субъектов предоставления административных услуг; 8) повышение квалифи-

кации должностных лиц в сфере предоставления административных услуг; 8) исключение практики непрозрачных и часто необоснованных платежей.

Выводы. Решение проблем, описанных выше, позволит повысить качество предоставления административных услуг, а именно: максимально упростить для заявителей порядок оформления документов; обеспечить получателям услуг возможность однократного обращения в соответствующие органы для получения пакета административных услуг; ощутимо сократить временные затраты в ходе получения административных услуг.

Поэтому сегодня необходимо принять нормативно-правовые акты, которые позволят усовершенствовать и унифицировать процедуру предоставления качественных административных услуг.

Список использованной литературы:

1. Модернізація України – наш стратегічний вибір: Щорічне Послання Президента України до Верховної Ради України. – К.: НІСД, 2011. – 432 с.

2. Для покращення якості надання адмінпослуг потрібні децентралізація повноважень та розвиток інтегрованих офісів – опитування. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cdms.org.ua/index.php/uk/municipal-government-mn-ua/create-tsnap-mn-ua/526-2015-01-14-09-47-21.html>.

3. Про схвалення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 року № 90-р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/90-2006-p>.

4. Про затвердження Програми запровадження системи управління якістю в органах виконавчої влади: постановою Кабінету Міністрів України від 11 травня 2006 року № 614 (втратила чинність). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/614-2006-p>.

5. Про затвердження плану заходів щодо реалізації Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади: Розпорядження Кабінету Міністрів

України від 27 червня 2007 року № 494 (втратило чинність). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/494-2007-p>.

6. Про затвердження Методичних рекомендацій щодо розроблення стандартів надання адміністративних послуг: наказ Міністерства економіки України від 12 липня 2007 року № 219 (втратив чинність). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=v0219665-07>.

7. Про заходи щодо упорядкування адміністративних послуг: постановою Кабінету Міністрів України від 17 липня 2009 року № 737 (втратила чинність). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/737-2009-p>.

8. Про адміністративні послуги: Закон України від 6 вересня 2012 року № 5203-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 32. – Ст. 409.

9. Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України / Автор-упорядник В.П.Тимошук. – К.: Факт, 2003. – 496 с.

10. Досвід Грузії: будь-який документ видадуть за 15 хвилин у ... кав'ярні. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ua.racurs.ua/569-reforma-gruziyi-dokument-burokratija>.

11. Децентралізація послуг, або Чому ЦНАП поки що не дієві? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cdms.org.ua/index.php/uk/municipal-government-mn-ua/create-tsnap-mn-ua/512-2014-11-27-15-13-00.html?475c1c9d3fc293d10369444f94f309b9=f781f7a7dc7a0e696a0749e27ba3c106>.



РЕШЕНИЕ КОНФЛИКТА ЮРИСДИКЦИЙ В ДЕЛАХ О ТРАНСГРАНИЧНОЙ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

Ирина ВЛАСЮК,

юрист общества с ограниченной ответственностью «Мрия-Лан»

Summary

The article examines theoretical and practical aspects of resolution of various conflicts of jurisdictions arising in transborder insolvency cases. It is noted that despite number of practical difficulties case law and practice have successfully developed optimal solutions to present problems. There have been examined key critical arguments widely discussed in contemporary scientific doctrine regarding relevant topic, it was proved justifiability and utility of practical application of conflict of laws principle *lex concursus*. There have been selected and analyzed most common conflicts of jurisdictions in bankruptcy cases complicated with foreign element, there has been proposed different ways of resolution of referred situations.

Key words: transborder insolvency, conflicts of jurisdictions, conflict of laws principle *lex concursus*.

Аннотация

В статье исследуются теоретические и практические аспекты решения различных конфликтов юрисдикций, которые возникают в делах о трансграничной несостоятельности. Отмечается, что, несмотря на ряд существующих трудностей практического характера, судебной и правоприменительной практикой были выработаны оптимальные решения существующих проблем. Рассмотрены основные аргументы критики, которые широко обсуждаются в современной научной доктрине по данному вопросу, доказано оправданность и целесообразность практического применения коллизионной привязки *lex concursus*. Выделены и проанализированы наиболее распространенные конфликты юрисдикций в делах, осложненных иностранным элементом, предложены варианты решения сложившихся ситуаций.

Ключевые слова: трансграничная несостоятельность, конфликт юрисдикций, коллизионная привязка *lex concursus*.

Постановка проблемы. Сложность рассмотрения дел о трансграничной несостоятельности обусловлена многими причинами. Решение вопроса о праве, применимом к основному производству по делу о банкротстве, является основным и первоочередным для разработки четких и заранее понятных правил ведения бизнеса. Вопросам разрешения конфликтов юрисдикций и будет посвящена эта статья.

Актуальность темы исследования. В современном мире не только государства, но и даже самые малые предприятия оказываются прочно интегрированными в мировой хозяйственный оборот. Дела о банкротстве давно перестали рассматриваться как частные неудачи, а несостоятельность одного субъекта хозяйствования может представлять угрозу для рынка в целом. Эффективное разрешение конфликта юрисдикций позволяет быстро восстановить нарушенный экономический баланс, сделать ведение бизнеса более прогнозируемым.

Цель статьи. В данной статье автор преследует цель проанализировать вопрос конфликта юрисдикций, который возникает при применении коллизионной привязки *lex concursus*. Поскольку сейчас эта коллизионная привязка в полном объеме применяется только в рамках ЕС на основании Регламента ЕС 1346/2000 от 29.05.2000 года (далее иногда – Регламент 1346/2000 или Регламент)

[1], в дальнейшем будут исследоваться проблемы, связанные с практикой применения Регламента. Таким образом, можно выделить несколько вопросов, которые чаще всего являются предметом спора между судебными учреждениями нескольких юрисдикций. К ним относятся такие вопросы:

1. При условии, что несколько стран претендуют на признание открытого на их территории независимого вторичного производства основным, какая страна имеет право на открытие основного производства?

2. При условии, что несколько стран открыли на своей территории независимые вторичные производства и ни одна не претендует на признание такого производства в качестве основного, которая из них должна открыть основное производство?

3. При условии, что в одной стране открыто производство по делу о банкротстве физического лица, является ли данный факт основанием для открытия вторичного производства в другом государстве, законодательство которого не предусматривает возможности банкротства физических лиц?

4. Будет ли применяться коллизионная привязка *lex concursus* в случае банкротства предприятия, зарегистрированного на территории ЕС, если его центр основных интересов находится за пределами Сообщества, и наоборот?

5. Будет ли применяться коллизионная привязка *lex concursus* в случае банкротства предприятия, зарегистрированного на территории государства, не являющегося членом ЕС, если центр основных интересов должника находится на территории Сообщества?

6. Как определить центр основных интересов физического лица, которое после открытия производства по делу о банкротстве сменило место жительства?

7. Каковы границы применения коллизионной привязки *lex concursus*?

Изложение основного материала.

В основной части работы продемонстрируем, в чем заключается конфликт юрисдикций в делах о трансграничной несостоятельности, при каких обстоятельствах он возникает, и какие пути его решения. Для этого представим себе банкротство условной трансграничной компании А. Допустим, что компания А зарегистрирована в Украине, однако приобрела права участия в компании Б, зарегистрированной в Германии, и в компании В, зарегистрированной по законодательству Франции. Компания А заключила договор поставки сельскохозяйственной техники из компанией Г, зарегистрированной в США, при этом для оплаты предмета договора привлекла кредитные средства в Deutsche Bank (Германия), а поручителем в данной сделке выступила компания В.



В случае возникновения ситуации несостоятельности компании А выполнить свои обязательства по договору поставки, в связи с открытием производства по делу о банкротстве, ответ на вопрос о выборе компетентного суда не является очевидным, несмотря на то, что место регистрации компании А (Украина) с первого взгляда не оставляет места для сомнений. Однако, теоретически существует несколько вариантов ответа. А именно:

1) производство по делу о банкротстве будет открыто по месту регистрации компании А, то есть в Украине [2], в таком случае в отношении всех кредиторов будет применяться коллизийная привязка *lex fori*. Стоит учесть, что в случае, если стороной спора выступает гражданин Франции [3, с. 22], применяя территориальный принцип (*lex fori*), французские суды также могут начать производство по делу о банкротстве, не принимая во внимание тот факт, что должник не зарегистрирован и не ведет деятельность на территории Франции. Следует иметь в виду, что в соответствии со ст. 102 вводного закона Германии к закону о несостоятельности, установлено, что, несмотря на наличие открытого иностранного производства по делу о банкротстве, немецкие кредиторы могут открывать отдельное производство на территории Германии [4]. Решение будет распространяться только на имущество должника, находящееся на территории Германии [3, с. 43]. То есть, суды других юрисдикций будут инициировать параллельные, независимые от украинского, производства;

2) поскольку компания А ведет свой бизнес, в частности, на территории ЕС, Deutsche Bank может попытаться доказать, что центр основных интересов компании А находится в Германии и требовать открытия производства по делу о банкротстве в отношении компании Б, как предприятия, которое входит в корпоративную структуру компании А. То есть, в отношении кредиторов, находящихся в странах-членах ЕС (кроме Дании, не ратифицировавшей Регламент 1346/2000), будет применяться коллизийная привязка *lex concursus*. В отношении американских и украинских кредиторов будет применяться *lex fori*;

3) аналогичным путем могут пойти кредиторы компании В во Франции. В этом случае по отношению к кредиторам из Германии и Франции будет применяться *lex concursus*, в то время, когда отношения с украинскими и американскими кредиторами будут регулироваться *lex fori*;

4) при условии ведения бизнеса компанией А на территории США только одного факта открытия банковского счета с этой целью достаточно для открытия процедуры банкротства судом США. В этом случае будет применяться *lex fori* по отношению ко всем иностранным кредиторам.

Заметим, что названные варианты больше отражают логику действий кредиторов. Однако, должник сам может искусственно создавать/изменять подсудность дела о банкротстве, например, умышленно инициируя производство по делу в Украине из соображений отсутствия отлаженного механизма межгосударственного сотрудничества по делам о банкротстве. Или же наоборот, переведя значительную часть активов в США, как в страну, которая характеризуется сравнительно сложной системой открытия производства по делам о банкротстве по инициативе должника и неохотно передает активы должника в распоряжение судов других юрисдикций прежде всего с целью сохранения активов от продажи в рамках дела о банкротстве, открытой в другой стране.

Регламент не содержит четких правил решения ситуаций, при которых суды нескольких государств-членов ЕС претендуют на юрисдикцию в отношении открытия основного производства по делу на основании статьи 3 (1) Регламента. В идеале такие конфликты юрисдикций должны быть исключены, принимая во внимание применение единого критерия при установлении международной юрисдикции. В случае возникновения спора при его решении суды должны исходить из следующего: 1) каждый суд обязан проверить собственную международную юрисдикцию в соответствии с Регламентом. В соответствии со статьями 16 и 17 Регламента любое решение об открытии производства по делу о банкротстве, принятое судьей государства-члена ЕС,

который обладает юрисдикцией в соответствии со статьей 3, должно автоматически (без формальностей) признаваться другими государствами-членами [5] с момента, когда такое решение об открытии основного производства вступит в силу [3, с. 18]; 2) суды должны применять принцип *community trust*, согласно которому приоритет нужно отдать производству, которое было открыто ранее в хронологическом порядке [6, с. 22].

Регламент не содержит норм для проверки международной юрисдикции суда государства, где было принято решение об открытии производства на основании статьи 3. Суды заинтересованных государств не могут проверять юрисдикцию суда, который открыл основное производство по делу [7]; проверке подлежит только тот факт, вынесено ли решение судом государства-члена ЕС на основании статьи 3 Регламента 1346/2000. Это не особенность системы права ЕС, а главным образом общий принцип, которым уже долго пользуются судебные учреждения [8, с. 61-68]. Такой подход нашел и критику в научной литературе. Так, отмечается, что возможность суда самостоятельно определять и контролировать свою международную юрисдикцию не совсем соотносится с концепцией центра основных интересов должника (далее – COM¹), поскольку с момента открытия производства по делу о банкротстве суд прибегает к ряду процессуальных действий, что делает перекалфикацию такого производства на вторичное проблематичным [9].

Вопросы по проверке и контролю международной юрисдикции в соответствии с Регламентом, отнесены к юрисдикции суда, который открыл основное производство по делу. Любое заинтересованное лицо, которое пытается оспорить юрисдикцию национального суда, должно с этой целью обращаться непосредственно в тот суд, который признал за собой юрисдикцию и открыл основное производство по делу [6, 51]. В случае возникновения сомнений такой суд может обратиться в Суд ЕС [10] на основании Регламента с целью получения официального толкования статьи 3 [7].

Положения Регламента применяются только в случае, когда COMI должника находится в пределах территории Сообщества [6, с. 4] или в случае, когда компания должника зарегистрирована на

¹ COMI – center of main ineterests.



территории государства, не являющегося членом ЕС [3, с. 17], однако в судебном порядке было доказано, что центр основных интересов должника находится на территории Сообщества [11]. Рассмотрение дела о банкротстве по нормам Регламента 1346/2000 может быть даже желательным для должника, активы которого находятся в нескольких государствах-членах ЕС, но который не имеет зарегистрированного на территории Сообщества предприятия. Постановление, вынесенное в рамках основного производства по делу о временном приостановлении вторичного производства, может сохранить имущество должника от наложения арестов [12].

В случае, если центр основных интересов должника находится за пределами государств-членов ЕС, положения Регламента не применяются. В таком случае подлежат применению нормы международного частного права государства, на территории которого зарегистрировано предприятие должника, для решения вопроса о возможности открытия производства в отношении такого должника и касательно применимого материального права [6, с. 12].

В частности, Регламент 1346/2000 также не рассматривает вопрос исключительной ситуации, при которой одновременно в Сообществе существуют два независимые параллельные территориальные производства, однако, не было открыто основное производство в государстве члене ЕС, где находится центр основных интересов должника. В такой ситуации возможно применение по аналогии таких же норм Регламента, которые применяются для координации вторичных производств между собой [6, с. 12]. Сейчас судом ЕС не выработано судебной практики по этому вопросу. Так, по мнению отдельных судей², в такой ситуации суд государства-члена, на территории которого зарегистрировано предприятие должника, должен выяснить, где находится СОМІ должника. Если СОМІ находится на территории другого государства-члена Сообщества, судебное учреждение этого государства, которое имеет компетенцию рассматривать дела о банкротстве, не может отказать от своей юрисдикции в отношении такого дела [13, с. 20]. Такая

позиция полностью соответствует классическому принципу международного права о запрете обратной отсылки и отсылки к праву третьего государства, как негативного явления в международном правоприменении [14, с. 81-86].

Регламент 1346/2000 разработан по принципу, по которому производство по делам о несостоятельности ведут судебные учреждения [1]. Однако, это лишь общее правило [6, с. 15]. Так, статья 1 Регламента не требует в обязательном порядке привлечения судебного учреждения (или органа с подобной ролью). Должно быть открыто производство по делу о несостоятельности, последствия которого будут официально признаны и будут иметь юридические последствия в государстве, где оно было открыто, и отвечать четырем требованиям, определенным ст. 1 Регламента. Требование о привлечении именно судебного учреждения было умышленно исключено из текста Регламента для того, чтобы приспособить его к несудебным коллективным процедурам в таких странах, как Великобритания и Ирландия [6, с. 15].

Однако на практике это создало ряд трудностей процессуального характера. Главным образом они касаются сотрудничества между судебными учреждениями и административными органами (лицами), уполномоченными открывать и вести дела о банкротстве. «Во-первых, производство об открытии административного производства [в Англии] открывается без возражений, главным образом потому, что об его открытии нужно сообщить очень малому количеству людей... В течение слушания должник обращается в суд с заявлением о том, где находится центр его основных интересов. Поскольку же должнику нужно приводить аргументы «за» и аргументы «против», таким образом всегда проще выиграть игру, если другая команда в ней даже не участвует ... Маловероятно, что судья может догадаться, где на самом деле находится центр основных интересов компании должника, особенно, если никто не вносит возражений.

Стоит обратить внимание на тот факт, что изменение места жительства физическим лицом до или после открытия производства по делу о банкротстве не влияет на изменение СОМІ. Так, в

решении по делу Staubitz-Schreiber [16] Суд ЕС отметил, что статья 3 Регламента 1346/2000 должна толковаться таким образом, что суд государства-члена ЕС, на территории которой находится КОМІ должника на момент подачи ходатайства об открытии производства по делу, сохраняет компетенцию по открытию производства, если должник перевел свой СОМІ в другое государство-член ЕС после подачи соответствующего ходатайства, но перед открытием производства по делу.

Выводы. Таким образом, несмотря на указанные выше проблемные вопросы в практическом применении Регламента, за более чем 10 лет его существования была наработана практика Суда ЕС по вопросам юрисдикции. Такая практика позволяет дать ответы на большинство вопросов, которые ранее были основанием для острой критики коллизионной привязки *lex concursus* и служили основными аргументами для ответа на вопрос, почему новая система не имеет шансов для дальнейшего существования.

Наработанный опыт, в частности, показал, что использование международных договоров и конвенций, объединяющих принципиально разные системы банкротства (как продолжниковые, так и прокредиторские), является эффективным в случае, когда существует надгосударственный адьюдикационный орган, который обладает компетенцией в качестве последней инстанции решать конфликт юрисдикций между судебными учреждениями стран-участниц такого договора. Поэтому, подписание договоров по вопросам сотрудничества в сфере трансграничных банкротств становится возможным в рамках региональных или специализированных международных организаций, поскольку говорить о глобальном международном сотрудничестве в сфере трансграничной несостоятельности пока преждевременно.

Список использованной литературы:

1. Council Regulation (EC) № 1346/2000 of 29.05.2000 On Insolvency Proceedings. // Official Journal of European Communities. – 2000.

2. Ч. 1 ст. 10 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника та визнання його банкрутом».

² Renato Redorf – судья Верховного суда Италии.



[Электронный ресурс] – Режим доступа до ресурсу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2343-12>.

3. Theron, Christophe. Insolvency of selected nations. France / R. Broude, T. Freedman, A. Rogoff // Collier International Business Insolvency Guide / R. Broude, T. Freedman, A. Rogoff. – New York: Matthew Bender, 2000.

4. Art. 102. Einführungsgesetz zur Insonvenzordnung (EGInsO). [Электронный ресурс] – Режим доступа до ресурсу: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/eginso/gesamt.pdf>.

5. Wessels B. International Jurisdiction to Open Insolvency Proceeding in Europe. [Электронный ресурс] / Bob Wessels // International Insolvency Institute. – 2003. – Режим доступа до ресурсу: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/39/403.html>.

6. Report on the Convention on Insolvency Proceedings, Miguel Virgos, Etienne Schmit.

7. Re Eurofood IFSC Ltd. European Court of Justice, Case №. C-341/04 (2 May, 2006); Italian Supreme Court, Decision in case n. 9743, dd. 14.05.2008.

8. Nadelmann K. Bankruptcy Treaties / Kurt Nadelmann. // University of Pennsylvania Law Review. – 1948. – № 58. – С. 61-68.

9. LoPucki L. Global and Out of Control? [Электронный ресурс] / L. LoPucki // International Insolvency Institute. – 2005. – Режим доступа до ресурсу: http://test.iiiglobal.org/downloads/country%20resources/USA/Articles/20~Global_and_Out_of_Control.pdf.

10. European Court of Justice: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/.

11. Re Brac Rent-A-Car International inc., the British High Court of Justice, 07.02.2003; Re Kaupthing Capital Partners [2010]. EWHC 836 (Ch).

12. Re Drax Holding Limited [2003]. EWHC 2743 (Ch).

13. Rordolf R. Cross Border Insolvency / R. Rordolf // International Insolvency Law Review. – 2010. – № 1. – 20 с.

14. Довгерг А.С. Зворотне відсилання та відсилання до права третьої держави / А.С. Довгерг // Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар закону / А.С. Довгерг. – Харків: Одиссей, 2008. – С. 81-86.

15. Arms of UK Administration Embrace US Companies. // Freshfields Bruckhaus Deringer Restructuring and Insolvency Bulletin. – 2003. – № 5.

16. Re Staubitz-Schreiber [2006] ECR I-701 [2006] BPIR 510.

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРОИЗВОДСТВА И ТОРГОВЛИ ИЗДЕЛИЯМИ МЕДИЦИНСКОГО НАЗНАЧЕНИЯ И МЕДИЦИНСКОЙ ТЕХНИКОЙ

Андрей ГАРКУША,

кандидат юридических наук,

доцент кафедры теории и истории государства и права
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Евгения ГАРКУША,

аспирант Института экономико-правовых исследований
Национальной академии наук Украины

Summary

The use of medicinal products entails risks, first and foremost for patients who usually lack the necessary information, time and ability for informed decisions. Based on this, government chooses to regulate these products. This research discusses some fundamental questions pertaining to regulation in medicinal products in two most important regulatory systems of the US and the EU. An author does a comparison of these two systems and makes proposition how we can use their experience in Ukrainian law regulation.

Key words: foreign experience, law regulation, principles, risk, certification.

Аннотация

Использование медицинских изделий влечет за собой риски, в первую очередь, для пациентов, которым, как правило, не хватает информации, времени и возможности для принятия информированных решений. Исходя из этого, государство приняло решение урегулировать оборот медицинских изделий. Это исследование рассматривает некоторые основные вопросы, относящиеся к регулированию оборота медицинских изделий в двух наиболее важных регуляторных системах США и ЕС. Автор проводит сравнение этих двух систем и делает предложения по использованию их опыта в законодательном регулировании Украины.

Ключевые слова: зарубежный опыт, законодательное регулирование, принципы, риск, сертификация.

Постановка проблемы. Развитие производства и торговли медицинскими изделиями, как видов хозяйственной деятельности, в Украине напрямую зависит от полного и качественного законодательного регулирования отношений в этой сфере. При подготовке и принятии законодательных актов важно изучение опыта зарубежных стран, особенно учитывая то, что Украина взяла на себя обязательства по гармонизации нашего законодательства с законодательством Европейского Союза (далее – ЕС).

Актуальность темы исследования. В данной работе были использованы методы анализа и сравнения.

Считаем целесообразным начать исследования зарубежного опыта по законодательному регулированию рассматриваемых видов хозяйственной деятельности с ЕС.

В 1985 году была начата реформа системы технического регулирования ЕС, в задачи которой входили: обеспе-

чение высокого уровня безопасности изделий, свободное перемещение товаров в рамках единого рынка, поощрение конкуренции и инноваций, снижение затрат производителей. Основные положения реформы были разработаны в 1989 г., а почти полностью она введена в 1993 г. Данная система получила название «Новый подход» [1].

Суть «Нового подхода» заключается в том, что: 1) на законодательном уровне принимаются базовые требования по безопасности продукции, сформулированные в общем (качественном) виде; 2) детальные требования безопасности раскрываются в стандартах, которые носят добровольный характер; 3) из всего массива стандартов государственные органы формируют и поддерживают перечень стандартов, применение которых на добровольной основе гарантирует соответствие нормативным общим базовым требованиям. Эти стандарты носят название «гармонизированных» (с общими



требованиями); 4) для доказательства соответствия указанным «гармонизированным» стандартам предприятия на рыночной основе обращаются к аккредитованным исследовательским лабораториям и/или органам по сертификации и получают соответствующие сертификаты; 5) органы власти уполномочивают специальные организации для проведения экспертизы представленных заявителем доказательств соответствия изделий базовым (общим) требованиям безопасности и эффективности. На сегодняшний день в ЕС действуют около 30 директив «Нового подхода» [2, с. 55].

Целью статьи является изучение опыта зарубежных стран, что может стать важным фактором в процессе реформирования этой отрасли, и совершенствование законодательства, регулирующего отношения в этой сфере.

Изложение основного материала исследования. В рамках «Нового подхода» для медицинских изделий с точки зрения определения аспектов безопасности применяются следующие директивы: 93/42/ЕЕС «О медицинских изделиях» [3]; 90/385/ЕЕС «Об активных медицинских изделиях, имплантируемых» [4]; 98/79/ЕЕС «Об изделиях медицинского назначения для диагностики *in vitro*» [5].

Директива 93/42/ЕЕС охватывает всю область медицинских изделий, включая предметы, которые могут быть использованы только один раз, а также неактивные имплантаты.

Медицинскими изделиями по содержанию директивы 93/42/ЕЕС являются инструменты, устройства и т. д., которые предназначены для использования человеком с целью нахождения, наблюдения, лечения и т. д. травмы, инвалидности, болезни и пр., или мониторинга, или изменения части человеческой анатомии физиологической деятельности человеческого тела и т. п.

Классификация медицинских изделий имеет решающее значение при осуществлении процесса сертификации. Директива 93/42/ЕЕС предусматривает четыре класса. Класс I устанавливается для изделий с минимальным риском для пациента, и которые дифференцируются на основе критерия о стерильности изделия. Более строгие правила сертификации распространяются на более опасные изделия, для них приме-

няются классы IIa и IIb, в то время как класс III включает изделия, которые представляют наибольшую опасность для пациентов.

Директива 90/385/ЕЕС применяется только к медицинским изделиям, которым требуется особый источник энергии, и которые были имплантированы в тело человека хотя бы частично [6].

Выпускаемые в соответствии с требованиями данных директив медицинские изделия маркируются знаком «СЕ». Маркировка СЕ – знак, которым производитель удостоверяет, что изделие соответствует основным требованиям гармонизированных стандартов ЕС, которые регулируют его нанесение. Маркировка СЕ наносится перед размещением изделия на рынке [7].

Соответствующими директивами предусмотрено функционирование Европейского банка данных медицинских изделий (European databank for medical devices – Eudamed) [8]. Это интернет-ресурс, который призван обеспечить информационный обмен между компетентными органами для усиления надзора за рынком медицинских изделий. Информация о них на Eudamed систематизирована в соответствии с глобальной веб-номенклатурой такой продукции (Global Medical Device Nomenclature (далее – GMDN) [9]. Пока доступ к данному порталу пользователей ограничен [10, с. 2].

Что касается регулирования медицинских изделий в странах ЕС, то его можно разделить на два сегмента: дорыночный и рыночный. К дорыночному сегменту относится проведение процедур оценки соответствия продукции по выбранной производителями схеме сертификации. Рыночный сегмент регулирования – это деятельность органов рыночного надзора, которые осуществляют мониторинг и проверку продукции, представленной на рынке, на соответствие применимым директивам; рассматривают корректирующие меры для приведения ее в соответствие и исправления нарушений; применяют соответствующие меры в отношении лиц, ответственных за несоответствие товаров, или тех, которые нанесли маркировку соответствия на неподходящие изделия [1].

В ЕС различные этапы контроля со стороны власти распределены между

различными субъектами, включая национальные органы государств-членов (Competent Authorities), частные организации, действующие в качестве партнеров в процессе сертификации медицинских изделий (Notified Bodies) [12], и Европейская комиссия по лекарственным средствам (the European Medicines Agency EMEA). Европейская комиссия по лекарственным средствам представляет собой децентрализованное агентство Европейского Союза, находится в Лондоне. Агентство несет ответственность за оценку лекарственных средств и медицинских изделий, разработанных фармацевтическими компаниями для использования в Европейском Союзе. Комиссия начала свою работу в 1995 году [13].

Принимая во внимание то, что ежегодные мировые продажи медицинских изделий Соединенными Штатами Америки (далее – США) превышают 220 млрд. долларов, а это составляет примерно 41 процент мирового рынка [14, с. 1], считаем целесообразным рассмотреть также практику законодательного регулирования этой сферы в данном государстве.

До Второй мировой войны в США не было федерального регулирования на медицинские изделия. Закон о контроле над производством пищевых продуктов и медикаментов, принятый в 1906 году, не распространялся на медицинские изделия. Только Федеральным законом о продуктах питания, лекарствах и косметических средствах в 1938 г. впервые было осуществлено законодательное регулирование сферы обращения медицинских изделий [14].

В системе регулирования медицинских изделий США классификация рисков определяет уровень нормативного регулирования, который необходим для обеспечения безопасности и эффективности медицинского изделия. Есть три класса риска: класс I – для медицинских изделий с низким уровнем риска, класс II – для медицинских изделий среднего риска и класс III – для медицинских изделий с высокой степенью риска [14]. Самое главное, что классификация медицинских изделий по классам определяет процесс их размещения на рынке. Так, класс I освобождается от необходимости получения предпродажного разрешения (PMA). Класс II требует получения предпродажного разреше-



ния (РМА) 510 (К). Подача заявки 510 (К), прежде всего, направлена на то, чтобы подтвердить эквивалентность медицинского изделия тому, что уже выведен на рынок. Класс III обязательно требует получения предпродажного разрешения (РМА), что чаще всего предполагает проведение клинических испытаний [14].

Рассматривая вопрос правового обеспечения производства и торговли медицинскими изделиями в США, не возможно не рассмотреть вопрос о статусе и полномочиях Управления по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов.

Управление по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов было создано в 1939 году в ответ на растущую обеспокоенность по поводу появления опасных лекарственных препаратов и мошеннических видов маркетинга [15]. После его создания производители медицинских изделий должны были получить одобрение этого органа, перед тем как осуществлять продажу своей продукции [16].

На сегодняшний день Управление по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов является одним из одиннадцати органов в Министерстве здравоохранения и социальных служб США [17]. Ему поручено выполнение более 45 федеральных законов, регулирующих оборот продукции, и составляют около 25% от потребительских расходов населения США [19].

Управление по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов несет ответственность за защиту здоровья населения США, заботится о безопасности и эффективности лекарственных средств и ветеринарных препаратов, биологических продуктов, медицинских изделий, продуктов питания, косметики и приборов [20, с. 599].

Кроме доступа к рынкам, Управление по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов также выполняет функцию пост-надзора за рынком. Одним из средств такого надзора является изучение отчетов, представляемых производителями медицинских изделий с целью выявления тенденций, которые могут сигнализировать о потенциаль-

ных проблемах с качеством отдельных видов медицинских изделий. В случае, если такие проблемы возникают, Управление по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов имеет в своем распоряжении целый ряд мер, которые он может применить, в частности: направление предупредительных писем, конфискация медицинских изделий, задержание импорта и др [12].

Из анализа всего вышеизложенного можно сделать вывод о том, что регулирование производства и торговли медицинскими изделиями в ЕС и США происходит в два этапа: до их введения в обращение (так называемый предварительный скрининг) и в течение всего срока их годности (теоретически до тех пор, пока потребитель может его применить). Точкой разделения между этими этапами выступает момент ввода медицинского изделия в оборот. Для того чтобы пройти соответствующий контроль, субъекты хозяйствования должны соблюдать установленные требования к качеству медицинских изделий и пройти процедуры, установленные законодательством. Как в ЕС, так и в США сложность процедуры, которую обязаны пройти медицинские изделия, прежде чем быть допущенными в обращение, напрямую зависит от класса, к которому принадлежит данное медицинское изделие. Распределение медицинских изделий на классы происходит по критерию риска для жизни и здоровья человека. Причем стоит отметить, что фундаментальное понятие «риска» по своей сути в ЕС и США совпадает. В ЕС устанавливается четыре класса медицинских изделий, американская система предусматривает только три класса.

Разница же регуляторных систем ЕС и США заключается в том, что нормативно-правовая база ЕС более гибкая и предоставляет субъектам хозяйствования большую возможность выбора. Данная гибкость проявляется в том, что на законодательном уровне определены лишь базовые требования к качеству медицинских изделий, детальные же требования определяются в стандартах, технических регламентах, спецификациях, которые носят добровольный характер. Субъекты хозяйствования вольны выбирать любое техническое решение, которое обеспе-

чивает соблюдение основных требований, также они могут выбирать между различными процедурами оценки соответствия и между аккредитованными органами по оценке соответствия. Сам субъект хозяйствования заинтересован в том, чтобы пройти процедуру оценки соответствия и иметь право нанести на свое медицинское изделие знак соответствия, поскольку это даст ему реальные конкурентные преимущества на рынке. В отличие от этого, государственная регуляторная система США предусматривает жесткий контроль над деятельностью субъектов хозяйствования, требования к качеству медицинских изделий установлены на законодательном уровне. Единственным органом, который может давать разрешение на введение медицинских изделий в обращение, а также осуществлять пост-рыночный контроль, является Управление по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов, который наделен практически неограниченными полномочиями и выполняет контрольную функцию по проверке эффективности и безопасности медицинских изделий на всех стадиях его существования – от создания и до использования/уничтожения.

Выводы. По нашему мнению, для Украины оптимальным будет введение такой системы регулирования, которая функционирует в ЕС. С одной стороны, она позволяет осуществлять эффективный контроль за субъектами хозяйствования, осуществляющих производство и торговлю медицинскими изделиями, и обеспечить с помощью существующей системы качества безопасность медицинских изделий, которые вводятся в оборот, а с другой стороны – не подавляет субъектов хозяйствования тотальным контролем, дает возможность при выполнении базовых требований выбирать тот вариант поведения, который является наиболее приемлемым, понятным и удобным для данного конкретного предприятия. Считаем, что чрезмерное вмешательство контролирующих органов в осуществление данных видов хозяйственной деятельности, предоставление им широких полномочий может создать значительные препятствия для субъектов хозяйствования, повысить стоимость процедур по оценке соответствия и заложить ос-



новы для применения коррупционных схем с целью максимально быстрого получения всех необходимых документов и введение медицинского изделия в оборот. Зато введение европейской модели регулирования создаст условия, в которых субъекты хозяйствования с целью повышения конкурентоспособности своего медицинского изделия будут заинтересованы в соблюдении установленных стандартов качества, прохождении соответствующих процедур и нанесения национального знака соответствия. Следовательно, при данной системе регулирования и интересы общества, которые заключаются в безопасности медицинских изделий, которые вводятся в обращение, и интересы субъектов хозяйствования, будут защищены.

Список использованной литературы:

1. Якість та безпека медичних виробів в Україні: в очікуванні змін // Щотижневик Аптека. – 2014. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.apteka.ua/article/309841>. – Назва з екрану.
2. Антонов В.С. Международный опыт регулирования рынка медицинских изделий и возможности его использования в России / В.С. Антонов // Лабораторная служба. – 2013. – № 1. – С. 54–57.
3. Council Directive 93/42/EEC of 14 June 1993 concerning medical devices. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ec.europa.eu/consumers/sectors/medical-devices/market-surveillance-vigilance/eudamed/>. – Заголовок з екрану.
4. Council Directive 90/385/EEC of 20 June 1990 on the approximation of the laws of the Member States relating to active implantable medical devices. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.emergogroup.com/files/EUROPECONSOLIDATED-90-385-EEC.pdf>. – Заголовок з екрану.
5. Directive 98/79/EC of the European Parliament and of the Council of 27 October 1998 on in vitro diagnostic medical devices. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.hpastandardmethods.org.uk/documents/qsop/pdf/qsop33.pdf>. – Заголовок з екрану.
6. Stefan Kirchner. The European Law of Medical Products. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ssrn.com/author=343201>. – Заголовок з екрану.
7. Інститут технічної нормалізації, метрології й державного тестування ІНМТ. Маркування CE – значення, призначення, загальні положення й приклади застосування. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://cci.dp.ua/tl_files/data/Information%20CE%202.ppt. – Заголовок з екрану.
8. European databank for medical devices – Eudamed. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ec.europa.eu/consumers/sectors/medical-devices/market-surveillance-vigilance/eudamed/>. – Заголовок з екрану.
9. Global Medical Device Nomenclature [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.gmdnagency.com/>. – Заголовок з екрану.
10. Оверчук Л.П. Державне регулювання імплементації європейського досвіду технічних регламентів щодо виробів медичного призначення в умовах реформування галузі охорони здоров'я / Л.П. Оверчук // Теорія та практика державного управління. – 2013. – Вип. 4 (43). – С. 1-8.
11. Bernhard Lobmayr. An Assessment of the EU Approach to Medical Device Regulation against the Backdrop of the US System / B. Lobmayr // European Journal for Risk Regulation. – Issue 2. – 2010. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ssrn.com/abstract=1695310>. – Заголовок з екрану.
12. European Medicines Agency. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/about_us/general/general_content_000235.jsp. – Заголовок з екрану.
13. Joanna Brougher, Michael M. Gaba, Mark Deem, Roseann B. Termini, Kalah Auchincloss. A Practical Guide to Navigating the Medical Device Industry: Advice from Experts in Industry, Law, Intellectual Property and Academia. – FDLI Monograph Series, Volume 2, Number 4. – 2011. – 87 p.
14. Yite John Lu. The Change in Knowledge Proposal: Repairing Preemption Doctrine in Medical Products Liability / J. Lu // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1957954. – Заголовок з екрану.
15. 21 U.S.C. § 355. see also Beers, Generic and Innovator Drugs: A Guide to FDA Approval Requirements § 2.02 [A] (7th ed. 2008).
16. Department of Health and Human Services (DHHS) Organization Chart. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.hhs.gov/about/orgchart.html>. – Заголовок з екрану.
17. FDA, FDA News: The Food and Drug Administration Celebrates 100 Years of Service to the Nation, January 4, 2006. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.fda.gov/bbs/topics/NEWS/2006/NEW01292.html>. – Заголовок з екрану.
18. Jordan Paradise, Alison W. Tisdale, Ralph F. Hall, Efrosini Kokkoli. Evaluating Oversight of Human Drugs and Medical Devices: A Case Study of the FDA and Implications for Nanobiotechnology / J. Paradise, W. Tisdale, R. Hall, E. Kokkoli // Journal of law, medicine & ethics. – 2011. – P. 598-624.



КВОТИРОВАНИЕ КАК НАПРАВЛЕНИЕ РАЗРЕШИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УКРАИНЕ

Елена ДЖАФАРОВА,

кандидат юридических наук, доцент,

профессор кафедры административной деятельности органов внутренних дел
Харьковского национального университета внутренних дел

Summary

The article substantiates that quota of economic activity in Ukraine is a kind of licensing activity, which is characterized by following features: 1) subject is economic security of state, subject – security of person; 2) the activity is purposeful; 3) has organizational and administrative character; 4) is a public service; 5) carried out by authorized public authorities, whose powers are established by current legislation.

Determined that procedure quotas – is regulated by administrative procedural law of public authorities within powers defined by applicable law, aimed at implementation of administrative rules of substantive law as well as substantive rules of other branches of law in implementation of foreign economic activity in respect of which establishes certain quotas to ensure rights, freedoms and legitimate interests of individuals and legal entities and security of state as a whole.

Key words: licensing activity, bodies of public administration, quotas, procedure.

Аннотация

В статье рассматривается квотирование хозяйственной деятельности в Украине, как вида разрешительной деятельности, которому присущи следующие признаки: 1) объектом является экономическая безопасность государства, предметом – безопасность личности; 2) деятельность является целенаправленной; 3) имеет организационно-распорядительный характер; 4) является публично-сервисной; 5) осуществляется уполномоченными органами публичной власти, полномочия которых установлены действующим законодательством.

Определено, что процедура квотирования – это урегулированная нормами административно-процессуального права деятельность органов публичной власти в пределах полномочий, определённых действующим законодательством, направленная на реализацию норм административного материального права, а также материально-правовых норм других отраслей права в процессе осуществления внешнеэкономической деятельности, в отношении которого устанавливаются определённые квоты в целях обеспечения прав, свобод, законных интересов физических и юридических лиц и безопасности государства в целом.

Ключевые слова: разрешительная деятельность, органы публичной администрации, квотирование, процедура.

Постановка проблемы. Демократические процессы, которые происходят в нашем государстве, являются предпосылкой для переориентации направления функционирования всего государственного механизма, который призван не только управлять обществом, а осуществлять ее, обеспечивая механизмы реализации и защиты прав человека, как высшей социальной ценности в государстве. Учитывая это, попробуем рассмотреть квотирования под углом разрешительной деятельности государства и через призму обеспечения прав, свобод и законных интересов человека и гражданина.

Своевременность анализа правовых аспектов квотирования, как направления разрешительной деятельности и объекта административно-правового регулирования, обуславливается слабой научно-теоретической разработанностью данной проблемы.

Актуальность темы. Проблемные вопросы квотирования в хозяйственной деятельности нашли определённое отражение как в работах общетеоретического направления (В.Б. Аверьянов, Ю.П. Битяк, Е.В. Додин, Н.П. Куче-

ряненко, А.Т. Комзюк, Т.Н. Кравцова, Р.А. Калюжный, С.В. Лихачов, Л.А. Савченко, В.К. Шкарупа и др.), так и в прикладных исследованиях (С.С. Витвицкий, Е.В. Джафарова, И.Д. Пастух, Н.А. Саниахметова, В.И. Северин, И.В. Солошкина, А.А. Шеварихин и др.).

Цель. Вместе с тем многие теоретические и практические вопросы квотирования, как направления разрешительной деятельности, не разработаны или рассмотрены в контексте совершенно другой научной проблематики. Поэтому возникает необходимость рассмотрения сущности процедур квотирования в рамках определения последних, что и является, по сути, целью этой статьи, как одного из направлений разрешительной деятельности и содержания административно-правового регулирования.

Изложение основного материала. Остановимся на рассмотрении сущности квотирования. В соответствии со ст. 12 Хозяйственного кодекса Украины, указанное средство обладает регулирующим влиянием государства на деятельность субъектов хозяйствования. Квотирование хозяйственной деятель-

ности осуществляется на основании ст. 14 Хозяйственного кодекса Украины и других актов законодательства, в частности Закона Украины «О внешнеэкономической деятельности» [1].

Под квотированием согласно Хозяйственному кодексу Украины понимается деятельность по установлению предельных объёмов (квот) производства или оборота определённых товаров и услуг. Порядок квотирования производства или обращения, а также распределения квот устанавливается Кабинетом Министров Украины в соответствии с законом [2]. Следует заметить, что ст. 381 Хозяйственного кодекса Украины под названием «Лицензирование и квотирование внешнеэкономической деятельности» может только свидетельствовать об одинаковой правовой природе указанных явлений. Также в указанной статье указано, что режим квотирования внешнеэкономических операций вводится в случаях, предусмотренных законом, действующими международными договорами Украины, и осуществляется путём ограничения общего количества и суммарной таможенной стоимости



товаров, которая может быть ввезена (вывезена) за определённый период.

В свою очередь, в Законе Украины «О внешнеэкономической деятельности» указано, что квоты могут быть глобальные, групповые, экспортные и индивидуальные, специальные. Если проанализировать определения последних согласно указанному Закону, то они сводятся к установлению стран, куда товары могут экспортироваться или из которых импортироваться, в каком размере, на какой срок. Обращение к п. 14.1.61 Налогового кодекса Украины гласит, что последний определяет квотирование вместе с лицензированием, как меры нетарифного регулирования [3].

Авторы учебника «Микроэкономика» под квотированием понимают ограничение в количественном или стоимостном выражении объёма продукции, которую разрешено ввозить в страну или вывозить из страны за определённый период. Как правило, квотирование внешней торговли осуществляется путём её лицензирования, когда государство выдает лицензии на импорт или экспорт ограниченного объёма продукции и одновременно запрещает нелицензированную деятельность [4]. В свою очередь Л.А. Жук и И.Л. Жук отмечают, что в зависимости от уровня экономического развития, других факторов, с целью защиты своих интересов, все страны, независимо от форм управления экономикой, применяют широкую систему методов государственного регулирования внешнеэкономической деятельности, среди которых особое место занимает – квотирование. По мнению учёных, квотирование экспорта и импорта применяется исходя из общегосударственных целей, а именно: 1) в случае ухудшения расчётного баланса, увеличения внешней задолженности стран; 2) в случае равновесия по отдельным товарам на внутренних рынках; 3) в случае необходимости обеспечения определённых пропорций между импортной и отечественной продукцией; 4) в ответ на дискриминационные действия других государств; 5) в соответствии с международными соглашениями [5, с. 352].

Г.М. Дроздова отмечает, что квотирование осуществляется с целью ликвидации торгового и платёжного дисбаланса с отдельными странами;

регулирования спроса и предложения на внутреннем рынке; выполнения международных обязательств и достижения взаимовыгодных договоренностей [6].

Интересная позиция В.И. Дудчак, который отмечает, что с помощью квотирования государство решает широкий круг задач общеэкономического, внешнеторгового и политического характера. Это эффективная защита отечественного потребителя и производителя продукции конкурирует с импортной продукцией на внутреннем рынке, поддержание стабильности отечественного рынка, экономия валютных ресурсов, полученная на условиях взаимности определённых льгот от других стран, контроль экспортно-импортных операций в сфере вооружений и военных материалов.

Двигаясь дальше, приведем позицию Н.В. Щербатюк и С.В. Чичирко, которые отмечают, что квотирование осуществляется путём установления режима выдачи индивидуальных лицензий, причём общий объём экспорта (импорта) за ними не должен превышать объём установленной квоты [7, с. 82].

В соответствии со ст. 16 Закона Украины «О внешнеэкономической деятельности», которая называется «лицензирование внешнеэкономических операций» – лицензирование экспорта (импорта) товаров осуществляется в форме автоматического или неавтоматического лицензирования.

Неавтоматическое лицензирование определяется, как комплекс административных действий органа исполнительной власти по вопросам экономической политики по предоставлению субъекту внешнеэкономической деятельности разрешения на осуществление в течение определенного периода экспорта (импорта) товаров, в отношении которых устанавливаются определённые квоты (количественные или другие ограничения). Неавтоматическое лицензирование экспорта (импорта), как административная процедура по оформлению и выдаче лицензии, используется в случае установления квот (количественных или других ограничений) на экспорт (импорт) товаров.

Исходя из вышеприведенного, квотирование осуществляется путём лицензирования, когда государство вы-

даёт лицензии на импорт или экспорт ограниченного объёма продукции и одновременно запрещает нелицензированную торговлю.

Таким образом, квотирование хозяйственной деятельности в Украине является видом разрешительной деятельности, которому присущи следующие признаки: 1) объектом является экономическая безопасность государства, предметом – безопасность личности; 2) деятельность является целенаправленной; 3) имеет организационно-распорядительный характер; 4) является публично-сервисной; 5) осуществляется уполномоченными органами публичной власти, полномочия которых установлены действующим законодательством.

Итак, подытоживая, можно сделать вывод, что квотирование является разновидностью лицензирования, которое, в свою очередь, является видом разрешительной деятельности. Учитывая, что квотирование вводится с целью обеспечения экономической, продовольственной и национальной безопасности, поэтому можно с уверенностью говорить, что последнее является одним из направлений разрешительной деятельности государства, поскольку разрешительная деятельность представлена комплексом мероприятий, направленных на реализацию прав и законных интересов определённой группы физических и юридических лиц, закреплённых в Конституции Украины – с одной стороны, а с другой – недопущения возможного ущерба от бесконтрольного поведения с объектами повышенной опасности, осуществления определённых видов деятельности, которые несут угрозу как национальной, так и личной безопасности граждан.

Следует заметить, что Закон Украины «О внешнеэкономической деятельности» не даёт определения квотированию, а использует термин «неавтоматическое лицензирование» и отмечает, что оно осуществляется в определённой административной процедуре.

В толковых словарях категория «процедура» определяется как: 1) любое длительное, последовательное дело, порядок, обряд [8, с. 526]; 2) установленная, принятая последовательность действий для осуществления или оформления какого-либо дела



[9, с. 543]; 3) официальный порядок, обсуждение чего-либо [10, с. 577]; 4) порядок, последовательное дело, последовательность действий [11, с. 231]. Итак, все приведённые определения процедуры содержат два главных признака: во-первых, это упорядоченные, последовательные действия; во-вторых, все указанные действия направлены на достижение определённой цели (оформление, исполнение, осуществление, обсуждение любого дела). Если же речь идёт о специфической процедуре в сфере правового регулирования общественных отношений, то есть о процедуре в его правовом значении, то последовательные действия, которые составляют процедуру, должны быть, во-первых, урегулированы нормами права, а во-вторых, направленные на достижение правового результата, что отражается в определённых правовых последствиях [12, с. 10].

Ю.А. Тихомиров отмечает: «понимание процедуры, как порядка, не вызывает сомнений. Она породила систему сложных процессуальных норм, с помощью которых развивается законодательный, бюджетный, гражданский процесс и др.» [13, с. 3]. Правовая процедура ориентируется на достижение соответствующей цели (конечного результата) правового регулирования, обеспечивая таким образом целеустремлённость, последовательность и результативность юридической деятельности [14, с. 97].

С.С. Алексеев под юридической процедурой понимает все виды правовой регламентации юридических действия, которые продолжаются во времени [15, с. 122-123]. Его поддерживают М.И. Байтин и О.В. Яковенко. По мнению учёных правовая процедура – это особый нормативно установленный порядок осуществления юридической деятельности, которая обеспечивает реализацию норм материального права и основанных на них материальных правоотношениях, охраняемых от нарушений правовыми санкциями [14, с. 97].

Институт административной процедуры как с научной, так и с практической точки зрения возник в административно-правовой теории не так давно. Ю.М. Козлов и Л.Л. Попов высказывают мнение, что административная

процедура – это разнообразные управленческие действия исполнительной власти и их местных представителей, которые определяют порядок и правила подготовки контрольно-надзорных действий, включающих делопроизводство и различные другие подобные управленческие действия. Указанные управленческие действия, по их мнению, охватываются понятием административно-процедурного процесса или административно-процедурного производства [16, с. 392-393]. Учёные рассматривают административную процедуру (в узком смысле), как порядок рассмотрения и решения уполномоченным органом государственной власти конкретных индивидуальных дел, связанных с обращениями граждан и организаций в соответствующий орган в целях реализации или защиты своих прав и законных интересов, и (в широком смысле) как порядок осуществления органом исполнительной власти, должностным лицом установленных для него полномочий – порядок разработки, обсуждения и принятия правового акта, оформление документа, имеющего юридическое значение, порядок оформления контрольно-надзорной деятельности [17, с. 10].

Ю.М. Тихомиров под административной процедурой понимает – нормативно установленный порядок осуществления уполномоченными субъектами права последовательно осуществляемых действий с целью осуществления их компетенции и предоставления публичных услуг. Её назначение – ограничить свободное усмотрение и введение легальных критериев действий служащих, должностных лиц, государственных и муниципальных структур, граждан и юридических лиц» [18, с. 214]. Таким образом, автор относит процедуры рассмотрения обращений физических и юридических лиц, жалоб и заявлений граждан к социальным административным процедурам, а другими группами считает организационные, функциональные, контрольные, смешанные административно-судебные, упрощённые и резервные административные процедуры.

Таким образом, по нашему мнению, административная процедура – это нормативно установленный поряд-

док последовательно осуществляемых процедурных действий субъектов соответствующих административно-правовых отношений и принятия акта по реализации их прав и обязанностей.

Процедуры разрешительной деятельности, по сравнению с общим понятием административных процедур, обусловлены предметом регулирования и его особенностями.

Особого внимания в этом контексте требуют разрешительные процедуры, поскольку большинство публичных услуг связано с «потребностью в безопасности», поэтому их целесообразно называть разрешительными, и в пользу этого утверждения свидетельствуют полномочия субъектов публичной администрации, одними из которых являются разрешительные.

Сущность разрешительных процедур заключается в том, что эта деятельность урегулирована нормами административно-процессуального права, находится в пределах полномочий органов публичной власти, которые определены действующим законодательством, направлена на реализацию норм административного материального права, а также материально-правовых норм других отраслей права в процессе решения конкретных дел по обеспечению прав, свобод, законных интересов физических и юридических лиц и т. п.

Наличие разрешительных процедур позволяет государству в лице уполномоченных на то органов публичной власти обеспечить безопасность потенциально опасной деятельности, не вводя государственную монополию на её осуществление, и тем самым не ограничивать свободу предпринимательской деятельности. Государство, вводя разрешительные процедуры, берёт на себя ответственность за соответствие деятельности, подпадающей под действие разрешительного режима интересам безопасности государства и его граждан [19, с. 123].

Выводы. Итак, сущность разрешительных процедур заключается в том, что эта деятельность урегулирована нормами административно-процессуального права, находится в пределах полномочий органов публичной власти, которые определены действующим законодательством, на-



правлена на реализацию норм административного материального права, а также материально-правовых норм других отраслей права в процессе решения конкретных дел по обеспечению прав, свобод, законных интересов физических и юридических лиц и т. п. [19, с. 124]. Учитывая, что нами было обосновано, что квотирование является видом разрешительной деятельности, дадим определение процедуре осуществления последней.

Таким образом, процедура квотирования – это урегулированная нормами административно-процессуального права деятельность органов публичной власти в пределах полномочий, определенных действующим законодательством, направленная на реализацию норм административного материального права, а также материально-правовых норм других отраслей права в процессе осуществления внешнеэкономической деятельности, в отношении которого устанавливаются определенные квоты в целях обеспечения прав, свобод, законных интересов физических и юридических лиц, и безопасности государства в целом. Процедура квотирования имеет такие же стадии, что и процедура лицензирования.

С целью улучшения деятельности по осуществлению соответствующих разрешительных процедур и обеспечению прав и интересов субъектов хозяйствования необходимо усовершенствовать отдельные положения законодательных и подзаконных нормативно-правовых актов. Поэтому считаем необходимым привести в соответствие терминологию, которая используется как в Хозяйственном кодексе Украины, так и в Законе Украины «О внешнеэкономической деятельности».

Список использованных источников:

1. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16.04.1991 № 959-XII. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/go/959-12>.
2. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.
3. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.
4. Мікроекономіка і макроекономіка / С.М. Будаговська, О.І. Кілієвич, І.О. Луїніна. – К. : Основи, 1998. – 518 с.
5. Господарське право : навч. посіб. / Л.А. Жук, І.Л. Жук, О.М. Неживець. – К. : Кондор, 2003. – 400 с.
6. Дроздова Г.М. Менеджмент зовнішньоекономічної діяльності підприємства : навч. посіб. / Г.М. Дроздова. – К. : ЦНЛ, 2004. – 172 с.
7. Щербатюк Н.В. Методи кількісного обмеження в Україні / Н.В. Щербатюк, С.В. Чичирко // Юридичний вісник. – № 3 (28). – 2013. – С. 79-83.
8. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. Т. 4. / В.И. Даль. – М. : Рус. яз., 1980. – 680 с.
9. Евгеньева А.П. Словарь русского языка : в 4 т. – 2-е изд., испр. и доп. / А.П. Евгеньева. – М. : Рус. яз., 1984. – 750 с.
10. Ожегов С.И. Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. – 14-е изд., стер. – М. : Рус. яз., 1983. – 816 с.
11. Новий тлумачний словник української мови : в 4-т. Т. III / укл. В.В. Яременко, О.М. Сліпущко. – К. : Аконт, 1999. – 927 с.
12. Алімов Р.С. Процедури в адміністративному праві України : теорія і практика : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Р.С. Алімов – Ірпінь, 2002. – 199 с.
13. Талапина Э.В. Административные процедуры и право / Э.В. Талапина, Ю.А. Тихомиров // Журнал Российского права. – 2002. – № 4. – С. 3-13.
14. Байтин М.И. Теоретические вопросы правовой процедуры / М.И. Байтин, О.В. Яковенко // Журнал Российского права. – 2000. – № 8. – С. 93-102.
15. Алексеев С.С. Общая теория права : в 2 т. Т. 2 / С.С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1982. – 300 с.
16. Административное право : учеб. / под ред. Ю.М. Козлова, Л.Л. Попова. – М. : Юристъ, 1999. – 728 с.
17. Словарь административного права / под ред. И.Л. Бачило. – М. : Правовая культура, 1999. – 320 с.
18. Административное право и процесс : полный курс / Ю.А. Тихомиров. – М. : Изд-во Тихомиров М. Ю., 2001. – 652 с.
19. Джафарова О.В. Сутність дозвільних процедур : питання сьогодення / О.В. Джафарова // Вплив права та закону на сучасний розвиток суспільства : матер. міжнар. наук.-практ. конф. (м. Ужгород, 28–29 грудня 2012 р.). – Херсон : Гельветика, 2012. – С. 123-134.



HISTORICAL TRADITIONS OF UKRAINIAN CIVIL PROCEDURE

Iryna IZAROVA,

PhD, Lecture, Department of Justice
Kyiv National Taras Shevchenko University

Summary

This article examines the historical traditions and features of national model of civil procedure, which was formed on territory of Ukrainian lands under significant influence of European sources of law, from time of Kievan Rus', the Polish-Lithuanian period and Hetmanate to contemporary time. The analysis allows to conclude that there are similarities of European and Ukrainian models of civil procedure that could eventually lead to further approximation and integration of Ukraine into a Genuine European area of Justice.

Key words: civil procedure, models of civil procedure, sources of civil procedure, approximation of procedural systems.

Аннотация

В статье исследуются исторические традиции и особенности отечественной модели гражданского процесса, которая сформировалась на территориях украинских земель под существенным влиянием европейских источников права со времен Киевской Руси, Польско-Литовского периода и Гетманщины до современного периода.

Ключевые слова: гражданский процесс, модели гражданского процесса, источники гражданского процесса, сближение процессуальных систем.

Thematic justification. The modern national idea of civil litigation as a form of implementation of the judiciary is caused by traditional approaches that were historically formed in Ukraine. European direction of development and Western values always dominated in the scientific and public opinions in Ukraine, but long-term being a part of various empires left its imprint on legal culture and sense of justice of Ukrainian society. Similarly the globalization of Civil Procedure, as reasonable emphasizes V. Komarov, cannot negate the distinctive character of national procedural systems specific to its historical development, doctrinal views, state of court practice and other factors, and does not eliminate no less important scientific problems of national Civil Procedure identity [1, 20].

Problem Statement. The current return of our country to European integration orienting points, in our opinion, determines need to intensify foundations and historical traditions of national models of Civil Procedure research. This will provide an opportunity to find the most effective ways of reforming the current legislation specific to European standards of civil procedure, and in order to integrate further to common European legal space.

Status of research. Research of historical foundations of civil justice in Ukraine is complicated by small number of scientific papers devoted to this subject. Among it we should mention work of J. Padoha «The courts and litigation in Old Ukraine», published in 1990, its subject is «history of Ukrainian judiciary» [2], which signifies judicial system,

namely organization of courts and court proceedings, that is order in which are held legal actions (process) directed on establishment of rights of individuals, their protection and implementation.

Other sources that provide an opportunity to determine traditional features of civil proceedings should include historical monuments: so that in times of Kievan Rus X–XIV centuries was issued the «Rus'ka Pravda» (Russian Justice) of XI–XII centuries; in the Polish-Lithuanian period XIV – 648 centuries. The main sources of law include Lithuanian Statutes, Magdeburg Law, «Saxon Mirror» (Speculum Saxonum), Chelmino Law; in the period of Hetmanate 1648–1781 years were prepared «Laws, according to which is judged the Little Russian people» or Ukrainian Cossack Code of 1743; in the Austrian-Russian period of the second half of XVIII – beginning of the XX century were used Austrian Code of 1895 and Russian Statutes of 1868 [3; 4; 5].

Therewith, the main goal **and task** of article are not historical but ontological and epistemological knowledge of phenomena and processes in formation of national civil procedure model to determine its place among procedural law of modern European countries. This historical analysis enables us to identify inherent describing significant features and to suggest what factors influenced their formation that provides an opportunity to have a more balanced approach to reforming of modern civil process and to determine prospects for approximation of national and European Civil Procedure models.

Presentation of main material. Courts of Kievan Rus period X–XIV c., were secular and spiritual (ecclesiastic), that meets the general European trends. The secular court was court of Prince, which did by him as «the Highest Judge in region», to whom belonged the judiciary, and duty to judge citizens was considered as main duty of the lord [2, 11]. Public court or People's court first appeared as exclusive judicial body which then existed in parallel, and then was completely replaced by princely court [2, 12]. The People's Assembly or «viche», was government, to which belonged quite broad powers to conclude agreements with Prince to his assignment to position, and control of his activities, in particular judicial [6, 168–169]. Civil cases that were under jurisdiction of spiritual court, these cases were property cases between married couple, inheritance and others [2, 14].

The main source of Kievan Rus' law – «Rus'ka Pravda», is compilation of common law of XI–XII centuries, which had a huge impact on development of law on Ukrainian territory. It contains provisions relating to organization of judiciary: «Broaden Rus'ka Pravda» has on various testimonies about 120 articles on procedural law (provisions of witnesses, ordeal; sample of water and iron, on svod (face-to-face interrogation), legally self-care, etc.) [5].

The Process of time was oral competition between disputed parties before court, on which took part an entire community or its representatives – «the best people» who controlled penalty order and established outcome of proceeding. Therewith, the presence of parties and witnesses by court provided immediacy



of justice and a formalism of procedural actions that was available, but, as indicated by J. Padoh, it is believed that, not too strict [2, 41].

Thus, the basic principles of civil procedure in period of Kievan Rus were immediacy, adversary nature; jurisdiction was defined by law.

During the Polish period in Ukraine at end of XV century Ukrainian lands became a part of crown Poland and Polish administration was implemented [8, 87]. At this time were formed county (zemskyi), secular (myrskyi), podkomorskyi courts and viche courts that become higher appellate body [2, 16]. On territories of Duchy of Lithuania, were city, country and spiritual courts.

The main sources of civil procedural law of this time were Lithuanian Statutes and german law or Magdeburg Law.

The Lithuanian Statutes or Statute of Grand Duchy of Lithuania [4], which are basic code of law of Grand Duchy of Lithuania. Rus' and Samogitia were published in 1529, 1566 and 1588. They were in use in territory of Ukraine in Kyiv, Podolia and Volyn provinces almost until the 19th century. The effect of these statutes was terminated by a decree of Senate on June 25, 1840 for territories of Left-Bank Ukraine and they were replaced in 1843 by the Code of Laws of Russian Empire.

The Statute included basic regulations of state, civil, family, criminal and procedural law. Thus, to procedural law had been devoted a large part of Third Lithuanian Statute, Chapter 4, 9, and from 11 to 14, by their provisions was governed procedure before Court [4, 78].

The process of that time was called «postupok pravnyi» («legal action») and it relied on principles of legality, recognized by substantive law, id est established by law, which courts had to follow [2, 47]. At this time there is a gradual change of main sources of procedural law – from customary law to law as rendered by supreme local authorities act.

The sources of procedural law of this period should also include «The Saxon Mirror» and Chelumno Law or Kulm Law, roots of which date back to Roman and European legal traditions.

The Saxon Mirror or Speculum Saxonum, that was applicable on Ukrainian territory for a quite long time can also be referred to German law, which was a German medieval compilation of

legal norms and customs of 1230s, which later became foundation of Roman and canon law, and common law of German regions [9, 120]. In Ukraine mainly Polish translations of this source were used, many provisions of which are represented in «Laws by Which the Little Russian People Are Judged» [10].

Chelumno Law or Kulm Law is a compilation of legal norms that were widely used in Prussia in 13th to 15th centuries. It is based on Chelumno or Kulm charter and privileges of Teutonic Order which regulated relationship between citizens and Teutonic Order. It also included part of regulations of Magdeburg and Flemish law [11].

The importance of these sources is that in future their provisions were codified in outstanding work of philosophical and legal thought «Laws by Which Little Russian People Are Judged» 1743. Amendment of state and political system has also led to formation of a new judicial system and drafting of one of first European constitutions.

During the 17th and 18th centuries in Ukraine Hetmanate was formed. It was a republic of elected bodies – the Military Council, Hetman was head of executive department of government and elected courts, regimental city and General Court as highest court [6, 91; 12, 168–169].

In 1710, the legal structure and «Covenant and the Constitution of the rights and liberties of the Zaporizhia army»¹ or Orlyk Constitution [13] was created where it was first represented main provisions of independence of judiciary in Ukraine. It was an independent legislative and executive judiciary headed by General Court which was highest judicial body.

At same time «Laws by Which the Little Russian People Are Judged» [10] or Ukrainian Cossack Code [2, 73, 81] were preparing, they were the result of fifteen years codification of feudal serfdom legal standards.

«Laws...» was a work result of Commission created according to imperial decree in 1728. The Commission codified law rules contained in Lithuanian Statute, Chelumno Law, Saxon Mirror and Ukrainian standards of common law bringing them closer to valid Russian legislation [14]. But sources, that were the basis of «Laws...» are of significant importance bringing them closer to European traditions of law.

Chapter 7, for instance, contained provisions about «courts and judges and other persons who belong to the court, and about content of judicial procedure in judicial institutions». Chapter 8 set out provisions for «petitioner and respondent, also on a lawsuit or on trial lawsuit and evidence, on decrees and verdicts, on appeals and fines: as well as for those convicted of an incorrect claim, and those whose convictions are unjust» [10].

Through these provisions of compilation almost all stages of the judicial process were settled, such as decisions in civil and criminal cases, appeals to them in higher courts, the legal status of plaintiff and defendant, and order of proof in cases and forensic evidence. The distinction between civil and criminal processes was also of importance: in criminal cases investigative principle of process dominated, whereas in civil cases it was the adversarial nature of cases as well as possibility of a peaceful settlement of a dispute.

The main feature of process in Hetmanate scientists considered its unity for all layers of society and almost all courts [2, 73].

The adversarial nature of process was defined by mutual rights and obligations of parties: «Every defendant must be in court interrogated verbally, according to petition of petitioner, especially for each point, and while previous points are not cleared, the following are not to be questioned...». (The order, in art. Magdeburg Law: On judges and justice, № 34. Saxon Mirror № 3) (paragraph 5, art. 12, Chapter 7).

The enforceable right of sides to settle amicably is of great importance: «And if during investigation and judicial proceedings controversial parties want to settle amicably, it is allowed to do so» (paragraph 12, Art. 12 chapter 7).

Despite fact that compilation did not enter into force, its importance for further development of legal science was great because it reflected provisions of traditional legal being, sources of Ukrainian law of time. Later it has become subject of numerous research and has been used to study law by generations of Ukrainian lawyers.

At end of XVIII–XIX centuries judiciary system of Ukraine has been rebuilt following example of judiciary system of Russian Empire, in particular General Court has become a permanent body with appointed and paid officials whose activities are supervised by Prosecutor of Little



Russian College. This, of course, has led to abuse and the transformation of judiciary system to arbitrariness in state-government institutions with such distinctive features as corruption, dependence on administration, formalism etc [6, 270–281].

The reforms in Russian Empire over 60-70 years during the 19th century were result of a variety of social and economic factors, among which one of most important is abolition of serfdom in 1861 which freed huge numbers of peasants who accounted for about 80% of total population. The abolition of serfdom freed most of population out of so-called informal home court of landlords, who had right only to small offences judgment but in fact executed judgement in all cases as serfs were judged by state court very seldom [15, 67]. From that time all cases were went before General Court.

Judicial reform in 1864 is considered to be one of most consistent reforms – due to this reform, the judicial system and procedure for criminal and civil proceedings in courts were substantially changed.

After long preparation on November 20, 1864 following drafts of in judicial statutes were approved – the Establishment of Court Places, the Regulation of Civil Procedure, the Regulation of Criminal Proceedings, and Regulation of Penalties Imposed by Magistrates [15]. For example, Regulation of Civil Procedure was considered by State Council for two years in order to take into account complexity of search for an effective model for proceedings in absence of established legal traditions and abolition of serfdom [15].

The creation of an independent judiciary enabled implementation and development of main provisions of Statute of Civil Procedure, the provisions of which were revolutionary for time. In first place, this is establishment of two major orders of justice, overall and reduced, which significantly influenced reduction of duration of trials by simplifying the procedure of its proceedings. Secondly, the basic derivations or principles of civil proceedings recognized competitiveness, transparency and their oral nature. There was adjudication of cases on their merits in only two instances and a judicial review only in case of violation or misapplication of law.

In this Statute, jurisdiction of the courts was extended to «all kinds of disputes about civil rights». It separated judicial and

administrative authorities: [T]he restoration of justice in case of a dispute according to legally enacted order is first and foremost duty of government; for this purpose there are legal places and for its functioning rules must be set to ensure as much as possible discovery of truth (Art. 2 of Statute) [5].

The undoubted achievement of this reform was declared in Statute of basic principles of justice. It provided for election of magistrates and jurors; independence and irremovability of judges; presumption of innocence; equality of all before law, regardless of status; publicity, oral nature and adversarial character of judicial process; and free evaluation of evidence by court. However, the pre-reform legislation contained inquisitorial elements of proceedings, such as closed court hearings, written proceedings, formal evaluation of evidence, the inequality of parties and their dependence on status in society.

For purposes of this study, a report by M.I. Mitilino in 1913 is of interest [16]. He was a private-docent of Kiev University of St. Vladimir, and report was about 50th anniversary of judicial reform. In his work, he notes first of all positive results of reform, showing its success with specific examples that helped to achieve its purpose of creating a unified court to replace individual systems of courts for nobility and serfs. It was a simplification of a vast and often confusing system of level arrangement retrial as before reform there could be up to 12–13 instances. In addition, there was clear differentiation of legal jurisdiction and its separation from administrative one, whereas before reform one case could be reviewed in court and in various administrative places.

An improvement of institution of court jurisdiction had essential importance as before reforms determination of an appropriate court relied on numerous and often contradictory rules, and depended on individual officials and bodies.

The reform of written civil procedure was also important due to fact that during its existence it had become the basis of corruption and abuse in courts, emphasizing participation of court clerks in these processes [5].

The value of these outstanding sources of law for development of a modern civil process can not be overstated. Thus prerequisites for a competitive, open and transparent civil proceedings, which were initiated in «Laws ..» and the Statute of

Civil Procedure were repeatedly mentioned in works of modern proceduralists [17, 18]. Dissolution of Russian Empire and development of a new state-political system led to fundamental changes in organization of the judiciary and of legal proceedings in territories of Ukrainian lands. It is obvious that the CPC of 1924 in comparing with Statute of 1864 limited optionality of civil procedure and its adversarial nature. The purpose of civil proceedings in accordance with Art. 5 CPC was to determine validity of rights and relationships between litigants, and so task of court in resolving dispute on civil law was to find out not apparent truth, but substantive truth [18, 22], that, in our opinion, distorted litigation: it distracted litigation from true kernel of matter, which embodied traditional public perceptions of fair justice.

There were several codifications of civil procedure during development of domestic civil proceedings in Ukrainian Soviet Socialist Republic [20]. The most significant was reform of 1950-60-ies, which resulted in adoption of Civil Procedure Code of USSR in 1963 [21].

Shurely, traditions of domestic civil procedure kept remains of Soviet period of development, but it is necessary to understand a fundamental change in paradigm of social development, which took place in early 1990 s. Ukraine returned to its normal direction of development and started to return age old values inherent in national and pan-European legal tradition.

Development of independent state was connected with need to establish and ensure proper functioning of judicial system and effective administration of justice, as it is basis of a normal existence and sustainable development of modern state and society.

In 1995 Ukraine became thirty-seventh member country of Council of Europe, whose task is adoption of united democratic legal principles on whole European continent, and on July 17, 1997 Ukraine ratified Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [20]. Thus our government undertook a number of international obligations and recognized jurisdiction of European Court of Human Rights, that is of utmost importance for the development of an effective system of civil justice.

Ukraine is an integral part of pan-European processes, in particular, creation of a unified legal space and system of justice. Aspirations of our country regarding



European integration led to increased cooperation with EU, in particular in field of adaptation of European law, which is one of indispensable and necessary conditions for EU accession.

Civil Procedure Code of Ukraine – it is only codified act of civil procedure law containing provisions that reflect modern paradigm of development of Ukrainian society was accepted on March 18, 2004 and entered into force on September 1, 2005. Development of Code lasted quite a long time, that was due to fundamental changes in structure of civil proceedings – proceedings in cases arising from administrative relations had been allocated to administrative legal proceedings.

At same time, scientists have noted on numerous issues related to latest codification of civil procedural law. So, as the I.S. Yaroshenko notes, there are a number of problems associated with proper delineation of civil, administrative and economic jurisdiction, as change in volume of a sphere of Code's regulation led to incorrect determination of jurisdiction, but in general, problem goes to wrong definition of subject of civil procedure codification, based on subject matter and subject of legal regulation [21, p. 402].

In new CPC the right of sides to settle an amicable agreement at any stage of civil proceedings is provided. Participation of court in settlement of agreement is reduced to clarifying consequences of such decisions, checking credentials of representatives and compliance of terms of settlement agreement with law to check that it does not violate rights, freedoms and interests of other persons not involved in case.

In new CPC was also change of direction of civil procedural law – where active role of the court in civil proceedings and in directing process to establish truth in case are replaced by adversarial principles and a passive role of court as an impartial arbitrator in case. The right of court to request evidence in case is valid only for cases of special proceedings.

The permanent search for best ways of reviewing judicial decisions led to creation of a unique system level arrangement of revision of judicial decisions in Ukraine: there were changes in Civil Procedure Code of Ukraine 1963, which were made in 2001 regarding new forms of appeal review of court judgments and this led to adoption of CPC and introduction

of amendments in instance structure of courts of civil jurisdiction by Law of Ukraine – «About the Judicial System and Status of Judges» in 2010. The system of appeal review of court judgments and determination of special procedural legal status of Supreme Court of Ukraine were changed by Law of Ukraine «On ensuring the right to a fair trial» adopted on February 12, 2015 [22].

Conclusion. It is important to note that modern civil procedure law is gradually returning to its traditional European roots, as evidenced by following provisions. In Civil Procedure Code of Ukraine of 2004 presents tangible impact of provisions of civil procedural law, which are achievement of traditional public perceptions on implementation of justice.

Historical development proves that domestic model of civil procedure is rather peculiar, it can not be regarded to Romano-canonical or general systems of civil procedure but it is worth to identify it in System of pan-European tradition of civil procedure.

There is no saying with certainty about direct influence of Roman law on Ukrainian law, but analysis of historical law works, which were a source of civil procedural law, suggests that they were borrowed indirectly through major European legal sources.

Understanding of pan-European legal foundation comes in useful on further reform of domestic procedural law, and experience in reforming of legal institutions of civil procedural law in other countries, in particular, EU legislation will positively impact on development of modern science and doctrines of domestic civil procedure law.

Thereby, the domestic model of civil procedure as a form of European civil process is suitable for further approximation and harmonization of civil process which are taking place in European countries. It will certainly be a empowering experience for further reform of civil procedural law of Ukraine and will become key to effective cooperation in regard to future Ukraine's membership in European Union.

List of references:

1. Комаров В.В. Цивільний процес у глобальному контексті / В.В. Комаров // Право України. – 2011. – № 10. – С. 20-29.
2. Падох Я.М. Суди й судовий процес Старої України. Нарис Історії. – Н.

Й., Наукове товариство ім. Шевченка, 1990. – 128 с.

3. Руська правда. УАН, Інститут історії матеріальної культури, тексти на основі 7 списків та 5 редакцій, підг. проф. С.В. Юшков. – К., Вид-во УАН, 1935. – С. 137-144.

4. Статути Великого князівства Литовського: у 3 т. – Т. I, II, III.// За ред. С.В. Ківалова, П.П. Музиченка, А.І. Панькова. – Одеса, 2002, 2003, 2004 рр.

5. Свод законов Российской империи. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://civil.consultant.ru/code/>.

6. Історія українського права: Посібн. / І.А. Безклубий, І.С. Гриценко, О.О. Шевченко та ін. – К.: Грамота, 2010. – 336 с.

7. Білецький Л.Т. Руська правда й історія її тексту. За ред. Ю. Книша. Українська Вільна Академія Наук у Канаді. Вінніпег, 1993.

8. Грушевський М.С. Історія України-Руси: В 11 т., 12 кн. / Редкол.: П.С.Сохань (голова) та ін. – Том 10. – Київ, 1936. – 394 с.

9. Усенко І.Б., Ромінський Є.В. Саксонське зеркало // Юридична енциклопедія. В 6 т. – Т. 5 (П – С). – К., 2003. – 406 с.

10. Права, по котрым судится малороссийский народ // Под ред. А.Ф. Кистяковского. – Киев, 1879. – 1063 с.

11. Дмитришин Ю.Л. Хелмінське право, як джерело «Зібрання малоросійських прав 1807 р.» / Ю.Л. Дмитришин // Державне будівництво та місцеве самоврядування. Збірник наукових праць. Вип. 21. Харків. В-во «Право». 2011. – С.200-208.

12. Полонська-Василенко Н.Д. Історія України: у 2 т. – Т. 2. Від середини XVII століття до 1923 р. – 3-тє вид. – К.: Либідь, 1995. – 608 с.

13. Орлик Пилип. Конституція, маніфести та літературна спадщина: Вибрані твори. – К., 2006. – С. 99-100.

14. Вовк О.Б. До 270-ї річниці створення українського кодексу «Право, за яким судиться малоросійський народ. Центральний державний історичний архів України. [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://cdiak.archives.gov.ua/v_270_rokiv_vid_stvorennia_kodeksu.php.

15. Воробейкова Т.У. Судебная реформа 1864 г. В кн.: Проблемы юридической науки и правоохранительной практики. – К., 1994. – 402 с.



16. Митилино М.И. Гражданский суд до и после реформы / Митилино М.И. // Труды Киевского юридического общества, состоящего при императорском Университете Св. Владимира за 1911, 1912, 1913 и 1914 гг. – К., 1915. – С. 341-358.

17. Задоевко О.В. Кодифікація цивільного процесуального законодавства України у 1922–2012 рр. (історико-правове дослідження) [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О.В. Задоевко // Ін-т законодавства Верховної Ради України. – К., 2013. – 21 с.

18. Комаров В.В. Цивільне процесуальне законодавство у динаміці розвитку та практиці Верховного Суду України / В.В. Комаров. – Х. : Право, 2012. – 624 с.

19. ЦПК УРСР 1963 р. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1501-06>.

20. Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.», Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції від 17 липня 1997 р. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/475/97-вр>.

21. Ярошенко І.С. Цивільний процесуальний кодекс України: актуальні питання кодифікації // Європейські стандарти захисту прав у цивільному судочинстві: випробування часом: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 26 вересня 2014 р.). – К.: ВД «Дакор», 2014. – 416 с. – 402 с.

22. Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд № 192-19 від 12 лютого 2015 року. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/192-19>.

WARRANTIES OF RIGHTS AND FREEDOMS IN THE JUVENILE DETENTION

Oksana KRUKOVYCH,

Postgraduate of the Department of Justice, Faculty of Law of
Taras Shevchenko National University of Kyiv

Julia TSYHANYUK,

Doctor of Law, Associate Professor of Humanities
and Social and Legal Sciences of the Institute of Intellectual Property
of National University „Odessa Law Academy” in Kyiv, lawyer

Summary

The article investigates the guarantees of the rights and freedoms of minors in the application of preventive measures in the form of detention. It is proved that in the selection of a preventive measure such as detention, there is a range of additional guarantees concerning juveniles, which is implemented by introducing into the general conditions the application of a preventive measure that is connected with minors psychophysiological development. As a result of the study, the conclusions offer their own list of these additional warranties that are applied to minors.

Key words: minor, preventive measure, detention, guarantees of minors rights and freedoms.

Аннотация

В статье исследуются гарантии прав и свобод несовершеннолетних при применении меры пресечения в виде содержания под стражей. Обосновывается, что в отношении несовершеннолетних, при избрании им меры пресечения в виде содержания под стражей, существует комплекс дополнительных гарантий, который реализуется путем внедрения в общие условия применения меры пресечения в виде содержания под стражей особенностей для его применения, связанных с психофизиологическим развитием несовершеннолетнего. Как результат исследования, в выводах предложен собственный перечень этих дополнительных гарантий, которые применяются к несовершеннолетним.

Ключевые слова: несовершеннолетний, мера пресечения, содержание под стражей, гарантии прав и свобод несовершеннолетних.

Problem statement. The data generalization of courts of law of the first instance and appellate courts (as of 01. 06/01. 07. 2013) shows that 3 846 defendants, including 48 minors (persons who have committed offenses in juvenile age) were held in detention centers in custody and were considered by the courts for more than 6 months [1].

Moreover, according to the report of the General Prosecutor of Ukraine on the work of the prosecutor for 12 months in 2014 during the supervision of compliance with the laws by bodies that conduct investigative operations and pre-trial investigation by prosecution where the suspect, accused juvenile was found 16 times and the information of criminal offenses was determined and included to the record that had not been done before; 212 resolutions about terminating the proceedings were canceled; 7 resolutions about restoring the pre-trial investigation were passed; 2095 written instructions were given. 325 requests for the use of

detention as a preventive measure to minors were sued to the court in 2014. 47 times the requests were denied by the investigating judge [2].

The quantitative indicators are relatively small, but the presence of at least one statistic speaks of the need to establish additional guarantees for minors who have their own physiological and psychological characteristics, typical age level of life, etc. The results also show that the order of detention application to minors as a preventive measure is not without its faults. That's why the study is relevant as far as it investigates the guarantees of rights and freedoms during the application of detention for juveniles.

Research condition. The research of guarantees of human rights and freedoms in the application of preventive measure such as detention is found in the works by V.G. Goncharenko, Y.M. Groshev, O.V. Kaplin, O.P. Kuchynska, E.D. Lukyanchykova, V.T. Malyarenko, V.O. Popelyushka,



S.M. Smokova, V.M. Tertyshnyk, O.G. Shilo, M.E. Shumylo, O.G. Yanovska and others. However the study of the range of guarantees of minors rights and freedoms in the application of a preventive measure such as detention is absent.

The purpose of this article is to establish a set of guarantees of rights and freedoms of minors during the application of detention to them.

Used methods and materials. The article uses the statistical materials of the Supreme Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases, the General Prosecutor of Ukraine, the Criminal Procedure Code of Ukraine, the scientific portfolio by E.S. Berezina, Y.M. Groshevyi, C.V. Mudretska, G.S. Rusman, I.V. Pilipenko, G.V. Popov, V.Y. Tatsiy, O.V. Tsykova. This scientific material was worked out using system-structural, logic procedural, statistic and comparative methods.

Main part of the article. The scientists found out that the proceedings in juvenile crime have significant features. G.V. Mudretska and O.V. Tsykova mention that the specific legal position in society of people who have not attained the age of majority dictates the need to regulate the specific rules and procedures for dealing with juvenile offenders at all stages of the criminal process. The proceedings peculiarities are determined by the level of minor development, the ability to really analyze current events, etc. Because of the lack of experience, heightened suggestibility the teenager is not able to make full use of his rights to pre-trial investigation, including the right to protection in particular. This specificity finds its legislative reflection in special procedures. According to the authors, the rules of proceedings in juvenile crimes are aimed at providing additional guarantees of complete, comprehensive and objective investigation of the offence, identifying the causes and conditions of crime committing by juveniles, the implementation of their procedural rights, the use of reasonable and fair criminal procedure measures of impact on minor, taking into account the information about his personality and crime [3, p. 141].

Taking into consideration the juvenile's age and psychological characteristics, the important role of influence of the environment and the formation of a child character, the legislator has provided some

differences in juvenile justice, which can be defined as a special approach to the protection of their rights as well as the range of circumstances which must be necessarily established in criminal proceedings [4, p. 669].

According to M.S. Strogovich opinion, the first and main point during the investigation and adjudication of juvenile crimes is how to hold a process and how to solve the case in order to have the right impact on a juvenile offender himself and direct him to the right way of his study and work as well as to prevent him from the negative impact of anti-social elements [5, p. 474].

The above mentioned information and the analysis of the rules of Chapter 38 of the Criminal Procedure Code of Ukraine (CPC) [6], which regulate juvenile criminal proceedings show that there is the existing set of guarantees of rights and freedoms in the application of detention as a preventive measure. We believe that this range of additional guarantees is realized by the implementation of a preventive measure in the form of custody for its application which are connected with a minor psycho-physiological development.

In a letter of the Supreme Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases of July 18th, 2013 states that the investigating judge, the court of law must bear in mind that detention should be applied to minors only in exceptional cases, as a last resort, with determining the shortest detention period and ensuring periodic review of the grounds for its application or extension at short intervals of time (ECHR Decision of October 28th, 1998 in the case «Assenov and others against Bulgaria»). Implementing the regulations of p. 5 ch. 5 199 of CPC, the investigating judge and the court of law in accordance with p. 3 ch. 331 of CPC should take into account that after the expiry of a certain period of time (the term of a prior approval) the mere existence of a reasonable suspicion is no longer a reason for deprivation of liberty, that's why the judicial authorities are to cite other reasons for further detention in their judgment, considering the possibility of choosing alternative precautions (ECHR Decision of January 20th, 2011 in the case «Prokopenko against Ukraine») (paragraph 3 p. 6) [7].

As it follows from the foregoing, the use of ECHR judgments in matters

of the minor rights and freedoms during a preventive measure application in the form of detention is necessary. I.V. Pylypenko also emphasizes on the need of international standards application. According to the author, if a preventive measure of detention is applied to a minor, we should take into account the international experience. Chapter 37 paragraph d of Convention on the Rights of the Child states that every child deprived of liberty should have the right to a prompt access to legal and other appropriate assistance, as well as the right to challenge the legality of the deprivation of liberty in a court or other competent, independent and impartial authority, and the right to making prompt decisions by them on any proceedings [8, p. 114].

A similar opinion is expressed by G.V. Popov. The author notes that prosecutors, especially those with little experience, in order to optimize the protection of minor's rights should systematically study analytical materials and newsletters on violations of human rights and freedoms in applying precautions to them, jurisprudence on these issues and foreign experience [9, p. 273].

These international standards that are guarantees of minors rights and freedoms in the application of preventive measures such as detention is found in the Universal Declaration of Human Rights; Convention on Human Rights; International Covenant on Civil and Political Rights; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; UNO Standard Minimum Rules relating to the Administration of Juvenile Justice («The Beijing Rules»); Convention on the Rights of the Child; Code of principles for the protection of all persons subjected to detention or imprisonment in any way; Convention on the Rights of the Child; UNO Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty; Resolution of the Committee of Ministers of the Council of Europe (65) 11 «Custody»; Declaration on the Protection of All Persons from torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

Except of detention, to the persons aged from 11 to 14 years another measure can be applied – placing in distribution centers. According to G.V. Mudretska and O.V. Tsykova special precaution applies to the suspect or accused juvenile who committed



socially dangerous act after reaching the age of eleven, but before reaching the age of criminal responsibility. Instead of custody as a preventive measure such person may be placed in distribution center, on the condition that the criminal law supposes punishment by imprisonment for more than 5 years for committing the action he/she is suspected/accused of. In all other cases the investigating judge, the court of law have no right to make decisions on its application and is to choose softer precaution. The term of holding a person in distribution center, despite the equal of the detention order of choosing, the cancellation or continuation of such an event is much smaller and is 30 days (hence, the term and its continuation of application is 30 days, not two months, as in case of detention) [3, p. 142]. Application of this legal mechanism is a manifestation of a special treatment to a person because of his age and other characteristics connected with it.

However, regardless of the humane content standards of CPC of Ukraine on the use of preventive measures such as detention of juveniles and guarantees of their rights and freedoms while its application, it is obvious that there are grounds for use, especially the probability of risks, form the basis for a decision on custody of the minor.

G.S. Rusman notes that in deciding on the selection of a preventive measure of detention for juvenile defendant, the court considered the following circumstances: 1) negative personality characteristics of a minor (minor is cruel, aggressive, deceitful, cunning, resourceful by nature, complaints about his behavior are repeatedly received from neighbors and other residents); 2) deliberate crime, committing a large number of crimes in a relatively short period of time; 3) minor tendency to commit crimes, misdemeanors; 4) the availability of outstanding convictions, committing the crime during the probationary period, during conditional release from punishment, responsibilities entrusted by the previous verdict are not complied; 5) the minor was registered with the Commission on Minors, was led to a special school of closed type, or placed in temporary centers for minors; 6) there is reason to believe that a minor can escape from pre-trial investigation

and trial; 7) the minor works and learns nowhere or systematically miss classes, has no socially useful occupations; 8) abuses alcohol, takes drugs, toxic substances, or is in psychiatrist register; survey on the grounds of custody selection as a preventive measure; 9) single-parent, dysfunctional family (child is brought up only by one parent, the other is eliminated, the child is brought up by a grandmother, aunt and parents are deprived of parental rights), lack of control from parents, lack of influence of parents and caregivers on minors; 10) lack of permanent residence of a minor, minor normadism; 11) parents' alcohol abusing, absence of work or other fixed occupations («I was stealing, since there was no way to earn for a living»); 12) failure to appear in court (this fact is prevalent in the selection of the measure during the proceedings) [10, p. 63].

O.S. Byeryezina says that to the exceptional circumstances of a considered preventive measure on a juvenile that has committed a felony, it is advisable to include a minor extension of unlawful conduct, disobeying lawful demands of law enforcement, loss of control by parents or guardians. These circumstances, in author's opinion, should also be mentioned in the resolution of the application [11, p. 57] (a preventive measure – Y. TS.).

Accordingly, the peculiarities of guarantees of the rights and freedoms for juveniles which are predicted by the current CPC of Ukraine are progressive, the social characteristics of juveniles are taken into account and directed both to meet the needs of their development and to meet the objectives of criminal proceedings.

Guarantees of the rights and freedoms in the application of detention for juveniles are allocated in a separate chapter of CPC of Ukraine and they are about juveniles, except other conditions, the grounds for a preventive measure application in the form of detention are specified.

Conclusions. As to the minor there are the following features of a preventive measure application in the form of detention, which are additional warranties of its procedural status:

1. To justify suspicion as a ground for a preventive measure application to a minor in the form of detention, it is necessary to find out the circumstances which are in Ch. 485 of CPC of Ukraine

as those to be established in the criminal proceedings against juveniles.

2. The possibility of selection in a separate proceeding criminal proceedings against a minor, during the preliminary investigation, if the juvenile is suspected in committing a criminal offense together with an adult.

3. In order to justify suspicion and state the probability of risks, it is necessary to conduct a comprehensive psychological and psychiatric and psychological examination of a suspect or the accused juvenile in accordance with Ch. 486 of CPC of Ukraine.

4. In justifying the probability of risks, as grounds for a preventive measure application in the form of detention we should find out the living conditions and education of the suspect or accused minor that are in Ch. 487 of CPC of Ukraine.

5. Mandatory participation of a defense counsel and the possibility of parallel involvement of the legal representative of the suspect or accused.

6. The possibility of legal representative of a suspect, accused minor to participate in criminal proceedings, along with the obligatory participation of a defense counsel.

7. The preventive measure application is possible only while taking into account the age, psychological characteristics and occupation.

8. Detention can be applied to a minor only if he is suspected or accused of committing a felony or treason, under the condition that applying other preventive measures will not ensure the prevention of risks referred to in Ch. 177 of CPC of Ukraine.

9. The parents of a minor or a person acting on their behalf must be immediately informed about detention.

List of reference links:

1. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Узагальнення судової практики судів першої та апеляційної інстанцій у справах стосовно осіб, які тримаються під вартою, судово провадження щодо яких триває понад 6 місяців» від 01.07.2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_praktiki.html.

2. Генеральна прокуратура України «Звіт про роботу прокурора за 12



місяців 2014 року». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=111479&libid=100820.

3. Мудрецька Г.В., Цикова О.В. Особливості застосування запобіжних заходів під час кримінального провадження щодо неповнолітніх / Г.В. Мудрецька, О.В. Цикова // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки. – 2013. – Випуск 3. Том 2. – С. 141-143.

4. Грошевий Ю.М., Тацій В.Я. Кримінальний процес: підручник/ За редакцією В.Я. Тація – Харків: Право, 2013. – 824 с.

5. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Том 2. – М.: Наука, 1970. – 616 с.

6. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page15>.

7. Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх» 18.07.2013 № 223-1134/04-13. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v1134740-13>.

8. Пилипенко І.В. Окремі проблеми застосування законодавства щодо участі неповнолітніх у кримінальному провадженні / І.В. Пилипенко // Публічне право. – 2013. – № 3. – С. 110-118.

9. Попов Г.В. Додержання прав неповнолітніх при застосуванні до них запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою / Г.В. Попов // Право і суспільство. – 2015. – № 2. – С. 268-273.

10. Русман Г.С. К вопросу об основаниях избрания меры пресечения в виде заключения под стражу / Г.С. Русман // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия «Право». – 2007. – № 18 (90): Вып. 11. – С. 61-65.

11. Березина Е.С. Типичные нарушения уголовно-процессуального закона при заключении под стражу / Е.С. Березина // Вестник Воронежского института МВД России. – 2012. – № 3. – С. 56-58.

ПРОБЛЕМА ОПРЕДЕЛЕНИЯ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО СТАТУСА НАЦИОНАЛЬНОГО АГЕНТСТВА УКРАИНЫ ПО ВОПРОСАМ ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЫ

Инна ЛЮДЬКОВА,

аспирант кафедры государственно-правовых дисциплин,
юридического факультета
Харьковского национального университета имени В.Н. Каразина

Summary

Research of central executive authorities of Ukraine has very importance now. Today Ukraine gets in way of reforming of all set of government bodies which main goal consists in creation of effective system of executive authorities. Still the state demands radical transformations in structural and organizational activity of executive authorities. The central executive authorities with special status are new group of bodies in system of central executive authorities with which creation there were many questions which are still insufficiently studied by legal science. Determination of administrative legal status, and also allocation of problems and a way of their decision, will help to achieve effective work of data of bodies, sufficient level of standard security and professional level of activity.

Key words: administrative legal status, executive authorities, National agency of Ukraine concerning public service, special status.

Аннотация

Исследование центральных органов исполнительной власти Украины в настоящее время имеет весьма важное значение. Сегодня Украина стоит на пути реформирования всей совокупности государственных органов, главная цель которой заключается в создании действенной системы органов исполнительной власти. До сих пор государство требует радикальных преобразований в структурно-организационной деятельности органов исполнительной власти. Центральные органы исполнительной власти со специальным статусом являются новой группой органов в системе центральных органов исполнительной власти, с созданием которых возникло много вопросов, которые еще недостаточно изучены правовой наукой. Определение административно-правового статуса, а также выделение проблем и пути их решения, помогут добиться эффективной работы данных органов, достаточного уровня нормативной обеспеченности и профессионального уровня деятельности.

Ключевые слова: административно-правовой статус, органы исполнительной власти, Национальное агентство Украины по вопросам государственной службы, специальный статус.

Постановка проблемы. Вопрос укрепления правового государства и создание качественно нового общества, в котором будут гарантированы и защищены общечеловеческие ценности – это главная цель Украины с первых лет ее существования. Известно, что особое место в государстве принадлежит центральным органам исполнительной власти, а с формированием и развитием Украины как суверенного и независимого, демократического, социального и правового государства эти органы постоянно менялись, мешая выполнять функции друг другу, что приводило к неэффективному их функционированию. Имен-

но в результате этого центральные органы исполнительной власти начали отделяться от объективной реальности и перестали выполнять общественно полезные задачи.

Для регулирования узкопрофильных и важных проблем нашего общества были созданы центральные органы исполнительной власти со специальным статусом, и именно благодаря административным реформам, которые осуществляют действующее правительство вместе с Президентом Украины, они стали более эффективными. Поэтому проводится оптимизация и систематизация деятельности всех исполнительных органов в Украине.



Актуальность темы исследования. Актуальной, научно-теоретической и практической проблемой представляется определение административно-правового статуса центральных органов исполнительной власти со специальным статусом. К такому роду органов относят и Национальное агентство Украины по вопросам государственной службы, которое является центральным органом исполнительной власти, деятельность которого направляется и координируется Кабинетом Министров Украины, обеспечивает формирование и реализует государственную политику в сфере государственной службы, а также осуществляет функциональное управление государственной службой.

Цель данной работы заключается в установлении современного административно-правового статуса центральных органов исполнительной власти со специальным статусом, а именно Национального агентства Украины по вопросам государственной службы.

Формирование и ликвидация центральных органов исполнительной власти имеет достаточно динамичный характер, поэтому тема может достаточно быстро устареть или потребовать дополнения.

Центральным органам исполнительной власти ученые-административисты уделяли особое внимание в связи с их актуальностью. Теоретические аспекты рассматривались в трудах таких ученых: Л.В. Коваля, В.К. Колпакова, М.М. Тищенко, В.М. Шаповалова и других ученых.

Значительный вклад в исследование управленческих отношений в современной системе органов исполнительной власти сделали В.Б. Аверьянов, А.Н. Бандурка, Ю.П. Битяк, Ю.М. Старилон, Ю.А. Тихомиров, Ю.М. Тодика и другие исследователи.

Изложение основного материала. Государственная служба относится к сложной социальной системе и является государственно-правовым и социальным институтом, который осуществляет в рамках своей компетенции реализацию целей и функций органов власти и управления путем профессионального исполнения государственными служащими своих должностных обязанностей и полномочий, обеспечивая взаимодействие государства

и граждан в реализации их интересов, прав и обязанностей.

Известно, что центральные органы исполнительной власти со специальным статусом являются новой группой органов в системе ЦОИВ, которые созданы в результате проведения административной реформы. С их созданием возникают вопросы, которые еще недостаточно изучены правовой наукой: вопрос о целесообразности создания этого дополнительного звена в системе ЦОИВ и отнесения к ней тех или иных органов, исследование их «специальной» компетенции не должна дублировать функции и полномочия других ЦОИВ, что может мешать их эффективной работе, достаточного уровня нормативной обеспеченности их деятельности и тому подобное.

Указом «Вопросы управления государственной службой в Украине» в целях совершенствования управления государственной службой в Украине, в соответствии с п. 15 ч. 1 ст. 106 Конституции Украины [4] Президент Украины постановил создать Национальное агентство Украины по вопросам государственной службы, реорганизовав Главное управление государственной службы Украины [8].

Опираясь на Положение «Про Национальное агентство Украины по вопросам государственной службы» от 1 октября 2014 г. № 500 [7], отметим, что Национальное агентство Украины по вопросам государственной службы (Нацгосслужба) является центральным органом исполнительной власти, деятельность которого направляется и координируется Кабинетом Министров Украины, и который обеспечивает формирование и реализует государственную политику в сфере государственной службы, осуществляет функциональное управление государственной службой.

Для того чтобы определить рамки проблемы и пути их решения, необходимо выделить особенность административно-правового статуса.

О.Ю. Якимов и Д.М. Овсянко отмечают, что административно-правовой статус органа исполнительной власти включает в себя компетенцию, правоприменения, юридическую ответственность, а также нормативно-определенный порядок создания [6; 10, с. 39].

Органы исполнительной власти

наделены необходимой оперативной самостоятельностью, которая проявляется в их компетенции – предметах ведения, правах, обязанностях, территориальных масштабах деятельности.

Проанализировать административно-правовой статус помогут нам ключевые блоки, именно с их помощью мы и определим специфические особенности Национального агентства Украины по вопросам государственной службы.

Д.М. Бахрах и В.Б. Аверьянов считают, что административно-правовой статус состоит из 3-х ключевых блоков, а именно:

- целевой (юридически закреплены цели, задачи и функции);

- структурно-организационный (нормативное регулирование порядка образования, легализации, реорганизации, ликвидации субъектов, их подчиненности и передачи из ведения одних организаций в подчинение других, установления и изменения их организационных структур, права на организационное самоопределение, процедур деятельности и права на официальные символы);

- компетенционный (компетенция):
 - права и обязанности, то есть конкретные властные действия в рамках общего направления государственно-властной деятельности;

- предмет ведения (сфера общественной жизни, в которой функционирует орган)[2; 3, с. 255].

Хотелось бы отметить, что компетенция – это сложная правовая категория, содержание которой составляют предметы ведения, а также права, обязанности и ответственность субъекта властных полномочий. Понятие «компетенция», как основной элемент административно-правового статуса, должен иметь конкретную трактовку и четко закрепленные элементы. Считаем нецелесообразным относить к ней такие элементы, как задачи и функции. Функции не могут быть включены как элемент понятия «компетенция», потому что они устанавливают часть той деятельности, которая осуществляется органами государственного управления в рамках своего статуса в государственном аппарате (общее направление деятельности). Компетенция определяет, что «может» и «должен» осуществить орган для выполнения такой деятельности. Задача также не входит



в понятие «компетенция», поскольку она раскрывает цель деятельности центрального органа исполнительной власти и обуславливает компетенцию лишь в общих чертах, а не определяет ее содержание.

Указанные элементы, которые включает в себя административно-правовой статус, предоставляют возможность проанализировать специфические особенности Национального агентства Украины по вопросам государственной службы, как центрального органа исполнительной власти со специальным статусом.

Переходя к рассмотрению особенностей, считаем необходимым отметить, что к одной из важнейших относят наличие специальных законов. Ключевые вопросы деятельности большинства центральных органов исполнительной власти регламентируются «Общим положением о министерстве, другом центральном органе исполнительной власти Украины», а также положениями о конкретном органе. В свою очередь Национальное агентство Украины по вопросам государственной службы действует на основании Положения «О Национальном агентстве Украины по вопросам государственной службы» [7], и в своей деятельности руководствуется Конституцией и законами Украины, указами Президента Украины и постановлениями Верховной Рады Украины, принятыми в соответствии с Конституцией Украины и законами Украины, актами Кабинета Министров Украины, другими актами законодательства.

Целевой блок административно-правового статуса Национального агентства Украины по вопросам государственной службы, как следующая особенность, выражается в наличии задач и функций, присущих исключительно данному органу, перечень которых закреплен в ст. 3, 4 Положения «О Национальном агентстве Украины по вопросам государственной службы» [7].

Структурно-организационный блок административно-правового статуса – следующая особенность Национального агентства Украины по вопросам государственной службы. Она включает в себя: нормативное регулирование порядка образования, легализации, реорганизации, ликвидации субъектов,

их подчиненности и передачи из ведения одних организаций в подчинение других, установления и изменения их организационных структур, права на организационное самоопределение, процедур деятельности и права на официальные символы.

Известно, что Национальное агентство Украины по вопросам государственной службы возглавляет председатель, который имеет особый порядок назначения на должность и освобождение от должности [7]. Свои полномочия он осуществляет непосредственно и через образованные в установленном порядке территориальные органы. Взаимодействует со вспомогательными органами и службами, образованными Президентом Украины, временными консультативными, совещательными и другими вспомогательными органами, образованными Кабинетом Министров Украины, а также с органами местного самоуправления, объединениями граждан, общественными союзами, профсоюзами и организациями работодателей, соответствующими органами иностранных государств и международных организаций, а также предприятиями, учреждениями и организациями.

Компетенционный элемент административно-правового статуса является третьей и основной частью правового статуса и состоит из совокупности властных полномочий относительно определенных предметов ведения. Ее первый элемент включает обязанности и права, связанные с осуществлением власти, участием во властных отношениях, в том числе и право издавать определенные акты. Второй элемент компетенции — подведомственность, правовое закрепление круга объектов, предметов, дел, на которые распространяются властные полномочия [1].

Во-первых, Нацгосслужба с целью организации своей деятельности:

1) обеспечивает в пределах полномочий, предусмотренных законом, осуществление мероприятий по предотвращению коррупции и контроль за их реализацией в аппарате Нацгосслужбы, ее территориальных органах, на предприятиях, в учреждениях и организациях, которые принадлежат к сфере его управления;

2) осуществляет отбор кадров в аппарат Нацгосслужбы и на руководящие должности в ее территориаль-

ных органах, на предприятиях, в учреждениях и организациях, которые принадлежат к сфере его управления, формирует кадровый резерв на соответствующие должности, организует работу по подготовке, переподготовке и повышению квалификации государственных служащих и работников аппарата Нацгосслужбы и ее территориальных органов [5];

3) направляет, координирует и контролирует деятельность предприятий, учреждений и организаций, которые принадлежат к сфере его управления;

4) организует планово-финансовую работу в аппарате Нацгосслужбы, ее территориальных органов, на предприятиях, в учреждениях и организациях, которые принадлежат к сфере его управления, осуществляет контроль за использованием финансовых и материальных ресурсов, обеспечивает организацию и совершенствование бухгалтерского учета в установленном законодательством порядке;

5) обеспечивает эффективное и целевое использование бюджетных средств;

6) организует ведение делопроизводства и архивное хранение документов в соответствии с установленными правилами;

7) обеспечивает в пределах полномочий, предусмотренных законом, выполнение задач по мобилизационной подготовке и мобилизационной готовности государства [7].

Нацгосслужба для выполнения возложенных на нее задач имеет право:

1) привлекать в установленном порядке для выполнения отдельных работ, участия в изучении отдельных вопросов ученых и специалистов, работников центральных и местных органов исполнительной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений и организаций (по согласованию с их руководителями);

2) получать безвозмездно от государственных органов и органов местного самоуправления, предприятий, учреждений и организаций независимо от формы собственности и их должностных лиц, а также от граждан и их объединений информацию, документы и материалы, необходимые для выполнения возложенных на нее задач;

3) созвать совещания, образовывать комиссии и рабочие группы, про-



водить научные конференции, семинары по вопросам, относящимся к ее компетенции;

4) пользоваться соответствующими информационными базами данных государственных органов, государственными, в том числе правительственными, системами связи и коммуникаций, сетями специальной связи и другими техническими средствами [7].

Во-вторых, Нацгосслужба в пределах полномочий, предусмотренных законом, на основе и во исполнение Конституции и законов Украины, актов Президента Украины и постановлений Верховной Рады Украины, принятых в соответствии с Конституцией и законами Украины, актов Кабинета Министров Украины издает приказы, организует и контролирует их выполнение [7]. Приказы Нацгосслужбы, изданные в пределах полномочий, предусмотренных законом, обязательные для выполнения центральными органами исполнительной власти, их территориальными органами, местными администрациями, органами власти Автономной Республики Крым, органами местного самоуправления, предприятиями, учреждениями и организациями независимо от формы собственности и гражданами.

Для согласованного решения вопросов, относящихся к компетенции Нацгосслужбы, обсуждения важнейших направлений ее деятельности в Нацгосслужбе может образовываться коллегия, а также для рассмотрения научных рекомендаций и проведения профессиональных консультаций по основным вопросам деятельности в Нацгосслужбе могут образовываться другие постоянные или временные консультативные, совещательные и другие вспомогательные органы [7].

В-третьих, по нашему мнению, является необходимость закрепления юридической ответственности председателя Национального агентства Украины по вопросам государственной службы за невыполнение или некачественное выполнение возложенных на него обязанностей в Положении «О Национальном агентстве Украины по вопросам государственной службы». Поскольку формирование, реализация государственной политики в сфере государственной службы и функциональное управление государственным

службой, прежде всего, зависит от председателя Нацгосслужбы.

Выводы. Подытоживая вышеизложенное, необходимо сделать определенные выводы. Административно-правовой статус центральных органов исполнительной власти со специальным статусом, как внешнее выражение их деятельности, состоит из целевого блока (цель, задачи, функции), структурно-организационного блока (нормативное регулирование порядка образования, легализации, реорганизации, ликвидации субъектов, их подчиненности и передачи из ведения одних организаций в подчинение других, установления и изменения их организационных структур, права на организационное самоопределение, процедур деятельности и права на официальные символы) и компетенционного блока (предмет ведения, права, обязанности и ответственность).

Особенность административно-правового статуса Национального агентства Украины по вопросам государственной службы заключается в следующем: существование соответствующего органа предусмотрено Конституцией Украины или регламентировано специальными нормативно-правовыми актами; в нормативно-правовых актах закреплены нормы, которые выделяют данный орган, так как имеет в своей деятельности особые задачи и функции; особый порядок создания, реорганизации и ликвидации, назначение на должность и освобождение от должности руководителей и их заместителей; определяются специальные процессуальные основы деятельности.

Компетенционный блок административно-правового статуса имеет весомое значение, поэтому, по нашему мнению, необходимо в нем рассматривать не только предмет ведения, права и обязанности, но и ответственность.

Отсутствие специального Закона «О Национальном агентстве Украины по вопросам государственной службы» не дает в полной мере ознакомиться с основными положениям данного органа, считаем необходимым закрепление в нем принципов деятельности и включения статьи о юридической ответственности председателя Национального агентства Украины по вопросам государственной службы за невыполнение или некачественное выполнение

возложенных на него обязанностей, на примере статьи 14 ЗУ «О государственной службе» [9] – особенности дисциплинарной ответственности государственных служащих. Поскольку именно от его правильного распределения полномочий, задач, а также контроля за их выполнением зависит формирование, реализация государственной политики в сфере государственной службы и функциональное управление государственной службой.

Список использованной литературы:

1. Бахрах Д.Н. Административное право России: Учеб. для вузов / Д.Н.Бахрах, С.Д.Хазанов, А.В.Демин. – М. : НОРМА, 2001. – 624 с.
2. Бахрах Д.Н. Административное право: [учебник для вузов] / Д.Н. Бахрах. – М.: Изд-во «БЕК», 1996. – 368 с.
3. Виконавча влада і адміністративне право / [за заг. ред. В.Б. Авер'янова]. – К.: Видавничий Дім «Ін-Юре», 2002. – 668 с.
4. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
5. Наказ Національного агентства України з питань державної служби «Про Довідник типових професійно-кваліфікаційних характеристик посад державних службовців», від 13.09.2011 № 11.
6. Овсянко Д.М. Административное право: [учеб. пособ.] / Д.М. Овсянко – М. : Юристъ, 1995. – 303 с.
7. Положення Про Національне агентство України з питань державної служби від 01.10.2014 № 500 : [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/500-2014-p>.
8. Питання управління державною службою в Україні : Указ Президента України від 18 лип. 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua.
9. Про державну службу: Закон України від 30 грудня 1993 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua.
10. Якимов А.Ю. Субъекты административной юрисдикции (правовой статус и его реализация): [монография.] : Ч. 1. Правовой статус субъектов административной юрисдикции / А.Ю. Якимов. – М. : ВНИИ МВД России, 2006. – 268 с.



СРОКИ ОБЖАЛОВАНИЯ И РАССМОТРЕНИЯ СЛЕДСТВЕННЫМ СУДЬЕЙ ЖАЛОБ НА РЕШЕНИЯ, ДЕЙСТВИЯ ИЛИ БЕЗДЕЙСТВИЕ СЛЕДОВАТЕЛЯ И ПРОКУРОРА

Марк МАКАРОВ,

кандидат юридических наук, соискатель кафедры уголовного процесса
Национальной академии внутренних дел

Summary

The article analyzed timing of appeal and review by the investigating judge complaints of participants of criminal proceedings against decisions, actions and omissions of the investigator, prosecutor.

Attention is paid to problem of legislative regulation of notification to interested parties about decisions which may be appealed to the investigating judge. Analyzes problems of timing of appeal of investigator to close criminal proceedings. The reasons of late consideration of investigating judge appeals against decisions, acts or omissions of investigator and prosecutor. Offers solutions to problems of timing of investigating judge of criminal production. Justified additions to articles 304, 306 Criminal Procedure Code of Ukraine.

Key words: terms of appeal, timing of complaint, investigating judge, investigator, attorney, solutions, action, inactivity.

Аннотация

В статье проанализирован вопрос о сроках обжалования и рассмотрения следственным судьей жалоб участников уголовного производства на решения, действия и бездействие следователя, прокурора.

Обращено внимание на проблему законодательной регламентации уведомления заинтересованных лиц о принятии решений, которые могут быть обжалованы следственным судьей. Анализируются проблемы сроков обжалования постановления следователя о закрытии уголовного производства. Исследуются причины несоблюдения срока рассмотрения следственным судьей жалоб на решения, действия или бездействие следователя и прокурора. Предлагается вариант решения проблемы сроков предоставления следственному судье материалов уголовного производства. Обоснованы дополнения к статьям 304, 306 УПК Украины.

Ключевые слова: сроки обжалования, сроки рассмотрения жалобы, следственный судья, следователь, прокурор, решения, действия, бездеятельность.

Постановка проблемы. Проблематику предмета, субъектов обжалования и рассмотрения следственным судьей жалоб участников уголовного судопроизводства на решения, действия или бездействие следователя и прокурора, которые определены в ч. 1 ст. 303 Уголовного процессуального кодекса Украины (далее – УПК), рассматривали Д.М. Валигура, Т.Г. Ильева, Т.В. Корчева, И.М. Одинцова, М.М. Ольховская, В.А. Попелюшко, С.О. Пшеничко, А.Р. Туманянц, Т.О. Черноморец, А.Г. Яновская и др.

Цель. В то же время вопрос о сроках подачи таких жалоб и сроках их рассмотрения следственным судьей в ходе досудебного расследования остается недостаточно исследованным. Его рассмотрение и является целью этой статьи.

Изложение основного материала. Часть 1 ст. 304 УПК устанавливает десятидневный срок, в течение которого лицо имеет право обратиться с жалобой на решения, действия или бездействие следователя или прокурора. Как необходимо вычислять этот срок, разъяснил Высший специализированный суд Украины по рассмотрению

гражданских и уголовных дел в п. 5 информационного письма от 9 ноября 2012 года № 1640/0/4–12 «О некоторых вопросах порядка обжалования решений, действий или бездействия во время досудебного расследования» [1, с. 112–118]. Указано, что определенный в ч. 1 ст. 304 УПК срок исчисляется с момента принятия решения, совершения соответствующего действия. При обжаловании бездействия исчисление срока обжалования начинается со дня, следующего за последним днем, который отведен Кодексом для совершения следователем или прокурором соответствующего действия.

В ч. 1 ст. 304 УПК предусмотрен особый порядок исчисления срока обжалования решения следователя или прокурора, которое оформляется постановлением. В таком случае срок подачи жалобы начинается со дня получения лицом его копии.

О направлении следователем, прокурором участникам уголовного производства копий постановлений, которые могут быть обжалованы следственным судьей, говорится в ряде норм УПК:

– копия постановления о полном или частичном отказе в удовлетворе-

нии ходатайства о выполнении каких-либо процессуальных действий вручается лицу, заявившему ходатайство, а в случае невозможности вручения по объективным причинам – направляется ему (ч. 2 ст. 220 УПК);

– копия постановления о приостановлении предварительного расследования направляется стороне защиты, потерпевшему, представителю юридического лица, в отношении которого осуществляется производство (ч. 4 ст. 280 УПК);

– копия постановления следователя о закрытии уголовного производства направляется заявителю, потерпевшему (абз. 1 ч. 6 ст. 284 УПК);

– копия постановления прокурора о прекращении уголовного производства и производства в отношении юридического лица направляется заявителю, потерпевшему, его представителю, подзащитаемому, защитнику, представителю юридического лица, в отношении которого осуществляется производство (абз. 2 ч. 6 ст. 284 УПК).

Нужно обратить внимание на то, что в статьях УПК, предусматривающих вынесение следователем, прокурором других постановлений, которые



могут быть обжалованы следственному судье, не указано о направлении их копий заинтересованным лицам.

Например, в соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 303 УПК во время досудебного производства может быть обжаловано решение следователя, прокурора об отказе в признании пострадавшим – лицом, которому отказано в этом. Однако в ч. 5 ст. 55 этого Кодекса, регламентирующей основания и порядок принятия данного решения, не указано о направлении такому лицу копии постановления об отказе в признании потерпевшим.

Согласно п. 6 ч. 1 ст. 303 УПК подлежат обжалованию решения следователя или прокурора при применении мер безопасности лицами, к которым могут быть применены меры безопасности, предусмотренные законом.

Порядок принятия этих решений регулируется Законом Украины от 23 декабря 1993 года «Об обеспечении безопасности лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве» [2]. В частях 2, 5 ст. 22 этого закона не идет речь о том, что указанным лицам следователь, прокурор обязан направить копию постановления об отказе в применении мер безопасности или копию постановления об их отмене. Эти лица только уведомляются в письменной форме о принятом решении.

В п. 8 ч. 1 ст. 303 УПК указано об обжаловании решения следователя, прокурора об изменении порядка досудебного расследования и продления его согласно правилам, предусмотренным главой 39 настоящего Кодекса, – подозреваемым, его защитником или законным представителем, потерпевшим, его представителем или законным представителем. Вместе с тем в ч. 2 ст. 503 УПК не упоминается о направлении этим участникам уголовного производства копии постановления об изменении порядка досудебного расследования и его продолжении.

Возникает вопрос, как применять предписание ч. 1 ст. 304 УПК, ведь в этой норме указано, что срок подачи жалобы начинается со дня получения лицом копии постановления следователя или прокурора. На наш взгляд, ч. 5 ст. 55, ч. 2 ст. 503 этого Кодекса необходимо дополнить положением о направлении заинтересованным лицам копии постановления об отказе в признании

пострадавшим, об изменении порядка досудебного расследования и продления его согласно правилам, предусмотренным главой 39 УПК. Также части 2, 5 ст. 22 Закона Украины «Об обеспечении безопасности лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве» следует дополнить положением об обязанности следователя, прокурора направить заинтересованному лицу копию постановления об отказе в применении мер безопасности или копию постановления об их отмене.

Отдельно следует остановиться на рассмотрении вопроса о сроке обжалования постановления следователя о закрытии уголовного производства. По нашему мнению, его нужно вычислять не только со дня получения заявителем, потерпевшим копии постановления.

Согласно ч. 6 ст. 284 УПК, в течение десяти дней с момента получения копии постановления следователя о закрытии уголовного производства заявитель, пострадавший вправе подать прокурору жалобу на это решение. По результатам его рассмотрения прокурор может принять одно из следующих решений: 1) отменить постановление следователя о закрытии уголовного производства; 2) отказать в удовлетворении жалобы. Если принимается второе решение, прокурор должен направить заявителю и пострадавшему соответствующее сообщение. Именно с момента его получения нужно рассчитывать срок подачи жалобы в суд на постановление следователя о прекращении уголовного производства. Так регулировался этот вопрос в ст. 236-5 УПК 1960 года.

Учитывая вышеизложенное, считаем необходимым изменить редакцию ч. 1 ст. 304 действующего УПК. Нами разделяется предложение Д.В. Шиловой о дополнении этой нормы положением, что срок обжалования постановления о прекращении уголовного производства в суд исчисляется с момента получения уведомления прокурора об отказе в его отмене [3, с. 11].

При исчислении сроков обжалования следует учитывать общие требования по соблюдению процессуальных сроков, установленных ст. 116 УПК. Срок подачи жалобы на стадии досудебного производства не считается пропущенным, если она сдана до его окончания на почту или передана

лицу, уполномоченному ее принять; а для лиц, содержащихся под стражей или находящихся в медицинском или психиатрическом стационаре, специальном учебно-научном учреждении, – если жалоба или иной документ поданы должностному лицу соответствующего учреждения до истечения срока.

Последствия пропуска срока для подачи жалобы определены в п. 3 ч. 2 ст. 304 УПК. Жалоба возвращается лицу, если при ее представлении лицо не ставило вопрос о восстановлении этого срока или следственный судья по заявлению лица не найдет оснований для его возобновления.

Согласно ч. 2 ст. 117 УПК следственный судья при наличии соответствующего ходатайства может восстановить срок подачи жалобы, если он был нарушен по уважительным причинам. Таковыми есть: болезнь, командировка, стихийное бедствие, болезнь близких родственников и тому подобное. Основанием для возобновления сроков также могут быть признаны и объективные причины, вследствие которых лицо не смогло вовремя реализовать свое право на подачу жалобы [1, с. 112-118].

Нужно отметить, что ст. 117 УПК не определяет сроки рассмотрения и разрешения следственным судьей ходатайства участника уголовного производства о возобновлении процессуального срока. Это приводит, – как отмечает В.Д. Басай, – к необходимости распространения на указанные правоотношения сроков, предусмотренных ч. 2 ст. 306 УПК [4, с. 244].

По нашему мнению, ст. 304 УПК целесообразно дополнить нормой о сроках и процедуре рассмотрения следственным судьей ходатайства участника уголовного производства о восстановлении срока обжалования решения, действия или бездействия следователя и прокурора.

Следует обратить внимание на то, что в п. 6 вышеуказанного информационного письма Высший специализированный суд Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел отметил, что лицо, которому жалоба возвращена в связи с пропуском срока, лишается права повторного обращения к следственному судье. В содержании ч. 7 ст. 304 УПК это не предусмотрено, поэтому таким толкованием, как



справедливо отмечают О.А. Банчук, И.О. Дмитриева, З.М. Саидова, Н.И. Хавронюк, ограничивается право лица на обращение в суд [5, с. 24].

Законодателем установлено два срока для рассмотрения следственным судьей жалоб на решения, действия или бездействие следователя и прокурора: а) не позднее семидесяти двух часов с момента поступления соответствующей жалобы; б) не позднее пяти дней с момента поступления жалобы на решение о закрытии уголовного производства (ч. 2 ст. 306 УПК).

Этими сроками должно охватываться все время на изучение содержания жалобы и прилагаемых к ней материалов уголовного производства, имеющие отношение к обжалуемым решениям, действиям или бездействиям, получение и анализ объяснений следователя или прокурора, проведение других проверочных действий и непосредственно судебное разбирательство поданной жалобы [6, с. 14].

Представляется, что в ч. 2 ст. 306 УПК целесообразно заменить слова «семьдесят два часа» словами «трех дней». Определение срока рассмотрения жалобы в часах неуместно, учитывая особенности его исчисления, предусмотренные ч. 2 ст. 115 этого Кодекса. Если этот срок будет исчисляться днями, время на решение жалобы следственным судьей будет увеличено, поскольку не принимается во внимание тот день, с которого начинается срок (ч. 5 ст. 115 УПК).

Анализ практики показывает, что нередко случаи нарушения сроков рассмотрения жалоб. Основные причины этого изложены в обобщении судебной практики обжалования решений, действий или бездействия во время досудебного расследования, подготовленном Апелляционным судом г. Киев.

Одна из них заключается в том, что лицо, подавшее жалобу, не является в судебное заседание, несмотря на надлежащее его уведомление способом, предусмотренным ст. 135 УПК. Поскольку его участие в судебном заседании является обязательным, у следственного судьи отсутствуют законные основания рассматривать такую жалобу. Ее рассмотрение откладывается, следствием чего является нарушение срока, предусмотренного ч. 2 ст. 306 УПК [7].

Каким представляется решение этой проблемы? Следует согласиться с высказанным в юридической литературе предложением, что целесообразно предусмотреть в законе норму о том, что следственный судья при отсутствии в судебном заседании лица, подавшего жалобу, вправе повторно вызвать его в пределах срока рассмотрения жалобы, а после его истечения – закрыть производство в связи с неявкой лица, подавшего жалобу, независимо от оснований неявки, если о них было сообщено следственному судье, или рассмотреть жалобу по существу, если жалобщик просил рассмотреть жалобу без его участия [8, с. 99].

Если это предложение будет реализовано законодателем, тогда не будут нарушаться сроки рассмотрения следственным судьей жалоб на решения, действия или бездействие следователя или прокурора из-за того, что лицо, подавшее жалобу, не явилось в суд. На практике не будет таких случаев, когда отдельные следственные судьи, при наличии заявления лица рассмотреть жалобу без его участия, рассматривают ее по существу без присутствия такого лица, чем обеспечивают соблюдение требования ч. 2 ст. 306 УПК о сроке судебного рассмотрения.

Не соблюдается определенный ч. 2 ст. 306 УПК срок и потому, что при рассмотрении жалобы на решение о закрытии уголовного производства запрашиваемые следственным судьей материалы досудебного расследования не предоставляются в пределах 5-дневного срока. В большинстве случаев эти материалы поступают через 7–10 дней после осуществления соответствующего запроса, в результате чего жалоба рассматривается со значительным нарушением установленного УПК срока [7].

На наш взгляд, законодателю необходимо решить проблему со сроком предоставления следственному судье материалов уголовного производства. По этому вопросу интересное предложение высказано в российской юридической литературе. Отмечается, что в уголовно-процессуальном законе нужно предусмотреть процедуру предоставления жалобы в суд через следователя или прокурора, обязуя их в краткие сроки направить жалобу и материалы уголовного дела в суд. Об-

ращается внимание на то, что такие изменения будут способствовать рассмотрению судами жалоб в определенные законодателем сроки [9, с. 19].

Выводы. Изложенное выше предложение и его аргументация нами поддерживается. Представляется целесообразным дополнить ст. 306 УПК нормой о том, что жалоба следственному судье подается участниками уголовного производства через следователя или прокурора. Кроме того, в ней целесообразно предусмотреть положение, что не позднее суток с момента ее получения следователь, прокурор обязан предоставить следственному судье материалы уголовного производства, на основании которых было принято решение, совершенное действие или бездействие. Считаем, что такие изменения в ст. 306 УПК будут обеспечивать рассмотрение следственными судьями жалоб в сроки, предусмотренные ч. 2 этой статьи.

Список использованной литературы:

1. Про деякі питання порядку оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування: інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 9 листопада 2012 р. № 1640/0/4–12 // Новий Кримінальний процесуальний кодекс України: коментарі, роз'яснення, документи / відп. ред. В.С. Ковальський. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 112–118.

2. Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві: Закон України від 23 грудня 1993р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 11. – Ст. 51.

3. Шилова Д.В. Захист прав та законних інтересів учасників кримінального провадження при його закритті на стадії досудового розслідування: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: спец. – 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Д.В. Шилова. – Харків, 2014. – 20 с.

4. Басай В.Д. Підстави і порядок поновлення процесуального строку за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / В.Д. Басай //



Матеріали I Міжнародної науково-практичної конференції «Малинівські читання», м. Острог, 16–17 листопада 2012 року. – Острог: Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2012. – С. 243-244.

5. Реалізація нового КПК України у 2013 році (моніторинговий звіт) / О.А. Банчук, І.О. Дмитрієва, З.М. Саїдова, М.І. Хавронюк. – К.: ФОП Москаленко О.М., 2013. – 40 с.

6. Яновська О.Г. Оскарження адвокатою рішень, дій чи бездіяльності слідчого, прокурора та слідчого судді під час досудового розслідування: [наук.-практ. посіб.] / О.Г. Яновська; Академія адвокатури України. – К.: Прецедент, 2013. – 32 с.

7. Узагальнення судової практики оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування у порядку Кримінального процесуального кодексу України, який набрав чинності з 20 листопада 2012 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://hrga.court.gov.ua/sud2090/inf_court/generalization/criminal11/.

8. Шаренко С.Л. Актуальні питання застосування окремих норм КПК України під час досудового розслідування / С.Л. Шаренко // Право України. – 2013. – № 11. – С. 95-103.

9. Константинов П.Ю. Рассмотрение жалоб на действия (бездействие) дознавателя, следователя и прокурора / П.Ю. Константинов, А.П. Стуканов // Законность. – 2005. – № 6. – С. 17-19.

ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ: ЕВРОПЕЙСКИЙ ОПЫТ ДЛЯ УКРАИНЫ НА ОСНОВЕ ПРАКТИКИ РЕСПУБЛИКИ КИПР

Юлия МЕДВЕДЕНКО,

аспирант кафедры правового регулирования экономики
ГВУЗ «Киевский национальный экономический университет имени Вадима Гетьмана»,
юрист юридической компании «Стратег»

Summary

The article analyses leading European experience in measures of prevention of wrongdoings in the field of personal data protection. The difference in approaches and other guidelines to process of bringing to legal responsibility for wrongdoings in area of personal data protection under laws of Republic of Cyprus and Ukraine has been determined. The author exemplifies actual cases of bringing to legal responsibility in specified jurisdictions. Practical recommendations for Ukrainian legislation of personal data protection were offered in order to optimize process of legal training of individuals in mentioned area.

Key words: personal data, legal liability, law of Republic of Cyprus.

Аннотация

В статье анализируется ведущий европейский опыт превентивных мер профилактики совершения правонарушений в сфере защиты персональных данных osoby. Определяется разница в подходах и других ориентирах в процессе привлечения к юридической ответственности за правонарушения в сфере защиты персональных данных по законодательству Республики Кипр и Украины. Автор наводит актуальные ситуации привлечения к юридической ответственности в указанных юрисдикциях. Предлагаются практические рекомендации для законодательства Украины в сфере защиты персональных данных с целью оптимизировать процесс правового обучения физических лиц в указанной сфере.

Ключевые слова: персональные данные, юридическая ответственность, нормы права Республики Кипр.

Постановка проблемы. В условиях стремительного развития информационного пространства, а также трансграничных связей остро встала проблема защиты персональных данных физических лиц не только на локальном, национальном, но и международном уровне. Украина как молодое правовое государство должна ориентироваться и перенимать исключительно качественный и передовой опыт с целью построения собственного института защиты персональных данных. Ярким примером сильной правовой базы и наличия укрепленного мирового авторитета является Республика Кипр. Несмотря на достаточно небольшой промежуток времени с момента принятия законодательства в сфере защиты персональных данных, Кипр получил статус государства, которое умеет и способно защитить данные вверенных лиц.

Актуальность темы исследования подтверждается степенью нераскрыто-

сти темы. На данный момент практически нет фундаментальных работ анализа правовых институтов защиты персональных данных за законодательством Республики Кипр и Украины.

Анализ проблемы правонарушения в сфере защиты персональных данных проводился государственными независимыми органами, такими как комиссар в Республике Кипр и Уполномоченный по правам человека в Украине. Ситуация сложилась так, что несмотря на наличие многочисленных научных трудов в области защиты персональных данных, исследования и правовой анализ соотношения правовых институтов в сфере защиты персональных данных Республики Кипр и Украины отечественными исследователями еще не проводился, что и обуславливает актуальность данного исследования.

Целью и задачей статьи является анализ реального состояния защиты персональных данных по законода-



тельству Республики Кипр и определение характерных особенностей превентивных мер, а также привлечения к юридической ответственности за правонарушения законодательства в сфере защиты персональных данных. Это должно способствовать в принятии положительного иностранного опыта для дальнейшего внедрения в отечественное законодательство. Ведь, несмотря на переживший острый банковский кризис в 2013 году, в связи с чем уменьшился объем прямых инвестиций в экономику Украины, Кипр все равно, согласно данным Государственной службы статистики Украины по состоянию на 01.04.2014 года, остается крупнейшим инвестором – 16 533,60 млн. долл. США (31,7% из общего объема прямых иностранных инвестиций), и государством-партнером [1].

Изложение основного материала. Политика в области защиты персональных данных в Республике Кипр направлена на минимизацию случаев нарушения указанных прав. Как отметил Уполномоченный в сфере защиты персональных данных Республики Кипр, в стране действует постоянная информационная кампания для населения по защите своих персональных данных в целях укрепления правового образования граждан в этой области. Эффективностью проведения вышеуказанной программы является количественный показатель снижения жалоб граждан по вопросам нарушения законодательства в сфере защиты их персональных данных: 2010 год – 804 жалобы, 2011 год – 558 жалобы и соответственно в 2012 году – 142 жалобы [2]. К сожалению, ситуация в Украине выглядит несколько иначе. Согласно информации об обращении граждан к Уполномоченному Верховной Рады Украины по правам человека количество жалоб значительно увеличивается – с 778 в 2009 году до 4130 в 2010 году, где подавляющее большинство верующих граждан жаловалось на нарушение прав по защите их персональных данных [3]. Отделом рассмотрения жалоб, обращений физических и юридических лиц Управления юридического обеспечения Государственной службы Украины по вопросам защиты персональных данных за отчетный период 2012 года было рас-

смотрено 3033 обращения граждан. Из них: 2767 заявлений о рассмотрении вопросов, связанных с обработкой персональных данных и 266 жалоб с требованием о восстановлении нарушенных прав и защиты законных интересов в результате деятельности (бездействия) должностных лиц предприятий, учреждений, организаций [4]. В свою очередь, уже в 2013 году поступило 1039 жалоб и обращений граждан. Характер нарушений законодательства в сфере защиты персональных данных в основном касались: незаконного распространения персональных данных – 109 жалоб, уклонения от регистрации баз персональных данных – 12 жалоб, принуждения к даче согласия на обработку персональных данных – 8 жалоб, отзыва согласия на обработку персональных данных – 15 жалоб, отказа в доступе к собственным персональным данным – 34 жалобы, отсутствия уведомления о включении в базу персональных данных – 28 жалоб, незаконного сбора и использования персональных данных – 110 жалоб [5]. Такую неутешительную отечественную статистику можно объяснить тем, что, несмотря на наличие правовых норм, которые регулируют обработку персональных данных в Украине, проблемным вопросом пока остается механизм их функционирования и их бланкетность.

Основательная правовая база в сфере защиты персональной информации и действенные правовые нормы позволяют Кипру оставаться одним из ведущих мировых лидеров в данной области. Обработка персональных данных в Республике Кипр регулируется Законом «Об обработке персональных данных (защиты человека)» 138(I)/2001, который вступил в силу 23 ноября 2001 года [6]. Согласно вышеуказанному закону «персональными данными» определяется вся информация, касающаяся живого субъекта данных: данные расовой или этнической принадлежности, политических убеждений, религиозных или философских убеждений, участие в ассоциациях, профсоюзах, состоянии здоровья, интимной жизни, сексуальной ориентации, а также данные, касающиеся уголовного преследования [7]. Закон применяется к данным, которые обрабатываются контролером

обработки персональных данных с постоянным местом пребывания в Республике Кипр, или в месте, где применяется законодательство Кипра в силу действия международного публичного права. Конституция Республики Кипр 1960 года устанавливает, что каждый человек имеет право на уважение его личной и семейной жизни, и запрещается любое вмешательство, за исключением условий, когда соответствующее вмешательство необходимо в интересах Республики Кипр, обеспечения конституционного порядка, общественной безопасности, общественного порядка, здоровья и нравственности населения или защиты прав и свобод, гарантированных Конституцией [8].

Ключевым субъектом контроля обработки персональных данных по законодательству Кипра является Уполномоченный по защите персональных данных (комиссар). Это публичный административно-независимый орган, основной целью которого является применение закона и обеспечение права каждого индивида на защиту личной жизни, когда обрабатываются его персональные данные. В соответствии с законодательством в сфере защиты персональных данных, действующего на территории Кипра, контроллер данных (любое лицо, которое определяет цель и средства по обработке персональных данных) обязан письменно уведомить комиссара по системе регистрации и о порядке обработки вверенных ему персональных данных [6]. В отличие от Кипра, в Украине контроль за обработкой персональных данных осуществляет Уполномоченный Верховной Рады Украины по правам человека в соответствии с Законом Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно усовершенствования системы защиты персональных данных» от 03.07.2013 года №383-VII [9]. Заметим, что отечественное законодательство с 1 января 2014 года не обязывает владельцев регистрировать базы персональных данных. В соответствии со статьей 9 Закона Украины «О защите персональных данных» от 01.06.2010 года №2297-VI установлено, что владельцы базы персональных данных обязаны сообщить Уполномоченному об обработке персональных



данных, что представляет особый риск для прав и свобод субъектов этих данных [10]. Такой подход, безусловно, негативно повлияет на состояние защиты персональных данных, ведь уменьшение прямого контроля над оборотом и формированием баз персональных данных позволит некоторым субъектам злоупотреблять предоставленным правом.

Родственным в правовых нормах Республики Кипр и Украины является то, что общие условия обработки персональных данных не распространяются для целей выполнения налоговых обязательств, национальной безопасности, общественного порядка и уголовных расследований. Во всех остальных случаях персональные данные могут подлежать обработке исключительно при условии предоставления письменного согласия физического лица [11]. Согласие, полученное от физического лица незаконным путем или противоречащим обычаям нравственности, или нормам конкретного закона не считается таким, которое дает право на обработку персональных данных. В данном случае подвергается сомнению добровольность предоставления согласия на обработку персональных данных в трудовых отношениях на отечественных предприятиях, учреждениях и организациях, где подчиненное положение работника не всегда может действительно быть «добровольным».

Законодательство Кипра предусматривает право субъекта получить интересующую информацию при условии подачи запроса к контроллеру данных. На такой запрос контроллеры данных обязаны предоставить ответ в течение четырех недель. Контроллер данных имеет право взимать плату за каждый запрос в размере 17 евро [12]. Законодательство Украины предусматривает бесплатный доступ к персональным данным, которые были вверены владельцу персональных данных. Это является безусловным преимуществом отечественного законодательства, которое обеспечивает беспрепятственность доступа к информации для всех субъектов, данные которых подпадают под процесс обработки.

Стоит отметить, что законодательство Кипра ставит высокие условия для трансграничной передачи данных

третьей стороне. Для указанной передачи данных необходимо получить письменное разрешение комиссара, которое выдается только в том случае, если комиссар будет уверен, что данные будут передаваться под надлежащим и соответствующим уровнем защиты. В частности, Комиссия Европейского Союза решила, что в соответствии со статьей 25 (6) Директивы 95/46/ЕС Швейцария, Аргентина, Канада, Остров Гернси, Остров Мэн, организации/компании в США, которые интегрированы в Safe Harbor, а также Бюро таможенного и пограничного контроля США предоставляют адекватную защиту, поэтому комиссар выдает безоговорочно лицензии на передачу данных в эти страны и организации. Также комиссар может выдать лицензию для передачи данных в страны, которые не обеспечивают адекватную защиту, при условии, если контроллер имеет достаточно гарантий по договорным условиям, что защита частной жизни и фундаментальных прав и свобод будут соблюдены. Вышеизложенный перечень свидетельствует, что Украина пока не получила мирового признания и доверия как страна, которая способна на международном уровне защищать персональные данные, вверенные для защиты. Это вызвано тем, что в Украине не предусмотрен такой основательный законодательный подход к защите персональных данных, что делает украинцев более уязвимыми, ведь национальный уровень защиты пока не соответствует мировому.

Несмотря на действенную и функциональную правовую базу института защиты персональных данных Республики Кипр, следует признать и наличие зафиксированных правонарушений по обороту таких данных. За правонарушения в сфере защиты персональных данных законодательство Кипра различает гражданскую и уголовную ответственность. Гражданская ответственность предусматривает предупреждение и установление срока для устранения нарушений, а также штраф в размере до 30 000,00 евро и временное или полное отзывание разрешения комиссара для последующей обработки данных, и/или уничтожение соответствующих данных. Уголовная ответственность заключается

в наложении судом штрафа в размере до 8 453,00 евро и лишение свободы сроком до пяти лет. Также в случае утечки персональной информации через понесенные определенные убытки физическое лицо имеет право на компенсацию от контроллера данных, за исключением случаев, когда контроллер данных не несет ответственность за такие убытки.

Как выше отмечалось, граждане направляют комиссару свои обращения о нарушении их персональных данных в форме жалоб. Однако, чаще комиссар сам инициирует собственные расследования по вопросам соблюдения законодательства в сфере защиты персональных данных. Комиссар не обладает полномочиями возбуждать уголовное производство по результатам расследований, однако он может сообщить о имеющихся правонарушениях в Управление Генерального прокурора, который ситуативно решает – нарушать уголовное производство или нет.

Самая крупная административная санкция в форме штрафа в размере 3 000,00 евро была применена комиссаром к контроллеру данных вследствие нарушения компанией раздела 4(1)(с) Закона «Об обработке персональных данных (защита человека)» (принцип пропорциональности) [6]. Компания собирала и обрабатывала большой объем персональных данных, чем это было необходимо. Также был случай, когда комиссар наложил штраф в размере 2 562,00 евро на компанию, которая нарушила нормы законодательства в сфере защиты персональных данных, в частности: нормы о порядке обработки персональных данных в целях прямого маркетинга путем отправки рекламных текстовых сообщений без предварительного полученного письменного согласия физического лица. Штраф в размере 2 562,00 евро был наложен на директора фирмы за нарушение норм, регулирующих порядок обработки чувственных персональных данных.

Особого внимания заслуживает дело, которое рассматривалось в 2013 году с участием Центрального банка Кипра и его работников. Сотрудники банка обратились с заявлением к комиссару о несанкционированном размещении новых камер видеонаблю-



дения на территории здания банка. В ходе осмотра было обнаружено, что о монтаже 4 из 80 камер работниками службы безопасности были проинформированы другие сотрудники банка в устной форме. Также отсутствовали знаки предостережения о наличии камер видеонаблюдения в помещении банка. Информация, содержащаяся на сайте в сети Интернет, по размещению видеосистем на территории банка во внимание не принималась, ведь это не является предупреждением о проведении сбора персональных данных в установленном законодательством порядке. По результатам рассмотрения дела комиссар вынес предостережение относительно действий руководства и службы безопасности банка [13].

Первый уголовный процесс, который был начат за нарушение законодательства Кипра в сфере защиты персональных данных и частной жизни касался владельца массажного салона, в котором были скрыто размещены видеокамеры без ведома и предварительного согласия клиентов и сообщения комиссара. По результатам рассмотрения материалов дела, суд вынес решение в виде лишения свободы владельца салона сроком на три месяца. Самый длительный срок лишения свободы составляет 16 месяцев, который был вынесен лицу вследствие его несанкционированного доступа к персональным данным физических лиц с целью получения доступа к кредитным картам третьих лиц с целью использования чужих средств.

Юридическая ответственность за правонарушения в сфере защиты персональных данных в Украине предусмотрена статьями 188-39, 188-40 Кодекса Украины об административных правонарушениях в форме финансовой санкции в размере от 1 700,00 грн. до 17 000,00 грн. [14], ст. 182 Уголовного кодекса Украины в форме финансовой санкции от 8 500,00 грн. до 17 000,00 грн., исправительных работ на срок до 2 лет, ареста до 6 месяцев, ограничение свободы сроком от 3 до 5 лет и лишение свободы на тот же срок [15]. Стоит заметить, что санкции вышеуказанных статей достаточно приближены к тем, которые предусмотрены законодательством Республики Кипр, что, в свою очередь, свидетельствует о верно выбранном курсе раз-

вития отечественной законодательной базы.

Стоит заметить, что впервые в Украине факт привлечения к ответственности за нарушение законодательства в сфере защиты персональных данных был изложен в постановлении Подольского районного суда города Киев от 07.02.2013 года по делу №758/1119/13-п. Суд признал виновным директора ООО «Издательство «Ридерз Дайджест» в совершении правонарушения, предусмотренного ч. 2 ст. 188-39 Кодекса Украины об административных правонарушениях – неуведомление или несвоевременное уведомление об изменении сведений, предоставляемых для государственной регистрации базы персональных данных, за что был наложен штраф в размере 3 400,00 грн. [16]. Примером привлечения к уголовной ответственности за несанкционированное раскрытие персональных данных в Украине путем раскрытия данных третьему лицу с использованием служебного положения является дело №592/12270/13-к. По результатам рассмотрения материалов дела Ковпаковский районный суд города Сумы 18.11.2013 года вынес приговор, которым признал лицо виновным в совершении уголовного преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 361-2 Уголовного кодекса Украины, и назначил наказание в виде 2-х лет лишения свободы [17].

Вышеприведенные судебные дела и уменьшение количества обращений граждан Кипра свидетельствуют об имеющемся диалоге «государство – закон – личность», ведь развитая правовая база и действенный механизм ее применения является залогом успеха в построении здоровых правоотношений в обществе. К сожалению, несмотря на динамичный темп разработки правовой базы Украины в области защиты персональных данных, степень защиты персональных данных фактически остается на низком уровне, о чем свидетельствует высокое количество обращений граждан и имеющиеся судебные решения. Однако, наличие только правовых норм без стабильного диалога со стороны государства, препятствует Украине развиваться и позиционировать себя сильным субъектом на междуна-

родной арене, в частности, в сфере защиты персональных данных. Стоит признать, что Украина только начала свой путь по защите персональных данных. С целью предотвращения совершения правонарушений и снижения количественного показателя обращений граждан за нарушения их прав, необходимо налаживать конструктивный диалог с государством. Действенным механизмом может стать проведение информационных кампаний и активной просветительской работы для граждан не только государственными учреждениями, но и субъектами хозяйствования частного сектора.

Выводы. Опыт Республики Кипр доказал, что именно систематическая работа комиссара обеспечивает полную осведомленность лиц относительно их прав на персональные данные. Именно осведомленность человека сможет помочь предотвратить и избежать огласки или несанкционированного распространения персональных данных перед третьими лицами. По нашему мнению, необходимо на национальном уровне развивать и популяризировать проведение мероприятий информационно-разъяснительного характера среди населения, а также непосредственно на базе предприятий, учреждений и организаций. С этой целью должна быть разработана государственная программа по правовому образованию населения, по которой систематически должны организовываться и проводиться ряд бесплатных семинаров для физических и юридических лиц с целью предоставления практических рекомендаций по применению законодательства в сфере защиты персональных данных. Государство в лице Уполномоченного по правам человека во взаимодействии с руководителями предприятий, учреждений, организаций, а также институтами гражданского общества в соответствии с положениями п. 6, 7, 11 статьи 23, статьи 26 Закона Украины «О защите персональных данных» должны принимать в соответствии с законодательством меры для обеспечения прохождения ответственным работником обучения в сфере предотвращения и противодействия незаконному обороту персональных данных. Систематическое повышение квалификации ответственного работ-



ника не реже одного раза в год путем прохождения обучения на базе соответствующего учебного заведения, которое принадлежит сфере управления специально уполномоченного органа или на базе предприятия, учреждения, организации.

Именно общее дело и цель преодолеть трудности в процессе становления и функционирования нового правового института для нашего государства является решающим и действенным шагом на пути к построению правового государства с мировым авторитетом.

Список использованной литературы:

1. Статистические данные Государственной службы статистики Украины относительно прямых иностранных инвестиций (акционерный капитал) из стран мира в экономику Украины по результатам 2013 года. [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://www.ukrstat.gov.ua/>.
2. Protection of personal data in Cyprus is at a high level, says Commissioner. [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://famagustagazette.com/protection-of-personal-data-in-cyprus-is-at-a-high-level-says-commissioner-p17882-69.htm>.
3. Информация об обращениях граждан к Уполномоченному Верховной Рады Украины по правам человека в 2010 году. [Электронный ресурс] – Режим доступа: http://www.ombudsman.gov.ua/ru/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=128&Itemid=45.
4. Отчет о выполнении Государственной службой Украины по вопросам защиты персональных данных задач в 2012 году. [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://zpd.gov.ua/dszpd/uk/publish/category/38951>.
5. Подведение итогов работы Государственной службы Украины по вопросам защиты персональных данных в 2013 году. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zpd.gov.ua/dszpd/uk/publish/category/38951>.
6. Γιάννος Δανηλίδης «28η Ιανουαρίου – Ημέρα Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων» 23/01/2014. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.dataprotection.gov.cy/dataprotection/dataprotection.nsf/All/4692F7E7895216A1C2257C690041D1B7?OpenDocument>.
7. Linklaters: Data Protected (Cyprus). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://clientsites.linklaters.com/Clients/dataprotected/Pages/Cyprus.aspx>.
8. The Constitution of the Republic of Cyprus. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://presidency.gov.cy/.../CY_Constitution.pdf.
9. О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно усовершенствования системы защиты персональных данных: Закон Украины от 03.07.2013 года №383-VII // Ведомости Верховной Рады (ВВР), 2014, № 14, Ст. 252.
10. О защите персональных данных: Закон Украины от 01.06.2010 года № т2297-VI // Ведомости Верховной Рады Украины. – 2010. – № 34. – Ст. 481.
11. Data Protection & Privacy – Jurisdictional Comparisons: Cyprus. Andreas Neocleous & Co LLC, Nicholas Ktenas & Chrystalla Neophytou. [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://www.sweetandmaxwell.co.uk/Catalogue/ProductDetails.aspx?recordid=4846&searchorigin=European+lawyer+reference&productid=556041>.
12. Giannos Danielidis Personal Data, 12.12.2012. [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://www.cypruslawdigest.com/topics/personal-data/item/169-personal-data>.
13. Commissioner For Personal Data Protection (Cyprus). Annual Report 2009, Nicosia, July 2010. [Электронный ресурс] – Режим доступа: [http://www.dataprotection.gov.cy/dataprotection/dataprotection.nsf/697e70c0046f7759c2256e8c004a0a49/f8e24ef90a27f34fc2256eb4002854e7/\\$FILE/annual%20report%202009%20eng.pdf](http://www.dataprotection.gov.cy/dataprotection/dataprotection.nsf/697e70c0046f7759c2256e8c004a0a49/f8e24ef90a27f34fc2256eb4002854e7/$FILE/annual%20report%202009%20eng.pdf).
14. Кодекс об административных правонарушениях в Украине от 07.12.1984 г. // Ведомости Верховного Совета Украинской ССР (ВВР) 1984, приложение к № 51, с.1122.
15. Уголовный кодекс Украины от 05.04.2011 года № 2341-III // Ведомости Верховной Рады Украины (ВВР). – 2001. – № 25-26. – Ст. 131.
16. Постановление Подольского районного суда города Киев от 07.02.2013 г. по делу № 758/1119/13-п. [Электронный ресурс] – Режим доступа: ЛИГА.Закон.
17. Приговор Ковпаковского районного суда города Киев от 18.11.2013 г. по делу № 592 / 12270/13-к. [Электронный ресурс] – Режим доступа: ЛИГА.Закон.



ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ СУБЪЕКТИВНОГО ПРАВА НА КОРРЕСПОНДЕНЦИЮ ЛИЦАМИ, НЕ ДОСТИГШИМИ СОВЕРШЕННОЛЕТИЯ

Марьян МИГАЩУК,

соискатель кафедры гражданского права и процесса
Харьковского национального университета внутренних дел

Summary

The specificity of subjective right to correspondence by persons under age of majority depends on amount and nature of capacity rights to correspondence. In particular, moral rights alone can make a young and minors. Property rights for persons under 14 engaged in their parents (adoptive parents) or guardians. In the case of persons aged 14 to 18 years, these rights are exercised by themselves, but with consent of their parents (adoptive parents) or trustees. Conclusions can be used for further study of right to correspondence in t. h. and other participants on legal correspondence, setting their limits and constraints.

Key words: law, personal non-property rights correspondence, right, persons.

Аннотация

Специфика осуществления субъективного права на корреспонденцию лицами, не достигшими совершеннолетия, зависит от объема их дееспособности и природы прав на корреспонденцию. В частности, личные неимущественные права самостоятельно могут осуществлять как малолетние, так и несовершеннолетние. Имущественные права лиц в возрасте до 14 лет осуществляют их родители (усыновители) или опекуны. В случае с лицами в возрасте от 14 до 18 лет, то эти права осуществляются ими самостоятельно, но с согласия их родителей (усыновителей) или попечителей. Сделанные выводы могут быть использованы при дальнейших исследованиях осуществления права на корреспонденцию, в т. ч. и другими участниками правоотношений по поводу корреспонденции, установления их границ и ограничений.

Ключевые слова: право, личное неимущественное право, корреспонденция, осуществление права, лица.

Постановка проблемы. В связи с социальными и политическими преобразованиями, которые постоянно происходят в нашей стране, вопросы осуществления личных неимущественных прав физического лица становятся чрезвычайно актуальными. На актуальность вопросов осуществления личных неимущественных прав указывает и тот факт, что любое право имеет социальную ценность, если его можно осуществить. Приведенное в равной степени относится и к осуществлению субъективного права на корреспонденцию.

Анализ темы исследования позволяет утверждать, что общие положения о личных неимущественных правоотношениях исследовались такими учеными, как: М.М. Агарков, В.И. Бобрик, Н.А. Горобец, Н.А. Давыдова, Е.В. Кохановская, Л.О. Красавчикова, Л.В. Красицкая, М.Н. Малеина, Р.Ю. Молчанов, И.А. Покровский, А.А. Посикалюк, З.В. Ромовская, С.А. Слипченко, Р.А. Стефанчук, Н.В. Устименко, Л.В. Федюк, К.А. Флейшиц и другие. Вместе с тем за пределами должного внимания остались правоотношения, возникающие по поводу

корреспонденции, и характеристика их содержания. Вопросы осуществления гражданских прав стали предметом исследований Е.В. Вавилина, Т.В. Волынца, Е.А. Мичурина, О.А. Пунды, М.А. Стефанчука и других ученых, но проблемным аспектам осуществления прав на корреспонденцию не было уделено должного внимания, что указывает на необходимость проведения подобных исследований.

Учитывая вышеизложенное, отметим, что в рамках данной статьи будет исследована специфика осуществления субъективного права на корреспонденцию. Общеизвестно, что участниками правоотношений, возникающих по поводу корреспонденции, могут рассматриваться не только физические, но и юридические лица. Не вызывает сомнений, что специфика осуществления субъективного права на корреспонденцию физических лиц отличается от специфики осуществления такого права юридическими лицами. Более того, различие существует даже в пределах одного вида субъектов. Не требует дополнительных объяснений наличие специфики между осуществлением субъективного права

на корреспонденцию юридическими лицами частного и публичного права, или между физическими лицами с частичной, неполной, полной, ограниченной дееспособностью или лицами, признанными недееспособными. При этом среди участников правоотношений, возникающих по поводу корреспонденции, выделяют ее отправителей и получателей, правопреемников прав на корреспонденцию, лиц, получивших доступ к корреспонденции и тому подобное.

Цель статьи. Широкий круг носителей права на корреспонденцию не позволяет рассмотреть специфику его осуществления каждой группой участников в рамках одной статьи. Поэтому, сужая предмет исследования, отметим, что в рамках данной статьи будет рассмотрена специфика осуществления субъективного права на корреспонденцию физическими лицами – отправителями корреспонденции, не достигшими совершеннолетия.

Изложение основного материала исследования. В юриспруденции существуют различные точки зрения относительно определения сущности осуществления личных неимущественных прав. Правильное



понимание осуществления субъективного права имеет существенное значение не только для теории гражданского права, но и для правоприменительной практики и развития реальных правоотношений, поскольку не только личное неимущественное, но и любое субъективное право вообще имеет социальную ценность, только если его можно осуществить. Поэтому возникает насущная необходимость через общее понятие осуществления субъективного права установить понятие осуществления права на корреспонденцию.

Учитывая, что общее понятие осуществления субъективных гражданских прав раскрывается, как совершение действий, составляющих содержание субъективных прав, то осуществление личных неимущественных прав и, в частности, права на корреспонденцию – это совершение тех действий, которые составляют содержание субъективных личных неимущественных прав (прав на корреспонденцию). В свою очередь, действиями являются такие факты (обстоятельства), которые зависят от поведения человека и небезразличны для права [1, с. 29]. Это могут быть как юридические, так и фактические действия [2, с. 520; 3, с. 395], совершенные как уполномоченным лицом непосредственно, так и через представителя [3, с. 395]. Учитывая, что субъективное право – это обеспеченная законом мера возможного поведения [4, с. 11], то осуществление субъективного права на корреспонденцию – это совершение как юридических, так и фактических действий (создание обстоятельств), небезразличных для права, это превращение определенных юридических возможностей поведения сторон правовых отношений в действительность реальной жизни [5, с. 247-248]. Осуществить субъективное гражданское право – значит реально воспользоваться той юридической свободой, которая гарантирована субъекту права для удовлетворения своих материальных или духовных потребностей.

Часто понятие «осуществление субъективного права» раскрывается через понятие «реализация права». Так, А.П. Сергеев отмечает, что ре-

ализация права происходит путем его осуществления. В свою очередь, под осуществлением понимается реализация определенных возможностей, которые предоставлены законом или договором носителю субъективного права [6, с. 262-263]. Указанное приводит к выводу, что слово «осуществление» является синонимом слова «реализация». Их подобное понимание встречаем и в работах других ученых-цивилистов [5, с. 248]. Приведенное позволяет исходить из того, что реализацией субъективных прав является совокупность действий и процесс, в ходе которого лица, имеющие конкретное субъективное право, получают реальные блага, ценности, удовлетворяют свои интересы, обусловленные этим правом.

Известно, что возможность приобрести и осуществлять субъективные права физическим лицом зависит от вида (объема) ее дееспособности, которая, в свою очередь, зависит от способности субъекта осознавать значение своих действий и руководить ими (ст. 30 ГК Украины). Физические лица, не достигшие восемнадцати лет, делятся на две категории – малолетние (дети до 14-ти лет) и несовершеннолетние (дети с 14-ти до 18-ти лет). Первые, в соответствии со ст. 31 ГК Украины, могут самостоятельно совершать лишь мелкие бытовые сделки и осуществлять личные неимущественные права на результаты интеллектуальной деятельности, охраняемые законом. Другие права за них реализуют их родители, усыновители, опекуны. Если же учесть, что согласно ст. 31 Конституции Украины каждому гарантируется тайна переписки, телефонных разговоров, телеграфной и другой корреспонденции, и в соответствии со ст. 34 Конституции Украины каждому гарантируется право на свободу мысли и слова, на свободное выражение своих взглядов и убеждений, очевидно, что эта категория лиц, действуя в пределах конституционных гарантий, может самостоятельно осуществлять и личное неимущественное право на корреспонденцию в пределах своей дееспособности. Малолетнее лицо, совершая фактические действия, может составить (сформировать)

корреспонденцию. Например, написать письмо, сформировать содержание бандероли, посылки, позвонить адресату и тому подобное.

Вместе с тем отправка корреспонденции обычно основана на гражданско-правовом договоре. Так, например, в соответствии с ч. 2 ст. 13 Закона Украины «О почтовой связи» [7] услуги почтовой связи предоставляются на договорной основе. Такой договор является возмездным и часто заключается в устной форме, путем наклеивания или нанесения типографским способом на письменную корреспонденцию (на почтовые конверты, почтовые карточки) почтовых марок. Подтверждением заключения такого договора являются и отпечатки государственного знака, нанесенные маркировочными машинами, отпечатки об оплате письменной корреспонденции, нанесенные печатным или иным способом. Очевидно, что заключение таких сделок находится за пределами мелких бытовых. Поэтому малолетнее лицо не может самостоятельно выступать отправителем корреспонденции. Подобная ситуация имеет место и в случае отправления корреспонденции с использованием связи. Если корреспонденция направляется с использованием телекоммуникаций, которые являются составной частью отрасли связи Украины, то лицо, направляющее корреспонденцию, должно стать потребителем телекоммуникационных услуг. Последние же, в соответствии с абз. 1 ч. 1 ст. 1 Закона Украины «О телекоммуникациях» [8], предоставляются на договорных началах. Как и в первом примере, такие договоры находятся за пределами мелких бытовых сделок. Поэтому в интересах малолетних и от их имени такие сделки совершают родители, усыновители, опекуны. Последние осуществляют и права, которые возникают из отправления корреспонденции, как материального носителя. Так, согласно п. 121 Правил об оказании услуг почтовой связи, утвержденных постановлением Кабинета Министров Украины от 5 марта 2009 № 270 [9], до вручения корреспонденции адресату родители, усыновители, опекуны малолетнего лица имеют право по месту



почтового отправления за дополнительную плату подать заявление о:

– возврате почтовой корреспонденции (международного – согласно актам Всемирного почтового союза);

– вручении почтового отправления (международного – согласно актам Всемирного почтового союза) другому лицу и по другому адресу, или этому же адресату по другому адресу;

– уменьшении определенной им суммы наложенного платежа или увеличении ее, но не более суммы объявленной ценности почтового отправления;

– продлении срока хранения почтового отправления до двух месяцев со дня его поступления;

– розыске отправленного им регистрируемого почтового отправления;

– получении информации о вручении регистрируемого почтового отправления. Лица в возрасте до четырнадцати лет самостоятельно могут совершать только фактические действия по отправке корреспонденции (например, отправить смс-сообщение, электронное сообщение, позвонить, бросить письмо в почтовый ящик и т. п.).

Что касается личных неимущественных прав отправителя корреспонденции, то физическое лицо, не достигшее четырнадцати лет, способно самостоятельно осуществлять свои личные неимущественные права на корреспонденцию. Например, выдавать себя за лицо, составившее и/или направившее корреспонденцию, вносить изменения в содержание, принимать решения по раскрытию тайны корреспонденции и тому подобное. И это могут быть как фактические действия, например, внесения изменений в содержание, так и юридически значимые действия, например, изменение правового режима информации в письмах путем их раскрытия.

Согласие на использование корреспонденции, в том числе путем ее опубликования, которая была направлена малолетним или от имени малолетнего ее представителя, предоставляется последним. Это связано с тем, что такое согласие не подпадает под признаки мелких

бытовых сделок и рассматривается, как осуществление имущественного права. Родители (усыновители), опекуны осуществляют от имени и в интересах малолетних право давать согласие на использование корреспонденции и в случае, когда последние получили его в результате правопреемства. Так, если физическое лицо в возрасте до четырнадцати лет является ребенком умершего отправителя корреспонденции, а в случае отсутствия у него детей, вдовы (вдовца) – братом или сестрой, то к нему переходит право давать согласие на использование корреспонденции умершего. Это право за малолетнее лицо осуществляют его родители (усыновители), опекуны.

Согласно правосубъектности несовершеннолетних (детей в возрасте от 14 до 18 лет), как и в случае с малолетними, они, совершая фактические действия, могут самостоятельно составить (сформировать) корреспонденцию. Например, написать письмо, сформировать содержание бандероли, посылки, позвонить адресату и тому подобное.

Что касается отправки корреспонденции, то, как уже отмечалось, она базируется на договорной основе. Буквальное толкование содержания ст. 32 ГК Украины не позволяет склониться к мысли, что договор о получении услуг связи, с помощью которых один человек направляет корреспонденцию другому, является мелкой бытовой сделкой. Вместе с тем, в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 32 ГК Украины физическое лицо в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет вправе самостоятельно распоряжаться своим заработком, стипендией или иными доходами. Поэтому мы считаем, если несовершеннолетний, распоряжаясь своим заработком, стипендией или иными доходами, оплачивает услуги связи, то он действует в пределах своей правосубъектности и приобретает своими действиями соответствующие права и обязанности. Подобные права он приобретает и в случае распоряжения денежными средствами, содержащимися на его счету по договору банковского вклада (счета), и были внесены им на свое имя (п. 4 ч. 1 ст. 32 ГК Украины).

Приобретая права по договору об оказании услуг связи, несовершеннолетний может самостоятельно не только совершать фактические действия по отправке корреспонденции адресату (например, направить смс-сообщение, электронное сообщение, позвонить, бросить письмо в почтовый ящик и т. п.), но и осуществлять те права, которые возникают из отправления корреспонденции, как материального носителя. В частности, до вручения корреспонденции адресату физическое лицо в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет вправе по месту приема их почтового отправления за дополнительную плату подать заявление о: возвращении почтовой корреспонденции (международного – согласно актам Всемирного почтового союза); вручении почтового отправления (международного – согласно актам Всемирного почтового союза) другому лицу и по другому адресу, или этому же адресату по другому адресу; уменьшении определенной им суммы платежа или увеличении ее, но не более чем сумма объявленной ценности почтового отправления; продлении срока хранения почтового отправления до двух месяцев со дня его поступления; розыске отправленного им регистрируемого почтового отправления; получении информации о вручении регистрируемого почтового отправления.

Считаем, что в случаях заключения сделок об оказании услуг связи, которые находятся за пределами распоряжения своим заработком, стипендией или иными доходами и собственными средствами на счете, несовершеннолетние лица должны получать согласие на их заключение от родителей, усыновителей или попечителей. В таких случаях права, возникающие с момента отправления корреспонденции, как материального носителя, но до вручения ее адресату, несовершеннолетние лица могут осуществлять с разрешения своих родителей, усыновителей или попечителей.

Что касается личных неимущественных прав несовершеннолетнего отправителя корреспонденции, то он может осуществлять их самостоятельно. Он может выдавать себя за



лицо, составившее и/или отправившее корреспонденцию, требовать от других признания его таковым, исправлять или не исправлять ошибки, или вносить другие изменения в содержание, принимать решения по раскрытию тайны корреспонденции или принимать меры к сохранению тайны и тому подобное. И это могут быть как фактические, так и юридические действия. В пределах правосубъектности несовершеннолетних находятся и действия по совершению имущественных прав на корреспонденцию. В частности, он может, как самостоятельно ее использовать, так и предоставлять согласие на ее использование третьим лицам.

Право на предоставление согласия об использовании корреспонденции, в том числе путем ее опубликования, которая была направлена несовершеннолетним лицом, может быть осуществлено с согласия его родителей, усыновителей, опекунов. Это связано с тем, что такое согласие не подпадает под признаки мелких бытовых сделок и рассматривается, как осуществление имущественного права [10, с. 353-356]. Согласие родителей (усыновителей), попечителей необходимо и в случае, когда несовершеннолетние получили это право в результате правопреемства. Так, если физическое лицо в возрасте от 14 до 18 лет является ребенком умершего отправителя корреспонденции, а в случае отсутствия у него детей, вдовы (вдовца) – братом или сестрой, то к нему переходит право давать согласие на использование корреспонденции умершего. Это право несовершеннолетнего лица осуществляется с согласия его родителей (усыновителей), попечителей.

Выводы. Таким образом, специфика осуществления субъективного права на корреспонденцию лицами, не достигшими совершеннолетия, зависит от объема их дееспособности и природы прав на корреспонденцию. В частности, личные неимущественные права самостоятельно могут осуществлять как малолетние, так и несовершеннолетние. Имущественные права за лиц в возрасте до 14 лет осуществляют их родители (усыновители) или опекуны. В слу-

чае с лицами в возрасте от 14 до 18 лет, то эти права осуществляются ими самостоятельно, но с согласия их родителей (усыновителей) или попечителей.

Сделанные выводы могут быть использованы при дальнейшем исследовании осуществления права на корреспонденцию, в т. ч. и другими участниками правоотношений, возникающих по поводу корреспонденции, установления их границ и ограничений.

Список использованной литературы:

1. Вавилин Е.В. Право собственности: реализация субъективного гражданского права / Е.В. Вавилин // Актуальные проблемы права собственности: Материалы Всероссийской межвузовской конференции (октябрь 2003 г., г. Саратов). – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2004. – 100 с.

2. Гражданское право : учебн. : в 3 т. Т. 1. / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева [и др.]; под ред. А.П. Сергеева. – М. : РГ-Пресс, 2010. – 1008 с.

3. Российское гражданское право : учебн. : в 2 т. – Т. 1 : Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. – М. : Статут, 2010. – 958 с.

4. Братусь С.Н. Субъекты гражданского права / С.Н. Братусь. – М. : Госюриздат, 1950. – 368 с.

5. Тархов В.А. Гражданское право. Общая часть. Курс лекций / В.А. Тархов. Чебоксары : Чувашское книжное изд-во, 1997. – 331 с.

6. Гражданское право : [учебник] / ред.: А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. – М. : Буклайн, 2005. – 773 с.

7. Про поштовий зв'язок : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2002. – № 6. – Ст. 39.

8. Про телекомунікації : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2004. – № 12. – Ст. 155.

9. Правила надання послуг поштового зв'язку, затвержені постановою Кабінету Міністрів України від 5.03.2009 р. № 270. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/270-2009-%D0%BF/print1378235435730415>.

10. Сліпченко С.О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів : моногр. / С.О. Сліпченко. – Х. : Діса плюс, 2013. – 552 с.



ДОКТРИНАЛЬНОЕ ПОНИМАНИЕ БЮДЖЕТНОГО ПРАВА КАК СФЕРЫ РЕАЛИЗАЦИИ БЮДЖЕТНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Светлана НИЦИМНАЯ,

доктор юридических наук, доцент,
декан факультета хозяйственного права и социального обеспечения
Черниговского национального технологического университета

Summary

The budget law is central link of financial law. The place of budget law as a totality of law norms regulating budget relations in legal systems of different countries can be defined in various ways: as a subbranch or a sector of financial law, as norms dispersed over acts of constitutional or administrative law. The budget law is seen as: a complex branch of law, as a subbranch of financial law, as a totality of two institutions: budget structure and budget process. The budget law exists and is implemented within frames of budget activity.

Key words: budget, budget law budget activity, budget and material activity, budget and procedure activity.

Аннотация

Бюджетное право является центральным звеном финансового права. Место бюджетного права, как совокупности правовых норм, регулирующих бюджетные отношения в правовых системах различных государств, определяется по-разному: как подотрасль или раздел финансового права; как нормы, рассредоточенные по актам конституционного и административного права. Бюджетное право рассматривают, как: комплексную отрасль права; как подотрасль финансового права; как совокупность двух институтов: бюджетное устройство и бюджетный процесс. Бюджетное право существует и реализуется в пределах бюджетной деятельности.

Ключевые слова: бюджет, бюджетное право, бюджетная деятельность, бюджетно-материальная деятельность, бюджетно-процессуальная деятельность.

Постановка проблемы. Бюджетное право является центральным звеном финансового права. Бюджетное право безоговорочно входит в структуру финансового права, хотя относительно некоторых институтов и подотраслей финансового права ведется дискуссия по вопросу их включения или исключения из этой структуры (например, налоговое, банковское, валютное, эмиссионное, денежное право). Более того, бюджетное право иногда полностью отождествляют с финансовым правом и публичными финансами (такой подход встречается в трудах французских ученых) [1].

Актуальность темы исследования подтверждается тем, что проблематике бюджетного права, как сферы реализации бюджетной деятельности, посвящены многочисленные общетеоретические исследования. Однако и сегодня этот вопрос находится в центре внимания ученых и практиков, особенно, когда речь идет о специальных отраслевых исследованиях. В науке финансового права данная проблема осложняется неоднозначным пониманием самой системы финансового права, его деления на общую и особенную части, структуры обеих этих частей.

Теоретической базой исследования стали научные труды ученых: Л.К. Вороновой, Е.П. Гетманец, О.Н. Горбуновой,

О.В. Горун, Е.Ю. Грачевой, Е.С. Дмитренко, И. Б. Заверухи, С.Т. Кадькаленко, М.В. Карасевой, Л.М. Касьяненко, А.Т. Ковальчука, А.Н. Козырина, Т.В. Конюховой, И.Е. Криницкого, Ю.А. Крохиной, Н.П. Кучерявенко, Т.А. Латковской, А.А. Лукашева, А.А. Монаенко, О.А. Музыки-Стефанчук, А.А. Нечай, Е.П. Орлюк, М.И. Пискотина, Н.Ю. Пришвы, Л.А. Савченко, О.А. Семчик, О.В. Солдатенко, А.И. Худякова, Л.К. Царевой, В.Д. Чернадчука, Н.Я. Якимчук и других.

Целью и задачей статьи является выявление, постановка и решение фундаментальных теоретико-прикладных проблем бюджетного права, как сферы реализации бюджетной деятельности, что должно положительно повлиять на правовую регламентацию отдельных видов и направлений этой деятельности.

Изложение основного материала. Место бюджетного права, как совокупности правовых норм, регулирующих бюджетные отношения в правовых системах различных государств, определяется по-разному. Так, в государствах романо-германской правовой системы бюджетное право рассматривается, как подотрасль или раздел финансового права. В государствах англо-саксонского права нормы, регулирующие бюджетные отношения, чаще рассре-

доточены по разным актам конституционного и административного права [2, с. 33-34]. Хотя есть и примеры отнесения бюджетного права к комплексным отраслям права [3, с. 92-93].

Ученый А.Н. Козырин обращает внимание на то, что в зарубежных государствах бюджетное право систематизирует знания о правовом регулировании публичных финансов в соответствии с принципом плановости и ежегодного (периодического) ветирования (рассмотрения, голосования) представительным (законодательным) органом власти основного финансового акта-бюджета [2, с. 33].

Как справедливо отмечает Л.К. Воронова, бюджетное право, как подотрасль финансового права – это совокупность правовых норм, регулирующих бюджетное устройство, структуру и порядок распределения доходов и расходов бюджетной системы, полномочия государства и органов местного самоуправления в области бюджетов и бюджетный процесс» [4, с. 115].

В последнее время ученые все чаще стали обращать внимание на систему бюджетного права. Например, О.Н. Горбунова отмечает, что финансовое право состоит из финансово-правовых институтов. Центральное место среди них занимают нормы бюджетного права, которые закрепляют построение бюджетной



системы государства, регламентирующих доходы и расходы всей бюджетной системы и каждой ее составляющей, а также нормы, регулирующие бюджетный процесс и государственные внебюджетные фонды [5, с. 46].

Л.В. Вакарюк утверждает, что в современных условиях развития государства бюджетное право окончательно сформировалось, как подотрасль финансового права. Этому способствовали следующие факторы: во-первых, бюджетное право всегда охватывало своим регулирующим воздействием широкий круг общественных отношений; во-вторых, результатом развития бюджетно-правовых отношений стало принятие Бюджетного кодекса Украины – унифицированного акта, который регулирует бюджетные отношения [6, с. 101,105]. Особенность бюджетного права Украины, как подотрасли финансового права, состоит в том, что:

– включает в себя большое количество финансово-правовых норм, содержащихся в массиве бюджетных нормативно-правовых актов: Бюджетном кодексе Украины, ежегодных законах о Государственном бюджете, решениях о местных бюджетах и тому подобное;

– состоит из бюджетно-правовых норм и является разновидностью финансово-правовых норм;

– отношения возникают при осуществлении бюджетной деятельности, регулируют процесс формирования, распределения и использования фондов денежных средств государства и местного самоуправления;

– субъектный состав бюджетных правоотношений имеет свою специфику и включает государство, как специфический субъект, коммунальные (городские) образования, которые являются владельцами бюджетов соответствующего уровня, и органы исполнительной власти в пределах своих полномочий.

В контексте этого оправданным является подход, в соответствии с которым бюджетные и налоговые вопросы регулируются большими группами норм финансового права, учитывая которые можно было рассматривать их как подотрасли финансового права [5, с. 47].

Ю.А. Крохина считает, что бюджетное право – это подотрасль финансового права, представляющая собой

совокупность установленных государством общеобязательных, однородных правовых норм, регулирующих имущественные и связанные с ними неимущественные общественные отношения, которые возникают в процессе бюджетной деятельности государства и муниципальных образований [7, с. 213]. Исходя из данного определения, бюджетное право рассматривается через призму имущественных и неимущественных общественных отношений.

Бюджетное право представляет собой подотрасль финансового права, предметом которого являются: 1) отношения по установлению структуры бюджетной системы государства и принципов ее построения; 2) отношения по установлению структуры бюджетов (доходы, расходы, источники финансирования дефицитов бюджетов) и требований к их сбалансированности; 3) отношения по бюджетной компетенции государства, субъектов Федерации и муниципальных образований, других субъектов бюджетного права; 4) межбюджетные отношения; 5) отношения бюджетного процесса; 6) отношения по осуществлению бюджетных расходов; 7) отношения бюджетно-правовой ответственности; 8) бюджетно-контрольные отношения [8, с. 52-53].

Некоторые ученые в структуре бюджетного права выделяют большую группу правовых норм, которые устанавливают: бюджетную систему государства и принципы ее построения; бюджетную компетенцию субъектов бюджетного права; структуру бюджета и требования к его сбалансированности; порядок осуществления бюджетных расходов; бюджетный процесс; взаимоотношения между бюджетами разных уровней бюджетной системы государства (межбюджетные отношения); бюджетно-правовую ответственность; бюджетный контроль [9, с. 185]. Такое широкое трактование бюджетного права вполне соответствует действительности, поскольку, например, бюджетно-правовая ответственность обладает комплексным характером, в ее пределах применяются нормы гражданского, административного и уголовного права. Бюджетная компетенция субъектов бюджетного права, в первую очередь, определяется конституционными нормами.

А.И. Худяков разделяет бюджетное право на общую часть (охватывает бюджетное устройство, управление в области бюджета; правовые основы бюджетного планирования; правовые основы бюджетного контроля) и особенную часть (охватывает институты правового регулирования доходов бюджета; правового регулирования расходов бюджета; правового регулирования государственного кредита) [10, с. 24].

Т.В. Конюхова рассматривает бюджетное право, как подотрасль финансового права и, поддерживая А.И. Худякова, разделяет его на две части – общую и особенную [11]. Так, институтами общей части бюджетного права являются: «Бюджетные полномочия Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований», «Бюджетное устройство Российской Федерации». Институтами особенной части (материального характера), по мнению ученого, являются: «Доходы бюджетов Российской Федерации», «Расходы бюджетов Российской Федерации», «Сбалансированность бюджетов», «Государственный и муниципальный долг и внешние долговые требования Российской Федерации», «Межбюджетные трансферты», «Государственные внебюджетные фонды».

К институтам особенной части (организационного характера) отнесены следующие: «Бюджетный процесс в Российской Федерации», «Бюджетный учет и отчетность», «Государственный и муниципальный финансовый контроль», «Ответственность за нарушение бюджетного законодательства». На наш взгляд, выделение названных институтов является не совсем корректным. Например, бюджетный учет и отчетность – это отношения или деятельность, осуществляемая в рамках бюджетного процесса. Искусственное их отделение от института «Бюджетного процесса», на наш взгляд, является необоснованным. Следующее предостережение касается института «Государственный и муниципальный финансовый контроль». Считаем, что, описывая институты бюджетного права, следует выделять бюджетный контроль, как вид публичного финансового контроля.

По мнению Т.В. Конюховой, предложенная ею система институтов бюд-



жетного права позволяет раскрыть неразрывную связь институтов бюджетного права между собой, а также с институтами других подотраслей финансового права. Так, институт доходов бюджетов включает в доходы бюджетов отчисления от налогов и сборов, тесно связан с налоговым правом. Субинститут ассигнований включает в себя ряд субинститутов. Таким образом система бюджетного права состоит из институтов, субинститутов, еще более мелких (миниинститутов) и норм-предписаний. В связи с этим цитируемый автор предлагает выделить такие виды институтов: а) институты, разделяющие отрасли (подотрасли) на части; б) субинституты – более мелкие; в) миниинституты – мельчайшие, относящиеся к муниципальной собственности [11, с. 4]. Считаем, что предложенное видение системы институтов бюджетного права не столько позволяет раскрыть какую-то связь, сколько порождает еще больше вопросов. Намреваясь осветить всю систему бюджетного права, автор должна была бы не только констатировать, но и раскрыть бюджетно-правовые институты, субинституты и миниинституты, не ограничиваясь только перечислением их примеров. Кроме того, Т.В. Конюхова отмечает, что основными принципами выделения института является количественный состав норм и их публичная, общественная и экономическая значимость. Очевидно, что в данном случае речь идет не о принципах, а о критериях выделения институтов.

Ученый С.В. Запольский подчеркивает, что бюджетное право, как подотрасль финансового права, является внутренне единым и практически неделимым. В его структуре он выделяет нормы, которые: 1) определяют бюджетное устройство; 2) регулируют распределение доходов и расходов между различными звеньями бюджетной системы; 3) устанавливают порядок и способы обеспечения сбалансированности бюджетов; 4) закрепляют порядок исполнения бюджета (речь идет о выполнении расходной части бюджета); 5) регулируют межбюджетные отношения [12, с. 87].

Заслуживает внимания мнение о еще одной особенности бюджетно-правовых норм, которая заключается в их происхождении. Возникновение

бюджетно-правовых норм не связано с правилами поведения, складывающимися в обществе, они не являются фактическими. Объяснение этому феномену кроется в особенности предмета финансового права (а бюджетное право является его составной частью). Так, финансовые (денежные) отношения в чистом виде не возникают и не существуют сами по себе, а являются средством реализации общественного интереса. Последний и является публичным [8, с. 63-64].

Что касается предмета бюджетного права, то некоторые ученые определяют его, как совокупность общественных отношений в сфере бюджетной деятельности государства и муниципальных образований, которые возникают в результате их государственного установления, закрепления или регулирования. Эти общественные отношения классифицируются в обособленные группы, которые возникают относительно: во-первых, бюджетного устройства государства; во-вторых, установления и структуры доходных источников бюджетов разных уровней; порядка распределения расходов между звеньями бюджетной системы; межбюджетного регулирования; в-третьих, полномочий государства и органов местного самоуправления в области бюджета. Также в предмет бюджетного права включаются отношения, регулирующие бюджетный процесс и отношения, регулирующие установление оснований ответственности за нарушение бюджетного законодательства [6, с. 114].

Традиционно бюджетное право рассматривается, как совокупность двух институтов: бюджетное устройство и бюджетный процесс. Такое разделение обусловлено наличием материальных и процессуальных норм бюджетного права. В свое время ученый В.В. Бесчеревных писал, что бюджетное право состоит из двух подразделов (институтов): один из них – «бюджетное устройство» (посвященный материальным бюджетно-правовым нормам), другой – «бюджетный процесс» (посвященный процессуальным бюджетно-правовым нормам) [13, с. 39].

Ученый М.И. Пискотин по этому поводу отмечал, что «деление норм бюджетного права на материальные и процессуальные выступает настолько реально и отчетливо, так явно вытекает

из характера и роли бюджетного права, что ему следуют (целиком или частично) все, кто пытается классифицировать эти нормы» [14, с. 57].

В отечественных работах по финансовому праву под редакцией Л.К. Вороновой, О.П. Гетманец, Н.П. Кучерявенко, О.А. Музыки-Стефанчук, Е.П. Орлюк, Л.А. Савченко бюджетное право так или иначе связывают с материальным и процессуальным правом. При этом разные подходы к определению бюджетного права в целом не отрицают того, что его нормы регулируют бюджетные отношения, связанные с бюджетной деятельностью. По мнению В.Д. Чернадчука, сферой возникновения и развития бюджетных отношений является бюджетная деятельность государства и административно-территориальных единиц, которая, в свою очередь, является видом публичной финансовой деятельности [15, с. 57]. На наш взгляд, такая деятельность осуществляется не столько государством, сколько его органами, но не административно-территориальными единицами, а соответствующими органами местной власти.

Выводы. Поддерживая разделение бюджетного права на две части: материальную и процессуальную, можем говорить о существовании бюджетно-материальной и бюджетно-процессуальной деятельности. Так или иначе, бюджетное право существует и реализуется в пределах именно бюджетной деятельности.

Список использованной литературы:

1. Газье А. Публичное право Франции и России: пересечения и параллели. [Электронный ресурс] / А. Газье, Э.В. Талапина // Правоведение. – 2003. – № 3 (248). – С. 30-54. – Режим доступа : <http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=189854>.
2. Козырин А.Н. Финансовое право и управление публичными финансами в зарубежных странах / А.Н. Козырин. – М. : ЦППИ, 2009. – 182 с.
3. Starck B., Roland H., Boyer L. Introduction au droit. Seme edition / B. Starck, H. Roland, L. Boyer. – Paris, 2000.
4. Воронова Л.К. Финансовое право Украины: підручник / Л.К. Воронова. – К. : Прецедент ; Моя книга, 2006. – 448 с.



5. Горбунова О.Н. Финансовое право и финансовый мониторинг в современной России / О.Н. Горбунова. – М. : ООО «Профобразование», 2003. – 158 с.

6. Вакарюк Л.В. Інститути бюджетного права як підгалузі фінансового права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Л.В. Вакарюк. – К., 2009. – 210 с.

7. Крохина Ю.А. Финансовое право России : учебник / Ю.А. Крохина. – [3-е изд., перераб. и доп.]. – М. : Изд-во «Норма», 2008. – 720 с.

8. Бюджетное право : учебное пособие / под ред. М.В. Карасевой. – М. : Эксмо, 2010. – 320 с.

9. Финансовое право : учебник / отв. ред. М.В. Карасева. – [3-е изд. перераб. и доп.]. – М. : Юристъ, 2009. – 604 с.

10. Худяков А.И. Финансовое право Республики Казахстан. Особенная часть / А.И. Худяков. – Алматы : ТОО «Издательство «Норма-К», 2000. – 344 с.

11. Конюхова Т.В. Система институтов бюджетного права Российской Федерации : автореф. дис. на соиск. науч. степ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.14 «Административное право; финансовое право; информационное право» / Т.В. Конюхова. – М., 2012. – 36 с.

12. Запольский С.В. Дискуссионные вопросы теории финансового права : монография / С.В. Запольский. – М. : РАП, Эксмо, 2008. – 153 с.

13. Бесчеревных В.В. Компетенция Союза ССР в области бюджета / В.В. Бесчеревных. – М. : Юрид. лит., 1976. – 176 с.

14. Пискотин М.И. Советское бюджетное право. Основные проблемы / М.И. Пискотин. – М. : Юрид. лит., 1971. – 312 с.

15. Чернадчук В.Д. Стан та перспективи розвитку бюджетних правовідносин в Україні : монографія / В.Д. Чернадчук. – Суми : Унів. кн., 2008. – 456 с.

МОДЕЛИ И ТЕХНОЛОГИИ СТРУКТУРНО-СИСТЕМНЫХ ОТНОШЕНИЙ ГОСУДАРСТВА И ГРАЖДАНИНА В АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВЕ

Татьяна ОЛЕКСЕНКО,
аспирант

Классического приватного университета

Summary

The article is devoted to determination of ratio between models and techniques of structural and systemic relations of citizens and executive power in administrative law. Here are considered basic models of structural and systemic relations of citizens and executive bodies: a) consulting-advisory model in which citizens and citizens associations involved in activities of executive branch as key informants and initiators of administrative and legal decisions; b) model of legitimation – in which citizens and citizens associations involved as subjects of legitimation for projects of administrative acts different content and orientation; c) expert model is a model in which citizens and citizens associations involved as carriers of professional knowledge that evaluate effectiveness of decisions of executive authorities; d) arbitration-mediator model – in which citizens associations involved in solving various problems of public administration.

Key words: administrative law, administrative legal, structural and systemic relations, models of structural and systemic relations, technology, structural and systemic.

Аннотация

Статья посвящена проблеме соотношения между моделями, технологиями структурно-системных отношений граждан и органов исполнительной власти в административном праве. В ней рассматриваются базовые модели структурно-системных отношений граждан и органов исполнительной власти: а) консультационно-совещательная модель – граждане и объединения граждан выступают в качестве ключевых информаторов и инициаторов проектов административно-правовых решений; б) легитимационная модель – граждане и объединения граждан выступают в качестве субъектов легитимации по проектам административно-правовых актов разного содержания и направленности; в) экспертная модель – граждане и объединения граждан выступают в качестве носителей профессиональных знаний, оценивающих эффективность решений органов исполнительной власти; г) арбитражно-медиаторная модель – объединения граждан участвуют в решении проблем государственного управления.

Ключевые слова: административное право, административные правоотношения, структурно-системные отношения, модели структурно-системных отношений, технологии структурно-системных отношений.

Постановка проблемы. Демократической основой современного государства, которая конституционно определяется, как правовая и социальная, должна быть постоянная прочная связь между государственным аппаратом и людьми, на благо которых призван работать этот аппарат. Нарушение прочности этих отношений, потеря доверия и культивирование страха перед исполнительными органами государства ведут к размыванию демократических принципов, деструктивного отношения граждан к государственному аппарату и в результате – к нарушению гражданско-мирового согласия в стране.

Актуальность темы исследования. В Украине участие народа в управлении

государством свелось к минимуму. Политические партии превратились лишь в дополнение к олигархическим кланам, которые оккупируют государственный аппарат, и цели которых не всегда совпадают с интересами широких слоев населения. Социальные программы помощи населению существенно сокращаются вследствие экономических и социальных изменений, происходящих в стране. Законодатели принимают законы, опираясь преимущественно на свое собственное мнение, без учета общественного мнения. В результате кризис доверия постоянно усиливается из-за несоответствия деятельности государственных структур запросам и ожиданиям населения. Формулировка принципов органи-



заций и деятельности государственного аппарата, их обновления и корректировки в каждый конкретный исторический период развития общества и государства являются важными политическими и правовыми задачами административного права. Ими определяется и направленность администрирования в целом, и административной деятельности отдельных органов и должностных лиц.

Целью статьи является построение описательно-аналитической характеристики основных технологий и моделей структурно-системных отношений граждан и органов исполнительной власти в административном праве.

Задачами статьи, в связи с вышеуказанным, являются: а) построение описательно-аналитической характеристики основных технологий структурно-системных отношений граждан и органов исполнительной власти; б) построение описательно-аналитической характеристики основных моделей структурно-системных отношений граждан и органов исполнительной власти в административном праве.

Статья посвящена проблеме определения соотношения между моделями и технологиями структурно-системных отношений граждан и органов исполнительной власти в административном праве.

Изложение основного материала исследования. Проблема взаимодействия граждан с аппаратом исполнительной власти рассматривалась в рамках теории правового статуса личности в социалистическом обществе; компаративного анализа институтов административного права; взаимодействия власти и общественности; общественного контроля в государственном управлении; государства и личности; обеспечения прав граждан органами государственного управления; общественного мнения и государственного управления [1, с. 11, 12-17].

Следует отметить, что тенденция к отделению от общества и игнорирование общественных интересов, к бесконтрольности и подчинения себе других ветвей власти характерны для исполнительной власти в связи со специальным режимом ее функционирования. Поэтому участие граждан в государственном управлении обоснованно рассматривается в качестве одной из форм контроля общества за деятельностью исполни-

тельной власти. Формально-бюрократическое поведение государственных служащих отделяет граждан от их деятельности и, создавая атмосферу искусственной таинственности и взаимного недоверия, способствует деформации исполнительной власти. Предупреждение, сдерживание и нейтрализация этих явлений тесно связано с институтом участия граждан в деятельности исполнительной власти. Различные государства по-разному решают проблему привлечения граждан к осуществлению власти в зависимости от традиций, политических, правовых и других условий. Так, авторы, отстаивающие французскую модель администрирования и парадигму французского административного права, проявляют негативное отношение к участию населения в деятельности государственных служб, однако, примеры широкого участия населения в управлении существуют и во Франции [3, с. 15-55].

В немецком административном законодательстве существует зафиксированный принцип защиты государства от потери доверия граждан, принцип учета интересов граждан и другие принципы деятельности органов государственного управления.

Теоретическая разработка указанной проблематики является важной для определения и культивирования выгод сотрудничества, для демонстрации его преимуществ по сравнению с состоянием войны между государством и гражданским обществом. Благодаря теоретическому обоснованию, дискуссия вокруг темы сотрудничества исполнительной власти и общественности становится приоритетной по сравнению с другими проблемами исполнительной власти. Научный подход призван обеспечить легитимацию сотрудничества и стимулировать граждан к участию в государственном управлении [3, с. 20-28].

Современные управленческие методы предусматривают как информационную открытость органов исполнительной власти, так и активное привлечение различных групп общественности к процессу принятия и реализации административных решений. Нельзя осуществлять власть от имени народа и не допускать народ к принятию этих же решений. Исполнительная власть является гарантом принципов правового государства, что требует от органов исполнительной власти и государственных

служащих институционализации открытости и активного вовлечения граждан в процессы государственного управления.

В теории и практике административного права в настоящее время сложилась ситуация, побуждающая как ученых, так и субъектов госуправления к пересмотру роли государственного менеджмента. Государственные служащие не являются техническими специалистами, которые работают качественнее в условиях изоляции от общественности. Ведь они принимают социально-политические решения, в которых публичные интересы стоят выше технических и экономических интересов. Эти референции не могут быть осуществлены кастовым чиновничеством, самоизолированным от общества. Важный вопрос для науки административного права связан с определением уровня вовлечения граждан и структур гражданского общества в подготовку и принятие решений органами исполнительной власти. В связи с этим в теории административного права сложилось две диаметрально противоположные точки зрения, первую из которых можно определить, как общественно-центрированную, а вторую – как бюрократически-центрированную.

Сторонники первой точки зрения считают, что общественность может и теоретически, и практически выступать субъектом принятия административно-правовых решений, а государственным служащим в этом процессе должна быть отведена сугубо консультативная и вспомогательная роль. Сторонники второй точки зрения считают, что все решения должны приниматься чиновниками (бюрократией), а гражданскому обществу принадлежит вспомогательная функция внесения предложений и вторичной корректировки нормативных актов.

Понятным в контексте приведенных моделей является то, что они являются своеобразными точками экстремума, поскольку, как общественности не может быть предоставлено право принятия решений, так и государственным служащим не может быть отведена преимущественно роль советников. Противоположная точка зрения также неприемлема, поскольку предоставление общественности только совещательной функции без возможности оказывать какое-либо влияние на принятие решений также выражает позицию бюрократизма, который является непроницаемым



для различных «горизонтальных» инициатив и участия общественности в госуправлении.

Как замечает по этому поводу А.В. Оболонский, «превращение института участия граждан в действенный механизм сопричастности гражданского общества к государственному управлению требует решения разноплановых задач: формирование активного гражданина, который осознает свои собственные и общественно-государственные интересы; создание «ресурсных предпосылок» – деньги и другие материальные средства, свободное время, социально-политические и профессиональные знания; упорядочение и расширение организационно-правовых форм участия и др.» [10, с. 18].

Формы взаимодействия органов исполнительной власти и граждан могут быть дифференцированы по различным критериям, одним из которых выступает критерий цели вовлечения граждан в механизмы государственного управления. С учетом данного критерия и обобщения работ многих исследователей в области теории административного права как советского, так и постсоветского периодов, в частности – И.Л. Бачило, Н.В. Витрука, Г.Ф. Дуквица, Ю.Н. Старилова, – можно выделить ряд форм участия граждан, которые позволяют говорить о трех базовых моделях структурно-системных отношений граждан и органов исполнительной власти: а) консультационно-совещательная модель, в рамках которой граждане и объединения граждан привлекаются к деятельности органов исполнительной власти в качестве ключевых информаторов и инициаторов проектов административно-правовых решений; б) легитимационную модель, в рамках которой граждане и объединения граждан привлекаются к деятельности органов исполнительной власти в качестве субъектов легитимации (одобрения/неодобрения, оказание поддержки/отказ в поддержке) по проектам административно-правовых актов разного содержания и направленности; в) экспертную модель, в рамках которой граждане и объединения граждан привлекаются к деятельности органов исполнительной власти в качестве носителей профессиональных знаний, которые оценивают эффективность решений органов исполнительной власти и должностных лиц; г) арбитраж-

но-медиаторную модель, в которой объединения граждан участвуют в решении тех или иных проблем государственного управления и решении конфликтных ситуаций, возникающих в связи с администрированием [3, с. 60-78].

В рамках этой совокупности форм можно выделить, прежде всего, контакты органов исполнительной власти с ключевыми персонами – лидерами политических партий, общественных объединений, движений, ассоциаций, различных конфессий и т. д. Его можно определить, как метод административно-подготовительных консультаций и переговоров с лидерами общественности.

Административно-подготовительные консультации и переговоры с лидерами общественности, как метод, сейчас становятся особенно популярными и начинают активно использоваться Президентом и правительством для зондирования позиций основных общественных групп. Контакты с лидерами общественности соответствуют современным требованиям и являются обычной европейской практикой. Но при этом остается открытым ряд вопросов, касающихся обязательности использования таких контактов, привлечения лидеров общественности к участию в принятии решений, их роли в выработке основных направлений деятельности правительства и др.

Вторым методом является метод опроса граждан, который внедряется в практику администрирования через социологию. Органы исполнительной власти не часто практикуют опросы общественного мнения, что является принципиально неверным. Как отмечает один из первых исследователей общественного мнения в теории административного права советского периода Р.А. Сафаров, «опросы общественности могут наглядно отображать репрезентативные мнения и оценки деятельности должностных лиц, выполнения решений органов исполнительной власти в тех случаях, когда другие формы контактов с гражданами не дают объективной и оперативной информации» [14, с. 44]. Опросы становятся особенно важными, когда необходимо изучить мнение граждан, привлекая их к процессу принятия решений органами исполнительной власти. А знание этого мнения является необходимым особенно тогда, когда речь

идет о решениях, которые непосредственно затрагивают качество жизни населения, в том числе те, которые касаются жилищно-коммунального хозяйства, государственных и других публичных услуг: телефонных компаний; социальных служб и т. д.

Индивидуальные обращения рассматриваются, как контакты, которые иницируются самими гражданами для того, чтобы получить ту или иную услугу, подать жалобу, внести предложение, высказать мнение, дать оценку и т. д. Эти контакты всегда были и остаются важным инструментом привлечения граждан к администрированию. Особенно важным является использование этого метода органами исполнительной власти, которые являются непосредственно связанными с обслуживанием потребностей граждан (правоохранительными органами, потребностями социального обслуживания, образования, здравоохранения, экологии и др.).

Обращение, инициируемое гражданами, отражает мнение различных слоев населения и свидетельствует о настоятельной необходимости и актуальности соответствующей потребности. При надлежащей оперативной регистрации обращений граждан данные этих обращений могут быть использованы органами исполнительной власти для выявления тех проблем, которые волнуют население [18]. Именно поэтому заслуживает освоения опыт и практика этих органов в США по установке «горячих линий», созданию «контактных офисов» для получения своевременных ответов на обращения граждан и т. д. Право граждан обращаться лично, а также направлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы предусмотрено конституциями разных государств. Это право подразумевает возможность направлять индивидуальные или коллективные письменные обращения, или лично обращаться в органы государственной власти, органы местного самоуправления и к должностным лицам этих органов, которые обязаны рассматривать обращения и давать обоснованные ответы на них в установленные законодательством сроки [5].

Собрания и конференции (собрания депутатов), как формы участия граждан в деятельности государственных органов различного уровня, активно использовались в советское время. В. Мальков



отмечает, что «на них обсуждались вопросы разного уровня и значения. Граждане получали информацию о деятельности государственных органов и должностных лиц» [8, с. 20-33]. Сейчас эти формы участия граждан практикуются только на местном уровне в достаточно редких случаях. Решение собраний и конференций имеют серьезное публичное значение. Они имеют право принимать обращения в государственные органы и к должностным лицам, которые должны обязательно рассматриваться, и, в соответствии с решениями таких собраний, соответствующие решения должны приниматься в дальнейшем органами исполнительной власти.

Ноу-хау в администрировании можно считать информационные технологии электронного управления. Многообещающие перспективы, особенно в связи с административной реформой, как в плане повышения эффективности работы органов исполнительной власти, так и в плане совершенствования их отношений с гражданами, открывают новые информационные технологии, исследование которых в научной литературе представлено в трудах И.Л. Бачило, Л.К. Терещенко, М.М. Рассолова и др. авторов [1, 13, 16]. Эти технологии облегчают и ускоряют связь между гражданами и органами исполнительной власти; ликвидируют ограничения, накладываемые расписанием работы или географической удаленностью, или другими факторами деятельности органов исполнительной власти, и обеспечивают: доступность, аутентичность, обязательность коммуникационных процессов (надежность, законность), конфиденциальность информации и другие условия. Новые информационные технологии помогают органам исполнительной власти лучше понимать потребности граждан и увеличивают возможность оперативного получения информации от общества. Тем самым они позволяют сделать исполнительную власть более прозрачной и эффективной в отношениях с гражданами, для которых открытость органов исполнительной власти является ключевым вопросом демократии. Если в случаях, связанных с получением информации, органы исполнительной власти имеют дело с гражданами, то в случаях, связанных с получением согласия общества на принятие решений, осуществление определенных мер, органы исполни-

тельной власти имеют дело с объединениями (определенными сообществами граждан). Указанным критериям соответствуют такие организационно-правовые формы, как встречи с общественностью и публичные слушания.

Встречи с общественностью, как форма коммуникации власти с гражданами, пользовалась в советском прошлом большой популярностью, хотя активно используется и в настоящее время. Однако, ее критики и в прошлом, и в настоящем отмечали, что такие встречи лишь создают видимость участия в администрировании, не представляя собой реального привлечения граждан к государственному управлению. Собrania, встречи, слушания и т. п. не позволяют общественности влиять на решения органов исполнительной власти. У встреч с общественностью есть другой недостаток. В ходе встреч (слушаний) далеко не всегда высказываются так называемые представительские мнения, которые отражают общественное мнение. Как отмечает Г.Ф. Дуквиц [4], даже если встречи проходят с участием представителей самых различных слоев населения, высказанные ими мнения далеко не всегда отражают настроения подавляющего большинства граждан. Однако органы исполнительной власти не имеют права отказываться от таких контактов с общественностью. Эта форма по-прежнему пользуется большой популярностью. Необходимы при проведении подобных встреч (протоколирование встреч, принятие и документирование замечаний, предложений, подписание протоколов представителями органов исполнительной власти и общественности и др.).

Публичные слушания, как форма участия граждан в выработке решений в основном представительных органов и их аппаратов, практикуются палатами парламентов и органами местного самоуправления. Однако органы исполнительной власти имеют право, а в некоторых случаях – обязаны выносить проекты своих решений на публичные слушания.

В ходе административной реформы в Украине делаются практические шаги по демократизации практики управленческого консультирования. Проблема – в выборе эффективных форм управленческого консультирования. Поэтому в качестве эффективных форм консульта-

тивного взаимодействия органов исполнительной власти с организациями гражданского общества могут выступать: а) создание совместных с общественными организациями рабочих групп; б) включение представителей общественных организаций в состав совещательных органов при органах исполнительной власти; в) создание общественных советов для наблюдения за реализацией правительственных целевых программ; г) разработка вопросов обеспечения доступа общественных некоммерческих организаций к конкурентным процедурам, связанным с использованием бюджетных средств и др.

Действенным инструментом практики управленческого консультирования можно считать опыт работы консультативных советов в органах исполнительной власти. Функцией таких советов является представление органам исполнительной власти рекомендаций по конкретным проблемам. В консультативные советы могут быть включены представители различных групп населения, умеющие выражать мысли широких социальных слоев. Консультационные советы, созданные по инициативе органов исполнительной власти, и консультационные комитеты, созданные по инициативе граждан, обладающих определенными преимуществами в аспекте облегченного обсуждения административных проблем, выработки согласия, учета различных интересов, мнений, оценок и подходов и т. д. Вместе с тем, как показывает опыт подобных консультационных подразделений [3, с. 36-37], члены комитетов могут создавать оппозицию в отношении органов исполнительной власти и формулировать рекомендации, которые противоречат функциям и компетенции органа. Перед государственными служащими в таких случаях стоит задача по налаживанию контактов в соответствии с нормативной базой административного законодательства. Другим недостатком деятельности консультативных советов может быть формализм и декларативность производимых ими рекомендаций, следствием чего становится потеря ими поддержки в обществе.

В системе организационно-правовых форм участия граждан в государственном управлении все большее значение приобретает общественная экспертиза решений органов исполни-



тельной власти. Общественную экспертизу могут проводить, например, экологические общественные объединения, которые могут рекомендовать своих представителей для участия в государственной экологической экспертизе, проводить общественную экологическую экспертизу (результаты которой могут становиться юридически обязательными после утверждения ее результатов органами государственной экспертизы), требовать назначения государственной экологической экспертизы и т. п. [3, с. 90-91].

В последнее время расширяется практика проведения независимой экспертизы проектов административно-правовых актов с привлечением общественных организаций. В связи с этим могла бы быть полезной круглогодичная практика экспертизы в США, где правительством поддерживается соответствующий сайт [18], на котором каждый гражданин имеет право не только ознакомиться с проектом ведомственного нормативного акта в области регулирования, но и опубликовать свои комментарии, а также узнать мнение других граждан по поводу проекта. Эта практика основывается на принципе обязательности открытой публикации комментариев общественности по проектам нормативных актов органов исполнительной власти, предусмотренной еще Законом об административной процедуре США – Administrative Procedure Act (1946) [13, с. 116].

Также необходимо формировать новые механизмы публичных консультаций органов исполнительной власти с гражданами и структурами гражданского общества при подготовке проектов нормативных правовых актов и другого рода решений, что позволит демократизировать практику гражданского участия в государственной управленческой деятельности. Каждое социально-значимое решение органов исполнительной власти целесообразно пропускать через механизм общественного согласования, включающий в себя изучение общественной (профессиональной) мысли, общественную экспертизу и тому подобное [7, с. 114; 9].

Проведение экспертизы по заказу соответствующего государственного органа независимыми общественными организациями, центрами, институтами и т. п. признается научной обществен-

ностью наиболее объективным методом апробации управленческих решений. По всем вопросам, которые касаются изменения качества жизни граждан, связанных с природной средой, здравоохранением, социальной защитой и личной безопасностью, проведение общественной экспертизы должно стать обязательным, а следовательно, требует закрепления в соответствующих административно-правовых актах. В содействии общественным инициативам осуществления экспертизы органы исполнительной власти могут информировать граждан о подготовке проектов решений такого рода; создавать условия для проведения профессиональной общественной экспертизы; предоставлять гражданам результаты экспертизы и приняты с учетом экспертных рекомендаций решения [8, с. 80-81].

Во взаимодействии исполнительной власти и объединений граждан могут использоваться медиаторские и арбитражные формы коммуникации с обществом посредством переговоров и посредничества. В сфере деятельности исполнительной власти находится большое количество проблем, которые требуют переговорно-посреднических форм их решения (безработица, деградации регионов, бедность, распространение социопатии и болезней – наркомании, СПИДа (ВИЧ-инфекции), туберкулеза и т. д. Переговоры и посредничество довольно давно используются для решения споров между предпринимателями и наемными работниками. Однако, в связи с осложнением управленческой деятельности исполнительной власти и ростом требований к ее легитимности, эти технологии используются с включением граждан в решение подобных вопросов [10, с. 43-44].

Переговоры практикуются также на уровне правительства, когда разногласия целей заинтересованных сторон очень велики, недоверие между ними является сильным, а количество заинтересованных сторон весьма значительным. По этим причинам контакты с лидерами общественности, сборы (слушания), консультативные советы не могут принести адекватных результатов [14, с. 46-47].

Компромисс в принятии административных решений достигается иногда только через посредство третьей стороны, которая не является союзником ни одной из конфликтующих сторон, но

готова вступить в дело и добиться урегулирования конфликта. В качестве посредника может выступать орган исполнительной власти, а в его спорах с общественными объединениями в качестве арбитра (медиатора, посредника) может выступать, например, научная организация, экспертный совет и т. п. Органы исполнительной власти рассматривают заявления граждан, принимают решения и обеспечивают необходимые условия для проведения митингов, уличных шествий, демонстраций и других массовых мероприятий. Публичные мероприятия могут проводиться как в поддержку действий и решений исполнительной власти, так и против них. В практике органов исполнительной власти произведено набор юридических приемов и средств, которые, с одной стороны, обеспечивают свободу проведения массовых мероприятий, как способа демонстрации гражданами своей воли и мыслей, а с другой – не допускают нарушения законов и общественного порядка. Таким образом, публичное выявление требований, интересов, мнений граждан всегда находится в поле интересов органов исполнительной власти, безотносительно к их содержанию. К числу форм, обеспечивающих поддержку исполнительной власти, следует отнести также съезды общественных объединений, профессиональных ассоциаций, профсоюзов и др., которые аккумулируют общественное мнение, в том числе о решении и действиях органов исполнительной власти, формулируют отдельные положения и рекомендации для исполнительной власти [3, с. 65-66].

Список использованной литературы:

1. Бачило И.Л. Функции органов управления: (Правовые проблемы оформления и реализации) / И.Л. Бачило. М., 1976. – 198 с.
2. Витрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М.: Наука, 1979. – 230 с.
3. Василенко И.А. Административно-государственное управление в странах Запада: США, Великобритания, Франция, Германия. – Учеб. пособие. – М.: Издат. корпорация «Логос», 1998. – 168 с.
4. Дуквиц Г.Ф. Об участии общественности в деятельности от государственных



органов по реализации прав и обязанностей граждан // Органы управления и статус гражданина : Материалы XIII «круглого стола» ученых-административистов СССР и ГДР. Алма-Ата. – 1988.

5. Закон Украины «Об общественных объединениях». / Электронный ресурс. – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4572>. – Ст. 17.

6. Конституция Украины. / Электронный ресурс. – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.

7. Кучинский В.А. Личность, свобода, право / М. : «Юрид. лит.», 1978. – 208 с.

8. Мальков В.В. Общественный контроль в советском государственном управлении. М. : Изд-во Моск. ун-та, 1965. – 124 с.

9. Новоселов В.И. Некоторые вопросы соотношения правового статуса граждан и статуса членов общественных организаций. // Вопросы теории общественных организаций. – Сб. науч. тр. – М. – 1977. – С. 68-72.

10. Оболенский А.В. Бюрократия и государство : Очерки. М. : Ин-т гос-ва и права РАН, 1996. – 65 с. – (Сер. «Новое в юрид. науке и практике»).

11. Патулин В.А. Государство и личность в СССР. (Правовые аспекты взаимоотношений). – М. : «Наука», 1974. – 66 с.

12. Пучкова М.В. Обеспечение прав граждан органами управления союзной республики. – М. : Наука, 1987. – 142 с.

13. Рассолов М.М. Проблемы теории государства и права. // Текст. учеб. пособ. для студ. вуз., обуч. по спец. – 030501 – «Юриспруденция». / Н.Н. Рассолов. М. : ЮНИТИ–ДАНА: Закон и право, 2007. – 431 с.

14. Сафаров Р.А. Общественное мнение и государственное управление / Отв. ред. Л.А. Оников. – М. : Юрид. лит., 1975. – 254 с.

15. Стариков Ю.Н. Административная юстиция. : Проблемы теории. – Воронеж : Изд-во ВГУ. – 200 с.

16. Терещенко Я.Ю. Правовые аспекты создания некоммерческих организаций / Я.Ю. Терещенко. – М., 2003. – 124 с.

17. Федотов М.А. Конституционный статус советского гражданина. : (Вопросы теории). : Учеб. пособие. – М. : ВЮЗИД, 1982. – 71 с.

18. <http://www.regulations.gov>.

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ ПОТЕНЦИАЛ МОДЕЛИРОВАНИЯ В ИССЛЕДОВАНИИ ИНСТИТУТА АДВОКАТУРЫ

Ирина ПЕРЕВЕРЗА,

аспирант кафедры права Европейского Союза и сравнительного правоведения
Национального университета «Одесская юридическая академия»

Summary

The article investigates institution of advocacy by soliciting method of legal modeling. Theoretical and methodological potential of this method is high, and allows involvement of categories of „model”, „legal model”, „legal construction”, „criteria” to determine the models of advocacy. During this research institute of advocacy or a particular characteristic of advocacy undergo replacement of similar theoretical model by allowing the system analysis to study object of knowledge. Modeling method is indispensable in study, where ultimate goal is typology of models of advocacy and their characteristics.

Key words: method of legal modeling, model, legal model, legal construction, criterion, institute of advocacy.

Аннотация

Статья посвящена исследованию института адвокатуры и адвокатской деятельности с помощью привлечения метода правового моделирования. Теоретико-методологический потенциал данного метода высок и позволяет с помощью привлечения категорий «модель», «правовая модель», «юридическая конструкция», «критерий» определить модели адвокатской деятельности. В процессе исследования институт адвокатуры или определенная характеристика адвокатской деятельности подвергаются замене аналогичной теоретической моделью, позволяющей путем системного анализа изучать объект познания. Метод моделирования незаменим в исследовании, где конечной целью является типологизация моделей адвокатской деятельности и их характеристика.

Ключевые слова: метод правового моделирования, модель, правовая модель, юридическая конструкция, критерий, институт адвокатуры.

Постановка проблемы. Метод моделирования ранее использовался чаще техническими и естественными науками, сейчас он постепенно проникает в науки юридического цикла, что является объективным и закономерным процессом дальнейшего развития методологии права в гносеологическом аспекте. Возрастание роли моделирования в научном познании объясняется «внутренней логикой развития конкретной науки, необходимостью в большинстве случаев опосредованного познания объективной реальности» [1, с. 6]. В этом плане можно констатировать, что появление и развитие моделирования вызвано переходом современных наук с описательно-эмпирического уровня на уровень абстрактно-теоретический. Данное утверждение актуализирует исследование института адвокатуры, поскольку в правовых системах прошлого и современности функционировали или функционируют достаточно различные организацион-

но-правовые структуры правозащитного характера.

Цель статьи. Использование метода правового моделирования в теоретическом исследовании института адвокатуры является приоритетным направлением современного научного познания. Теоретическое оперирование институтом адвокатуры и адвокатской деятельностью с помощью замены предмета исследования его аналогом позволяет понять природу и сущность исследуемого объекта и выявить теоретико-модельный потенциал.

Вместе с тем, несмотря на большое количество работ, посвященных адвокатуре, пока отсутствует научное исследование моделей института адвокатуры и адвокатской деятельности в правовой жизни общества. Метод моделирования является важным инструментом в этом познавательном процессе. Все вышесказанное свидетельствует о теоретическом и практическом значении настоящего исследования и его актуальности.



Анализ результатов исследования. В литературе отсутствует единый подход к пониманию категории «модель», и это свидетельствует о многозначности данного слова не только в науке, но и в праве. Аналогичная ситуация наблюдается и в отношении термина «правовая модель» [4, с. 48].

В юридическом словаре модель [от лат. *modulus* – мера, образец] – это копия или аналог изучаемого процесса, предмета или явления, отображающая существенные свойства моделируемого объекта с точки зрения цели исследования [5].

«Модель, – пишет В. Леванский, – есть целостная система представлений о сущностных признаках и характеристиках некоторой другой системы, называемой оригиналом; воплощение в материальных конструкциях либо информационных (графических, статистических, математических и т.д.) композициях; выделенная из окружающей среды в соответствии с целями, задачами и возможностями исследователя; способная дать новое знание о системе – оригинала либо окружающей среды, вследствие единства законов, действующих в разных сферах реальности» [6, с. 20].

Согласимся с В. Штоффом, который определяет модель, как «мысленно представляемую или материально реализованную систему, которая, отображая или воспроизводя объект исследования, способна замещать его так, что ее изучение дает нам новую информацию об этом объекте» [7, с. 19].

Изложение основного материала. Моделирование решает познавательные задачи, поэтому определяется как метод познания, состоящий в изучении окружающего мира на основе построения моделей. Моделирование, таким образом, предполагает наличие в реальной действительности определенного объекта (оригинала) – предмета, явления или процесса, воспроизводимого познающим субъектом в некоем материальном или мысленном образе (аналоге) модели, которая может в определенных обстоятельствах заменять объект и предоставлять о нем информацию. Моделирование опирается на идею подобия, предполагающую наличие между различными объектами взаимно однозначных соответствий. Зная характеристики одного из них,

можно с достаточной долей уверенности судить о другом [2, с. 13].

То есть, в процессе исследования институт адвокатуры или определенная характеристика адвокатской деятельности подвергнутся замене аналогичной теоретической моделью, позволяющей изучать объект познания путем исследования данной теоретической модели, воспроизводящей принципы организации и функционирования системы, путем расщепления на структурные элементы, представления в качестве структурного элемента (части) системы, и перенесения полученных данных на институт адвокатуры или адвокатскую деятельность.

Частным случаем моделирования является реконструкция, т. е. восстановление первоначального вида, состояния, облика объекта по остаткам или письменным источникам. Возможно как материальное реконструирование, осуществляемое с помощью макетирования или натурной реконструкции (например, воссоздание облика по черепу), так и мысленное – логическое моделирование на основе отражений наглядных образов, возникающих у субъекта в результате ознакомления с определенными объектами и (или) их описаниями [3, с. 35]. Реконструкция характерна для исследования института адвокатуры и адвокатской деятельности в прошлом, в частности, благодаря реконструкции возможно воспроизведение организации правосудия в результате ознакомления с определенными объектами и (или) их описаниями [3, с. 35]. Реконструкция характерна для исследования института адвокатуры и адвокатской деятельности в прошлом, в частности, благодаря реконструкции возможно воспроизведение организации правосудия в результате ознакомления с определенными объектами и (или) их описаниями [3, с. 35]. Реконструкция характерна для исследования института адвокатуры и адвокатской деятельности в прошлом, в частности, благодаря реконструкции возможно воспроизведение организации правосудия в результате ознакомления с определенными объектами и (или) их описаниями [3, с. 35].

Использование представляемой модели адвокатуры предполагает возможность воспроизводить либо сам объект (институт адвокатуры или адвокатскую деятельность) в целом, либо только отдельные его свойства, а также возможность опосредованного получения необходимой информации об институте адвокатуры и адвокатской деятельности в той или иной системе. При том, что модель адвокатской деятельности упрощает и схематизирует исходную реальность, абстрагируясь от части ее свойств, она должна отве-

чать, как минимум, двум требованиям: адекватность оригиналу (должна точно отражать его исследуемые свойства); универсальность (должна быть применимой к анализу ряда однородных объектов). Избранные в процессе моделирования свойства объекта, представленные в модели, подвергаются системному анализу.

Исследование модели осуществляется в имитационном режиме, что позволяет оценить состояние и динамику объекта моделирования, связь с институциональной средой, перспективность тех или иных преобразований. Если модель не дает истинных, достоверных данных и не позволяет достигнуть намеченных целей, то она должна быть скорректирована или заменена на другую [2, с. 28].

В качестве характерных черт моделей А.Ф. Черданцев выделяет следующие: модель является формой отражения действительности; модель создается в результате абстракции, идеализации; модель и исследуемый объект находятся между собой в отношении соответствия; модель служит средством отвлечения и выражения внутренней структуры сложного явления; модель, выступая в качестве заместителя объекта, дает информацию об объекте, является промежуточным звеном между теорией и действительностью, имеет содержательный характер [8, с. 124-125].

Модели принято разделять в зависимости от способа и средства их построения на материальные (реальные) и идеальные (мысленные). Идеальные модели по способу представления информации делятся на словесные и формальные, по уровню теоретизации знания – на теоретические и интуитивные. Словесные модели выражаются естественным языком и являются, по сути, описаниями. Формальные модели выражаются искусственным, формализованным языком и содержат формулы, графики, схемы и другие знаковые формы [2, с. 14]. В исследовании адвокатуры используются идеальные модели, которые являются теоретическим описанием системного элемента исследуемого объекта.

Что касается правовой модели, то одно из самых удачных определений предлагает А. Безруков: «правовая модель – это созданная в результате



абстракции, идеализации или наблюдения форма отражения правовой (или окружающей) действительности, находящаяся в отношении соответствия с исследуемым объектом, служащая средством отвлечения и выражения внутренней структуры сложного правового явления (или наглядности в описании объектов материального мира), несущая информацию об объекте или выполняющая специальную описательную (демонстрационную) задачу» [9, с. 8].

Среди функций правовой модели следует выделить демонстрационную, репрезентативную, описательную, структурирующую, преобразовательную, гносеологическую.

Понятие «правовая модель» очень близко соотносится с такой категорией, как «юридическая конструкция». Это связано с тем, что юридические конструкции являются разновидностью правовых моделей, используемых в правотворчестве.

Собственно термин «конструкция» (лат. *constructio* – составление, построение) указывает на состав и взаимное расположение частей, образующих единое целое. С. Алексеев считает, что юридические конструкции «представляют собой схемы, модели, типовые образцы, используемые законодателем для формулирования правовых норм, построения права, его систематизации, с их помощью возводится «скелет» права» [10, с. 144].

Юридическая конструкция, определяет В. Чевычелов, – это «средство правотворческой техники, заключающееся в моделировании, определенном логическом построении нормативного материала, одновременно выступающее методом познания и толкования норм права» [11].

Юридическая конструкция получает выражение в нормах права. Ее нормативность – в ее логической природе, способности фиксировать устойчивые, повторяющиеся, закономерные свойства и элементы права и соединять разрозненные нормы в целостное образование, и таким образом придавать им действительно регулятивное значение и юридический вес [12, с. 824-825].

Например, в исследовании использовались такие юридические конструкции, как «бесплатная правовая помощь», «адвокатское самоуправле-

ние», «внесудебное разрешение споров», «правозащитная функция» и др. Данные конструкции получили научно-нормативное выражение и обладают глубиной юридико-смысловой наполненностью.

Таким образом, термины «юридическая конструкция» и «правовая модель» не идентичны, главной функцией юридических конструкций является правотворческая, именно в ней раскрывается их роль и предназначение. А у правовой модели, как было отмечено ранее, преобладают гносеологическая и репрезентативная функции.

Применение метода правового моделирования и рассмотренных категорий: «модель», «правовая модель», «юридическая конструкция» к исследованию правовых моделей института адвокатуры и адвокатской деятельности – достаточно трудоемкий процесс. Во-первых, поскольку правовая модель является формой отражения системы, необходимо начать с исследования самой системы, т. е. ее структуры, содержания ее элементов и взаимосвязей. Применительно к системе института адвокатуры и адвокатской деятельности следует, прежде всего, исследовать следующие отдельные элементы системы, а именно: возникновение и формирование института адвокатуры, влияние историко-правовых условий на развитие адвокатской деятельности; правовую природу института адвокатуры; правовое регулирование института адвокатуры и адвокатской деятельности; характеристика института адвокатуры (понятие, структура, функции и т. д.); субъекты предоставления правовых услуг (адвокаты, барристеры, правовые консультанты и т. д.); профессиональные адвокатские объединения; организация адвокатской деятельности и ее характерные особенности; механизмы предоставления правовых услуг.

Во-вторых, в ходе изучения системы института адвокатуры и адвокатской деятельности необходимо определить предмет, объект и ряд последовательных этапов, на каждом из которых решаются соответствующие задачи правового моделирования. В. Леванский структурирует процесс моделирования следующим образом: постановка проблем моделирования, создание модели, исследование и коррекция модели [6, с. 48]. Предложенные ученым

этапы правового моделирования во многом соответствуют логике и могут использоваться в качестве отправных для разработки технологии моделирования института адвокатуры и адвокатской деятельности. С необходимыми дополнениями последовательность этапов моделирования института адвокатуры и адвокатской деятельности может выглядеть следующим образом: подготовительный этап; постановка проблем моделирования; создание, конструирование правовых моделей путем отбора информации соответствующего направления; исследование модели и проведение различного рода модельных экспериментов; формирование суждений об изучаемом реальном объекте; получение нового знания; документальное оформление результатов правового моделирования. При этом моделирование должно опираться на следующие принципы: научность, полнота, ресурсная обеспеченность, профессионализм, открытость.

Объектом правового моделирования является та сфера общественных отношений, в которой предстоит реализовываться моделируемым правовым предписанием. В нашем случае – это организация института адвокатуры и особенности адвокатской деятельности.

Предмет правового моделирования, как и предмет исследования *И* – это часть объекта, на который направлен познавательный интерес. В правовом моделировании моделей адвокатской деятельности внимание исследователя может быть обращено на характерные особенности адвокатской деятельности, отличающиеся в той или иной правовой системе (например, правовое регулирование допуска иностранных адвокатов или количество профессиональных адвокатских организаций).

Отталкиваясь от изложенного и прикладывая указанный материал к институту адвокатуры, можно заключить, что правовая модель адвокатской деятельности – это искусственно созданная в результате абстракции, идеализации или наблюдения целостная система, которая, отображая или воспроизводя существенные свойства моделируемого института адвокатуры или его элемента, способна замещать его, отражать сущностные признаки и свойства, или выполнять демонстраци-



онную задачу путем опосредованного получения нового знания.

Чрезвычайно актуальной на познавательной стадии правовых исследований и на стадии моделирования правовых моделей адвокатской деятельности является проблема определения объективных критериев оценки правовых моделей адвокатуры, что обеспечивало бы полноту и эффективность научного исследования. Критерий (греч. *kriterion* – средство для решения) – признак, на основании которого производится оценка, определение, классификация чего-нибудь, мерило.

Проанализировав частные результаты процесса сравнительно-правового познания, оформленные в виде научных и учебно-методических работ [13, с. 51; 14, с.77; 15 с. 57], И. Кривцова сформулировала понятие «критерий», «как признака, на основании которого осуществляется процесс сравнительно-правового познания, то есть подбор объектов сравнения, практическое осуществление собственно процесса сравнения и оценка результатов сравнения, а также классификация правовых систем» [16, с. 56].

Использование точных критериев для моделирования института адвокатуры и адвокатской деятельности достаточно трудоемкий процесс. Правильность выбора перечня критериев определяется, прежде всего, выполнением требований, предъявляемых ко всякой логически стройной типологизации. Основным среди них является отражение характерных признаков, присущих всем объектам сравнения. С другой стороны, критерием могут послужить особенности функционирования отдельных объектов исследования. Типологизация адвокатуры разных стран должна проводиться по критериям, которые важны для характеристики именно института адвокатуры, а не правовой системы в целом.

Выводы. Методологический потенциал моделирования в исследовании института адвокатуры достаточно высокий. Привлечение категорий «модель», «правовая модель», «критерий», а также применение метода правового моделирования, позволяет сконструировать и исследовать модели института адвокатуры и адвокатской деятельности, провести их типологизацию, что в свою очередь способствует исследова-

нию институциональных, организационных, субъектных, функциональных основ института адвокатуры.

Список использованной литературы:

1. Волчецкая Т.С. Современные проблемы моделирования в криминалистике и следственной практике: Учебное пособие / Т.С. Волчецкая // Калинингр. ун-т. – Калининград, 1997. – 95 с.
2. Салыгин Е.Н. Моделирование в праве: проблемы и перспективы / Е.Н. Салыгин. – 2013. – № 3. – С. 12-35.
3. Криминалистика. Учебник для вузов / Под ред. Р.С. Белкина. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА–ИНФРА • М). – 990 с.
4. Белых С.В. Понятие правовой модели предпринимательской деятельности в Российской Федерации / С.В. Белых // Бизнес, Менеджмент и Право. – 2012. – № 2 (26). – С. 47-51.
5. Юридический словарь / Под ред. А.Н. Азрилияна. – М.: Институт новой экономики, 2007. – 1152 с.
6. Леванский В.А. Моделирование в социально-правовых исследованиях / Отв. ред.: Гаврилов О.А. – М.: Наука, 1986. – 156 с.
7. Штофф В.А. Моделирование и философия / В.А. Штофф. – М.: Наука, 1966. – 301 с.
8. Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике / А.Ф. Черданцев. – Екатеринбург: Изд-во УИФ «Наука», 1993. – 192 с.
9. Безруков А.С. Правовая модель как инструмент юридической науки и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / Безруков А.С. – Владимир, 2008. – 28 с.
10. Алексеев С.С. Проблемы теории права: В 2 т. / С.С. Алексеев. – Т. 2. – М., 1982. – 360 с.
11. Чевычелов В.В. Юридическая конструкция: Проблемы теории и практики: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / В.В. Чевычелов. – Нижний Новгород, 2005. – 26 с.
12. Червонюк В.И. Юридические конструкции в структуре права / В.И. Червонюк // Юридическая техника. – 2013. – № 7 (ч. 2). – С. 818-831.

13. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт./ Пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2000. – Т. 1. Основы. – 480 с.

14. Петери З. Задачи и методы сравнительного правоведения // Сравнительное правоведение: Сб. статей / Отв. ред. В.А. Туманов. – М.: Прогресс, 1978. – С. 75-82.

15. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения / Ю.А. Тихомиров. – М.: НОРМА, 1996. – 432 с.

16. Кривцова И.С. Категория «критерии» в сравнительном правоведении / И.С. Кривцова // Порівняльне правознавство: зб. наук. праць : сучасний стан і перспективи розвитку. – 2013. – 352 с. – С. 55-57.



ДИСЦИПЛИНАРНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ СУДЬИ

Инна ПИВОВАР,

аспирант кафедры теории и истории государства и права
Национального педагогического университета имени М.П. Драгоманова

Summary

The paper considers problem of complex disciplinary responsibility of a judge. The article focuses on regulatory framework regulating matters of disciplinary liability judges in Ukraine. The provisions of Law of Ukraine «On the Judicial System and Status of Judges» (article 84), only perpetuate some procedural aspects of disciplinary liability judges of Ukraine, which require a more detailed regulation. Disciplinary responsibility of judges is official response to commission of a judge actions that discredit him as a judge, regardless of whether they were committed in court or in exercise of their powers, or out of court.

Key words: Constitution of Ukraine, disciplinary responsibility, the High Council of Justice.

Аннотация

В статье комплексно рассматривается проблема дисциплинарной ответственности судьи. В статье уделяется внимание нормативной базе регулирования вопросов о дисциплинарной ответственности судьи в Украине. Положения Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей» (ст. 84) только закрепляют некоторые процедурные моменты дисциплинарной ответственности судьи Украины, которые требуют более детальной регламентации. Дисциплинарная ответственность судьи заключается в официальном реагировании на совершение судьей действий, которые компрометируют его как судью, независимо от того, совершены ли они в суде или во время осуществления своих полномочий, или вне суда.

Ключевые слова: Конституция Украины, судья, дисциплинарная ответственность, Высший совет юстиции.

Постановка проблемы. Профессия судьи всегда была и останется престижной. Согласно Конституции Украины судья является независимым и неприкосновенным. Изучение данного вопроса является чрезвычайно важным в современных условиях. Судья может быть привлечен к дисциплинарной ответственности в порядке дисциплинарного производства. Учитывая это, есть объективная необходимость исследования данной проблематики. Привлечением судей местных и апелляционных судов к дисциплинарной ответственности занимается Высшая квалификационная комиссия судей. Судей высших специализированных судов и Верховного Суда Украины уполномочен привлекать к дисциплинарной ответственности Высший совет юстиции – это ее конституционное полномочие. Каждый человек и юридическое лицо может обратиться в дисциплинарный орган, чтобы обжаловать независимое поведение судьи. Ранее вопрос о дисциплинарной ответственности судьи мог инициировать только определенный круг должностных лиц. Сегодня это может сделать как физическое, так и юридическое лицо.

Актуальность темы исследования. Вопросами дисциплинарной ответственности судьи занимались как российские, так и украинские ученые: Е.Б. Абросова, В.К. Бабаев, Д.А. Гавриленко, В.А. Ржевский, Н.М. Чепур-

нова, В.А. Терехин, И.С. Самошенко, М.Х. Фарукшин, Ю.А. Денисов, А.И. Бобылев, В.М. Горшенев, В.В. Меньшиков, Ю.А. Денисова, Г.Н. Цепляева, И.А. Яблокова, Д.О. Гавриленко, Ю.М. Денежный, И.Е. Марочкин.

Целью этой статьи является рассмотрение дисциплинарной ответственности судьи.

Изложение основного материала исследования. Человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в Украине наивысшей социальной ценностью. Права и свободы человека и его гарантии определяют содержание и направленность деятельности государства, а обращение в суд за их защитой гарантируется ст. 3 Конституции Украины [14, с. 3, 13]. Нарушение требований относительно несовместимости должности судьи с другими видами деятельности в соответствии с ч. 5 ст. 126 Конституции Украины является самостоятельным основанием для освобождения судьи от должности, а потому за такое нарушение не должна применяться дисциплинарная ответственность. Как утверждает Д.А. Гавриленко: «Ответственность в юридическом смысле всегда означает невыгодные последствия для виновного вследствие нарушения им действующих правовых норм» [4, с. 87]. За эти нарушения виновное лицо от имени государства подвергается определенному нарушению. Закон Украины «О

статусе судей», который был принят 15 декабря 1992 г., в ст. 31 содержал такую норму: «Судья привлекается к дисциплинарной ответственности за совершение дисциплинарного проступка, а именно за нарушение: законодательства при рассмотрении судебных дел; требований, предусмотренных статьей 5 Закона Украины «О статусе судей»; обязанностей, указанных в статье 6 Закона Украины «О статусе судей» [9, с. 3]. Отмена или изменение судебного решения не влечет за собой дисциплинарной ответственности судьи, который принимал участие в вынесении этого решения, если при этом не было допущено умышленного нарушения закона или недобросовестности, что повлекло за собой существенные последствия. В соответствии со спецификой деятельности на судей возлагается определенный круг служебных обязанностей, нарушение которых может быть основанием их привлечения к дисциплинарной ответственности. Так, согласно ст. 6 Закона Украины «О статусе судей», судьи обязаны, во-первых, соблюдать Конституцию и законы Украины при осуществлении правосудия [15, с. 84]. Во-вторых, судьи, как и некоторые другие категории должностных лиц, например, работники прокуратуры, милиции, несут дисциплинарную ответственность не только за нарушение служебных обязанностей и дисциплины, но и за совершение проступков или каких-либо действий, ко-



торые порочат звание и могут вызвать сомнение в их объективности, беспристрастности и независимости (п. 4 ст. 6 Закона Украины «О статусе судей»). Влияние со стороны государства на дисциплинарную ответственность судьи заключается в том, что в нормативных правовых актах Украины находят свое отражение профессиональные стандарты судейской деятельности и поведения (которые выражены в служебных обязанностях и требованиях, предъявляемых к судье). Их нарушения в некоторых случаях будут основанием дисциплинарной ответственности. В ст. 32 Закона Украины «О статусе судей» содержится перечень видов дисциплинарных взысканий: выговор, понижение квалификационного класса. За каждое из нарушений, указанных в статье 31 вышеупомянутого нами Закона, налагается только одно дисциплинарное взыскание. По результатам дисциплинарного производства соответствующая квалификационная комиссия судей может принять решение о направлении рекомендации в Высший совет юстиции для решения вопроса о внесении представления об увольнении судьи с должности [9, с. 88].

Положение о дисциплинарной ответственности судей содержалось и в международных актах. Так, Европейская хартия о законе «О статусе судей» от 10 июля 1998 г. предусматривала положения, которые гарантировали достижение целей деятельности носителей судебной власти [8, с. 5]. В п. 5. 1. закреплена их дисциплинарная ответственность. В п. 5.1. подчеркивалось, что единственным основанием для введения таких санкций является невыполнение одного из обязанностей, указанных в хартии, и перечень санкций, которые могут быть применены, должны предоставляться в Законе Украины «О статусе судей» [7, с. 3]. В рекомендации № (94), которая была принята Комитетом министров Совета Европы 13 октября 1994 «О независимости, эффективности и роли судей» правительствам государств-членов предлагалось «... принять или усилить все меры, необходимые для повышения роли отдельных судей и судейского корпуса в целом, и укрепить их независимость и эффективность, в частности, из-за применения таких принципов»: принцип VI «Невыполнение своих обязанно-

стей и дисциплинарные нарушения», предусматривающий возможность применения дисциплинарных санкций [23, с. 10], а именно:

1. Когда судьи выполняют свои обязанности эффективно и беспристрастно, или когда имеют место дисциплинарные нарушения, должны быть приняты все необходимые меры, при условии, что они не влияют на независимость правосудия. В соответствии с конституционными принципами и правовой традицией государства могут быть приняты, например, следующие меры: устранение судьи от рассмотрения дела; перевод судьи на другую работу в суде; штрафные санкции, например, уменьшение размера вознаграждения в течение какого-то периода времени; временная приостановка судейских функций.

2. Судьи, которые были назначены бессрочно, не могут быть отозваны без достаточных на то оснований до пенсионного возраста. Такие основания должны четко определяться законом. Они могут касаться случаев, когда судья не в состоянии отправлять судопроизводство, или же он совершил уголовное преступление, или серьезно нарушил дисциплинарные правила.

3. Когда возникает необходимость принятия мер, предусмотренных в пунктах 1 и 2, государство должно рассмотреть возможность создания – в соответствии с законом – специального полномочного органа, который должен накладывать санкции и принимать дисциплинарные меры, если такие меры не принимает суд. Решения такого органа должны контролироваться судебным органом высшей инстанции, или же он сам может быть таким органом высшей инстанции. В законе должна быть предусмотрена соответствующая процедура, для того чтобы судья, которого это касается, мог воспользоваться, по меньшей мере, гарантированной судебной процедурой. Речь идет о рассмотрении дела в разумный срок и праве ответа на любые предъявляемые обвинения [23, с. 11]. Общеизвестно, что дисциплинарная ответственность является самостоятельным видом юридической ответственности [25, с. 42]. В свою очередь, юридическая ответственность является видом ответственности социальной [18, с. 5]. Исследованию юридической ответственности по-

священ ряд работ, однако ее общепризнанную концепцию еще полностью не разработали [26, с. 221]. Но уже определилось два подхода к исследованию вопросов ответственности. Первый предполагает традиционное сочетание категорий правовой ответственности с правонарушением [13, с. 23]. Стремление рассматривать позицию под влиянием философско-этических учений в середине 60-х годов прошлого века породило второй подход к исследованию, при котором юридическая ответственность рассматривается не только в ретроспективном, но и в перспективном, положительном аспекте [3, с. 43]. Существуют и другие менее распространенные в литературе взгляды на понятие ретроспективной юридической ответственности. Так, В.М. Горшенев [5, с. 26] и В.В. Меньшиков [17, с. 43] определяют юридическую ответственность, как признанную государством способность лица (гражданина, должностного лица) давать отчет о своем противоправном деянии и претерпевать на себе меры государственного принудительного воздействия в форме лишения благ, которые непосредственно ей принадлежат. Судейский иммунитет, по словам Е.Б. Абросимовой, предусматривает создание специальных процедур привлечения судьи к ответственности, которые позволяют, с одной стороны, обеспечить неприкосновенность судьи, а с другой – в случае необходимости решить вопрос о привлечении его к тому или иному виду ответственности [1, с. 84].

В.А. Ржевский, Н.М. Чепурнова обращают внимание на то, что практика работы дисциплинарных коллегий, как ранее существовавших, и анализ дел, которые рассматривались ими, свидетельствуют о привлечении судей к дисциплинарной ответственности за принятие ими решения, с которыми не соглашались вышестоящие инстанции, при установлении неправильной квалификации или при неполном и не всестороннем исследовании обстоятельств дела [24, с. 111]. По этому поводу необходимо отметить, что такое положение объясняется в том числе и тем, что положение о дисциплинарной ответственности судей, которые действовали ранее, не содержали нормы, которая бы гарантировала свободу судейского убеждения, то есть такую,



которая предполагала невозможность привлечения к ответственности за выраженную судьей правовую позицию по рассматриваемому делу [19, с. 221]. Профессиональные судьи не могут принадлежать к политическим партиям и профсоюзам, принимать участие в любой политической деятельности, иметь представительский мандат, занимать любые другие оплачиваемые должности, выполнять другую оплачиваемую работу, кроме научной, преподавательской и творческой [14, с. 5]. Как справедливо отмечают И.С. Самощенко и М.Х. Фарукшин, в последнем случае очевидна связь дисциплинарной ответственности с выполняемыми функциями субъекта, поскольку поступки, за совершение которых она наступает, несовместимы именно со служебным положением данного должностного лица, особым характером выполняемых им служебных функций [27, с. 121].

В Украине действует Высший совет юстиции, к ведению которого относятся: внесения представления назначения судей на должности или об освобождении их от должностей; принятие решения по нарушениям судьями и прокурорами требований относительно несовместимости; осуществление дисциплинарного производства в отношении судей Верховного Суда Украины и судей высших специализированных судов, и рассмотрение жалоб на решение о привлечении к дисциплинарной ответственности судей апелляционных и местных судов, а также прокуроров. Высший совет юстиции – это конституционный орган с соответствующей компетенцией, которая определяется как в статье 131 Конституции Украины, так и в Законе «О Высшем совете юстиции» от 15.01.1998 г. Высший совет юстиции состоит из двадцати членов. Верховная Рада Украины, Президент Украины, съезд судей Украины, съезд адвокатов Украины, съезд представителей юридических высших учебных заведений и научных учреждений назначают в Высший совет юстиции по три члена, а всеукраинская конференция работников прокуратуры – двух членов Высшего совета юстиции. По должности в состав Высшего совета юстиции входят: Председатель Верховного Суда Украины, министр юстиции Украины, Генеральный прокурор Украины

(ст. 131 Конституции Украины, ст. 5 Закона Украины «О Высшем совете юстиции» [14, с. 54].

Высший совет юстиции, как дисциплинарный орган, и на половину не складывается из судей, что противоречит международным стандартам [8, с. 4], в частности пунктам 1.3 и 5.1 Европейской хартии о статусе судей [6, с. 2]. Кроме того, в состав Высшего совета юстиции входят адвокаты и работники прокуратуры, то есть лица, которые принимают участие в судебном разбирательстве. Это обстоятельство при определенных условиях может быть использовано, как способ давления на судей с целью склонения к принятию решений, отвечающих процессуальным интересам адвокатов и работников прокуратуры. Не случайно Председатель Высшей квалификационной комиссии судей в своем выступлении на V съезде судей о составе Высшего совета юстиции подчеркивал, что в ряде случаев это сводит работу квалификационных комиссий на нет. Он сказал: «Не может быть такого расхождения между представительством судейского корпуса в квалификационных комиссиях судей и в Высшем совете юстиции, поскольку эти два органа призваны выполнять совместную работу по подбору кадров на должности судей и решать вопросы их дисциплинарной ответственности» [21, 14]. Решения по вопросам, отнесенным к компетенции Высшего совета юстиции принимаются при наличии предварительных выводов соответствующего комитета Верховной Рады Украины, которые являются обязательными. В 2002 году был принят Закон Украины «О судостроительстве Украины». В соответствии со ст. 75 этого Закона квалификационные комиссии судей, которые действовали в составе 11 членов, которые имели высшее юридическое образование (Высшая квалификационная комиссия – 13 членов). В состав квалификационных комиссий входили: шесть судей, два человека от Министерства юстиции Украины, два человека, уполномоченные соответствующим областным Киевским городским советом по месту нахождения комиссии, одно лицо от Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека. Высшая квалификационная комиссия судей состояла из семи судей, двух лиц, на-

значенных Верховной Радой Украины, двух лиц, назначенных Президентом Украины, одного человека от Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека, одного человека от Министерства юстиции Украины [10, с. 121].

Дисциплинарными органами в отношении судей являлись квалификационные комиссии судей – относительно судей местных судов; Высшая квалификационная комиссия судей Украины – в отношении судей апелляционных и Кассационного суда Украины; Высший совет юстиции осуществлял дисциплинарное производство в отношении судей высших специализированных судов и Верховного Суда Украины (ст. 98 Закона «О судостроительстве Украины» от 7.02.2002 года). На эти органы, кроме дисциплинарной, были возложены и другие функции (аттестация судей, проведение квалификационных экзаменов, дача заключений о подготовленности к судебной работе кандидатов в судьи). При этом квалификационные комиссии, так же как и Высший совет юстиции, не имели полномочия по непосредственному назначению судей на должность, хотя и участвовали в формировании судейского корпуса. Съезд судей решил инициировать перед Верховной Радой Украины изменения в Закон Украины «О Высшем совете юстиции» с целью приведения его положений в отношении представительства судей в этом органе в соответствии с требованиями Европейского Сообщества [20, 15]. Порядок формирования Высшего совета юстиции указано и в ст. 131 Конституции Украины. Высший совет юстиции – это коллегиальный орган, членами которого являются должностные лица, назначенные государственными и общественными структурами. Такой подход к формированию этого органа является оправданным, поскольку соответствует принципу его независимости от различных ветвей власти и учитывает необходимость сдерживания одной ветви власти другими при решении возложенных на него задач, а также обеспечивает контроль со стороны юридической общественности за его деятельностью путем участия в его работе представителей юридических вузов, научных учреждений и адвокатов, как членов этого конституционного органа [12, с. 7].



Институт дисциплинарной ответственности судей нашел свое отражение и в законодательстве государств-участников СНГ: Азербайджана, Армении, Беларуси, Грузии, Казахстана, Молдовы, Таджикистана, Туркменистана, Узбекистана [15, с. 67]. Существует он и в Греции [22, с. 245], Испании [21, с. 112], Италии [28, с. 334], Франции [16, с. 665], Македонии [29, с. 158] и других европейских государствах. Отечественное законодательство устанавливает особый порядок производства некоторых следственных действий в отношении судей: задержание, арест, обыск и порядок судебного рассмотрения дела. Но порядок уголовного и административного производства, судебного рассмотрения дел о привлечении судьи к ответственности осуществляется на общих основаниях процессуального законодательства. В связи с принятием 7 июля 2010 г. Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» потерял силу Закон Украины «О судоустройстве Украины» 2002 г. В соответствии с новым законом судья может быть привлечен к дисциплинарной ответственности в порядке дисциплинарного производства [11, с. 124]. В соответствии со ст. 85 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» органами, осуществляющими дисциплинарное производство в отношении судьи, являются: Высшая квалификационная комиссия судей Украины – в отношении судей местных и апелляционных судов; Высший совет юстиции – в отношении судей высших специализированных судов и судей Верховного Суда Украины. В соответствии со ст. 86 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» дисциплинарное производство в отношении судьи предусматривало осуществление проверки данных о наличии для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности, открытия дисциплинарного дела, его рассмотрение и принятие решения органом, осуществляющим дисциплинарное производство. К судье может применяться дисциплинарное взыскание в виде выговора (ч. 1 ст. 88 Закона). Также в случае отсутствия доказательств в совершении преступления его полномочия восстанавливаются [11, с. 120].

Мы считаем, что круг субъектов для обращения в орган, уполномочен

ный осуществлять дисциплинарное производство, не нужно ограничивать.

Дисциплинарная ответственность направлена то, чтобы обеспечить предупреждение возможности совершения новых правонарушений. Применение мер государственно-принудительного воздействия к лицу «настраивает» ее против новых правонарушений. Возможность применения мер государственно-принудительного воздействия способствует выработке у других лиц мотивов к соблюдению юридических норм [2, с. 226].

Выводы. Таким образом, можно сделать вывод, что дисциплинарная ответственность судьи для достижения справедливых результатов должна приближаться к судебной. Лицо, считающее себя пострадавшим от неправильного поведения судьи, а также судья, в отношении которого осуществляется дисциплинарное производство, должны иметь право быть выслушанными. Состязательность в процедуре решения вопросов о дисциплинарной ответственности судьи представляется установленным в Высшем совете юстиции порядком, когда право инициировать рассмотрение соответствующих вопросов принадлежит только члену Высшего совета юстиции.

Список использованной литературы:

1. Абросимова Е.Б. Судебная власть в Российской Федерации : система и принципы // Абросимова Е.Б. – М. : Институт права и публичной политики, 2002. – С. 160-171.
2. Алексеев С.С. Проблемы теории права. – Свердловск : Изд-во Свердлов. юрид. ин-та, 1972. – Т. 1. – 374 с.
3. Венедиктов В.С. Теоретические проблемы юридической ответственности в трудовом праве. – Харьков : Консум, 1996. – 167 с.
4. Гавриленко Д.А. Правовое государство и дисциплина. – Минск : Наука и техника, 1991. – 119 с.
5. Горшенев В.М. К вопросу о понятии юридической ответственности в советском праве. // Вопросы теории советского права. – Новосибирск, 1966. – С. 343-452.
6. Европейская хартия «О статусе судей» // Российская юстиция. – 1999. – № 7. – С. 2-4.

7. Европейская хартия о Законе «О статусе судей» // Совет Европы. – 1998. – № 7. – С. 2-6.

8. Европейская хартия «О статусе судей» // Российская юстиция. – 1999. – № 8. – С. 2-4; № 9. – С. 5-6.

9. Закон Украины от 15 декабря 1992 № 2862 – XII «О статусе судей» // Ведомости Верховной Рады Украины. – 1992. – № 25. – Ст. 146.

10. Закон Украины «О судоустройстве Украины» от 07.02.2002 г. // Верховная Рада Украины. – 2002. – № 27-28. – Ст. 180.

11. Закон Украины «О судоустройстве и статусе судей» от 07.07.2010. // Ведомости Верховной Рады Украины. – 2010. – № 41-45. – Ст. 529.

12. Закон Украины «О Высшем совете юстиции» // Ведомости Верховной Рады Украины. – 1998. – № 25. – Ст. 146.

13. Иоффе О.С. Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. – М.: Госюриздат, 1961. – 39 с.

14. Конституция Украины // Ведомости Верховной Рады Украины, от 28 июня 1996. – № 21. – Ст. 49.

15. Клеандров М.И. Дисциплинарная ответственность судей в государствах-участниках СНГ // Законодательство и экономика. – 2001. – № 10. – С. 167-177.

16. Конституция Французской Республики // Конституции государств Европейского Союза // Под общ. ред. Л.А. Окунькова. – М. : Издательская группа НОРМА-ИНФА. – 1999. – 684 с.

17. Меньшиков В.В. К вопросу о соотношении моральной и юридической ответственности в социалистическом обществе // Проблемы правоповедения. – Новосибирск, 1967. – С. 143-168.

18. Петелин А.И. Проблемы правовой ответственности в социалистическом обществе : Учебное пособие. – Омск : Омская высшая школа милиции, 1976. – 215 с.

19. Положение о дисциплинарной ответственности судей Украинской ССР : Утверждено Указом Президиума Верховного Совета Украинской ССР от 28 июля 1967 г. № 211 – ВИИ // Ведомости Верховного Совета УССР. – 1967. – № 31. – Ст. 227.

20. Итоги V съезда судей Украины // Вестник Верховного Суда Украины. – 2002. – № 5. – Ст. 16.

21. Конституция Испании // Конституции государств Европейского Союза //



Под общ. ред. Л.А. Окунькова. – М. : Издательская группа НОРМА–ИНФА. – М. – 1999. – 312 с.

22. Конституция Греции // Конституции государств Европейского Союза // Под общ. ред. Л.А. Окунькова. – М. : Издательская группа НОРМА–ИНФА. – М. – 1999. – С. 245-294.

23. Рекомендация № (94) 12 Комитета министров государствам-членам о независимости, эффективности и роли судей // Вестник Верховного Суда Украины. – 1994. – № 4. – С. 10-11.

24. Ржевский В.А., Чепурнова Н.М. Судебная власть в Российской Федерации: конституционные организации и деятельности. – М. : Юрист, 1998. – 156 с.

25. Смирнов В.Н. Понятие дисциплинарной ответственности // Правоведение. – 1969. – № 3. – 252 с.

26. Самощенко И.С., Фарушкин М.Х. Ответственность по советскому законодательству. – М. : Юрид. лит., 1971. – 240 с.

27. Самощенко И.С., Фарушкин М.Х. Сущность юридической ответственности в советском обществе. – М. : Знание, 1974. – 143 с.

28. Конституция Итальянской Республики // Конституции государств Европейского Союза // Под общ. ред. Л.А. Окунькова. – М. : Издательская группа НОРМА–ИНФА. – М. – 1999. – 423 с.

29. Конституция Республики Македония // Конституции новых государств Европы и Азии // Составитель С.П. Головатый. – М. : Рус. закон. фонд: Изд-во «Право», 1996. – 190 с.

ПРОБЛЕМЫ РЕФОРМИРОВАНИЯ РЕЖИМОВ СПЕЦИАЛЬНЫХ ЭКОНОМИЧЕСКИХ ЗОН В УКРАИНЕ

Валерия ПОЕДИНОК,

доктор юридических наук, доцент
Киевского национального университета
имени Тараса Шевченко

Summary

The article deals with problems of functioning of special economic zones (SEZ) regimes as a kind of special regimes of economic activity. The reasons for de facto abolishing of these regimes in 2005 in Ukraine are mentioned. The faults of a traditional approach promoting incentives as a main SEZ regimes components are displayed. The attention is drawn to first-of-all necessity of regulatory burden relief for investors in CEZ. The foreign experience of private special economic zones functioning and possibility of their introduction in Ukraine on basis of current legislation on industrial parks are analyzed.

Key words: special economic regime, special economic zone, investment, incentives, industrial park.

Аннотация

В статье рассматривается проблематика функционирования режимов специальных экономических зон (СЭЗ), как вида специальных режимов хозяйствования. Называются причины фактического упразднения таких режимов в 2005 г. в Украине. Раскрываются недостатки традиционного подхода, согласно которому главной составляющей режимов СЭЗ являются льготы. Обращается внимание на первоочередную необходимость смягчения регуляторной нагрузки на инвесторов в СЭЗ. В качестве перспективного направления реформирования таких режимов предлагается внедрение частных СЭЗ. Анализируется зарубежный опыт функционирования частных СЭЗ и возможности внедрения их в Украине на основе существующего законодательства об индустриальных парках.

Ключевые слова: специальный режим хозяйствования, специальная экономическая зона, инвестиции, льготы, индустриальный парк.

Постановка проблемы. Украина имеет негативный опыт функционирования специальных (свободных) экономических зон и территорий приоритетного развития (далее – СЭЗ), которые не только не стали точками экономического роста, но и показали полную макроэкономическую неэффективность. При том, что СЭЗ занимали 10,5% территории Украины, объем производства продукции предприятий, расположенных в СЭЗ, составил всего 4–5% от общего объема продукции, произведенной на предприятиях Украины. За весь период функционирования СЭЗ до 2008 года ожидалось достичь таких показателей: привлечение инвестиций – более 17,1 млрд. долл. (фактически – 2,1 млрд. долл., или 12,2% от запланированного); создание новых и сохранение существующих рабочих мест – 387,4 тыс. (фактически – 137,7 тыс. или 35,5% от запланированного). В целом объем использованных субъектами специаль-

ных режимов внутренних и внешних инвестиций составил 9,8 млрд. гривен при размере предоставленных налоговых льгот в 8,4 млрд. гривен [1, с. 64]. Макроэкономическая неэффективность СЭЗ выступила главным фактором отмены всех льгот, предоставляемых в их рамках, Законом Украины от 25 марта 2005 г. «О внесении изменений в Закон Украины «О Государственном бюджете Украины на 2005 год» и некоторые другие законодательные акты Украины».

Актуальность темы. Вместе с тем, в мировой практике СЭЗ были и остаются популярным инструментом обеспечения экономического роста. По некоторым оценкам в настоящее время насчитывается около 3000 специальных экономических зон в 135 странах, на которые приходится более 68 млн. рабочих мест и более 500 млрд. долл. добавленной стоимости [2, с. 7]. Пожалуй самой заметной общемировой тенденцией развития СЭЗ в тече-



ние последних двух десятилетий стал рост количества СЭЗ, основанных на частной собственности, развитие и управление которыми осуществляется частным сектором, что обуславливает значительный интерес к соответствующему зарубежному опыту.

Целью этой статьи является выявление недостатков режимов СЭЗ, которые предусматривались и предусматриваются законодательством Украины, исследование правовых основ функционирования частных СЭЗ за рубежом, и поиск возможностей создания таких СЭЗ на основе законодательства Украины.

Изложение результатов исследования. На 2008 г. 62% из 2 301 СЭЗ в развивающихся странах и странах с переходной экономикой составляли зоны частного сектора. Это резко контрастирует с 1980-ми годами, когда в частных руках находилось менее 25 процентов СЭЗ во всем мире. Ключевым фактором развития частных СЭЗ является уверенность в том, что частные зоны более успешны, чем большинство публичных зон, а также общий недостаток финансовых средств для развертывания новых СЭЗ государством.

Первая волна развития частных СЭЗ, которая имела место в Карибском регионе и Центральной Америке в 1980-х годах, а в Юго-Восточной Азии (Филиппины и Таиланд) в 1990-х годах не сопровождалась особым перспективным планированием и государственной поддержкой. Эта ситуация постепенно меняется с использованием механизмов государственно-частного партнерства с целью облегчения развития СЭЗ. Существуют различные варианты участия частного сектора в развитии СЭЗ, в частности, концессионные договоры, управленческие контракты, контракты типа «строительство–эксплуатация–передача», «строительство–владение–эксплуатация» и «строительство–владение–эксплуатация–передача» [2, с. 18-19].

Участие частного сектора в развитии СЭЗ привело к изменению спектра удобств и услуг, доступных в их пределах. В общем, конкурентные преимущества СЭЗ сместились из плоскости ценовой конкуренции (благодаря государственной поддержке их хозяйственной деятельности) в плоскость дифференциации продук-

ции и неценовой конкуренции. К достойным внимания тенденциям в этой области относятся: а) развитие СЭЗ на интегрированной, а не обособленной основе, как частей коммерческих, туристических, жилых и рекреационных «районов». Такая интегрированность позволяет разработчикам инвестиционных проектов компенсировать относительно низкую доходность промышленных мощностей коммерческими и бытовыми услугами более высокой нормой прибыли; б) растущая специализация услуг, удовлетворяющих особые потребности целевых отраслей (например: высокотехнологичное производство, разработка программного обеспечения и информационных технологий, нефтяная и химическая отрасль и т. д.); в) предоставление широкого спектра услуг по поддержке бизнеса и специализированных удобств. В успешных частных зонах не менее 50 процентов дохода может получаться из этих источников в дополнение к традиционным доходам от продаж и аренды [2, с. 21].

Законодательству Украины концепция частных СЭЗ формально до сих пор неизвестна. Так, ч. 1 ст. 5 Закона «Об общих принципах создания и функционирования специальных (свободных) экономических зон» предусматривает создание специальных (свободных) экономических зон исключительно Верховной Радой Украины по инициативе Президента Украины, Кабинета Министров Украины или местных Советов народных депутатов Украины и местной государственной администрации. Не идет речь о возможности сотрудничества государства и частного бизнеса в плоскости специальных режимов хозяйствования и в Законе Украины «О государственно-частном партнерстве».

Законом Украины, который *de facto* предусматривает возможность создания частных СЭЗ, по нашему мнению, является Закон Украины от 21 июня 2012 «Об промышленных парках». Согласно ст. 1 указанного Закона индустриальный парк – это определенная инициатором создания индустриального парка в соответствии с градостроительной документацией обустроенная соответствующей инфраструктурой территория, в пределах которой участники индустриального парка могут

осуществлять хозяйственную деятельность в сфере промышленного производства, а также научно-исследовательскую деятельность, деятельность в сфере информации и телекоммуникаций на условиях, определенных настоящим Законом и договором об осуществлении хозяйственной деятельности. Определение индустриального парка как территории позволяет использовать выражение «правовой режим индустриального парка» и указывает на то, что такой режим является территориально ограниченным специальным режимом хозяйственной / инвестиционной деятельности.

Последнее обстоятельство побуждает к установлению соотношения понятий индустриального парка и специальной экономической зоны (СЭЗ). Справедливо отмечают, что сегодня в Украине понятие «СЭЗ» полностью дискредитировано и ассоциируется у большинства граждан, как правило, с колоссальными налоговыми льготами, коррупцией и утраченными бюджетными средствами. Из-за негативного оттенка любые инициативы по внедрению специальных режимов экономической деятельности пытаются представлять отдельно от закона о СЭЗ [3, с. 4]. Любые упоминания о СЭЗ отсутствуют и в Законе «Об индустриальных парках». Тем не менее, индустриальные парки являются ничем иным, как одним из самых распространенных видов СЭЗ, которые создаются, как в экономически развитых странах, так и в развивающихся странах. Распространенность индустриальных парков в мире, кроме общих аргументов об активизации инвестиционной деятельности, обусловлена еще и тем, что они позволяют экономически, экологически и эстетически структурировать населенные пункты, «очистив» города от промышленного производства. Концентрация промышленного производства на ограниченных площадях за пределами жилых, историко-культурных и рекреационных территорий не только делает экономику общины более эффективной из-за снижения транзакционных издержек, но и позволяет улучшить качество жизни и экологическое состояние в соответствующем населенном пункте. Для Украины, города которой представляют собой конгломерат из жилых массивов и экологически вред-



ных предприятий, этот аспект крайне важен [4].

В связи с этим следует отметить, что негативной оценки заслуживает не концепция СЭЗ как таковая, а конкретные особенности внедрения ее в отечественной практике, поэтому поводом для беспокойства должна быть не теоретическая квалификация индустриальных парков как разновидности СЭЗ (вполне обоснованная), а фактическое сходство нового правового режима индустриальных парков с правовым режимом СЭЗ, который предоставлялся в Украине в 2005 г., и представлял собой яркий пример экономически неэффективного селективного регулирования экономики.

Ключевая роль в отношениях, складывающихся в пределах индустриального парка, несомненно, принадлежит инициатору его создания. Согласно ч. 1 ст. 13 Закона «Об индустриальных парках», инициаторами создания индустриальных парков могут быть органы государственной власти, органы местного самоуправления, юридические или физические лица, которые имеют право на создание индустриальных парков на землях государственной, коммунальной или частной собственности в соответствии с настоящим Законом. На основании этой нормы можно сделать вывод, что любое лицо может выступить с соответствующей инициативой и создать индустриальный парк, а, собственно, этих парков может быть неограниченное количество, однако на самом деле это не так. «Индустриальные парки Украины» – это национальный проект, который включен в реестр национальных проектов составной частью направления «Новая инфраструктура» (см. Положение о проектах по приоритетным направлениям социально-экономического и культурного развития (национальные проекты), утвержденное постановлением Кабинета Министров Украины от 8 декабря 2010 г. №1255). Как указано на официальном сайте Государственного агентства по инвестициям и управлению национальными проектами Украины, целью данного проекта является создание в разных регионах Украины 10 пилотных индустриальных парков с современной инженерной и сервисной инфраструктурой. Объектом инвестиций (государ-

ственной интервенции) проекта являются 10 участков индустриальных парков размером от 15 до 700 га каждый. Локализация проекта будет определена в результате проведения комплексного макроэкономического исследования и кластерного анализа на первом этапе подготовки предварительного технико-экономического обоснования проекта [5]. То есть, индустриальные парки в строго определенном количестве будут создавать государство, а затем они будут заполняться конечными пользователями (участниками индустриальных парков). В Аналитической записке Национального института стратегических исследований при Президенте Украины такой подход аргументируется следующим образом: «... В Украине, как и в большинстве развивающихся стран, частные индустриальные парки, скорее всего, в классическом виде не найдут заинтересованности частных инвесторов. Привлекательность индустриальных парков для инвесторов заключается в том, что определенный субъект (таким может быть только государство) бесплатно берет на себя часть их расходов на ведение бизнеса. Таким образом инвесторы (особенно иностранные) получают премию за риск, связанный с нестабильностью ведения бизнеса в таких странах, как Украина. Очевидно, если обустройством и обеспечением деятельности индустриальных парков будут заниматься частные компании, то они переложат свои расходы на плечи участников парка, включая собственную норму прибыли. В итоге для инвесторов теряются экономические стимулы для размещения производства в частном индустриальном парке» [4].

Представляется, что противники частных индустриальных парков допускают методологическую ошибку, считая, что частная инициатива по созданию парка означает отсутствие участия государства в обустройстве и обеспечении деятельности индустриальных парков (и наоборот, создание парка государством отнюдь не исключает избрания частной управляющей компании). Вместе с тем действующий Закон «Об индустриальных парках» вряд ли может выступать полноценной нормативной основой сотрудничества государства и частных субъектов, поскольку не устанавливает четкой регламентации прав, обязанностей, рисков

и ответственности государственного и частных партнеров по всем аспектам хозяйственного развития, осуществления и регулирования деятельности индустриального парка.

Зато законодательством об индустриальных парках унаследованная такая традиционная особенность режимов СЭЗ в Украине, как сфокусированность на инвестиционных и других стимулах, как главным элементе этих режимов. Так, указанным законодательством предусмотрена как прямая (финансовая), так и косвенная (фискальная) поддержка хозяйственной деятельности в пределах индустриальных парков. Прямой государственной поддержке посвящена ст. 34 Закона под названием «Государственная поддержка обустройства индустриальных парков». В частности, в соответствии с частью 4 настоящей статьи с целью государственной поддержки создания и функционирования индустриальных парков управляющим компаниям и инициаторам создания – субъектам хозяйствования, за счет средств, предусмотренных Законом о Государственном бюджете Украины на соответствующий год, предоставляются беспроцентные кредиты (займы), целевое финансирование на безвозвратной основе для обустройства индустриальных парков. Косвенная государственная поддержка в виде таможенных льгот предусмотрена ч. 6 ст. 287 Таможенного кодекса Украины, а именно: при ввозе на таможенную территорию Украины от обложения пошлиной освобождаются оборудование и комплектующие к ним, материалы, которые не производятся в Украине, которые не являются подакцизными товарами и ввозятся инициаторами создания – субъектами хозяйствования, управляющими компаниями индустриальных парков для обустройства индустриальных парков, а также для осуществления хозяйственной деятельности в пределах индустриальных парков. Вместе с тем, не секрет, что льгота в виде беспошлинного ввоза имущества в отечественной практике прочно ассоциируется со злоупотреблениями, когда в беспошлинном режиме ввозится практически любое имущество, в том числе и то, что не имеет никакого отношения к целям, преследуемым установлением указанной льготы. Никаких механизмов



контроля за целевым использованием субъектами льгот высвобожденных средств законодательством не предусмотрено, да и вряд ли такие механизмы в принципе могли бы быть реалистичными.

Ключевым аспектом специального правового режима индустриальных парков, как и СЭЗ вообще, следует считать облегчение регуляторного бремени для участников этих парков, однако этому вопросу Закон «Об индустриальных парках» уделяет не много внимания. Так, в соответствии со ст. 27 Закона Госинвестпроект Украины обращается в органы государственной власти, предприятий, учреждений и организаций для решения вопросов, связанных с созданием и функционированием индустриальных парков; обеспечивает благоприятные условия для создания и функционирования индустриальных парков; обеспечивает информационную и консультационную поддержку инициаторов создания и управляющих компаний, и другими методами способствует привлечению участников. Вместе с тем эти полномочия сформулированы слишком обобщенно, что на практике может означать их декларативность. Согласно ч. 3 ст. 36 и ст. 36 закона к долевному участию в развитии инфраструктуры населенного пункта не привлекаются инициаторы создания – субъекты хозяйствования, управляющие компании и участники индустриальных парков, в случае строительства объектов в рамках индустриальных парков. По нашему мнению, размещение индустриальных парков в пределах населенных пунктов в принципе не должно осуществляться, поскольку это противоречит одной из основных функций таких парков – освобождению населенных пунктов от промышленного производства.

Выводы. Одним из принципиальных направлений реформирования отечественного законодательства о СЭЗ, следующим из зарубежного опыта их использования, является внедрение частных СЭЗ. Это требует системных усилий по разработке правовой основы функционирования частных СЭЗ, включая: а) определение критериев, которым должны соответствовать частные СЭЗ, стимулов и привилегий для девелоперов и операторов частных СЭЗ, их прав и обязанностей, а также

прав и обязанностей государственных органов по хозяйственному развитию, осуществлению и регулированию деятельности СЭЗ; б) определение основ государственно-частного партнерства в СЭЗ, прав, обязанностей, рисков и ответственности каждого из партнеров по всем аспектам хозяйственного развития, осуществления и регулирования деятельности СЭЗ.

Перспективной формой частных СЭЗ в Украине является индустриальный парк. Действующий правовой режим индустриальных парков в Украине не учитывает лучшего мирового опыта специальных правовых режимов хозяйственной / инвестиционной деятельности и негативного опыта функционирования отечественных специальных экономических зон и территорий приоритетного развития. Необходимыми направлениями развития законодательства об индустриальных парках являются: а) ориентация на создание частных индустриальных парков с определением принципов государственно-частного партнерства в таких парках, прав, обязанностей, рисков и ответственности каждого из партнеров по всем аспектам хозяйственного развития парков; б) либерализация регуляторного режима индустриальных парков (в частности, применение принципа «единого окна» для консолидации и ускорения получения государственных разрешений); в) фокусировка конкурентных преимуществ индустриальных парков на доступных в их пределах услугах и удобствах, а не льготах.

Список использованной литературы:

1. Геєць В. Спеціальні економічні зони: «чорні діри» чи точки економічного зростання? / В. Геєць, В. Семиноженко // Дзеркало тижня. – 2006. – № 44. – С. 63-66.
2. Special Economic Zones: Performance, Lessons Learned and Implications for Zones Development. [Electronic resource] / FIAS. – The World Bank, 2008. – Mode of access: http://www.ifc.org/.../SEZs+report_April2008.pdf. – 83 с.
3. Молдован О. Доцільність запровадження індустріальних парків

в Україні / О. Молдован // Економіка промисловості. – 2011. – № 2. – С. 3-9.

4. Щодо механізмів запровадження індустріальних парків в Україні. Аналітична записка. – [Електронний ресурс] / Національний інститут стратегічних досліджень при Президентові України. – Режим доступу: <http://www.niss.gov.ua/articles/509/>.

5. Індустріальні парки України. – [Електронний ресурс] / Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України. – Режим доступу: <http://www.ukrproject.gov.ua/project/%D1%96ndustrialni-parki-ukraini>.



АДМИНИСТРАТИВНО-ЮРИСДИКЦИОННАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ОРГАНОВ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ В СФЕРЕ ЗАЩИТЫ ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ

Виктория ПРИСТУПЛОК,
соискатель

Днепропетровского государственного университета внутренних дел

Summary

The article is devoted to definition of content of category, as administrative and jurisdictional activity of executive authorities in field of consumer protection. The analysis of various concepts related to administrative and jurisdictional activity has been held. For example, jurisdiction and administrative jurisdiction. Also, the scope of powers of public authorities and executive bodies for protection of consumers' rights in Ukraine has been set. The value of state control (supervision) to characterize the administrative and jurisdictional activity of state executive power in field of consumer protection. As a result, the article describes recommendations for improving mechanisms of protection of consumer rights for bodies of governmental authorities.

Key words: jurisdiction, administrative jurisdiction, state control (supervision), consumer protection.

Аннотация

Статья посвящена определению содержания категории, как административно-юрисдикционная деятельность органов исполнительной власти в сфере защиты потребителей. Проводится анализ различных понятий, относящихся к административно-юрисдикционной деятельности. Например, юрисдикция и административная юрисдикция. Также, установлено сферу действия полномочий органов государственной власти и органов исполнительной власти по вопросам защиты прав потребителей в Украине. Значение государственного контроля (надзора) для характеристики административно-юрисдикционной деятельности органов государственной исполнительной власти в сфере защиты прав потребителей. В статье описываются рекомендации по совершенствованию механизмов защиты прав потребителей для органов государственной власти.

Ключевые слова: юрисдикция, административная юрисдикция, государственный контроль (надзор), защита прав потребителей.

Постановка проблемы. Постоянные социально-экономические и политические преобразования в Украине обуславливают необходимость повышения, эффективности защиты прав граждан и обеспечения конституционного положения об обязанности государства защищать права граждан как потребителей.

В контексте этих особенностей и проблем в последние годы проблеме защиты прав потребителей уделяется внимание многих ученых и практиков государственного управления, права, экономики. Актуальность приобретает характер вопроса об административно-юрисдикционной деятельности органов государственной власти в сфере защиты прав потребителей в Украине, необходимости реформирования системы управления и совершенствования отдельных механизмов правового регулирования в сфере защиты прав потребителей в Украине.

Как показывает практика, деятельность органов государственной власти в сфере защиты прав потребителей в Украине требует дальнейших исследований, поскольку нарушение прав потребителей остается распространенным явлением и имеет не

только субъективную, но и объективную основу.

Создание в Украине эффективного контроля по защите прав и законных интересов потребителей на государственном и местном уровнях является важной целью государства на пути к европейским стандартам жизни, ведь удовлетворение потребностей населения в качественных условиях жизни должно занимать приоритетное место в процессе построения экономически развитого независимого государства.

Актуальность темы исследования. Фундаментальной основой для указанного научного исследования стали исследования проблем административного права, которые осуществили: В.Б. Аверьянов, А.Н. Бандурка, В.Т. Белоус, Г.П. Бондаренко, В.М. Бевзенко, А.И. Берлач, Д.М. Бахрах, Ю.П. Битяк, И.Л. Бородин, И.П. Голосниченко, В.М. Гарашук, С.Т. Гончарук, И.А. Гуржий и ряд других ученых.

Вместе с тем в существующих научных трудах вопросы административно-юрисдикционной деятельности органов государственной власти в сфере защиты прав потребителей в

Украине фрагментарно или в пределах более широкой административно-правовой проблематики не поднимались, комплексные исследования не проводились.

Методологической основой научного исследования стали научные принципы и исследовательские методы, основанные на требованиях объективного и всестороннего анализа процессов и явлений общественного развития.

Цель. Вышесказанное свидетельствует об актуальности и целесообразности исследования, наша цель – рассмотреть вопросы деятельности органов государственной власти в сфере защиты прав потребителей и разработки новых механизмов осуществления контроля и привлечения виновных лиц к ответственности.

Изложение основного материала исследования. В науке административного права долгое время не уделялось необходимого внимания проблеме определения юрисдикции деятельности органов исполнительной власти, потому что юрисдикция соотносилась с судопроизводством, правосудием или пределами компетенции судебного органа с полномо-



чиями рассматривать дела и применять санкции. Позже понимание понятия «юрисдикция» изменилось, и в настоящее время определяется, как совокупность полномочий соответствующих государственных органов разрешать правовые споры и дела о правонарушении [1].

Впервые научное обоснование сущности реализации юрисдикционных полномочий путем административного процесса было отражено в работе Н.Г. Салищева. По мнению ученого, административный процесс является отдельным видом исполнительной и распорядительной деятельности, связанной с возможностью реализации в принудительном порядке соответствующих административно-правовых актов, определяющих права и обязанности участников материальных административных правоотношений [2].

Юрисдикция в административном процессе, по мнению В.М. Бевзенко, – это урегулирован действующим законодательством порядок рассмотрения и разрешения уполномоченными субъектами дел об административных правонарушениях, дел о дисциплинарных проступках государственных служащих и дел по жалобам граждан. Собственно понятие административная юстиция, исходя из его филологического содержания, означает определенную сферу осуществления управленческой компетенции субъектом властных полномочий [3].

Именно поэтому административная юрисдикция, как разновидность юрисдикционной деятельности по рассмотрению споров, применением соответствующих юридических санкций и по реализации регулятивных норм, является частью исполнительно-распорядительной деятельности соответствующих органов государственного управления.

В процессе осуществления административно-юрисдикционной деятельности такие органы государственного управления обеспечивают защиту общественных отношений, складывающихся в сфере государственного управления, и связанные с решением административно-правовыми средствами различных дел и коллизий. Соответствующие действия органов исполнительной

власти и ее должностных лиц непременно связываются с управленческой деятельностью, которая возникает в сфере государственного управления.

Административно-регулятивная административная юрисдикция представляет собой компетентность органов государственной власти решать административные дела, административно-судебной административной юрисдикции – компетентность административных судов по решению соответствующих дел, а административно-деликтная административная юрисдикция – компетентность органов исполнительной власти решать дела об административных правонарушениях, за совершение которых предусматривается наложение административных взысканий [4].

Административно-юрисдикционная деятельность органов государственной власти и ее должностных лиц в сфере защиты прав потребителей является одним из элементов административной деятельности в целом, и в процессе осуществления такой деятельности вышеуказанные органы реализуют установленный законодательством широкий круг полномочий по осуществлению управленческого воздействия на любые общественные отношения в сфере защиты прав потребителей.

Таким образом, рассмотрев научные мнения относительно определения сущности, содержания и объема административной юрисдикции, следует отметить, что административная юрисдикция органов исполнительной власти в сфере защиты прав потребителей представляет собой урегулированную законом деятельность данных органов по решению индивидуальных административных споров, связанных с административно правовыми отношениями гражданина или негосударственной организации с органами государственной власти при осуществлении власти.

Все органы исполнительной власти наделены юрисдикционными полномочиями, которые основаны на принципе законности и наделены правом осуществлять привлечение к административной ответственности в соответствии с нормами действующего законодательства.

Органы государственной власти выступают важными субъектами осуществления административной юрисдикции, что обусловлено спецификой функций, которые возложены на них. Административная юрисдикция предполагает существование конкретных правил, которые определяют порядок применения соответствующих мер государственного воздействия с обеспечением гарантий правильного и обоснованного осуществления административной деятельности.

Эффективность административно-юрисдикционной деятельности находится в прямой зависимости от правового обеспечения деятельности субъектов исполнительной власти.

В административно-юрисдикционной деятельности органов государственной власти в сфере защиты прав потребителей большое значение играют условия эффективности, к которым следует отнести:

- 1) присутствие систематизированного и стабильного законодательства, системы осведомленности о содержании правовых запретов и санкций;
- 2) стабильность административно-карательной практики и реальность применения санкций, неотвратимость ответственности и справедливости применения взысканий;
- 3) авторитет органа, осуществляющего свою деятельность в данной сфере.

Осуществление административно-юрисдикционных функций Госпотребинспекцией Украины и ее территориальными органами является одним из важных направлений деятельности. Имея широкий круг полномочий, такие органы реализуют принадлежащее им право по решению административных дел.

Выполняя эти функции, Госпотребинспекция Украины и ее территориальные органы охраняют права потребителей, в том числе средствами ее административно-юрисдикционной деятельности. Например, приказом Министерства экономического развития и торговли Украины от 22.05.2012 № 601 «Об утверждении Инструкции по оформлению материалов об административных правонарушениях» установлен порядок оформления материалов и рассмотрения дел об административных правонарушениях



должностными лицами Государственной инспекции Украины по вопросам защиты прав потребителей и ее территориальных органов (далее – органы по защите прав потребителей), которые связаны с нарушением законодательства о защите прав потребителей, предупреждения и уменьшения употребления табачных изделий и их вредного влияния на здоровье населения, и государственный рыночный надзор в пределах сферы своей ответственности.

Административно-юрисдикционная деятельность Госпотребинспекции Украины и ее территориальных органов – это одна из важных составных частей административной деятельности этих органов, содержанием которой является определенный законом порядок осуществления процессуальной деятельности по выявлению, пресечению, возбуждению, расследованию, рассмотрению и разрешению дел об административных правонарушениях.

Кроме того, административно-юрисдикционная деятельность органов исполнительной власти в сфере защиты прав потребителей имеет определенные особенности, в частности:

1) такая деятельность носит исключительно государственно-властный характер;

2) основанием осуществления такой деятельности является наличие правового спора или совершенного административного правонарушения, то есть административная юрисдикция возникает лишь при наличии вопроса о применении мер административного принуждения или спора о праве о нарушениях, установленных правовых норм;

3) при рассмотрении правового спора административная юрисдикция предусматривает необходимость принятия окончательного решения о применении норм права к конкретному случаю.

Так, согласно положениям статьи 19 Конституции Украины органы государственной власти и местного самоуправления, их должностные лица обязаны действовать только на основании, в пределах полномочий и способом, которые предусмотрены Конституцией и законами Украины.

В соответствии со ст. 26 Закона Украины «О защите прав потребителей» государственный надзор (контроль) в сфере защиты прав потребителей осуществляет специально уполномоченный центральный орган исполнительной власти и его территориальные органы в областях, городах Киев и Севастополь.

Государственный надзор (контроль) осуществляется в соответствии с нормами Закона Украины «Об основных принципах государственного надзора (контроля) в сфере хозяйственной деятельности» и специальных законов.

При реализации своих функций государство применяет различные методы, установленные должным образом приемы, способы и средства. К таким методам следует отнести организационно-технические приемы, средства и способы государственного воздействия. К средствам государственного воздействия относятся убеждение, поощрение и принуждение.

Однако сегодня вопрос осуществления контроля в сфере защиты прав потребителей приобретает большое значение и требует переосмысления.

Прежде всего, контроль можно определить, как одну из форм организационно-управленческих отношений, как совокупность действий по наблюдению за функционированием соответствующего объекта контроля с целью получения объективной и достоверной информации о состоянии дел по нему, корректировки поведения такого объекта, применение мероприятий по предупреждению правонарушений, оказания помощи в восстановлении законности и дисциплины, установление причин и условий, способствующих нарушению требований правовых норм, принятие мер по привлечению к правовой ответственности виновных лиц.

Назначение контроля в сфере защиты прав потребителей заключается в создании предпосылок и осуществлении управленческой деятельности органами государственной власти и органами местного самоуправления, исходя из интересов человека и общества, предупреждении неправомерной деятельности субъектов хозяйствования по продаже некачествен-

ных, фальсифицированных товаров, работ и услуг.

В Украине в сфере контроля за качеством и безопасностью пищевых продуктов существует численное количество контролирующих органов с достаточно широким спектром полномочий, обеспечивающих осуществление надлежащего контроля качества и безопасности продуктов питания.

Постановлением Кабинета Министров от 10 сентября 2014 № 442 принято решение о создании Государственной службы Украины по вопросам безопасности пищевых продуктов и защиты потребителей, реорганизовав при этом 4 ведомства: Государственную ветеринарную и фитосанитарную службу, Государственную инспекцию по вопросам защиты прав потребителей, Государственную санитарно-эпидемиологическую службу, Государственную инспекцию сельского хозяйства. Кроме того, функцию по защите прав потребителей изделий из драгоценных металлов и драгоценных камней – ликвидированной Государственной пробирной службы на Государственную службу Украины по вопросам безопасности пищевых продуктов и защиты потребителей. Целью реформирования вышеуказанных органов является снижение давления субъектов хозяйствования путем сокращения количества и оптимизации работы государственных органов власти, а также повышение эффективности их работы.

Проанализировав вышеупомянутое решение Кабинета Министров Украины, можно сделать вывод, что объединяются несовместимые органы и предоставляются новообразованной службе не свойственные ей функции, которые не могут быть объединены и выполняться одним центральным органом исполнительной власти. При этом большую роль играет кадровое обеспечение такого ведомства, проведение качественного отбора по профессиональным требованиям.

Именно таким образом правительство решило устранить дублирование функций этих органов. Однако уже на стадии ликвидации и реорганизации этих служб возникает много вопро-



сов. Так, например, политика в сфере обеспечения санитарного и эпидемиологического благополучия как формировалась, так и будет формироваться непосредственно Министерством здравоохранения.

Проведение постоянной реорганизации органов государственной исполнительной власти, которые осуществляют производство политики по защите прав потребителей, осложнит обеспечение прав потребителей. Поэтому создание четкой системы, которая имеет определенную структуру, должна способствовать выполнению органами государственной власти и органами местного самоуправления всех задач государства.

Поэтому, одним из действенных механизмов правовой защиты будет ликвидация Государственной инспекции Украины по вопросам защиты прав потребителей и не создание нового ведомства, которое будет выполнять функции своего предшественника. Считаем, что реализация государственной политики в сфере государственного надзора за соблюдением законодательства о защите прав потребителей необходимо возложить на Министерство экономического развития и торговли Украины. А основные полномочия по защите прав потребителей должны быть возложены на органы местного самоуправления, при этом необходимо расширить соответствующие возможности органов местного самоуправления, позволит улучшить юрисдикционную деятельность в этой сфере. Поэтому предоставление расширенных делегированных полномочий органов местного самоуправления можно будет осуществить путем внесения изменений в статью 28 Закона Украины «О защите прав потребителей». В частности, предоставить такие дополнительные права, как:

1) предоставлять субъектам хозяйственной деятельности обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушений прав потребителей;

2) проводить проверки в установленном порядке субъектов хозяйственной деятельности сферы торговли, общественного питания и услуг качества товаров (работ, услуг), соблюдения обязательных требова-

ний по безопасности товаров (работ, услуг), а также соблюдения правил торговли и предоставления услуг;

3) входить беспрепятственно и обследовать, в соответствии с законодательством, любые производственные, складские, торговые и другие помещения этих субъектов; проводить в установленном порядке контрольные проверки правильности расчетов с потребителями за предоставленные услуги и реализованные товары. В случае невозможности возврата произведенных затрат их возмещение относится на результаты деятельности субъектов хозяйственной деятельности.

Выводы. Подытоживая вышеизложенное, следует отметить, что сегодня достаточно важным и актуальным является вопрос развития и становления целостной системы по вопросам защиты прав потребителей в Украине, без решения которого невозможно обеспечить постепенное социально-экономическое развитие, решение насущных проблем в насыщении потребительского рынка качественными товарами, работами и услугами.

Принятие таких изменений будет способствовать реализации конституционных прав граждан государства на безопасное и качественное удовлетворение своих потребительских потребностей, создаст систему определенных принудительных действий в отношении производителей и продавцов товаров на определенной территории.

Список использованных источников:

1. Пилипенко А.Н. Административно-юрисдикционная деятельность органов исполнительной власти: вопросы теории / А.Н. Пилипенко // Право Украины. – 2004. – № 2. – С. 26-31.

2. Салищева Н.Г. Административный процесс в СССР / Салищева Н.Г. – М.: Юридическая литература, 1964. – 11 с.

3. Комзюк А.Т. Административный процесс Украины: учеб. пособие. / А.Т. Комзюк, В.М. Бевзенко, Р.С. Мельник. – К.: Прецедент, 2007. – 42 с.

4. Колпаков В.К. Административное право Украины: учебник /

В.К. Колпаков, А.В. Кузьменко. – К.: Юринком. Интер. 2003. – 544 с., 383 с.

5. Указ Президента Украины от 31.05.2011 № 634/2011 «О Министерстве экономического развития и торговли Украины». [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/634/2011>.

6. Указ Президента Украины от 13.04.2011 № 465/2011 «О Положении о Государственной инспекции Украины по вопросам защиты прав потребителей». [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/465/2011>.



ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ВОЗНИКНОВЕНИЮ МАССОВЫХ ДРАК В УКРАИНЕ ВО ВТОРОЙ ПОЛОВИНЕ 1940–1950-Х ГОДАХ

Сергей САБЛУК,

кандидат юридических наук, доцент
Хмельницкого университета управления и права

Summary

This article analyzes organization counteracting to arise massacre in Ukraine in second half of 1940–1950 s. Based on analysis of quantitative and qualitative manifestations of this type of crime is filed assess effectiveness of measures aimed at combating corruption in conditions of full etatization society in a totalitarian state. The reasons for spread of mass brawl involving young workers in industrial regions of Ukraine, as well as causes of involving them a local military garrisons was defined. Circumstances was showed, which influence on formation of justice in different regions of Ukraine after postwar period.

Key words: criminology, criminal offenses, state crime, combating crime, massacre.

Аннотация

В статье проанализирована организация противодействия возникновению массовых драк в Украине во второй половине 1940-х – 1950-х годах. На основании анализа количественных и качественных показателей проявления этого вида преступления подана оценка эффективности мер, направленных на противодействие возникновению массовых драк в условиях сверхмерной этатизации общества в тоталитарном государстве. Определены причины распространения массовых драк с участием молодых рабочих в промышленных регионах Украины, а также обстоятельства вовлечения в них военнослужащих местных гарнизонов. Показаны обстоятельства, которые влияли на формирование правосознания в разных регионах Украины послевоенного периода.

Ключевые слова: криминология, уголовные преступления, состояние преступности, противодействие преступности, массовые драки.

Постановка проблемы. Внимание советского руководства к мерам по пресечению возникновения массовых драк, в основном между молодыми рабочими промышленных регионов Украины, определялось необходимостью обеспечения экономической деятельности с одной стороны, и желанием ограничить сменяемость кадров – с другой, которая зависела, в том числе, и от криминальной среды в регионе. Относительно длительное участие СССР в войнах и вооруженных конфликтах, а также массовые репрессии и насильственная коллективизация формировали социальную среду, для которой характерным явлением было физическое насилие. Стремление советского правительства ограничить влияние церкви на общество проявлялось, среди прочего, и в мерах, направленных на замену религиозных праздников празднованием получения первой зарплаты, уборки урожая, принятия на работу и т. д., которые сопровождалась употреблением спиртных напитков. При этом навязывание новых идеалов поведения в рамках создания образа «нового советского человека» не исключало употребления спиртных напитков, а иногда и способствовало распространению пьянства.

В советской криминологической литературе общепринятым было положение о том, что во многих случаях именно

алкоголь (непосредственно или как сопутствующий фактор) приводил людей на скамью подсудимых [2, с. 213]. Конкретные криминологические исследования утверждали, что пьянство занимало одно из главных мест в этиологии многих преступлений, в том числе и хулиганства, а также участия в массовых драках [1, с. 14]. Однако анализ обстоятельств возникновения массовых драк в советском обществе как правило проводился достаточно ограниченно из-за нежелания предавать гласности подобные негативные факты. Противодействие данному виду преступлений часто рассматривалось, как один из элементов подготовки работников спецподразделений, а для многих работников правоохранительных органов массовые драки представлялись исключительно, как одно из негативных последствий распространения хулиганства.

Теоретическую базу исследований составляют работы современных зарубежных и украинских криминологов: П.П. Михайленко, И.А. Гельфанда, Д.А. Шестакова, В.В. Лунеева, С.М. Иншакова, П.Л. Фриса, А.П. Закалюка И.И. Карпеца.

Актуальность темы исследования состоит в том, что знания о различных видах противодействия возникновению массовых драк способствуют не только формированию различных вариантов

действий бойцов спецподразделений в условиях распространения массовых незаконных выступлений с целью дестабилизации ситуации в государстве, а и наработке вариантов локализации драк в условиях проведения массовых мероприятий, например, футбольных матчей.

Целью статьи является анализ доступных сведений об организации криминально-правового противодействия возникновению массовых драк в Украине во второй половине 1940–1950-х годах с определением действенности способов противодействия распространению этого негативного явления, а также освещение условий, которые способствовали вовлечению граждан в массовые драки.

Основные результаты исследования. В докладе А.М. Зинкевича на 16-м съезде молодых украинских националистов в сентябре 1957 г. отмечалось, что значительное количество молодежи Украины составляли выпускники школ фабрично-заводского обучения (ФЗО). Среди этих молодых людей достаточно распространенным явлением был так называемый вагабондизм (хулиганство). А.М. Зинкевич указывал, что для «борьбы с хулиганством» большевистская власть была вынуждена организовывать специальные комсомольские бригады, которые патрулировали улицы днем и ночью в украинских городах, в основном



в местах, где собирались молодые люди. В докладе подчеркивалось, что хулиганство в среде украинской молодежи было предопределено «всей системой большевистского коммунистического воспитания и действительности с ее нечеловеческими проявлениями» [19, с. 44-50]. Суждения А.М. Зинкевича во многом совпадали с мнением работников правоохранительных органов и ведущих криминологов, принципиально отличаясь определением причин существования подобного негативного явления. Если критики советского общества основную причину распространения хулиганства видели во всей системе социальных, культурных и экономических отношений, которая существовала в советском обществе, то советские криминологи рассматривали преступность, как пережиток капитализма, который будет изжит при переходе к коммунистическому обществу [1, с. 3]. Однако обе стороны сходились во мнении, что хулиганство в ряде случаев порождает ряд особо опасных преступлений, таких как убийства, ограбления, в результате того, что участники хулиганских действий нередко рассматривали их, как способ «самоутверждения» в определенной социальной среде. Среди молодых рабочих украинских промышленных центров участие в хулиганских действиях, избиениях и драках нередко мотивировалось именно желанием считаться «своим» в определенной среде. И именно желание самоутвердиться становилось причиной участия молодежи в массовых драках на территории Украины. Такие драки с участием от нескольких десятков до нескольких сотен граждан в основном фиксировались в крупных промышленных центрах. В случае, если в результате столкновений были убитые, или для пресечения преступных действий использовались винные части или большие группы работников милиции, то соответствующие материалы разбирались на заседаниях ЦК КП/У, где принимались решения о мерах противодействия распространению массовых драк.

В то же время по данным Прокуратуры УССР факты участия представителей милиции в массовых избиениях граждан в 1946–1947 гг. фиксировались на территории западно-украинских областей. В ряде случаев подобные действия сопровождалось незаконным изъятием имущества [5, с. 79]. Подобные факты

свидетельствовали о том, что часть работников правоохранительных органов относилась к жителям Западной Украины как к врагам, что не удивительно в силу направленности советской пропаганды в условиях противостояния с бойцами Украинской повстанческой армии. В документах Верховного Суда УССР указывалось, что кроме применения мер репрессивного характера по отношению к нарушителям социалистической законности в среде работников правоохранительных органов проводилась профилактическая работа, направленная «на предупреждение аморальных поступков, которые проявлялись в действиях работников МВД» [5, с. 477].

Причиной многих насильственных преступлений, характерных для советского коммунистического режима, была его чрезмерная жестокость, которая выражалась в нагнетании коллективной «классовой» ненависти, в ограничении свободы личности [3, с. 382]. Все это приводило к разрушению духовности и культуры общества, а также к ликвидации прослоек, которые были носителями высоких духовных ценностей. Трагическое прошлое, жестокая политика властных структур не могли не отразиться на общественной психологии и межличностных отношениях граждан по месту работы или учебы. В 50–60% случаев местом совершения преступления молодыми людьми был район их проживания, учебы или работы [4, с. 172].

Так, материалы Енакиевского городского отделения МГБ свидетельствовали о том, что в конце 1940-х – начале 1950-х годов молодые рабочие Енакиевского металлургического завода неоднократно участвовали в массовых драках, хулиганских действиях и грабежах. При этом воспитательная работа на предприятии проводилась неудовлетворительно. В цехах завода не были организованы надлежащие условия для работы, а 80–85% рабочих не имели даже возможности помыться после работы [6, с. 132-133]. Ночью на 20 июня 1949 г. группа молодых рабочих конторы «Союзпромонтаж» г. Горловка, вооружившись камнями и железными прутами, совершила нападение на общежитие № 84 Горловского коксохимического завода [8, с. 163]. В декабре 1949 г. группа стрелков лагерного отделения № 1 г. Жданов была вовлечена в драку с местными рабочими одного из общежитий. В результате рабочие были

избиты и переданы под конвоем в отделение милиции [10, с. 342].

12 марта 1950 г. во время драки молодых рабочих в селении Нестеровка Сталино-заводского района г. Сталино был убит ножом секретарь комсомольской организации конторы треста «Сталин-металлургстрой» В. Левченко, который сделал попытку прекратить драку между пьяными рабочими. В материалах следствия отмечались крайне противоречивые политические настроения в среде рабочих, которые были выходцами из сельской местности и имели «крайне извращенное правосознание» [12, с. 29].

23 марта 1950 г. факт массовой драки с применением холодного оружия был зафиксирован в Макеевке, где в помещении Дворца культуры шахты «София» был организован межрайонный сборный пункт допризывников, которые после организации пьянки. После распития спиртных напитков, вооружившись камнями, палками, металлическими прутами и ножами, допризывники ворвались в помещение ближайшего общежития, где жили девушки. В результате драки с рабочими два местных работника погибли, один получил тяжелые телесные повреждения, а еще 13 рабочих – легкие [6, с. 127]. В августе 1950 г. в Днепропетровске группа молодых рабочих во главе с рабочим испанцем Санчесом напала на работников, прибывших с территории Западной Украины. Мотивом для подобных действий послужила уверенность в том, что все украинцы на территории западно-украинских областей – «бандеровцы» и националисты, которые убивают русских, а потому таких украинцев нужно уничтожать [6, с. 138-142].

Для предотвращения участия рабочих в преступной деятельности, в том числе и хулиганских действиях, в Макеевку, Джанов, Горловку и Дзержинск Сталинской области, и в Кадеевку и Ворошиловск Ворошиловградской области, где фиксировалось наибольшее количество драк с участием молодых рабочих, были направлены группы представителей областных управлений милиции, которые помогали раскрыть наиболее сложные преступления [14, с. 182]. Однако после проведения амнистии в 1953 г. и возвращения значительного количества рецидивистов на территорию Донбасса количество преступлений в регионе резко увеличилось, в том числе и за счет расширения уча-



ствия молодых рабочих в хулиганских действиях. Значительное количество освобожденных по амнистии преступников не прекратили своей преступной деятельности, втягивая в нее новых граждан [15, с. 26]. Наибольшее число зафиксированных массовых драк и хулиганских проявлений в 1953 г. отмечалось в Макеевке, Горловке, Краматорске, Енакиево и Жданове. При этом в большинстве магазинов рабочих поселков не продавалось ничего, кроме водки. Из-за отсутствия учреждений культуры молодые люди, как отмечалось в материалах инициированной ЦК КП Украины проверки состояния преступности среди молодежи в Сталинской области, отдавали предпочтение хулиганству в пьяном виде в общежитиях. Причем драки между молодыми рабочими проходили с массовым использованием холодного оружия, палок, металлических прутьев и камней [15, с. 39-41]. В более чем 90% случаев участие в массовых драках принимали пьяные рабочие. 14 сентября 1956 г. бюро Сталинского обкома КП Украины утвердило ряд мер, направленных на противодействие преступности. 11 сентября 1956 г. было заслушано и обсуждено доклад секретаря Горловского горкома КП Украины С.В. Судейко о «состоянии борьбы с преступностью» [18, с. 57]. В ряде случаев драки с участием рабочих силами местной милиции остановить было не возможно. Например, 26 октября 1956 г. с целью освобождения задержанного было совершено нападение на отделение милиции г. Славянск, в котором участвовало около 500 лиц. Участники нападения негативно отзывались о работе милиции и избивали милиционеров [16, с. 301]. В связи с проявлениями «массового хулиганства» в г. Славянск 5 ноября 1956 г. бюро райкома обсудило сложившуюся ситуацию и наложило взыскание на секретаря горкома В.П. Кучеренко [18, с. 57].

Массовые драки фиксировались не только в восточных промышленных регионах Украины. Так, 1 января 1956 г. во время драки в Доме культуры завода «Большевик» в Киеве был убит студент Киевского института гражданского воздушного флота [16, с. 18]. Вечером 1 апреля 1956 г. около общежития «Киевгорстроя» по улице Краснозвездной в Киеве имела место драка с участием военнослужащих в/ч 9514 и гражданских

лиц, для прекращения которой пришлось вызывать усиленные наряды милиции [17, с. 8].

В мае 1950 г. драки пьяных военнослужащих с местными колхозниками наблюдались на территории Измаильской области [6, с. 171-177], на протяжении лета–осени 1950 г. – Волынской области [7, с. 122-124] и на территории г. Прилуки [6, с. 145]. 20 сентября 1950 г. на почве межэтнической неприязни произошла драка в селе Донская Сторона около г. Сталино между рабочими и военнослужащими. Поводом стало столкновение между рабочими и одним из солдат, выходящем с Кавказа. На стороне военнослужащего выступили его товарищи, и столкновение превратилось в массовую драку, для прекращения которой были вызваны подразделения местной милиции и военнослужащие. Наиболее агрессивно проявили себя в драке с рабочими Сталинского коксохимического завода военнослужащие, призванные в 1949 г., Хандальян (1928 г. р. армянин), Усманов (1928 г. р., таджик) и Расимов (1928 г. р., узбек) [9, с. 112, 125].

Участие военнослужащих подразделений МГБ в избиениях рабочих и колхозников, совершении краж и незаконных изъятий имущества населения стало причиной издания 22 марта 1950 г. МГБ СССР приказа № 00198, где перед командирами и политработниками было поставлено задание «принятия решительных мер для наведения порядка в соединениях и частях, обеспечения жесткого контроля за деятельностью подчиненных, усиления политико-воспитательной работы, укрепления воинской дисциплины» [11, с. 16]. Кроме того, в материалах деятельности военных трибуналов указывалось, что более 70% дел военнослужащих рассматривалось в открытых судебных заседаниях. Особенно это касалось участия солдат в массовых нарушениях общественного порядка, драках, грабежах, разбойных нападениях [13, с. 101]. Однако, ситуация в армии не позволяла за короткое время решить проблемы с воинской дисциплиной, поскольку значительное количество военнослужащих не занималось непосредственно военной подготовкой.

Выводы. Практика организации противодействия возникновению массовых драк в Украине советским руководством не учитывала многих факторов, которые выступали в качестве основополагающих причин подобных явлений.

Повышение культурного уровня многих рабочих происходило крайне медленно. Особенно это касалось населения Донбасса, где тяжелый физический труд занимал основную часть жизни людей, а уровень культурно-бытового обслуживания граждан был явно недостаточным на протяжении длительного времени. Уровень трудовой дисциплины у многих учащихся школ ФНО был крайне низким. Их правосознание формировалось в тяжелых военных условиях, где насилие и защита своих интересов переплетались достаточно тесно. Это становилось одной из причин участия молодых рабочих в массовых драках, которое в их среде нередко рассматривалось, как один из важнейших элементов социализации.

Межэтническая неприязнь, которая искусственно поддерживалась советским руководством, в том числе и на уровне принятия решений в сфере права, через ограничение права на передвижение или место проживания для цыган, депортации крымских татар или преследование евреев. Ее распространению также способствовало навешивание ярлыков в виде «народа-предателя» для крымских татар или «первого среди равных» для русского народа, характеристики национального украинского движения исключительно, как «бандеровцев» – пособников оккупантов. На бытовом уровне часто разжигаемая неприязнь выливалась именно в избиение, в том числе и в виде массовых драк. При этом прекращение с использованием силы каждого конкретного столкновения не устраняло проблемы в целом из-за неадекватности национальной политики советского государства к интересам и потребностям многих этнических групп, которые его населяли. Одним из доказательств этого может служить нарастание конфликтов на межэтнической почве уже в условиях, когда властная вертикаль в СССР пошатнулась. В основном причинами возникновения массовых драк были социально-бытовые разногласия или межэтнические конфликты. При этом во второй половине 1940-х годов социальные отношения, сформированные в период мировой войны, накладывали больший отпечаток на мотивацию действий граждан, чем во второй половине 1950-х, когда после завершения процесса восстановления промышленности появились перспективы повышения уровня жизни и культурно-бытового обслуживания.



Список использованной литературы:

1. Кримінально-правова боротьба з хуліганством (Соціологічне дослідження діяльності слідчих і судових органів по запобіганню хуліганства). – Київ.: Наук. думка, 1971. – 274 с.
2. Сахаров А.Б. О личности преступника и причинах преступности в СССР / А.Б. Сахаров. – Москва, 1961. – 279 с.
3. Шестаков Д.А. Криминология: Новые подходы к преступлению и преступности: Криминогенные законы и криминологическое законодательство. Противодействие преступности в изменяющемся мире. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр «Пресс», 2006. – 561 с.
4. Шиханцов Г.Г. Криминология. – Минск: Изд-во Гревцова, 2009. – 296 с.
5. Центральный государственный архив общественных объединений Украины (ЦГАОО Украины). – Ф. 1. – Оп. 23. – Д. 4952. – 548 с.
6. ЦГАОО Украины. – Ф. 1. – Оп. 24. – Д. 105. – 203 с.
7. ЦГАОО Украины. – Ф. 1. – Оп. 24. – Д. 106. – 214 с.
8. ЦГАОО Украины. – Ф. 1. – Оп. 24. – Д. 377. – 212 с.
9. ЦГАОО Украины. – Ф. 1. – Оп. 24. – Д. 378. – 279 с.
10. ЦГАОО Украины. – Ф. 1. – Оп. 24. – Д. 385. – 573 с.
11. ЦГАОО Украины. – Ф. 1. – Оп. 24. – Д. 396. – 115 с.
12. ЦГАОО Украины. – Ф. 1. – Оп. 24. – Д. 402. – 82 с.
13. ЦГАОО Украины. – Ф. 1. – Оп. 24. – Д. 874. – 416 с.
14. ЦГАОО Украины. – Ф. 1. – Оп. 24. – Д. 2089. – 256 с.
15. ЦГАОО Украины. – Ф. 1. – Оп. 24. – Д. 3797. – 201 с.
16. ЦГАОО Украины. – Ф. 1. – Оп. 24. – Д. 4299. – 400 с.
17. ЦГАОО Украины. – Ф. 1. – Оп. 24. – Д. 4303. – 212 с.
18. ЦГАОО Украины. – Ф. 1. – Оп. 24. – Д. 4626. – 157 с.
19. ЦГАОО Украины. – Ф. 1. – Оп. 24. – Д. 4642. – 55 с.

THEORETICAL AND LEGAL PROBLEMS CONCERNING DISCIPLINARY RESPONSIBILITY OF TRANSPORT WORKERS

Svitlana SYNENKO,

PhD, associate professor,

Department of civil law and legal provision of tourism,
Kyiv University of tourism, economics and law

Summary

The article investigates theoretical and legal problems of disciplinary responsibility of transport workers. Analysis of current legislation allowed to research legal regulation concerning disciplinary responsibility of transport workers. Opinions of different legal scientists on the subject were described. The article highlights problematic issues concerning legal regulation of disciplinary responsibility of transport workers. The expediency for regulation of disciplinary responsibility of transport industry workers by the Law of Ukraine «On discipline of transport workers» was grounded, as far as they involved in the process of continuous and safe traffic and proper fulfillment of their duties affects lives and health of ordinary people.

Key words: labor discipline, disciplinary responsibility, disciplinary penalty, disciplinary offence, transport workers.

Аннотация

Статья посвящена исследованию теоретико-правовых проблемам дисциплинарной ответственности работников транспорта. На основе анализа норм действующего законодательства проведено исследование правового регулирования дисциплинарной ответственности работников транспорта. Отражены правовые позиции ученых по данному вопросу. В статье освещены проблемные вопросы правового регулирования дисциплинарной ответственности работников транспорта. Обоснована целесообразность урегулирования вопросов дисциплинарной ответственности работников транспортной отрасли, которые задействованы в непрерывном и безопасном процессе движения транспорта, и от надлежащего выполнения трудовых обязанностей которых зависит жизнь и здоровье людей, Законом Украины «О дисциплине работников транспорта».

Ключевые слова: дисциплина труда, дисциплинарная ответственность, дисциплинарное взыскание, дисциплинарный проступок, работники транспорта.

Statement of the problem.

The study of theoretical and legal problems concerning disciplinary responsibility of transport workers receives acute relevance, as far as the compliance of labor discipline by workers of this industry is an important way to ensure safety in transportation, since non-fulfillment of duties by this category transport workers endangers life and health of road users, passengers, threatens to delivery and storage of cargos.

Issue of disciplinary responsibility has always drawn attention of labor law scholars, in particular, it was considered in the works of V. Venedyktova, A. Matsiuk, M. Danchenko, V. Scherbyna, N. Khutorian, O. Yaroshenko and many other scientists, that laid the foundation for further research concerning problems of disciplinary responsibility of workers.

However, it should be noted that the issue about disciplinary responsibility of transport workers, by mischance,

did not find its proper reflection in scientific works. Some separate issues of disciplinary responsibility of railway workers were researched in papers of A. Apanasenko and L. Yerofieienko.

The purpose of this paper is to research and to distinguish problematic issues in field of legal regulation of disciplinary responsibility of transport workers and to formulate suggestions, directed on improvement of legal norms, which regulate this problem.

Presentation of the basic material. Disciplinary responsibility is considered by labor law scientists as a form of legal responsibility that comprises duty of a worker to bear responsibility for committed disciplinary offence and to be subjected to disciplinary penalty provided by labor legislation of Ukraine [1, p. 352; 2, p. 537; 3, p. 413; 4, p. 15; 5, p. 14].

However, N. Khutorian focuses on the next aspect: the legality of disciplinary responsibility lies primarily in the fact that,



firstly, it is applied only for disciplinary offenses; secondly, it may be used only by bodies and officials vested with disciplinary authority; thirdly, disciplinary penalties are applied in compliance with limitation periods and established order of imposing penalties; fourthly, for the same violation of labor discipline only one penalty may be imposed [6, p. 106].

V. Prokopenko focused his attention on the fact that disciplinary responsibility aims to ensure proper conduct of employees while performing their labor duties [3, p. 413].

Some researchers define disciplinary responsibility through responsibility [7, p. 509], which is a failure on my opinion, because disciplinary responsibility involves not answerableness of a worker, but his or her duty to bare responsibility for committed offense and to be subjected to specified by labor law disciplinary sanctions with negative consequences for the employee (receiving of a reprimand or dismissal).

Analysis of the listed above views of scientists allows to determine the following features of disciplinary responsibility of transport workers: firstly, disciplinary offense is the ground to bring the employee to disciplinary responsibility; secondly, only bodies and officials vested with disciplinary authority may apply disciplinary responsibility; thirdly disciplinary responsibility is applied in compliance with limitation periods and order of imposing penalties established by law; fourthly, for the same violation of labor discipline only one penalty may be imposed; fifthly, disciplinary responsibility has non-judicial nature. The purpose of disciplinary responsibility is to prevent crimes and offences at any enterprise, institution or organization and to help an employee to understand the consequences that may occur in case of noncompliance of labor discipline.

Taking to account the complexity of labor process and the specificity in performance of labor duties by employees and depending on the legal status of a worker, the labor legislation of Ukraine distinguishes general and special disciplinary responsibility.

In this case, the idea of Y. Adushkin seems very reasonable; Y. Adushkin noted that such differentiation of disciplinary responsibility may be explained by the next reasons: firstly, the inclusion of

a person in a particular type of labor collective; secondly, attachment of a person to an organization of a certain type (for instance, responsibility of enterprise workers and workers of institutions of various transport ministries, prosecutors, judges and others is specifically regulated); thirdly, by the nature of functions performed by a person in a particular organization [8, p. 28].

General disciplinary responsibility is characterized by the fact that there are universal standards regulated by the Code of labor laws of Ukraine and applicable to all workers who involved in labor relations in case if in accordance with the norms of labor legislation they are not subjected to a special disciplinary responsibility.

Special disciplinary responsibility is prescribed by special legislation. As labor law scientists note, it differs from the general one by a broader understanding of labor offense and stricter measures of disciplinary penalty or effect [9, p. 365; 10, p. 173; 11, p. 131; 2, p. 543, 544].

Thus, we may conclude that special disciplinary responsibility is prescribed only for those categories of workers which defined in special legislation (laws, statutes and regulations about discipline).

According to the art. 17 of the Law of Ukraine «On Transport», which is the basis for regulation of relations in the transport sector Ukraine, discipline of workers of particular types of transport is regulated by statutes (regulations) about discipline approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine after consultation with the relevant trade unions [12].

Herewith, this norm contradicts to the rule of paragraph 6 and paragraph 22 of article 92 of the Constitution of Ukraine, according to which exclusively laws of Ukraine may define fundamentals for regulation of labor and responsibility for disciplinary offenses. Therefore, regulation of workers' discipline of particular types of transport should be implemented at the level of law [13].

Analyzing rules of basic laws governing relations with workers of particular types of transport, specifically the laws of Ukraine «On automobile transport» [14], «On urban electric transport» [15], Air Code of Ukraine [16], Code of commercial navigation [17] is necessary to note these acts do not contain any chapter or article concerning

disciplinary responsibility of transport workers in cases of labor violations.

Article 17 of the Law of Ukraine «On railway transport» determines that the discipline of railway workers is governed by laws of Ukraine and the Regulation «About discipline of railway transport workers of Ukraine» [18].

Thus, we may conclude that workers of automobile, aviation and water transport are subjected to general disciplinary responsibility in accordance with the Labor Code of Ukraine, but railway transport workers are subjected both to general and special disciplinary responsibility.

According to the Regulation About discipline of railway transport workers, approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine dated January 26, 1993 № 55 (hereinafter – the Regulation), railway transport workers may be subjected to the following disciplinary penalties: reprimand; deprivation of a locomotive driver of his right to drive and deprivation of motor and rail transport driver's certificate and locomotive driver assistant's certificate; dismissal [19].

Deprivation of a locomotive driver of the right to drive, deprivation of motor and rail transport driver's certificate and locomotive driver assistant's certificate is carried in case of revelation of worker's fault in disaster or accident, for passage of restraining signals (regardless of consequences) and appearance (or staying) at work under influence of alcohol, drugs or toxic substances, that confirmed in the prescribed manner. When applying this type of penalty worker is provided with job not associated with a locomotive driving and motor-rail transport for up to one year.

A disciplinary penalty in form of dismissal is applicable exclusively to those railway workers and only for those violations which are clearly defined in the List of discipline violations, consequences of which threaten the security of trains traffic, life and health of citizens, also categories of employees subject to the disciplinary action in form of dismissal, which is an indispensable addendum of the Regulations.

Disciplinary penalty may be imposed by a manager who hired an employee which made a disciplinary offense. Disciplinary penalty in form of deprivation of a locomotive driver of



the right to drive, deprivation of motor and rail transport driver's certificate and locomotive driver assistant's certificate may be imposed by chiefs of railways and subways. Higher manager may fully exercise disciplinary rights belonging to the lower manager.

A worker who committed an offense, which consequences threaten the security of trains traffic, life and health of citizens should be removed from work until the end of a working shift.

Before the imposition of a disciplinary sanction manager should require a written explanation from a worker who committed an offense. A refuse to represent explanation does not release the manager from imposition of penalties and a worker from disciplinary responsibility. In determining disciplinary penalties manager should consider the severity of the violation, the degree of a worker's fault, harm caused by this violation, the circumstances of commitment and prior service of that worker.

Before renewal of the worker at job associated with movement of trains, he must pass relevant exams.

The main purpose of such a detailed description of this issue in the Regulation is to establish the increased responsibility of certain categories of railway workers, prevention of significant negative effects, the onset of which is directly connected with failure or improper performance of labor duties by this category of workers.

But, on my opinion, traffic safety depends not only on proper implementation of specific work functions by railway transport workers, but workers of other types of transport involved in a continuous movement of vehicles, as far as non-performance of functional duties by this category of transport workers creates danger to life and health of participants in the movement of vehicles, passengers, threatens to timely delivery and cargo safety and preservation of entrusted to their employer property. Therefore it is necessary to set specific measures of disciplinary penalties for this category of automobile, aviation and water (sea and river) transport workers.

In the fullness of time, realizing the seriousness and specifics of transport sector, in addition to general legal norms concerning disciplinary responsibility which addressed all transport sector workers, special rules for certain types

of transport workers were introduced and enshrined in the Charter about discipline of civil aviation workers [20], which was invalidated by order of the Council of Ministers of USSR «On recognition of some decisions of the Government of the USSR in civil aviation such as lost their power» from September 14, 1989 № 754 [21], the Charter of the discipline of maritime transport workers, approved by the Council of Ministers on May 25, 1984 № 496 [22] and the Charter of discipline of USSR river transport workers, approved by the Council of Ministers on August 26, 1985 № 812 [23]. The listed charters, unlike the Code of labor laws of Ukraine, set more stringent types of disciplinary penalty. In particular, there were the following types of sanctions as remark, reprimand, severe reprimand, and transfer to less paid work for up to three months or demotion for the same term. These penalties were applied to employees of civil aviation, river and sea transport, and warnings about service conformity were used only to employees of civil aviation and river transport.

Herewith, civil aviation workers were subjected to such types of penalties as exemption from flight operations or from air traffic control, and from any other work aimed to ensure the safety of flights, and reassignment at other job considering profession (specialty) for the period up to one year; dismissal from a post related to flight operations, air traffic control or other work aimed to ensure the safety of flights, with or without a withdrawal of relevant certificate, with work providing considering profession (specialty). River transport workers were subjected to such penalties as transfer to a vessel with lower wage level or at work not related to the movement of vessels or passenger service, considering profession (specialty) for a period up to one year; deprivation of rank of a person from commanders of vessel with a withdrawal of the diploma (qualification certificate) for a period from six months up to two years with provision by work considering the profession (specialty). Maritime transport workers were subjected to such penalties as: cancellation from a vessel (with subsequent transfer to a vessel of lower group or shore based job considering professional qualification for up to 1 year); cancellation from a vessel with a withdrawal of the diploma (certificate)

for the specialist of maritime merchant fleet of the USSR, with provision by work considering profession or skills.

Given statutes also set a special circle of persons who have the right to impose disciplinary penalty. Moreover, it was determined the specific procedure for imposing and appealing of disciplinary measures. For example, higher manager, within its own rights, had the right to cancel, mitigate or enhance, disciplinary penalty imposed by lower manager. All disciplinary penalties were announced to a worker against a receipt and recorded in the prescribed by the Minister of Civil Aviation manner to a personal file or personal employee cards; complaints of workers on illegal or improper imposition of disciplinary penalty or violation of granted by that Charter rights were considered by superior officer within ten days after a complaint [20].

Conclusions. The study of theoretical and legal problems concerning disciplinary responsibility of transport workers allows to formulate a conclusion that transport workers should be provided with specific measures of coercion, as far as most of traffic accidents that sometimes take lives of many people are caused because of the «human factor». At the same time, today special disciplinary responsibility is prescribed only to railway transport workers and is regulated by the regulation that contradicts to paragraph 22 of Art. 92 of the Constitution of Ukraine as far as issues of disciplinary responsibility should be regulated exclusively by the laws of Ukraine. That's why, in my opinion, there is a need to develop the Law of Ukraine «On discipline of transport workers» aimed to regulate disciplinary responsibility of certain categories of transport sector workers, involved in the process of continuous and safe traffic, as far as proper fulfillment of their duties affects lives and health of ordinary people.

The Law of Ukraine «On discipline of transport workers» should consist of three sections: Section 1 – «General provisions», section 2 – «Encouragement» and section 3 – «Disciplinary penalties». The first section, firstly, should define workers, which will be subjected to this law, and secondly, to fix obligations of employee and employer to ensure the observance of labor discipline and, thirdly, to identify measures for achieving of labor discipline, fourthly, to



determine the definitive concepts such as «labor discipline of transport workers», «disciplinary offense» etc. Second section should define the types of encouragements (for example, announcement of gratitude, bonuses, rewarding with valuable gift, conferring of the title of «best worker» in profession, etc.), the right of chiefs for application of encouragements and an order of application of encouragements. The third section should define the types of disciplinary penalties; the list of discipline violations for which disciplinary penalty may be imposed and the list of professions (positions) of workers, to which these types of disciplinary penalty will be applied; the rights of chiefs to impose disciplinary penalty; an order of imposition of disciplinary penalty; terms for imposition of disciplinary penalties; a procedure for appealing of disciplinary penalty; terms of appealing of disciplinary penalty.

Herewith, in my opinion, the Code of labor laws of Ukraine should contain a referential norm to this Law about special disciplinary responsibility of transport workers.

References:

1. Дмитренко Ю.П. Трудове право України: підручник / Ю.П. Дмитренко. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 624 с.
2. Болотіна Н.Б. Трудове право України: підручник / Н.Б. Болотіна. – 5-ге вид., перероб. і доп. – К.: Знання, 2008. – 860 с.
3. Прокопенко В.І. Трудове право України: підручник / В.І. Прокопенко. – Вид. 2-ге, стереотип. – Х.: Консул, 2000. – 480 с.
4. Ковригін В.С. Дисциплінарна відповідальність у трудовому праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук, 12.00.05 – трудове право; право соціального забезпечення / В.С. Ковригін; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2013. – 20 с.
5. Топчєєва Ю.В. Засоби забезпечення та зміцнення трудової дисципліни: автореф. дис. ... канд. юрид. наук, 12.00.05 / Ю.В. Топчєєва; Східноукр. нац. ун-т ім. В. Даля. – Луганськ, 2013. – 19 с.
6. Хуторян Н.М. Відповідальність дисциплінарна / Н.М. Хуторян // Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. Ю.С. Шемшученка. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К., 2012. – 106 с.
7. Трудовое право: учебник / В.И. Семенов, Г.А. Василевич, Г.Б. Шишко и др.; под общ. ред. В.И. Семенова. – 3-е изд., перераб. и доп. – Мн.: Амалфея, 2006. – 784 с.
8. Адушкин Ю.С. Дисциплинарное производство в СССР / Ю.С. Адушкин; под ред. В.М. Манохина. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1986. – 128 с.
9. Трудове право України: академічний курс: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / П.Д. Пилипенко, В.Я. Буряк, З.Я. Козак та ін.; за ред. П.Д. Пилипенка. – К.: Ін Юре, 2004. – 536 с.
10. Трудове право України у запитаннях та відповідях: навч.-довідк. посіб. / за ред. В.В. Жернакова. – Х.: «Одісей», 2010. – 280 с.
11. Карпенко Д.О. Трудове право України: курс лекцій / Д.О. Карпенко. – К.: МАУП, 1999. – 192 с.
12. Про транспорт: Закон України від 10 листоп. 1994 р. № 232/94-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 51. – Ст. 446.
13. Конституція України: редакція від 02 берез. 2014, підстава 742-18. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.
14. Про автомобільний транспорт: Закон України від 05 квіт. 2001 р. № 2344-III в ред. Закону України від 23 лют. 2006 р. № 3492-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 32. – Ст. 111.
15. Про міський електричний транспорт: Закон України від 29 черв. 2004 р. № 1914-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 548.
16. Повітряний кодекс України: Закон України від 19 трав. 2011 р. № 3393-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 48/49. – Ст. 536.
17. Кодекс торговельного мореплавства України: Закон України від 23 трав. 1995 р. № 176/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 47/52. – Ст. 349.
18. Про залізничний транспорт: Закон України від 04 лип. 1996 р. № 273/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 40. – Ст. 183.
19. Про Положення про дисципліну працівників залізничного транспорту: постанова Кабінету Міністрів України від 26 січ. 1993 р. № 55. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/55-93-%D0%BF>.
20. Об утверждении Устава о дисциплине работников гражданской авиации: постановление Совета Министров СССР от 04 мая 1975 г. № 363. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.russian-business.info/papers/doks/ussr/ussr-economic-activity03/dctussr03547.htm>.
21. Про визнання такими, що втратили силу, окремих рішень уряду СРСР з питань цивільної авіації: постанова Ради Міністрів СРСР від 14 верес. 1989 р. № 754 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.economics.kiev.ua/download/ZakonySSSR/data01/tex11209.htm>.
22. Об утверждении устава о дисциплине работников морского транспорта: постановление Совета Министров СССР от 25 мая 1984 г. № 496. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_33663.html.
23. Об утверждении устава о дисциплине работников речного транспорта СССР: постановление Совета Министров СССР от 26 авг. 1985 г. № 812. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://nw-agency.ru/spravochnwe-stranitsw/pravila_ystavw_kodeksw/ustav_%20o_%20discipline_%20vvt.htm.



ПРАВОВОЙ РЕЖИМ НЕДВИЖИМОГО ИМУЩЕСТВА В СЕМЕЙНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

Артем СТОЯНОВ,

аспирант кафедры гражданско-правовых дисциплин Учебно-научного института права и психологии
Национальной академии внутренних дел

Summary

The article examines issues of legal regime of real estate in terms of family relationships affecting it. The concept of legal regime is analyzed. Peculiarities of the real estate legal regime are determined from perspective of civil law. In the context of family law existing legal regimes of family property are determined and impact of family law specificity and principles of their regulation on legal regime of real estate is analyzed. The conclusion states that family relationships complicate legal regime of real estate, which is due, inter alia, to need to protect rights and legitimate interests of children and minors.

Key words: real estate, family relations, civil law, family law, legal regime, principles of legal regulation, rights and interests of children.

Аннотация

В статье рассматриваются вопросы правового режима недвижимого имущества с точки зрения влияния на него семейных правоотношений. Анализируется понятие правового режима. Определяются особенности правового режима недвижимого имущества с позиции гражданского законодательства. В контексте семейно-правовых отношений определяются существующие семейно-правовые режимы имущества и анализируется влияние специфики семейно-правовых отношений и принципов их регулирования на правовой режим недвижимого имущества. Делается вывод о том, что семейные правоотношения усложняют правовой режим недвижимого имущества, что связано, в том числе, с необходимостью защиты прав и законных интересов малолетних и несовершеннолетних детей.

Ключевые слова: недвижимое имущество, семейные правоотношения, гражданское право, семейное право, правовой режим, принципы правового регулирования, права и интересы детей.

Постановка проблемы. Недвижимое имущество, принадлежащее на праве собственности членам семьи, занимает особое место в системе других объектов. Сегодня объекты недвижимости являются средством обеспечения не только семейно-бытовых, но и предпринимательских нужд семьи, средством получения прибыли, обеспечения благосостояния многих семей. В то же время, их включение в семейно-имущественный оборот привел к значительному усложнению правового режима, поскольку осуществление права собственности на такое имущество приобретает определенную специфику, а субъектный состав таких правоотношений может быть достаточно сложным.

Значение недвижимого имущества как объекта семейных правоотношений требует конкретизации его правового режима путем дальнейшего совершенствования национального законодательства в указанной сфере. Кроме того, мировой финансовый кризис привел к активному привлечению в гражданский оборот таких особых объектов, как объекты незавершенного строительства, объекты недвижимости в ипотеке и т. д. Вопросы специфики правового

режима данных объектов приобретают особое значение в ситуации раздела общей совместной собственности супругов.

Учитывая вышесказанное, следует признать существование сегодня потребности в теоретическом осмыслении правового режима недвижимого имущества в семейных правоотношениях.

Актуальность темы исследования обуславливается особым значением недвижимого имущества в семейных правоотношениях в обеспечении жизнедеятельности семьи.

Теоретической основой исследования стали труды таких известных ученых в области гражданского и семейного права, как: Ч.Н. Азимова, М.В. Антокольская, И.А. Бирюков, В.С. Гопанчук, А.И. Дерюшева, А.В. Дзера, Г.К. Матвеев, З.В. Ромовская, Ю.С. Червоний, Я.М. Шевченко, Г.Ф. Шершеневич, В.Ф. Яковлев и др.

Отдельно следует назвать исследования И.В. Жилинковой «Проблемы правового режима имущества членов семьи» (2000 г.) [1].

Цель статьи состоит в исследовании влияния семейных правоотношений на правовой режим недвижимого имущества, принадлежащего членам семьи.

Изложение основного материала. Недвижимое имущество всегда относилось к особым видам имущества. Тому есть несколько причин: значительная стоимость недвижимого имущества; возможность его использования в предпринимательской деятельности для материального обеспечения всей семьи; за счет такого вида недвижимого имущества, как жилье, обеспечивается соответствующее естественное право человека. Кроме того, недвижимое имущество несет особое психологическое напряжение для определенного круга лиц, принадлежащих к семье, в чем «проявляется биологическая (психоэмоциональная) связь человека с недвижимостью» [2, с. 16]. Н.П. Безрук, например, указывает, что для ребенка «формула» ребенок–родители–дом «определяет основу его благосостояния во всех сферах» [3, с. 20]. Действительно, когда речь идет, скажем, о «родительском доме», то в это вкладывается гораздо более содержательный смысл, чем когда просто упоминается определенное здание. Что касается супругов, то наличие собственного, отдельного от родителей, жилья, становится основой построения личной жизни по



своему усмотрению, собственного дома в широком смысле. Это подтверждается и социологическими исследованиями. Как указывает кандидат экономических наук, сотрудник Института демографии и социологических исследований им. Птухи Л.И. Слюсар, причиной около 15% разводов становятся материальные трудности, а около 5% разводов – неудовлетворительные жилищные условия [4].

Таким образом, несмотря на то, что подавляющее большинство авторов в качестве основы семьи выделяют личные неимущественные отношения, предоставляя имущественным зависимый, производный характер, нельзя недооценивать роль последних в семейных правоотношениях, поскольку «материальное – это то, чем обрамлена духовная сторона жизни семьи» [5, с. 21]. Неимущественные и имущественные отношения находятся под взаимным влиянием, не только создавая определенную семейную атмосферу, но и заставляя законодателя учитывать эту связь при регулировании семейных отношений.

Правовой режим недвижимого имущества всегда имел существенные особенности, чутко реагируя на любые изменения в жизни общества. Как отмечает А.С. Сурай, «каждый этап экономического развития общества определял понятие недвижимого имущества, жилого имущества, и вносил свои изменения в его структуру, виды и формы собственности, степень участия в хозяйственном обороте, закрепляя нововведения правовыми нормами» [6, с. 341]. А.С. Яворская выделяет следующие элементы, обуславливающие особый правовой режим недвижимости:

- 1) особый порядок приобретения права собственности на недвижимость;
- 2) особый порядок отчуждения недвижимости;
- 3) необходимость соблюдения соответствующей формы сделок, объектами которых выступает недвижимое имущество [7, с. 169].

Понятие правового режима в юридической литературе определяется по-разному.

Так, А.С. Родионов определяет правовой режим, как «установ-

ленный законодательством особый порядок регулирования, представленный специфическим комплексом правовых средств, которые с помощью оптимального сочетания стимулирующих и ограничивающих элементов создают конкретную степень благоприятности или неблагоприятности с целью беспрепятственной реализации субъектами права своих интересов» [8, с. 9]. С.С. Алексеев считает, что правовой режим может рассматриваться, как своего рода «укрупненный блок» в общем арсенале правового инструментария, который сочетает в себе единую конструкцию, определенный комплекс правовых средств. Эффективное использование правовых средств при решении тех или иных специальных задач в значительной степени заключается в том, чтобы выбрать оптимальный для решения определенных задач правовой режим, искусно отработать его в соответствии со спецификой этой задачи и содержания отношений, подлежащих регулированию [9, с. 243]. Таким образом, когда речь идет о правовом режиме недвижимого имущества в семейных правоотношениях, его следует рассматривать в общем контексте правового регулирования имущественных семейных отношений и существующих правовых режимов имущества в семейном праве.

С учетом указанного, удачным представляется определение В.И. Сенищева, который определяет правовой режим, как «совокупность всех положительно-правовых предписаний, содержащихся в императивных и диспозитивных нормах и основанных на них (или им не противоречащих) субъективно-правовых требованиях, существующих и действующих с точки зрения права, и в соответствующих случаях определяющих права, обязанности, разрешения, запреты и предписания абсолютно всех лиц относительно того предмета (явления), по отношению к которому они установлены» [10, с. 140].

Правовой режим устанавливается государством для осуществления правового воздействия на определенную группу общественных отношений. При нормальных обсто-

ятельствах установление особого правового режима должно способствовать такому оптимальному правовому регулированию отношений, которое позволяет надежно защитить соответствующие права и интересы, не создавая неоправданных препятствий для их реализации.

Когда речь идет о правовом режиме недвижимого имущества в семейных правоотношениях, мы имеем, во-первых, специфический предмет – недвижимое имущество, и, во-вторых, специфический субъектный состав – членов семьи. Таким образом, правовой режим недвижимого имущества в семейных правоотношениях может быть определен, как установленный законодательством порядок, определяющий права и обязанности лиц, являющихся субъектами семейных правоотношений, относительно недвижимого имущества, принадлежащего им или другим членам семьи на основаниях, установленных законом.

Характеристика правового режима недвижимого имущества в семейных правоотношениях требует его исследования в двух аспектах: гражданско-правовом и семейно-правовом (в частности, речь идет о необходимости соблюдения общих принципов семейного права, максимально возможного учета интересов ребенка, нетрудоспособных членов семьи, справедливости, добросовестности и разумности, а также особенностей правового режима недвижимого имущества).

Семейное законодательство Украины устанавливает два основных режима имущества в семейных правоотношениях – законный и договорной.

Законный режим имущества устанавливается Семейным кодексом Украины. Причем о законном режиме имущества речь идет только относительно двух видов семейных правоотношений: правоотношения супругов и правоотношения родителей и детей. В связи с этим следует упомянуть норму статьи 8 Семейного кодекса Украины, которая устанавливает, что в случае, если личные неимущественные и имущественные отношения между супругами, родителями и детьми, другими



членами семьи и родственниками не урегулированы СК, они регулируются соответствующими нормами Гражданского кодекса Украины, если это не противоречит существу семейных отношений.

Говоря о законном режиме имущества в семейных правоотношениях, следует также отметить роль правовых презумпций в таком регулировании. Презумпция в общем смысле определяется, как предположение, основанное на вероятности [11, с. 1105], положение, устанавливающее наличие фактов или событий без доказывания их существования, необходимость в которых возникает там, где при известных обстоятельствах невозможно достичь полного доказывания обстоятельств, а приходиться руководствоваться только вероятными выводами [12, с. 52]. Как отмечает Т.Л. Тенилова, на процесс формирования презумпции влияет повторяемость тех или иных жизненных ситуаций, причинно-следственная связь явлений, продолжительность существования и преемственность. В основе возникновения презумпции «находится такое качество времени, как повторяемость событий в качестве предположений о достоверности тех или иных юридических фактов. При этом считается, что если так было раньше, так же будет и сейчас» [13].

Что касается правовой презумпции, то она определяется, как закрепленное в законе предположение о существовании определенного факта, реальность которого считается истинной и не требует доказательств [11, с. 1105]; качество нормы права, которая включает в себя юридическую обязанность для лица, применяющего право, и других лиц признать факт, являющийся содержанием презумпции, установленным при наличии исходных, начальных фактов [14, с. 50]; законодательно закрепленное предположение о наличии или отсутствии юридических фактов, основанное на связи между ними и имеющимися фактами, которое подтверждается правоприменительной практикой и вызывает правовые последствия [15, с. 120].

В качестве примеров отдельных презумпций, касающихся правового

режима имущества в семейных правоотношениях, могут быть названы такие, касающиеся имущественных отношений супругов презумпции, как презумпция общности имущества супругов, приобретенного в период брака (ч. 2 статьи 60 СК) и презумпция согласия другого супруга на распоряжение имуществом, является объектом права общей совместной собственности (ч. 2 статьи 65 СК). Что касается имущественных отношений родителей и детей, то здесь действует презумпция права собственности родителей на спорное имущество (ч. 2 статьи 172 УК) и презумпция согласия одного из родителей на совершение другим сделок в отношении имущества малолетнего ребенка (ч. 6 статьи 177 СК).

Прямой указанием закона на правовой режим отдельных видов недвижимого имущества в семейных правоотношениях являются нормы статьи 57 СК Украины, относящие приватизированное жилое помещение и приватизированный земельный участок к личной частной собственности жены, мужа. В то же время необходимо учитывать, что статья 59 СК устанавливает, что тот из супругов, кто является собственником имущества, определяет режим владения и пользования им с учетом интересов семьи, прежде всего детей, а при распоряжении своим имуществом жена, муж обязаны учитывать интересы ребенка, других членов семьи, которые в соответствии с законом имеют право пользования им.

Относительно договорного режима имущества в семейных правоотношениях, следует напомнить, что он является достаточно новой сферой правового регулирования. Ранее императивный характер советского семейного права практически исключал возможность урегулирования семейных отношений соответствующими договорами.

Принятый 10 января 2002 Семейный кодекс Украины в статье 7 установил, что семейные отношения могут быть урегулированы по договоренности (договором) между их участниками. Причем, как при законном, так и при договорном регулировании семейных отноше-

ний должны придерживаться установленных этой же статьей общих принципов регулирования семейных отношений.

Возможность урегулирования семейных отношений посредством договоров в полной мере отвечает специфике семейных отношений. Семейное законодательство не содержит ограничений ни относительно членов семьи, которые могут быть сторонами семейно-правовых договоров, ни относительно самих договоров, которые могут быть заключены между собой членами семьи. В то же время Семейный кодекс содержит нормы, устанавливающие отдельные виды договоров членов семьи относительно недвижимого имущества: договор жены и мужа о порядке пользования жилым домом, квартирой, другим зданием или сооружением, земельным участком (статья 66 СК); договор о разделе жилого дома, квартиры, другого недвижимого имущества, а также о выделении недвижимого имущества жены, мужа из состава всего имущества супругов (ч. 2 ст. 69 СК); договор супругов, лиц, брак между которыми был расторгнут, о прекращении права на содержание взамен на приобретение права собственности на жилой дом, квартиру или другое недвижимое имущество или получение одноразовой денежной выплаты (статья 89 СК); договор о прекращении права на алименты для ребенка в связи с передачей права собственности на недвижимое имущество (жилой дом, квартиру, земельный участок и т. д.) (ст. 190 СК). Относительно заключения таких договоров законодательством устанавливаются особые условия.

Национальное законодательство устанавливает также ряд общих ограничений относительно сделок с недвижимым имуществом, направленных, главным образом, на защиту прав детей. Так, в соответствии с ч. 2 статьи 32 Гражданского кодекса Украины на совершение несовершеннолетним лицом сделок относительно недвижимого имущества должно быть письменное нотариально заверенное согласие родителей или попечителя, а также разрешение органа опеки и попечительства. Ч. 3



статьи 177 Семейного кодекса Украины устанавливает, что родители могут дать согласие на заключение несовершеннолетним ребенком договоров, подлежащих нотариальному заверению и (или) государственной регистрации, включая договор про раздел или обмен жилого дома, квартиры, только с разрешения органов опеки и попечительства.

Выводы. Правовой режим недвижимого имущества в семейных правоотношениях может быть определен, как установленный законодательством порядок, определяющий права и обязанности лиц, являющихся субъектами семейных правоотношений относительно недвижимого имущества, принадлежащего им или другим членам семьи на основаниях, установленных законом.

Определяя правовой режим недвижимого имущества в семейных правоотношениях, следует принимать во внимание всю совокупность правовых норм, как семейно-правовых относительно правового режима имущества в семейных отношениях в целом, так и тех, которые непосредственно касаются именно недвижимого имущества, а также гражданско-правовых норм, регулирующих порядок приобретения, осуществления и прекращения прав на недвижимое имущество. Указанная задача в значительной степени осложняется необходимостью учета всего разнообразия семейных связей и влияния на регулирование семейных отношений общих принципов семейного законодательства, в частности, по защите прав и интересов ребенка, а также нетрудоспособных членов семьи.

Список использованной литературы:

1. Жилинкова И.В. Проблемы правового режима имущества членов семьи : дисс. ... на сниск. учен. ст. док. юрид. наук : спец. 12.00.03 – «Гражданское право и гражданский процесс; семейное право; международное частное право» / И.В. Жилинкова. – Харьков, 2000. – 407 с.
2. Аврамова О.Е. Поняття та класифікація житлової нерухомості / О.Е. Аврамова // Форум права. – 2012. – № 1. – С. 15-19.
3. Безрук Н.П. Соотношение жилищных прав ребенка с правами на совместное проживание с родителями и на место жительства / Н.П. Безрук // Вестник Уральского института экономики, управления и права. – 2008. – № 5. – С. 20-30.
4. Украина–2013: итоги года. Страна на третьем месте в Европе по количеству разводов, 2014. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://nbnews.com.ua/ru/tema/109318/>.
5. Ромовська З.В. Україна творить європейське сімейне право / З.В. Ромовська // Право України. – 2013. – № 10. – С. 9-29.
6. Сурай А.С. Историчний розвиток теорій та понятійної бази дефініції «нерухоме майно» / А.С. Сурай // Збірник наукових праць Черкаського державного технологічного університету. // Серія: Економічні науки. – 2009. – № 24. – С. 340-343.
7. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В.М. Коссака. – К. : Істина, 2004. – 976 с.
8. Родионов О.С. Механизм установления правовых режимов российским законодательством : автореф. дисс. на стиск. учен. ст. канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / О.С. Родионов. – Саратов, 2001. – 32 с.
9. Алексеев С.С. Теория права / С.С. Алексеев. – М. : Издательство БЕК, 1995. – 320 с.
10. Сенчищев В.И. Объект гражданского правоотношения / В.И. Сенчищев // Актуальные вопросы гражданского права [под ред. М.И. Брагинского]. – М. : Статут, 1998. – 354 с.
11. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / [Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел]. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2007. – 1736 с.
12. Энциклопедический словарь. Т. XXV (49) : Прага – СПб. : [Ф.А. Брокгауз и И.А. Ефрон], 1898. – 958 с.
13. Тенилова Т.Л. Правовые презумпции в пространстве и времени / Т.Л. Тенилова // Юридическая техника, 2010. – № 4. – С. 530-535.
14. Цуканов Н.Н. Правовые презумпции в административной деятельности милиции : Дисс. ... к. ю. н. : 12.00.14 / Н.Н. Цуканов – Омск, 2001. – 205 с.
15. Зуев Ю.Г. Правовые презумпции, их место и роль в проекте Уголовного кодекса / Ю.Г. Зуев. – М., 1994. – 218 с.



ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРАВ ДИЗАЙНЕРОВ В США

Вера ТОКАРЕВА,

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права
Национального университета «Одесская юридическая академия»

Summary

The article is devoted to issues of protection of designers' rights and contention against copying in the United States fashion industry. The regulation and protection of designers' rights and fashion industry by Copyright Law is relevant and caused by increasing numbers of copied goods in USA and around the world. The viewpoints of supporters of legal regulation and protection fashion industry by Copyright Law are discussed. Arguments justifying non expediency of regulation and protection of fashion industry by Copyright Law are analyzed.

Key words: intellectual property law, copyright law, counterfeiting products, design protection and piracy prevention, piracy paradox.

Аннотация

Статья посвящена вопросам защиты прав дизайнеров и борьбой с копированием в отрасли индустрии моды в США. Регулирование прав дизайнеров и защиты объектов дизайна индустрии моды нормами авторского права является актуальным и обуславливается растущим количеством и скоростью, с которой копируются товары в США и во всем мире. Рассмотрены точки зрения сторонников регулирования и защиты объектов дизайна индустрии моды нормами авторского права. Проанализированы аргументы, обосновывающие нецелесообразность регулирования и защиты объектов дизайна индустрии моды нормами авторского права.

Ключевые слова: право интеллектуальной собственности, авторское право, контрафактная продукция, защита прав дизайнеров, парадокс пиратства.

Постановка проблемы.оборот товаров в отрасли индустрии моды составляет примерно \$ 250 млрд. в США и \$ 700 млрд. по всему миру. Размер такого оборота свидетельствует о существенном социально-экономическом значении данной отрасли промышленности в мире. Развитие и процветание индустрии моды в значительной степени происходит благодаря творчеству и новым идеям модельеров и дизайнеров. Несмотря на существенное значение интеллектуальной собственности для создания и реализации товаров в отрасли индустрии моды, деятельность модельеров и дизайнеров не обеспечивается механизмом защиты авторских прав, которыми пользуются художники, писатели и музыканты в США. Такая ситуация обусловлена тем, что по закону США «Об авторском праве» одежда относится к такой категории, как «полезный товар», когда уникальные конструктивные особенности товара нельзя отделить от их функциональных возможностей, в связи с чем авторам объектов дизайна в отрасли индустрии моды не обеспечивается механизм защиты их прав данным законом.

Актуальность темы исследования обуславливается тем, что вопросы, возникающие вследствие копирования объектов дизайна в индустрии моды и защиты прав дизайнеров, не становились предметом исследований отечественных ученых.

Проблемам защиты прав дизайнеров в отрасли индустрии моды США посвящен ряд научных работ таких американских ученых, как: К. Ростэл, К. Спригман и других. Тем не менее, защита прав дизайнеров в отрасли индустрии моды не становилась предметом исследования отечественных ученых, в связи с чем привлекает интерес изучение опыта решения этого вопроса в США.

Целью и задачей статьи является исследование вопросов, касающихся копирования объектов дизайна в индустрии моды и защиты прав дизайнеров.

Изложение основного материала.Отсутствие действенного механизма защиты прав дизайнеров в области индустрии моды привело к возникновению сегмента «быстрой моды», когда такие компании, как Zara, Forever 21 и Urban Outfitters, производят копии товаров дорогих мировых брендов, которые появляются на рынке в течение нескольких недель с момента представления оригинала на подиумах мира без наступления для них каких-либо правовых последствий.

Одним из таких примеров можно привести толстовки, производимые компанией Urban Outfitters осенью 2010 года, которые выглядели невероятно похожими на толстовки, ранее представленные брендом Proenza Schouler. Единственное отличие заключается в том, что средняя стоимость товаров

бренда Proenza Schouler составляют \$ 1500, а стоимость Urban Outfitters – \$ 48 [1]. Для тех, кто постоянно следит за новостями в отрасли индустрии моды, довольно легко прийти к выводу, что товары, производимые компаниями из более дешевого сегмента, выглядят идентично производимым мировым брендам.

Кристина Бинкли описывает в своей статье ситуации о том, как товары с этнической тематикой дизайнеров, не известных широкому кругу потребителей, становятся объектом копирования крупных компаний одежды, производятся из материалов низкого качества и продаются по низкой цене, что влияет на снижение спроса на оригинал [2].

Следует признать, что производители одежды находятся в постоянном поиске новых идей, которые можно было бы реализовать в массовом производстве товаров. Веб-сайты, каталоги и выставки, где новые дизайнеры представляют свои товары для прессы и розничных покупателей, являются одним из источников новых идей. По утверждению Майкла Хеймболда, партнера юридической фирмы Steptoe & Johnson, представлявшего в судах интересы клиентов, обвиненных в копировании, презентации и шоу новых коллекций зачастую посещают покупатели, исключительной целью которых является дальнейшее копирования представленных моделей и



воссоздание их в своем производстве. Отслеживание виновника, который копирует конструкцию, является достаточно сложным, потому что дизайнеры постоянно находятся в поиске новых источников для вдохновения и интерпретируют давно известные мотивы, такие как древние символы и военная тематика. Палантин с изображением хамсы (руки Фатимы) становится исключительным и особенным товаром не благодаря изображению на нем символа, а из-за сочетания таких свойств, как местоположение и размер символа, выбора цвета ткани, наличия таких деталей, как бахрома и кисти [2]. Зачастую товары являются настолько похожими, что определить крайне сложно, действительно ли один из них является копией другого товара или создан независимо от него.

В связи со сложившейся ситуацией, в США достаточно долгое время проводятся попытки введения правового регулирования прав дизайнеров и обеспечения защиты их прав, согласно норм авторского права.

Одной из попыток объединить дизайнеров в борьбе с нарушителями прав интеллектуальной собственности в США была договоренность о создании в 1930 году частной организации Гильдии создателей моды, которая объединила американских дизайнеров и принудила около 12 000 магазинов и универмагов, которые были членами Гильдии, не продавать копии по стране. Если розничный продавец продавал товар, нарушающий права интеллектуальной собственности, то он получал «красную карточку», и это сигнализировало для других производителей о его бойкоте, а именно запрете на заключение с ним каких-либо сделок.

Гильдия создателей моды просуществовала в течение нескольких лет, прежде чем начала сталкиваться с внутренними конфликтами, обвинениями в нарушении антимонопольного законодательства, и после ряда судебных процессов в 1941 году прекратила свою деятельность.

После прекращения существования, бывший глава Гильдии М. Рентнер начал лоббировать в Конгрессе США законопроекты, расширяющие действие норм авторского права на объекты дизайна в отрасли индустрии моды, заявляя, что неспособность обеспечить

такую защиту приводит к тому, что копирование причиняет значительные убытки данной отрасли промышленности [3].

Тем не менее, усилия М. Рентнера были возрождены в 2006 году конгрессменом Б. Гудлейтом, который внес в Конгресс США законопроект «О предотвращении копирования конструкций (дизайна)». Прогнозы М. Рентнера относительно потери рабочих мест из-за копирования (он предусматривал потери 500 000 рабочих мест ежегодно), были обновлены Б. Гудлейтом, и по его расчетам уже составили 750 000 рабочих мест ежегодно. Однако законопроект не был принят.

Последней законодательной инициативой по обеспечению защиты прав дизайнеров и предотвращению пиратства стал представленный в сенате США сенатором Ч. Шумером законопроект «О защите инновационного дизайна и предотвращения пиратства», принятие которого поддерживается такими торговыми организациями США, как Американская ассоциация одежды и обуви и совет модных дизайнеров Америки, которые наряду с многочисленными учеными утверждают, что нашли консенсус по вопросу правового регулирования прав дизайнеров и инновационного дизайна.

Данным законопроектом предлагается предусмотреть понятие дизайна одежды, как общего вида товара, который включает орнамент и оригинальные элементы, расположения элементов, если эти элементы являются результатом собственных творческих стремлений дизайнера и внедряют уникальный, яркий, нетривиальный, не утилитарный вариант по сравнению с предыдущими конструкциями схожих типов товаров. Следует отметить, что для того, чтобы дизайн одежды получил защиту в соответствии с законопроектом, он должен быть представлен общественности публично, после чего не требуется регистрации. Законопроект рассматривает под определением дизайна одежды широкий круг товаров, от собственно одежды, в том числе сумок, кошельков и оправы для очков. Обеспечение защиты авторских оригинальных моделей дизайна предлагается в течение трех лет и не распространяется на товары, которые находятся в государственной собственности. Сле-

довательно, порог для признания дизайна товаров уникальным достаточно высок для обеспечения защиты прав, согласно законопроекту [3].

В соответствии с положениями законопроекта, истец, который заявляет о нарушении своих прав, должен доказать, что разработанный им дизайн одежды обеспечивает уникальный, яркий, нетривиальный и не утилитарный вариант, по сравнению с предыдущими конструкциями, и был скопирован ответчиком без его согласия, является «в сущности идентичным» оригиналу, может быть ошибочно принят потребителями за защищенный оригинал, привести факты и обстоятельства, указывающие, что ответчик мог увидеть или иным образом получить сведения о защищенном дизайне [4].

Ответчика признают виновным, если будет установлено, что его товар существенно идентичен общему внешнему виду и элементам защищенного оригинального дизайна, и настолько похож визуально, что, вероятно, может быть ошибочно принят за защищенный оригинальный дизайн, а копия будет содержать тривиальные не существенные различия в элементах дизайна. Согласно законопроекту «О защите инновационного дизайна и предотвращения пиратства» допускается создание товаров, которые являются результатом независимого творчества, или в единичном количестве для непосредственного личного использования создателем или членами его семьи [4]. Для признания товаров идентичными не требуется наличие в скопированном объекте конкретного цвета, комбинации цветов, графического изображения, который повторял бы изображение на оригинальном товаре.

Следует признать, что принятие законопроекта станет значительным достижением для компаний, лоббирующих в течение длительного времени защиту прав дизайнеров в отрасли индустрии моды и инновационного дизайна США.

Сторонники принятия законопроекта «О защите инновационного дизайна и предотвращения пиратства» утверждают, что он призван устранить экземпляры прямого копирования и защитить права дизайнеров, создающих оригинальные новые объекты, и никоим образом негативно не отразится на



деятельности независимых молодых дизайнеров, которые смогут продолжать производить оригинальные и инновационные объекты дизайна.

Принятие законопроекта должно повлиять на деятельность компаний, копирующих дизайн с товаров мировых брендов, и такая деятельность должна стать незаконной в США. Так, незаконным должно стать производство одежды массовых брендов, производящих по более низкой цене и качеству копии одежды дорогих брендов, как, например, это осуществляет в настоящее время компания АВС Аллен Шварц, копируя платья Веры Вон. Подобное копирование станет основанием для обращения в суд за защитой нарушенных прав [1].

Вместе с тем, принятие законопроекта не исключает возможности создавать одежду в домашних условиях, делать копии желаемых товаров для личного пользования без опасения быть обвиненным в нарушении закона.

Также можно с уверенностью утверждать, что принятие законопроекта приведет к повышению издержек производства в индустрии моды, которые будут нести потребители в виде бремени более высоких цен [1].

Тем не менее, позиция, относительно целесообразности правового регулирования прав дизайнеров и обеспечения защиты их прав согласно норм авторского права, не является общепринятой, и выдвигаются позиции, что индустрия моды не нуждается в правовом регулировании, а копирование не только не составляет опасности для индустрии, а является «естественным следствием моды»

Контраргументы относительно необходимости принятия законопроекта приводятся профессорами К. Ростэлом и К. Спригманом, которые рассматривают в своих статьях феномен «последователей красной дорожки», а именно компании, которые рекламируют свои товары, как средство обеспечения «бюджетного шика», и быстро производят копии яркой и недорогой одежды, надетой на церемонии и представленной на шоу. Такая практика в соответствии с ныне действующим законодательством США является законной [3].

По определению профессоров, копирование в индустрии моды имеет

скрытые преимущества. Производству товаров в данной отрасли свойственен непрерывный цикл, в котором тенденции сменяют друг друга. Свободное копирование модных или примечательных товаров приводит к насыщению рынка актуальной тенденцией, сигнализирующей потребителям о необходимости приобрести более актуальный новый товар, который позволит потребителю стать более уникальным, что соответственно вызывает еще более быструю смену тенденции.

Уникальный эффект копирования выражается в том, что большее производство товара определенного дизайна создает больший спрос на товар с новым неповторимым дизайном, так как вновь произведенный аналогичный товар теряет свою актуальность. Итогом являются увеличение роста продаж товаров.

Эффект копирования в индустрии моды, по мнению профессоров, заключается в том, что копирование приводит к росту спроса на новые модные конструкции, так как старые конструкции уже были скопированы и перестают быть уникальными, что в итоге приводит к росту объемов продаж товаров. Профессоры К. Ростэл и К. Спригман называют такой удивительный эффект «парадоксом пиратства» [5].

По определению профессоров, парадокс пиратства объясняет, почему мода осталась в стороне и, так сказать, оказалась под иммунитетом от устойчивого усиления защиты прав интеллектуальной собственности. В течение последних 50 лет существовала постоянная тенденция к усилению защиты прав интеллектуальной собственности, которая осуществлялась правительствами большинства государств в мире. Отрасль модной индустрии оставалась все это время в стороне от данной тенденции.

По мнению профессоров К. Ростэлом и К. Спригманом, законопроекты, которые призваны обеспечить защиту прав дизайнеров в индустрии моды, являются ненужными и неразумными. Так, именно благодаря свободному и неограниченному копированию американская индустрия моды процветает последние 70 лет. Тем не менее, дизайнеры, чьи товары копируются, довольны подобной ситуацией и поддерживают принятие законопроекта,

указывая на скорость, с которой компании – «последователи красной дорожки», как Forever 21 Faviana и ZARA, копируют их объекты дизайна. Но в то время, как отдельные случаи причинения вреда копированием, безусловно, существуют, без предъявления четких и аргументированных доказательств систематического нанесения вреда копированием модных конструкций обеспечить защиту в судебном порядке по законопроекту не представляется возможным [3].

Расширение действия норм авторского права на объекты дизайна в индустрии моды, по мнению оппонентов, приведет к тому, что дизайнеры начнут борьбу за установление того, кто первый представил объект дизайна или тенденцию. Кроме того, затраты на представление интересов в суде являются значительными для компаний, которые могут обратиться к адвокатам, а для молодых дизайнеров затраты на судебные издержки и представительство в суде вообще будет непосильным и даже фатальными. К тому же, в отрасли, где все идеи уже реализованы, создание монополии модного дизайна приведет к значительному количеству судебных исков.

Следующий аргумент против правового регулирования прав дизайнеров и обеспечения защиты их прав согласно норм авторского права заключается в том, что потребители получают существенные преимущества от свободного копирования в индустрии моды. Благодаря копированию последние тенденции становятся доступными для всех слоев населения, а потому копирование играет существенную роль в демократизации индустрии моды.

По мнению профессоров К. Ростэла и К. Спригмана, в индустрии моды не существует недостатка инноваций, а тысячи дизайнеров в своих студиях заняты созданием новых товаров и проектов, копированием и интерпретацией друг друга, и это является естественным свойством индустрии моды.

Можно отметить, что копирование действительно имеет пользу, тем не менее, дизайнер, чья одежда копируется, несет значительные расходы из-за копирования его идей и моделей в виде потерянных доходов, в то же время другие бренды, которые его копируют, получают преимущества в виде дохо-



дов, именно это обстоятельство и ведет к попыткам внести изменения в законодательство США об авторском праве в целях обеспечения защиты прав дизайнеров.

Относительно формулировок и недостатков законопроекта «О защите инновационного дизайна и предотвращения пиратства», то по утверждению американских ученых, только по истечении времени можно будет определить, действительно ли принятие законопроекта сможет обеспечить защиту прав дизайнеров, повысить уровень инновационного дизайна или же наоборот, станет сдерживающим фактором для проявления творчества в отрасли.

Вывод. Учитывая вышеизложенное, следует отметить, что вопрос правового регулирования прав дизайнеров в индустрии моды и обеспечения защиты их прав согласно норм авторского права в США вызывает ряд вопросов и нерешенных разногласий, что вызывает необходимость проведения дальнейших исследований и анализа аспектов в данной сфере.

Список использованной литературы:

1. The IDPPPA – Is The Third Time A Charm? Columbia Business Law Review [Электронный ресурс] – Режим доступа : <http://cblr.columbia.edu/archives/11357>.
2. Binkley C. The Problem With Being a Trendsetter. [Электронный ресурс] – Режим доступа : <http://online.wsj.com/>.
3. Raustiala K. Should Fashion be Protected by Copyright Laws? Kal Raustiala, Chris Sprigman. [Электронный ресурс] – Режим доступа : <http://freakonomics.com/2010/03/12/should-fashion-be-protected-by-copyright-laws-a-guest-post/>.
4. Alexis N. Stevens Not Designed to Fit: Why the Innovative Design Protection and Piracy Prevention Act Should Not Be Made into Law 32 Pace L. Rev. 856 (2012). [Электронный ресурс] – Режим доступа : <http://digitalcommons.pace.edu/plr>.
5. Raustiala K. The Piracy Paradox : Innovation and Intellectual Property in Fashion Design. Kal Raustiala, Chris Sprigman. [Электронный ресурс] – Режим доступа : <https://www.law.virginia.edu/>.

АЛЬТРУИЗМ В ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЕ

Александр ФЕЛЬДМАН,

кандидат философских наук, докторант кафедры философии
Харьковского национального педагогического
университета имени Г.С. Сковороды

Summary

In the article altruism is examined as humanistic and social and value of legal culture. It is underlined that altruism which is a part of man's nature and constituent of his practices, serves as a kind of ideal in modern society, is a guideline for a legislation and social practice of the states. In the field of rights altruism assists the processes of integration of social groups and individuals, regulation of social relations, appearance of new humanistic oriented forms of public relations. In the article mechanism of regulation of legal relationships, thoughts and conducts of society members, is analysed on basis of „creative altruism” Sorokin's theory. On the basis of religious and anthropological approach altruistic senses of judaic understanding of rights are emphasized.

Key words: legal culture, altruism, society, personality, natural right, value, humanism, cultural variety.

Аннотация

В статье альтруизм рассматривается, как гуманистическая и социальная ценность правовой культуры. Альтруизм, который является частью природы человека и составляющей его практик, в современном обществе служит своего рода идеалом, является ориентиром для законодательства и социальной практики государств. В сфере права альтруизм способствует процессам интеграции социальных групп и индивидов, регуляции социальных отношений, появлению новых гуманистически ориентированных форм социальных отношений. В статье механизм регуляции правоотношений, мышления и поведения членов социума проанализирован на основе теории «созидательного альтруизма» (creative altruism) П. Сорокина. На основе религиозно-антропологического подхода акцентируются альтруистические смыслы иудейского права.

Ключевые слова: правовая культура, альтруизм, общество, личность, природное право, ценность, гуманизм, культурное многообразие.

Постановка проблемы. Построение правового государства, гражданского общества и появление национальных правовых систем напрямую связаны с альтруизмом, как исходным этическим принципом права. Правовая культура представляет собой социальное явление, качественно характеризующее сознание как отдельной личности, социальных групп, так и общества в целом. На процесс развития права, который отражает сложную динамику общественного развития, оказывали влияние альтруистически ориентированные практики.

Актуальность темы. Правовая культура отображает реально существующее общество во всем его конкретном культурном многообразии. Современная переориентация содержания права на сохранение национально-культурной идентичности, гуманистический аспект нуждается в новой мировоззренческой парадигме. Государственное право должно учитывать природные законы жизни людей и ориентироваться на гуманистическое

содержание их практик. Поэтому на сегодняшний день можно считать закономерным то внимание, которое следует уделить альтруизму как в личном, внутригосударственном масштабе, так и в перспективе мирового сообщества.

В последнее время происходит ориентация философско-правовой науки на изучение антропных свойств права и государства. Мощный импульс подобным антропологическим исследованиям был дан проведением в августе 1997 года в Москве на базе Института этнологии и антропологии XI Международного конгресса по естественному праву и правовому плюрализму международного союза антропологических и этнологических наук [1]. Антропологизация происходит и в современной украинской философии и общей теории права. В условиях становления и развития национального правового государства, реформирования формы правления в Украине работы А. Гельмана, Д. Гудимы, Ю. Калиновского, В. Костицкого, А. Святоцкого, П. Рабиновича и других ученых способствова-



ли формированию антропологического измерения современной юриспруденции, что стало серьезным вкладом в развитие представлений о гуманистических и альтруистических ориентирах права, основанных на идеологии прав человека, как высшей социальной ценности. Большой раздел философии права посвящен проблеме человека в контексте анализа условий и особенностей ее существования. Эта часть – экзистенциальная философия права – затрагивает такие проблемы, как ситуативное поведение человека, его выбор и решения в контексте свободы и принуждения и т. п. Однако в трудах современных ученых недостаточно уделено внимания правовым механизмам усиления альтруизма в обществе.

Целью статьи является анализ альтруистического измерения правовой культуры.

Изложение основного материала исследования. Понятия «правовая культура» и «правовая система» не являются тождественными, так как в первом акцентируется ценностный смысл, а во втором отображается институциональная структура общества. Поэтому можно согласиться с украинским ученым М. Максимовым, что правовая культура – это, прежде всего, момент ценностей и идеалов. Хотя, безусловно, эти ценности и идеалы воплощаются в правосознании, деятельности субъектов права, правовых текстах и процедурах [2, с. 16]. Итак, ценностные феномены объективно являются составной частью правовой культуры. И это объяснимо, поскольку участниками правоотношений выступают моральные субъекты, для реализации целей, потребностей и интересов которых существуют институты права. Генетическое родство правового и морального регулирования коренится в самих основах человеческого бытия – унифицированных ценностях духовной человечности, имеющих особую моральную природу и сконцентрированных в общечеловеческих элементарных этических требованиях, императивах. Признанный теоретик концепции социального порядка Т. Парсонс определяет ценности, как комплексы символических стандартных образцов культуры, обладающие нормативным значением. Именно с помощью системы культурных ценностей и норм образуется порядок в обществе,

при этом нормы и правила, чтобы быть легитимными, должны соотноситься с культурными ценностными образцами. Т. Парсонс пишет: «Ценности занимают ведущее место, поскольку они – не что иное, как представление о желаемом типе социальной системы, и именно они регулируют процессы принятия субъектами действия определенных обязанностей». В свою очередь основной функцией норм является интеграция социальной системы, следовательно, они конкретные и специализированные по отдельным социальным институтам и типам социальных ситуаций [3]. Добавим также, что С. Максимов называет ценности «системообразующим элементом правовой реальности» [4, с. 277]. Итак, именно с помощью системы культурных ценностей и норм образуется порядок в обществе, однако, чтобы нормы и правила были легитимными, они должны соотноситься с культурной матрицей общества, с культурными ценностными образцами. Особенностью альтруизма, как и других гуманистических ценностей (справедливости, достоинства, чести, свободы и т. д.), является антропогенный характер. Альтруизм также связан с такими ценностями и чувствами, как терпимость (к взглядам и мнениям других, умение прощать другим их ошибки и заблуждения), обостренное восприятие справедливости, готовность к солидарности, самопожертвованию, забота, чуткость. Как составляющая правовой культуры, альтруизм объективируется в нескольких формах. Первой и определяющей формой объективации является интеграция под влиянием права социальных групп, сообществ и их взаимодействие с целью реализации через человеческую деятельность всей совокупности прав и свобод личности. Второй формой является солидаризация, согласование социального поведения людей на основе их осознанного выбора способа поведения, исходя из их естественных прав и свобод. Третьей формой выступает регуляция социальных отношений. При этом имеется в виду не принуждение, а социальное стимулирование гуманистически ориентированных форм общественных отношений, упорядочение того, что уже испробовано общественной практикой, как социальная и гуманистическая ценность.

Общеизвестно, что человек начинает свое бытие в мире, как биологический организм. Эгоизм и альтруизм, как базовые модели поведения людей, имеют генетическое основание, коренятся в биологической природе. Если рассматривать человека только как биологический феномен, то эти проявления инстинкта жизни присущи человеку, как и представителям животного мира. Однако в обществе совместная жизнь индивидов не может координироваться только биологическими инстинктами, которые являются устойчивой и однообразно направленной, врожденной схемой поведения. Природные склонности человека, как «неустойчивого существа» с разрушенной системой инстинктов, его недостаточность и незавершенность, неприспособленность к выживанию на основе биологических задатков требуют совершенствования и многосторонней корректировки путем нормативной организации поведения, определением мировоззренческих, нравственных и правовых ориентиров, которые являются следствием и важнейшим элементом морально-правовой культуры. Так, в процессе развития человек становится частью социума и осознает необходимость руководствоваться определенными ценностями и правилами поведения. В этом аспекте можно отметить, что П. Кропоткин считал, что именно «закон взаимопомощи, справедливости и самопожертвования» лежит в толковании правомерного поведения: правовая поддержка и помощь, обостренное чувство справедливости и готовность к самопожертвованию ради отстаивания интересов морали и права [5, с. 17].

Зарождение правовой культуры общества исследователи связывают с эпохой «неолитической революции». Альтруизм, сформировавшийся еще до появления права, предлагал определенные образцы поведения, определял сферу действия правовых регулятивных возможностей, устанавливал возможный выбор средств и путей, которые обеспечивали соответствующее действие правовых норм в реальном мире. В процессе историко-культурного развития происходило расширение естественной, ментальной склонности к состраданию, любви к ближнему, формировались и закреплялись социальные и правовые нормы альтруи-



стического поведения, формировалось альтруистическое измерение правовой культуры. Такое культурное влияние воплощалось в нравственных и правовых институтах, которые, вбирая в себя соответствующие альтруистические импульсы смыслов культуры, одновременно устанавливали их релевантность и общественную значимость.

Итак, альтруизм, который относился к базовым человеческим потребностям и ценностям, изначально осуществлял функцию правового регулирования. Однако впоследствии уже в правовом обществе взаимосвязь между правом и альтруизмом существовала и в другом направлении: не только требование усиления альтруизма влияло на право, но и право осуществляло обратное влияние, так как являлось конститутивным и формообразующим фактором общественной действительности и сознания, социально-преобразующей силой, которая оказывала значительное влияние на активно-творческую деятельность людей, их мировоззрение, идеалы.

Социальное измерение альтруизма не отрицает биологическое. Наоборот, биологическое содержание альтруизма в процессе человеческого развития под влиянием социального обогащается духовным. Как уже подчеркивалось, в ходе исторического развития формирование основных правовых понятий и категорий, принципов права и правосудия способствовало расширению и социальному укоренению альтруистически ориентированных практик и поведения. Добавим также, что через восприятие и переосмысление правовых ценностей, наряду с альтруизмом, общества формировалась альтруистическая культура личности. Ведь в реальности право тесно связано с самой человеческой личностью, ее природой, особенностями и назначением, поэтому в определении содержания права, обосновании его законов и норм необходимо исходить из антропологического принципа. Как утверждал Г.-В.-Ф. Гегель, «... разумные те законы и нормы права, государственные устройства, которые соответствуют природе человека, понятию человека, свободе» [6, с. 385].

Отметим, безапелляционное восприятие правовых норм даже альтруистического содержания может

становиться причиной механической зависимости социального субъекта от политико-правовых институтов, которые он сам создал, а как следствие – у субъекта может появиться социальное отчуждение. И тогда, по мнению Э. Фромма, стремясь к правовому самопознанию, самосознанию в правовом поле, социальный субъект «парадоксальным образом отрекается от правовой свободы и ищет возможности подчинить себя власти права беспрекословно и окончательно» [7, с. 11]. Поэтому правовые смыслы общества должны находить подтверждение в альтруистических смыслах индивида, то есть в совокупности представлений, взглядов, чувств, в которых выражен альтруистический принцип «жить для других» и «вместе с другими». Таким образом, взаимосвязь и взаимообусловленность права и альтруизма проявлялось на двух уровнях: правовой культуры общества и правовой культуры личности. Абсолютной социальной мерой юридических норм и установок является естественное право. Здесь невозможно не согласиться с мнением известного философа права Р. Ципелиуса, что естественным источником государства и его главного закона должна быть воля народа, а единственным, что, с одной стороны определяется предписанием, а с другой – может действовать, как естественная причина права, является его волевая деятельность [8, с. 25]. В противном случае беспрекословное подчинение воле государства (требованиям позитивного права) способствует, по выражению П. Сорокина, возникновению «заорганизованных, автоматизированных индивидов» [9, с. 7].

Для понимания механизма регуляции правоотношений, мышления и поведения членов социума можно обратиться к теории «созидательного альтруизма» (creative altruism) П. Сорокина. По мнению русско-американского ученого, только социум способен производить «значение, нормы и ценности», которые отображаются в правовом сознании членов общества [9]. Можно сказать, что представление об альтруизме вырабатывает общество, а потом человек «попадает в плен» этих представлений, которые санкционируются в правовом сознании, как «поло-

жительные» требования правильного (надлежащего) в юридическом смысле поведения.

«Сорокинское» определение альтруизма позволяет охватить широкий круг просоциальных явлений. При этом подход исследователя к альтруизму основан на градации: он выделяет предельно минимальный и подлинный альтруизм. Минимальная степень альтруизма имеет место тогда, когда индивид, осуществляя свои законные права и выполняя свои законные обязанности, не наносит вреда и не нарушает права и обязанности других индивидов. Строго говоря, такая форма предписанного поведения является промежуточной: не будучи ни эгоистической, ни по-настоящему альтруистической, она ограничена юридическими нормами и санкциями за их нарушение и не содержит в себе элементов самопожертвования. Подлинный альтруизм начинается тогда, указывает П. Сорокин, когда этот минимальный уровень преодолевается. В этом случае человек свободно жертвует своими законными интересами в пользу другого, воздерживается от причинения вреда другому, даже если законное право дает ему возможность это сделать, и оказывает помощь в различных ситуациях, хотя ни один закон не требует от него таких действий [10, с. 58-59]. Такая концепция созидательного альтруизма получает широкое философско-методологическое обоснование. Альтруизм как выражение добра неразрывно связан, по мнению П. Сорокина, с другими базовыми категориями человеческого бытия – истиной и красотой. Вместе они образуют триединство истины, добра и красоты. Поэтому достижение одной ценности всегда идет бок о бок с развитием другой (в связи с этим еще раз обратим внимание на взаимосвязь интегрализма и альтруизма). По П. Сорокину, подлинный альтруизм всегда сопряжен с достижением других ценностей и добродетелей. Он проявляется не только идейно или на уровне речевых реакций, а всегда носит деятельный характер. Правовое поведение П. Сорокин разделяет на надлежащее, неразрешенное и рекомендуемое [9, с. 57]. Каждый из этих типов поведения на морально-правовой основе можно определить, соответственно,



как правомерное, противоправное и идеально-правомерное.

Исследователи права утверждают, что право является производным от моральных и религиозных норм, генезис права тесно связан с правом религиозным. Более того, в обществоведении распространено мнение о том, что великие культуры были сформированы мировыми религиями (С. Хантингтон).

Религиозным правом по своей природе и характеру является иудейское право. Древние еврейские традиции, по мнению исследователей, продолжают оказывать значительное влияние на общественно-политическую и правовую жизнь Израиля, в котором отсутствует формальная конституция, и несмотря на законодательное признание как положительной, так и отрицательной религиозных свобод, отсутствует реальное отделение государства от религиозных организаций (государственные институты широко используются для поддержания религиозной жизни, а религия, в частности, через религиозные суды различных конфессий – для обеспечения законности в государстве).

Основным источником иудейского права считается, прежде всего, Библия (в переводе с греч. *biblia*, букв. – книги). Она представляет собой «сборник разновременных и разнохарактерных религиозных сочинений VIII в. до н. э. – II в. н. э.», включая мифы о сотворении мира, исторические повествования, записи различных, отражающих в себе разнообразные социальные, политические и этические воззрения и нормы. Иудейская религия признает в качестве священных книг только книги Ветхого Завета, последний зачастую называют «еврейской Библией». По сравнению с другими теологическими правовыми системами становление и развитие иудейского права сопряжены с многочисленными изменениями и толкованиями норм и положений в соответствии с духом того или иного исторического периода. В научной литературе высказываются противоречивые мнения на действующие в Израиле религиозные нормы, касающиеся взаимоотношений между религией и государством: одни ученые считают, что эти нормы противоречат принципам демократии, принятым в странах с либерально-политическими режимами, другие подчеркивают тесную связь

человеческой свободы в Израиле с еврейскими традициями [11]. По мнению украинского исследователя Д. Гудимы, необходимо познать те основные правовые ценности, которые позволяют говорить о еврейском и демократическом Израиле – те ценности, которые можно назвать собственно еврейскими, и те ценности, которые в современном мире признаются демократическими и были восприняты в Израиле [12, с. 42]. Альтруистическое и гуманистическое содержание иудейской традиции подчеркивает Л. Стивенсон. Так, в отличие от древнегреческой, традиция, которую Л. Стивенсон называет иудео-христианской, акцентирует внимание на доброте человека, доступной всем, независимо от интеллектуальных способностей (на которых сосредоточены Платон и Аристотель) [13, с. 80, 81].

Остановимся на альтруистических ценностях в еврейской религиозной традиции. С боязнью наказания связана и косвенно закреплена в Пятикнижии Моисея свобода воли, а именно свобода выбора между покорностью и непокорностью Богу, между добром и злом (Быт. 2: 16-17). Причем определяющим является тот факт, что эта свобода реализуется человеком в пользу добра именно в случае покорности Богу. Последняя не обязательно предполагает обращение человеческого индивида к своему разуму для оценки конкретной жизненной ситуации с точки зрения добра и зла (см., например: Быт. 22: 2-12). А реализация свободы в пользу зла (неповиновения Богу, греха) является, прежде всего, следствием признанного Богом несовершенства человеческой природы (Быт. 6: 5-6), в частности, стремлением познать то, что человек от природы не знает (см. для примера: Быт. 3: 1-7), сделать то, что от природы человек делать не может (см., например: Быт. 4: 3-8; 11: 2-7). Поэтому, по мнению Д. Гудимы, именно в признании свободы воли человека и равенства всех людей перед Богом и Его Законом можно видеть демократичность мотивов Старого Завета [12, с. 45]. Ветхозаветные морально-правовые положения показали значимость идей справедливости, достоинства и милосердия, иерархия и содержание которых, как отмечает П. Рабинович, обусловлены тео- или антропоцентричными свой-

ствами систем понятийных координат, особенностями морально-правового сознания конкретного общества и конкретно-историческими условиями, в которых эти понятия функционируют [14, с. 835]. Учитывая все это, можно утверждать, что в иудаизме, ветхозаветных нормах присутствует идея альтруизма, как возможности человеческих индивидов. То есть, вся система норм и предписаний, сформулированных Богом, направлена на учет и реализацию интересов общества и требует от человека корректировки в соответствии с ним его потребностей, управлять ими и удовлетворять их, не навредив обществу [15, с. 23]. Часть религиозно-философских и морально-правовых ветхозаветных принципов была в следующих веках воспринята различными религиями мира.

Выводы. Становление правового государства и гражданского общества не возможно без признания безусловной ценности альтруизма, как составляющей правовой культуры человека и общества. Альтруизм является элементом правовой культуры, выполняют функции объединения общества в социально-правовую целостность, регуляции межсубъектных правоотношений. Кроме того, альтруизм, как духовная форма бытия, проявляет себя как идеал, к которому общество должно стремиться для дальнейшего гармоничного развития. Именно в альтруизме нужно искать основу и предпосылки естественного права. Актуализация альтруизма позволит максимально «очеловечивать» право. Правовая культура, правовые институты должны стимулировать развитие у людей положительных альтруистических качеств.

Список использованной литературы:

1. Обычное право и правовой плюрализм : материалы XI Междунар. конгр. по обычному праву и правовому плюрализму, август 1997, г. Москва / Ред. Н. Новикова, В. Тишкова. – М. : ИЭА РАН, 1999. – 121 с.
2. Максимов С. Українська правова культура: ціннісний вимір // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – 2007. – № 14. – С. 15-21.
3. Парсонс Т. Системы современных обществ // <http://www.sociology>.



mephi.ru/docs/sociologia/html/parsons_modern_soc_systems.html.

4. Максимов С. Правовая реальность: опыт философского осмысления. Монография. – Харьков : Право, 2002. – 320 с.

5. Кропоткин П. Этика : Избранные труды. – М. : Политиздат, 1991. – 496 с.

6. Гегель Г. Философия права / Г. Гегель. – М. : Мысль, 1990. – 524 с.

7. Фромм Э. Душа человека. – М. : Республика, 1992. – 430 с.

8. Циппеліус Р. Філософія права: підручник: Пер. з нім. Є. Причепій [та ін.]; ред. пер. Є. Причепій. – К. : ТанDEM, 2000. – 300 с.

9. Сорокин П. Человек. Цивилизация. Общество. – М.: Политиздат, 1992. – 543 с.

10. Sorokin P. The reconstruction of humanity. Boston: Beacon Press, 1948. Sorokin, 1948. – С. 58-59.

11. Воробьев В. Государство Израиль: правовые основы возникновения и статус личности. – М. : Издательский дом «Национальное образование», 2001. – 167 с.

12. Гудима Д. Релігійно-антропологічні засади сучасного іудейського праворозуміння // Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): Статті учасників Четвертого всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 28–29 листопада 2008 року). – Львів: Край, 2009. – 336 с.

13. Стивенсон Л. Десять теорий о природе человека / Пер. В. Васильева. – М.: СЛОВО / SLOVO, 2004. – 230 с.

14. Рабінович П. Права людини у Торі // Міжнародна поліцейська енциклопедія : У 10 т. – К. : Концерн «Видавничий дім «Ін Юре»», 2005. – Т. 2 : Права людини у контексті поліцейської діяльності. – С. 833-835.

15. Орлов С. Человек и его потребности: Учебное пособие. – СПб. : Питер, 2006. – 160 с.

НАПРАВЛЕНИЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ О ХОЗЯЙСТВЕННО-ТОРГОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Екатерина ХРИМЛИ,

соискатель

Института экономико-правовых исследований
Национальной академии наук Украины

Summary

Based on the analysis of legislation of Ukraine, foreign countries, judicial practice and scientific literature suggested ways of improving legislation to needs of practice, products of leading scientists in this regard and latest global trends concerning legal regulation of economic and trade activities: 1) the adoption of a single specific legislation to regulate economic and commercial activities; 2) harmonization of rules of Economic and Civil Codes of Ukraine, taking into account priority rules of the Commercial Code; 3) development of special law governing activities of individual members of economic and trade relations, namely, shopping malls, retailers (retailers), distributors, e-commerce and other, given current economic development of Ukraine; 4) completion of subordinate legal acts regulating certain types of economic and trade activities.

Key words: improving legal regulation of economic and trade activities, participants of economic and trade relations, special rules of law.

Аннотация

На основе анализа законодательства Украины, зарубежных стран, судебной практики и научной литературы предложены направления совершенствования правового регулирования хозяйственно-торговой деятельности: 1) принятие единого специального законодательного акта по регламентации хозяйственно-торговой деятельности; 2) согласование норм Хозяйственного и Гражданского кодексов Украины с учетом приоритета норм Хозяйственного кодекса Украины; 3) разработка специальных норм права, регулирующих деятельность отдельных участников хозяйственно-торговых отношений, а именно: торговых домов, ритейлеров (торговых сетей), дистрибьюторов, интернет-магазинов и других, с учетом современного развития экономики Украины; 4) доработка подзаконных нормативно-правовых актов, регулирующих отдельные виды хозяйственно-торговой деятельности.

Ключевые слова: хозяйственно-торговая деятельность, совершенствование правового регулирования хозяйственно-торговой деятельности, участники хозяйственно-торговых отношений, специальные нормы права.

Постановка проблемы. Торговля занимает достаточно важное место в истории развития человечества. Обусловливается это тем, что торговля в значительной степени влияет на социальный климат в обществе и в достаточно полной мере отображает уровень жизни населения страны. На протяжении всего развития человечества менялись условия хозяйствования в целом и условия осуществления хозяйственно-торговой деятельности в частности, что находило соответствующее отображение в нормативно-правовых актах.

Подписание ассоциации с ЕС и реализация курса на интеграцию Украины в мировое экономическое пространство требует глубокого анализа правового регулирования хозяйствен-

но-торговой деятельности в Украине. Сегодня необходимо приведение национального законодательства Украины до уровня современных требований в соответствии с последними мировыми тенденциями. Состояние экономики страны свидетельствует о необходимости внедрения в отечественное законодательство современных тенденций зарубежной правовой регламентации хозяйственно-торговой деятельности, которые должны найти отображение в национальном законодательстве.

Актуальность темы. Сегодня на практике появились новые участники хозяйственно-торговых отношений, а именно торговый дом, ритейлеры, интернет-магазины и другие, специфика которых не отображена должным об-



разом в законодательстве Украины. Поэтому действующее правовое регулирование хозяйственно-торговой деятельности является не полным, противоречивым и нуждается в усовершенствовании, что обуславливает актуальность темы исследования.

Много внимания вопросам развития правового регулирования торговой деятельности в историческом аспекте уделяли такие ученые, как: А.И. Каминка, В.А. Удинцев, П.П. Цитович, Г.Ф. Шершеневич и другие. В наше время вопросы правового регулирования торговой деятельности затрагивались в работах О.В. Буткович, В.В. Хасановой, П.М. Пальчук, О.В. Зверевой и других. Вместе с тем указанные исследования не решают в полной мере проблемы в сфере правового регулирования хозяйственно-торговой деятельности, которая нуждается в усовершенствовании.

Целью статьи является обобщение проблем правового регулирования хозяйственно-торговой деятельности и определение направлений его совершенствования.

Изложение основного материала исследования. Анализ научной литературы, действующего законодательства Украины, судебной практики и опыта зарубежных стран по регулированию хозяйственно-торговой деятельности свидетельствует о наличии ряда проблем, требующих разрешения путем усовершенствования действующего законодательства Украины, регулирующего хозяйственно-торговую деятельность.

Можно выделить следующие направления совершенствования действующего законодательства Украины относительно регулирования хозяйственно-торговой деятельности. Во-первых, принятие единого специального законодательного акта, регулирующего хозяйственно-торговую деятельность, в котором следует отразить специфику государственного регулирования и порядок осуществления хозяйственно-торговой деятельности.

На необходимость разработки и принятия специального закона о торговле указывалось неоднократно. Был разработан и подан в Верховную Раду проект закона Украины «О внутренней торговле». Однако этот закон

не был принят. Во исполнение Плана мероприятий по реализации Государственной программы активизации развития экономики на 2013–2014 годы, с целью усовершенствования нормативно-правовой базы, регулирующей торговую деятельность, был подготовлен проект закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно урегулирования внутренней торговли» от 06.05.2014 г. (далее – Проект закона). В настоящее время этот закон также не принят. К тому же, в нем утеряна большая часть нововведений проекта закона Украины «О внутренней торговле», поэтому его принятие никак не урегулирует хозяйственно-торговую деятельность на современном мировом уровне.

Как указывается в Пояснительной записке к Проекту закона, его целью является урегулирование проблемных вопросов, возникающих при осуществлении торговой и торгово-производственной деятельности.

Однако, в этом Проекте закона речь идет о внесении изменений в Кодекс Украины об административных правонарушениях относительно ответственности за нарушение правил торговли и оказания услуг, и за торговлю с рук в неустановленных местах; в Налоговый кодекс Украины относительно отчетности субъектов торговой деятельности; Закон Украины «О защите прав потребителей» относительно установления требования о наличии офисного помещения; Закон Украины «О государственном регулировании производства и реализации спирта этилового, коньячного и плодового, алкогольных напитков и табачных изделий» относительно требований к продавцам алкогольных напитков и табачных изделий и в некоторые другие законы относительно размещения торговых предприятий. Что же касается основных принципов порядка осуществления хозяйственно-торговой деятельности, Проект закона этих вопросов почти не касается.

По непонятным причинам Проект закона предлагает внесение изменений в Гражданский кодекс Украины (далее – ГК Украины) относительно регламентации договора поставки продовольственных товаров. Как из-

вестно, договор поставки является исключительно хозяйственным договором, заключаемым только между субъектами хозяйствования в процессе осуществления хозяйственной деятельности, а детальную регламентацию договора поставки устанавливает Хозяйственный кодекс Украины (далее – ХК Украины). Регламентация договора поставки ГК Украины является очень узкой, охватывающий только определение и никоим образом не регулирующей существенные характеристики этого договора. Более того, как известно, сейчас большинством договоров, заключаемых субъектами хозяйственно-торговой деятельности, направленных на приобретение товаров (продукции) являются договоры купли-продажи. Поэтому представляется, что попытки каким-либо образом отношения в сфере хозяйственно-торговой деятельности урегулировать путем внесения изменений в ст. 712 ГК Украины являются бесперспективными.

Сегодня остается нерешенным достаточно большой перечень вопросов по совершенствованию регламентации хозяйственно-торговой деятельности. В частности, вопросы государственного регулирования торговой деятельности. Обеспечение процесса продвижения товаров от производителей к конечным потребителям требует от государства содействия в создании торговой инфраструктуры и публично-правового регулирования коммерческих отношений [1, с. 29]. Поэтому представляется, что для решения проблем правового регулирования хозяйственно-торговой деятельности необходимо принятие единого специального законодательного акта, в котором следует определить основные принципы осуществления хозяйственно-торговой деятельности в нашей стране; методы государственного регулирования торговли, к которым относятся: установление требований к организации и осуществлению торговой деятельности; антимонопольное регулирование; информационное обеспечение; государственный контроль (надзор) и муниципальный контроль в указанной сфере; требования к порядку заключения и исполнения договоров и др.



Однако и саморегулирование в сфере торговой деятельности имеет свои основания и особенности. Саморегулирование в сфере торговой деятельности представляет собой самостоятельную и инициативную деятельность, осуществляемую профессиональными участниками товарного рынка, содержанием которой является разработка и установление стандартов и правил осуществления торговой и торгово-посреднической деятельности, а также контроль за соблюдением требований указанных стандартов и правил [2, с. 44].

Примером такого саморегулирования в сфере торговой деятельности может служить Кодекс добросовестных практик торговых сетей в отношениях с поставщиками продуктов питания от 17 июня 2009 года, который был разработан Ассоциацией компаний розничной торговли. Беспорно, такой Кодекс носит декларативный характер, ведь он является сводом ненормативных правил (стандартов). Однако следует учитывать, что, во-первых, практика разработки и применения определенных кодексов добросовестных практик является характерной для развитых зарубежных стран, к чему придется привыкать отечественным субъектам хозяйствования в связи со вступлением в торговое пространство ЕС. Во-вторых, именно этот кодекс стал основой для разработки и принятия в дальнейшем закона, который вобрал в себя многие положения этого кодекса и стал также основой для разработки более нового и современного Кодекса добросовестных практик взаимоотношений между торговыми сетями и поставщиками потребительских товаров [3], что соответствует мировым тенденциям.

Поэтому в законодательном акте по регулированию хозяйственно-торговой деятельности следует предусмотреть право субъекта хозяйственно-торговой деятельности на создание саморегулируемых организаций в сфере хозяйственно-торговой деятельности, и определить их права, в частности относительно разработки кодексов добросовестных практик в сфере осуществления хозяйственно-торговой деятельности с возможностью предоставления им обязательного характера путем ссылки на них в договоре.

Проведенный анализ показывает, что в настоящее время назрела необходимость принятия закона Украины «О торговле», где следует закрепить:

а) методы и направления государственного регулирования хозяйственно-торговой деятельности;

б) понятие новейших субъектов и форм хозяйственно-торговой деятельности, существующих в Украине;

в) порядок создания и полномочия саморегулируемых организаций;

г) особенности открытия крупных торговых объектов и подробную регламентацию порядка заключения договоров, а именно: установление требования относительно обнародования условий отбора поставщиков; разработка механизма быстрого рассмотрения преддоговорных споров (в том числе путем законодательного закрепления обязательности предъявления требований к поставщикам в письменной форме и установления ответственности менеджеров крупного торгового предприятия за ведение переговоров с поставщиками продукции);

д) другие вопросы организации и осуществления торговой деятельности.

Во-вторых, согласование норм Хозяйственного и Гражданского кодексов Украины относительно отдельных договоров, опосредующих хозяйственно-торговую деятельность с учетом приоритета норм Хозяйственного кодекса.

Сейчас нормы ХК Украины и ГК Украины, регулирующие хозяйственно-торговые отношения, имеют определенные несогласованности и противоречия. Поэтому одним из направлений совершенствования законодательства, регулирующего хозяйственно-торговую деятельность, является согласование норм ХК Украины и ГК Украины относительно отдельных договоров, опосредующих хозяйственно-торговую деятельность с учетом приоритета норм Хозяйственного кодекса.

В частности, противоречащими друг другу являются нормы главы 30 Хозяйственного кодекса Украины и параграфа 3 главы 54 Гражданского кодекса Украины относительно регулирования определенных видов договоров, которыми опосредуется хозяй-

ственно-торговая деятельность, что требует согласования этих норм права. В частности, представляется необходимым регламентацию договора поставки установить исключительно хозяйственно-правовыми нормами, так как это хозяйственно-правовой договор.

В-третьих. Разработка специальных норм права, регулирующих деятельность отдельных участников хозяйственно-торговых отношений, а именно: торговых домов, ретейлеров (торговых сетей), дистрибьюторов, интернет-магазинов и других, с учетом современного развития экономики Украины.

Сегодня среди участников торговых отношений важное место занимают торговые организации, уже существующие в Украине и соответствующие современным тенденциям развития хозяйственно-торговой деятельности в мире, специальная регламентация деятельности которых пока недостаточна, либо вообще отсутствует. Большинство общих норм права не в состоянии регламентировать деятельность таких современных субъектов хозяйственно-торговой деятельности.

Так, торговый дом – это достаточно эффективная структура. Это многопрофильные фирмы или компании, являющиеся ассоциациями торговых, производственных предприятий, банков и бирж, аукционов, рекламных и маркетинговых компаний и посреднических учреждений, входящих в ассоциацию на добровольной основе для осуществления деятельности, как в собственной стране, так и за ее пределами [4, с. 102].

В крупных развитых странах торговые дома – это крупные объединения торговых, страховых, банковских, биржевых и других фирм, осуществляющие хозяйственно-торговую деятельность, как в пределах своей страны, так и продвигая отечественные товары на международном рынке. Для Украины создание торговых домов, как специальных субъектов хозяйственно-торговой деятельности видится весьма актуальным на современном этапе в свете подписания ассоциации с Евросоюзом и необходимости освоения европейских рынков сбыта.



Однако сегодня отсутствует понятие торгового дома, как субъекта хозяйственно-торговой деятельности, и регламентация порядка осуществления хозяйственно-торговой деятельности торговыми домами.

Бесспорно, к правовому регулированию деятельности торгового дома должны применяться общие положения Хозяйственного кодекса Украины относительно регулирования хозяйственно-торговой деятельности, однако эти нормы права не отражают специфику таких субъектов. Поэтому представляется, что законодательное закрепление понятия торгового дома и особенностей осуществления хозяйственно-торговой деятельности будут способствовать их развитию.

Не получило соответствующего законодательного урегулирования и такое современное понятие в сфере хозяйственно-торговой деятельности, как ритейлеры – хозяйствующие субъекты, осуществляющие розничную торговлю путем организации торговой сети [5, с. 29-30].

Дополнительного урегулирования требуют также такие новые формы продажи, как продажа товаров на расстоянии, с помощью дистанционной связи, на заказ, интернет-магазинами и др.

Определение такого способа продажи, как продажа через интернет-магазин, в законодательстве Украины вообще отсутствует. Специфика интернет-торговли заключается в том, что субъект хозяйствования находится «где-то в виртуальном пространстве» и осуществляет якобы «виртуальную торговлю», что позволяет ему избегать непосредственного общения как с потребителем (покупателем), так и с контролирующими органами. В частности, вопросы возникают относительно порядка осуществления интернет-торговли и порядка уплаты субъектом интернет-торговли налогов, сборов, обязательных платежей.

Понимание указанного пробела в законодательстве привело к разработке проекта закона Украины «Об электронной торговле» № 2306а от 17.06.2013 г. (далее – Проект № 2306а), который был подан в Верховную Раду, но до настоящего времени не принят. Согласно положениям Проекта № 2306а, закон применяется

к любому виду информации, оформленной, как информация в форме сообщений, используемой в контексте торговой деятельности.

Однако, согласно статье 1 Проекта № 2306а, действие этого закона не распространяется на сделки, если одной из сторон является физическое лицо, не зарегистрированное, как субъект предпринимательской деятельности, и стороны не договорились о применении этого закона. Представляется, что указанная норма является недостатком, ведь при таком положении указанный закон не будет регулировать деятельность интернет-магазинов, реализующих продукцию потребителям.

Такой подход противоречит положениям части 1 статьи 2 Проекта № 2306а, согласно которой законодательством в сфере электронной коммерции является Закон Украины «О защите прав потребителей», что наглядно подтверждает необходимость распространения указанного закона на отношения с потребителем, ведь его правовой статус предусматривает статья 8 Проекта № 2306а. Поэтому для устранения указанного противоречия представляется целесообразным пункт 2 статьи 1 Проекта № 2306а – исключить.

Для решения вышеуказанных проблем необходимо в Законе Украины «О торговле» определить понятие торговой сети (ритейла), торгового дома, дистрибьютора, интернет-магазина, определить специфику организации и осуществления торговой деятельности. А детальную регламентацию осуществления хозяйственной деятельности указанными субъектами торговой деятельности, договорные отношения субъектов торговой деятельности с поставщиками товаров и другие вопросы целесообразно урегулировать подзаконными нормативно-правовыми актами.

В-четвертых. Доработка подзаконных нормативно-правовых актов, регулирующих вопросы хозяйствования субъектов хозяйственно-торговой деятельности.

Специфика осуществления хозяйственно-торговой деятельности определена Порядком осуществления торговой деятельности и правилами торгового обслуживания на рынке

потребительских товаров № 833 от 15.06.2006 г., устанавливающим общие требования к порядку осуществления торговой деятельности, некоторые из которых требуют совершенствования, а именно:

Абзац 4 пункта 12 необходимо дополнить словами: «номера свидетельства о государственной регистрации физического лица-предпринимателя, его адреса и номера телефона». Абзац 5 пункта 13 необходимо дополнить словами: «и путем заключения дистрибьюторских договоров».

Пункт 21 дополнить абзацами 2 и 3, где указать о необходимости предоставить потребителю (покупателю) документ, удостоверяющий факт покупки. А в случае приобретения технически сложного товара, на который согласно законодательству устанавливается гарантийный срок – выдать потребителю технический паспорт или документ, который его заменяет с отметкой о дате продажи и наименованием субъекта хозяйствования, осуществившего продажу товара.

Пункт 21 дополнить абзацем 10, в котором закрепить, что субъект хозяйствования в соответствии с законодательством обязан обеспечить техническое обслуживание и гарантийный ремонт реализованных товаров в установленном порядке.

Сегодня также действуют Правила продажи товаров на заказ и вне торговых и офисных помещений № 103 от 19.04.2007 г. (далее Правила №103), которые также имеют недостатки и противоречия, требующие устранения.

Так, согласно п.1.8. Правил № 103, потребитель вправе расторгнуть заключенный на расстоянии договор путем уведомления продавца об этом в течение четырнадцати дней с момента подтверждения информации или с момента получения товара, или первой поставки товара. В то же время, согласно пункту 1.9.1. потребитель не имеет права расторгнуть договор, заключенный на расстоянии, если предоставление услуги или поставка товара электронными средствами связи при согласии потребителя состоялась до окончания срока расторжения договора, определенного в пункте 1.8. настоящего раздела,



о чем потребителю было сообщено в подтверждении информации.

То есть, пункт 1.8. Правил № 103 якобы предоставил потребителю право расторгнуть договор, заключенный на расстоянии в течение четырнадцати дней с момента получения товара, в то же время пункт 1.9.1. этих же Правил № 103 запретил это делать. Для урегулирования указанного противоречия пункт 1.9.1. Правил № 103 предлагается исключить.

Так же содержат противоречия и положения абзацев 1 и 2 пункта 1.12. Положения № 103. Согласно абзацу 1, если потребителю не был предоставлен документ, удостоверяющий факт осуществления сделки вне торговых или офисных помещений, такая сделка не является основанием для возникновения обязанности для потребителя. Согласно абзацу 2, в случае непредоставления документа или подтверждения информации потребитель сообщает продавцу о недействительности договора.

Возникает вопрос, если потребителю не были предоставлены документы, то кому, когда и каким образом он должен что-то сообщать? Для урегулирования указанного противоречия абзац 2 пункта 1.12. Правил № 103 представляется необходимым исключить.

Кроме того, на заказ и с помощью дистанционной связи реализуется технически сложная продукция, на которую в соответствии с требованиями законодательства должны быть установлены гарантийные сроки. Поэтому требуется отображение обязанностей субъекта хозяйственно-торговой деятельности по обеспечению прав потребителей на качество и безопасность приобретенного товара.

Кроме того, пунктом 2.7. Правил № 103 установлены очень большие сроки на выполнение заказа потребителя – 30 дней. Представляется, что в пункте 2.7. Правил № 103 слова «но не позднее 30 дней с момента получения согласия потребителя на заключение договора» заменить словами: «но не позднее 14 дней с момента получения согласия потребителя на заключение договора».

Выводы. Подводя итоги изложенному, можно определить следующие направления совершенствования дей-

ствующего законодательства Украины относительно регулирования хозяйственно-торговой деятельности:

1) принятие единого специально-законодательного акта, регулирующего хозяйственно-торговую деятельность, а именно: Закона Украины «О торговле»;

2) согласование норм Хозяйственного и Гражданского кодексов Украины относительно отдельных договоров, опосредующих хозяйственно-торговую деятельность на основе приоритета норм Хозяйственного кодекса;

3) разработка специальных норм права, регулирующих деятельность отдельных участников хозяйственно-торговых отношений, а именно: торговых домов, ретейлеров (торговых сетей), дистрибьюторов, интернет-магазинов и других с учетом современного развития экономики Украины;

4) доработки подзаконных нормативно-правовых актов, регулирующих вопросы хозяйствования субъектов хозяйственно-торговой деятельности путем внесения изменений в: а) Порядок осуществления торговой деятельности и правила торгового обслуживания; б) Правил продажи товаров на заказ и вне торговых и офисных помещений.

Список использованной литературы:

1. Андреева Л.В. Развитие коммерческого (торгового) права в свете принятия Закона об основах государственного регулирования торговой деятельности / Л.В. Андреева // Бизнес и право в России и за рубежом. – 2010. – № 3. – С. 28-32.

2. Батрова Т.А. Саморегулирование в сфере торговой деятельности / Т.А. Батрова // Цивилист. – 2010. – № 4. – С. 44-46.

3. Кодекс добросовестных практик взаимоотношений между торговыми сетями и поставщиками потребительских товаров от 14 декабря 2012 года // http://www.fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_30864.html.

4. Костенко О.М. Торговий дім: сутність і правове регулювання діяльності / О.М. Костенко // Юри-

дичний журнал. – 2006. – № 9 (51). – С. 102-105.

5. Андреева Л.В. Развитие коммерческого (торгового) права в свете принятия Закона об основах государственного регулирования торговой деятельности / Л.В. Андреева // Бизнес и право в России и за рубежом. – 2010. – № 3. – С. 28-32.



МЕСТО ОХРАНИТЕЛЬНЫХ ОТНОШЕНИЙ В ПРЕДМЕРЕ ТРУДОВОГО ПРАВА

Станислав ЧЕРНОПЯТОВ,

преподаватель кафедры гражданско-правовых дисциплин
Днепропетровского государственного университета внутренних дел

Summary

The paper is devoted to protective labor legal relations' position within object of labor law. This position may be defined through defining, if protective labor legal relations belong either to labor legal relations proper or to relations closely associated with labor legal relations proper. It's ascertained that protective labor legal relations belong to relations closely associated with labor legal relations proper, since: 1) essential distinctions between protective legal relations and labor relations proper are present; 2) protective legal relations may exist beyond (before or after) the labor legal relations proper; 3) this position is methodologically efficient and conforms to practice of legal regulation.

Key words: our labor legal relations, subject of employment law, administration, disciplinary responsibility, liability.

Аннотация

Статья посвящена определению места охранительных трудовых правоотношений в предмете трудового права путём решения вопроса о принадлежности охранительных трудовых отношений или к собственно трудовым отношениям, или к отношениям, тесно связанными с трудовыми (вспомогательным отношениям). Установлено, что охранительные трудовые правоотношения следует считать отношениями, тесно связанными с собственно трудовыми, поскольку: 1) имеются существенные отличия охранительных отношений от собственно трудовых (в частности, по субъективному составу, объекту, содержанию, основаниям возникновения); 2) существование охранительных отношений возможно вне (до или после) собственно трудовых; 3) такая позиция методологически плодотворна и соответствует практике правового регулирования.

Ключевые слова: охранительные трудовые правоотношения, предмет трудового права, дисциплинарная ответственность, администрация, материальная ответственность.

Постановка проблемы. Поскольку охранительные трудовые правоотношения характеризуются определенными особенностями, неизбежно встает вопрос об их месте в предмете трудового права. Сложилось два основных взгляда на место охранительных трудовых правоотношений в предмете трудового права: 1) охранительные трудовые правоотношения относятся к группе отношений, тесно связанных с трудовыми (вспомогательными отношениями); 2) охранительные трудовые правоотношения являются элементом собственно трудовых правоотношений.

Актуальность темы исследования обусловлена не только отсутствием единой точки зрения на место охранительных отношений в предмете трудового права, но и тем, что разрешение данного вопроса имеет большое значение для дальнейшей разработки учения об охранительных трудовых правоотношениях, о предмете трудового права, а кроме того – методологическое и практическое значение.

Вопрос места охранительных правоотношений в предмете трудового права был предметом исследования таких авторов, как: А.А. Абрамова, Е.С. Белинский, С.В. Вишневецкая, А.Р. Мацюк, А.И. Процевский,

П.Р. Ставиский, Л.А. Сыроватская, В.И. Щербина, В.В. Яковлев и др.

Целью и задачей этой статьи является разрешение вопроса о принадлежности охранительных трудовых отношений или к собственно трудовым отношениям, или к отношениям, тесно связанным с трудовыми (вспомогательными отношениями). Предполагается достижение указанных целей и задач путем верификации доводов в пользу каждой из конкурирующих точек зрения на место охранительных отношений в предмете трудового права.

Изложение основного материала. В современных работах по трудовому праву по большей части находит поддержку идея обособленности охранительных трудовых отношений [6, с. 35; 7, с. 64].

В основном критика вынесения охранительных отношений за пределы собственно трудовых отношений строится на материалах дисциплинарной ответственности. Не в последнюю очередь потому, что собственно трудовые отношения и отношения дисциплинарной ответственности имеют характер власти–подчинения [1, с. 29 (прим. 1)]. «Как отношения по руководству и подчинению составляют неразрывную часть трудовых правоотношений, так и входящие в содержание отношений

по руководству и подчинению охранительные правоотношения не могут рассматриваться вне рамок трудового правоотношения» [9, с. 239].

А.А. Абрамова обосновывает неотделенность дисциплинарных правоотношений от собственно трудовых тем, что в них охранительная функция осуществляется стороной трудовых отношений – администрацией – внутри трудового правоотношения, без привлечения особого органа юрисдикции. Дисциплинарные полномочия администрации свернуты «внутри» предприятия и осуществляются лишь относительно его работников [1, с. 29].

Верифицируем указанный аргумент относительно отношений материальной ответственности работника. Как известно, материальная ответственность работника разделяется на ограниченную и полную. Ограниченная реализуется работодателем самостоятельно, полная реализуется уже в процессуальной судебной форме. Развитие мысли А.А. Абрамовой предполагает, что мы должны были бы признать, что отношения материальной ответственности работника – это, по существу, два разных вида отношений, один из которых должен быть включен в собственно трудовые отношения, а другой может быть вынесен за их пределы.



Однако это не отвечает действительности. Материальная ответственность работника является единым, целостным явлением. Далее смоделируем следующую ситуацию: очередные изменения в законодательстве Украины о труде предусматривают внесудебный (или же наоборот – исключительно судебный) характер реализации материальной ответственности работников. Изменится ли от этого сама сущность отношений материальной ответственности работников? Очевидно, что нет. Содержание этих правоотношений, основания их возникновения, соотношения с другими видами правоотношений останутся неизменными. Как верно отмечал П.Р. Ставиский, «обращение в необходимых случаях к суду не изменяет характера охранительного правоотношения и материальной ответственности, реализуемой в этом правоотношении» [14, с. 117].

Кроме того, А.А. Абрамова апеллирует к будто бы неразрывной связи собственно трудовых правоотношений и правоотношений дисциплинарной ответственности [1, с. 29]. Автор приводит высказывание Н.Г. Александрова о том, что ответственность, обусловленную невыполнением обязанности по ранее возникшим правоотношениям, нельзя рассматривать как самостоятельные правоотношения; она является по существу применением санкции по ранее существовавшему правоотношению [2, с. 292]. Развивая эту мысль, можно прийти к недостоверным выводам о том, что, скажем, уголовные охранительные правоотношения включаются в круг отношений, составляющих предмет всех отраслей права, охраняемых уголовным правом.

Следует также обратить внимание, что размышления Н.Г. Александрова основывается на мысли, что меры материальной ответственности заменяют невыполненную регулятивную обязанность относительно бережного отношения к имуществу работодателя, и, соответственно, зависят от тех же предпосылок, от которых зависело предыдущее правоотношение [2, с. 292]. Все же трудно согласиться. Ведь из этого следует, что в результате нарушения регулятивные отношения по поводу сохранения имущества работодателя якобы прекращаются, а точнее заменяются охранительными отноше-

ниями материальной ответственности; а это не соответствует действительности: совершив материальное трудовое правонарушение, работник не лишается регулятивных обязанностей относительно сохранения имущества работодателя. Считаю концепцию «ответственность – обязанность, заменяющая невыполненную (нарушенную) обязанность», на которую опирается Н.Г. Александров [2, с. 292], неприменимой для охранительных трудовых правоотношений.

Идею о единстве охранительных и собственно трудовых отношений разделяет Е.С. Белинский, который также апеллирует к тесной связи отношений материальной ответственности с собственно трудовыми отношениями. /

И у Е.С. Белинского встречаем упомянутую выше концепцию «перестаная» регулятивных отношений в охранительные [5, с. 99]. По мнению автора, охранительное правоотношение с момента возникновения входят составной частью в трудовое правоотношение, и на него распространяются общие закономерности функционирования последнего [5, с. 96-97, 99].

Именно в последнем замечании автора скрыто наиболее уязвимое место его позиции. Распространение «общих закономерностей функционирования» регулятивных собственно трудовых отношений на охранительные отношения материальной ответственности подается Е.С. Белинским, как следствие отнесения охранительных отношений к собственно трудовым, хотя более логично было бы наоборот – делать вывод о включении охранительных отношений к собственно трудовым на том основании, что они имеют установленные «общие закономерности функционирования».

Однако далее автор вместо демонстрации «общих закономерностей» сосредотачивает внимание именно на отличиях собственно трудовых и охранительных отношений, среди которых – и особая нормативная основа – охранительные трудо-правовые нормы, и особое основание возникновения – правонарушение, и особенности содержания и объекта, и обусловленность развития охранительного правоотношения правоприменительными актами, и особенности соотношения воли сторон [5, с. 99-102, 104]. Этот перечень

отличий можно продолжать, дополняя его такими чертами, как особенности метода правового регулирования охранительных трудовых правоотношений, их ограниченность во времени, срочный характер, тесная связь их развития с существующими параллельно процедурными и процессуальными отношениями. Интересную цитату из труда С.С. Алексеева находим здесь же [5, с. 99] у Е.С. Белинского: «Правоотношение по возмещению ущерба, в отличие от регулятивных правоотношений, связано только с правонарушением, и как охранительное всегда является властеотношением; в его содержание входят меры государственно-принудительного воздействия [3, с. 108]». Здесь автор сам указывает на значительные отличия охранительных и регулятивных отношений.

Е.С. Белинский критически оценивает подход к отделению собственно трудовых и охранительных отношений, предложенный Л.А. Сыроватской, сводящийся к тому, что «к элементам трудового правоотношения принадлежат лишь права и обязанности, безусловно возникающие для его сторон. Отношения же по материальной ответственности должны быть исключены из числа трудовых, поскольку они присущи не всем, а лишь некоторым трудовым отношениям» [15, с. 90]. Е.С. Белинский возражает, приводя в качестве примера перевод работника на работу в другую местность и сверхурочные работы. «Последние также могут не применяться к работнику, – отмечает автор, – то есть не являются «безусловно возникающими», хотя у абсолютного большинства авторов не возникает сомнений, что они являются составляющей трудового правоотношения» [5, с. 104-105]. Аналогичную мысль – с приведением в качестве примеров учебных отпусков, сокращенного рабочего времени, других льгот – выражает П.Р. Ставиский [14, с. 120]. Критика выглядит достаточно убедительной, однако такая убедительность, по нашему мнению, связана с несовершенством формулировки позиции Л.А. Сыроватской и поверхностным пониманием такой позиции ее критиками. Безусловность, о которой писала Л.А. Сыроватская, следует трактовать как обусловленность прав и обязанностей в регулятивных собственно трудовых



отношениях специфическими юридическими фактами, свидетельствующими об изъятиях нормального развития регулятивных собственно трудовых отношений (а именно такие юридические факты порождают охранительные трудовые правоотношения).

И, наконец, Е.С. Белинский приводит в пользу единства собственно трудовых отношений и отношений материальной ответственности ряд тезисов методологического характера, дополненных определенной частью идеологических и аксиологических суждений:

1) в случае признания отделенности отношений материальной ответственности «мы неотвратимо приходим к заключению, что действующее законодательство допускает труд без охраны в условиях безответственности сторон за нарушение своих обязанностей» [5, с. 107; 4, с. 69]. Если следовать такой логике, то методологически вредным будет и признание самостоятельного характера, скажем, уголовно-правовых охранительных отношений, ведь тогда мы якобы признаем, что значительная часть общественных отношений существует «в условиях безответственности»;

2) отстаиваемый же автором подход, по его мнению, имеет одни лишь методологические преимущества, поскольку позволяет: а) получить целостное представление о том, что возмещение вреда опирается на трудовой договор и находится в неразрывной связи с последним; б) фиксировать единство и взаимообусловленность обязанностей работника по соблюдению дисциплины труда, бережливому отношению к имуществу предприятия и по возмещению нанесенного вреда; в) показать, что трудовая деятельность работника протекает в условиях строгой ответственности за выполнение его трудовой обязанности бережливо относиться к имуществу предприятия [5, с. 107-108]. Считаем, что автор приписывает слишком много заслуг отстаиваемому подходу, ведь те выводы, к которым он «позволяет» прийти, являются достаточно очевидными и устоявшимися, а главное – не будут противоречить и концепции разделения собственно трудовых и охранительных трудовых правоотношений.

В свою очередь, приведем методологические аргументы для выделения

в самостоятельную группу охранительных трудовых отношений. Так, В.И. Щербина верно отмечает, что выделение охранительных правоотношений не преследует цель разорвать их связь с трудовыми, а наоборот, позволяет правильно оценить и уделить надлежащее внимание отличиям между регулятивными и охранительными отношениями, дает возможность четко выяснить для правоприменителя, что охранительные трудовые отношения имеют специфический оттенок реакции субъектов трудового права на действия, выходящие за пределы правовых [17, с. 47-49]. Иначе говоря, с методологической точки зрения концепция выделенных охранительных трудовых правоотношений является более продуктивной, поскольку позволяет сконцентрировать познание на их особенностях. С другой стороны, методологические риски такой концепции выглядят надуманными.

А.И. Процевский обосновывает производный характер охранительных трудовых отношений тем, что дисциплинарная и материальная ответственность является самостоятельными видами юридической ответственности, специфическими видами общественных отношений. Регулятивные права и обязанности сторон трудового договора, по мнению ученого, включаются в содержание собственно трудовых отношений, а вот уже отношения ответственности – охранительные отношения – возникают по поводу их нарушения, которое не обуславливалось сторонами при заключении трудового договора; и потому охранительные трудовые правоотношения имеют производный от собственно трудовых отношений характер [13, с. 18-20, 34]. Кроме того, А.И. Процевский отмечает, что правомерные и неправомерные действия не могут представлять содержание одного и того же отношения [13, с. 137]. На уникальность содержания охранительных трудовых правоотношений указывает и В.И. Щербина [16, с. 86-87].

Л.Я. Гинцбург одним из признаков производных (вспомогательных) отношений в трудовом праве называл их обусловленность трудовыми правоотношениями [8, с. 159]. Такой признак справедлив и для охранительных трудовых правоотношений: в подавляющем большинстве случаев они возни-

кают в связи с изъятиями нормального развития регулятивных отношений, в том числе предшествуя им (в случае необоснованного отказа в принятии на работу), сопровождая их или следуя за ними. На то, что большинство юридических фактов, порождающих охранительные трудовые отношения, так или иначе связанные с уже существующими собственно трудовыми отношениями, указывал и А.И. Процевский [12, с. 95, 98-100].

А.Р. Мацюк приводит такие аргументы в пользу отнесения охранительных трудовых правоотношений к производным, тесно связанным с трудовыми отношениями: они не составляют непосредственного, отвечающего воле сторон, содержания основного трудового правоотношения; ни позитивные, ни негативные отклонения от нормального развития регулятивного трудового правоотношения не являются предметом трудового договора; хотя охранительные правоотношения и возникают в пределах трудового договора, однако не являются непосредственным содержанием основных трудовых правоотношений, которым (содержанием) является позитивное поведение участников труда; охранительные правоотношения, как правило, возникают в результате нарушения условий трудового договора [10, с. 137-140, 152].

Рассматривая отдельно охранительные отношения дисциплинарной ответственности, А.Р. Мацюк обосновывает их принадлежность к производным, тесно связанным с трудовыми отношениями, следующим:

1) в применении дисциплинарных взысканий заложена оценка качества выполнения работником трудовых обязанностей, соблюдения трудовой дисциплины. Поэтому дисциплинарные отношения имеют оценочный, вспомогательный и в этом смысле производный, относительно самостоятельный от основного отношения характер;

2) меры взыскания имеют связь как с каждым отдельно, так и со всеми трудовыми обязанностями, что свидетельствует о производном характере дисциплинарных отношений от всех элементов основного трудового отношения, которые объединяет дисциплина труда [10, с. 143]. Действительно, разные по характеру дисциплинарные проступки вызывают возникновение одних и тех



же охранительных дисциплинарных отношений.

По поводу отношений материальной ответственности А.Р. Мацюк отмечает, что обязанность работника относительно возмещения вреда, нанесенного имуществу предприятия, не является составляющей его обязанности беречь это имущество, а есть производным от него; а следовательно – и отношения материальной ответственности являются производными от собственного трудовых.

Охранительные трудовые правоотношения отвечают одному из главных признаков правоотношений, тесно связанных с трудовыми: они могут предшествовать возникновению собственно трудовых отношений, сопровождать их и следовать за ними (возникать и существовать после их прекращения). На эту особенность указывает В.В. Яковлев, обосновывая производный характер охранительных отношений материальной ответственности, отмечая, что отношения материальной ответственности возникают не в момент возникновения трудовых правоотношений, а в процессе их существования или вообще после прекращения. Также и момент прекращения отношений по материальной ответственности не зависит от существования трудовых правоотношений [18, с. 41]. Добавим, что охранительные трудовые отношения могут возникать не только во время и после собственно трудовых, но и до возникновения последних. Примером являются охранительные трудовые правоотношения, возникающие из факта неправомерного отказа в заключении трудового договора, и содержанием которых является обязанность работодателя заключить трудовой договор и осуществить оплату вынужденного прогула (см. п 6 постановления Пленума Верховного Суда Украины «О практике рассмотрения судами трудовых споров» [11]).

О производном характере охранительных трудовых правоотношений свидетельствуют и особенности их субъектного состава. Так, В.В. Яковлев отмечает: «Трудовые правоотношения всегда имеют строго индивидуальный характер, в качестве их субъекта может выступать только работник, а в отношениях из материальной ответственности в качестве субъекта может выступать

также и коллектив (бригада) работников» [18, с. 41]. В целом поддерживая этот аргумент, следует отметить, что более правильным представляется признание того, что в случае коллективной (бригадной) материальной ответственности имеет место множественность субъектов на обязанной стороне охранительных правоотношений, что также является не характерным для собственно трудовых отношений.

Выводы. Исходя из изложенного, охранительные трудовые правоотношения следует считать отношениями, тесно связанными с собственно трудовыми, производными от них. В пользу такого решения свидетельствуют: 1) наличие существенных отличий охранительных отношений от собственно трудовых (в частности, по субъективному составу, объекту, содержанию, основаниям возникновения); 2) возможность существования охранительных отношений вне (до или после) собственно трудовых; 3) методологическая плодотворность и безопасность такой позиции; 4) несостоятельность целого ряда доводов, приводимых в пользу обратной позиции; 5) соответствия такой позиции практике правового регулирования.

Список использованной литературы:

1. Абрамова А.А. Дисциплина труда в СССР (правовые вопросы) / А.А. Абрамова. – М. : Юрид. лит., 1969. – 176 с.
2. Александров Н.Г. Трудовое правоотношение / Н.Г. Александров. – М. : Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – 336 с.
3. Алексеев С.С. Общая теория права. Курс в 2-х томах. Т. 2 / С.С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1982. – 360 с.
4. Андреев В.С. Проблемы общей части трудового права / В.С. Андреев, А.С. Пашков, О.В. Смирнов, В.И. Смоллярчук // Правоведение. – 1980. – № 2. – С. 64–71.
5. Белинский Е.С. Материальная ответственность рабочих и служащих / Е.С. Белинский. – Киев, Донецк: Вища шк., 1984. – 167 с.
6. Ваганова І.М. Запобіжні заходи у трудовому праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / І.М. Ваганова. – Х., 2010. – 200 с.

7. Вишневецка С.В. Концептуальні підходи до розуміння поняття трудових правовідносин / С.В. Вишневецка // Правові відносини: проблеми теорії та практики : Зб. наук. праць. Матеріали IV міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 15 лист. 2013 р.). – К. : Ніка-Центр, 2013. – 264 с. – С. 63–66.

8. Гинцбург Л.Я. Социалистическое трудовое правоотношение / Л.Я. Гинцбург. – М. : Наука, 1977. – 310 с.

9. Иванов С.А. Советское трудовое право: вопросы теории / С.А. Иванов, Р.З. Лившиц, Ю.П. Орловский. – М. : Наука, 1978. – 368 с.

10. Мацюк А.Р. Трудовые правоотношения развитого социалистического общества : монография / А.Р. Мацюк. – К. : Наукова думка, 1984. – 279 с.

11. Про практику розгляду судами трудових спорів : постанова Пленуму Верховного Суду України № 9 від 06.11.1992 // Дебет-кредит (Галицькі контракти). – 2008. – № 29. – стор. 279.

12. Процевский А.И. Метод правового регулирования трудовых отношений / А.И. Процевский. – М. : Юрид. лит., 1972. – 288 с.

13. Процевский А.И. Предмет советского трудового права / А.И. Процевский. – М. : Юрид. лит., 1979. – 223 с.

14. Ставиский П.Р. Проблемы материальной ответственности в советском трудовом праве / П.Р. Ставиский. – Киев, Одесса : Вища шк., 1982. – 183 с.

15. Сыроватская Л.А. Нормы о материальной ответственности в системе трудового права / Л.А. Сыроватская // Советское государство и право. – 1967. – № 7. – С. 88–92.

16. Щербина В.І. Загальна характеристика структури охоронних правовідносин у трудовому праві / В.І. Щербина // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 3. – С. 86–88.

17. Щербина В.І. Теоретичні проблеми визначення поняття охоронних правовідносин у трудовому праві / В.І. Щербина // Вісник Запорізького юридичного інституту. – 2004. – № 4. – С. 42–51.

18. Яковлев В.В. Договірні матеріальна відповідальність працівників за трудовим правом : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / В.В. Яковлев. – Х., 2002. – 247 с.



ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ ЭФФЕКТИВНОЙ ЗАЩИТЫ ПРАВ ДЕТЕЙ УПОЛНОМОЧЕННЫМ ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ УКРАИНЫ ПО ПРАВАМ РЕБЕНКА

Оксана ШИЩАК-КАЧАК,

аспирант кафедры гражданского права
Юридического института

Прикарпатского национального университета имени Василя Стефаника

Summary

The article investigates features of establishment and functioning of Commissioner for Children's Rights. The author conducts comparison between current legal status of Ombudsman for Children's Rights and its compliance with basic international principles and standards in field of implementation and protection of human rights. In particular, it is analyzed issues such as independence of Commissioner of President of Ukraine on children's rights and guarantees of its operations and scope of responsibilities, taking into account rights and obligations of Representative of Verkhovna Rada of Ukraine on Human Rights. As the result of research it is proposed creation of totally independent, self-control and oversight body – the Ombudsman for Children's rights.

Key words: Ombudsman for Children's Rights, Paris Principles, instruments of response, monitoring of observance of rights, appeal of citizens.

Аннотация

Статья посвящена исследованию особенностей создания и функционирования Уполномоченного по правам ребенка. Осуществляется сравнение правового статуса действующего омбудсмана по правам ребенка и его соответствие основным международным принципам и стандартам в сфере осуществления и защиты прав людей. В частности, исследуются такие вопросы, как независимость Уполномоченного Президента Украины по правам ребенка и гарантии обеспечения его деятельности и объем полномочий, с учетом прав и обязанностей Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека. По результатам исследования предлагается создание независимого, самостоятельного контрольно-надзорного органа – Уполномоченного по правам ребенка.

Ключевые слова: омбудсмен по правам ребенка, Парижские принципы, акты реагирования, мониторинг соблюдения прав, обращения граждан.

Постановка проблемы. В соответствии с международными нормами и положениями национального законодательства, дети, в силу своего физического, психического и интеллектуального развития, требуют особой заботы и помощи, включая надлежащую правовую защиту [1; 2; 3].

Вопрос эффективного осуществления и защиты прав детей всегда был актуальным, ведь демонстрирует уровень развития общества и гуманности права в государстве.

В связи с ратификацией Конвенции ООН о правах ребенка от 20.11.1989 г., Украина взяла на себя обязательства не только уважать и обеспечивать права ребенка, а также защищать от дискриминации, насилия, незаконного употребления наркотических средств и психотропных веществ, эксплуатации и т. д. (ст. 2, 33, 34 Конвенции ООН о правах ребенка) [4].

Учитывая неутешительные статистические данные нашего государства по увеличению количества детей, которые оказались в сложных жизненных обстоятельствах, значительного количества детей-сирот и детей, лишенных родительской опеки (в конце 2013 года насчитывалось 31 595 детей, которые

оказались в сложных жизненных обстоятельствах, 90 772 детей-сирот и детей, лишенных родительской опеки), актуальным становится вопрос реформирования и совершенствования действующего правозащитного института по соблюдению прав ребенка [5].

Актуальность темы исследования. В научной литературе вопросы правового статуса омбудсмана неоднократно освещали такие ученые, как Ю. Денежный, К. Закоморна, А. Марцеляк, В. Тацій, Ю. Тодика, М. Фоменко и др. Однако, проблематика института Уполномоченного по правам ребенка в качестве независимого органа, разграничение его компетенции с деятельностью Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека (далее – Уполномоченный ВРУ по правам человека) является малоисследованной.

Цель статьи заключается в исследовании особенностей создания и функционирования Уполномоченного по правам ребенка в качестве независимого контрольно-надзорного органа.

Изложение основного материала. В соответствии с Указом Президента Украины от 11 августа 2011 года № 811/2011 (далее – Указ ПУ от 11.08.2011 г.), с це-

лью обеспечения надлежащих условий для реализации гражданских, экономических, социальных и культурных прав детей в Украине был введен институт Уполномоченного Президента Украины по правам ребенка (далее – Уполномоченного ПУ по правам ребенка) [6].

Однако, на практике в процессе реализации закрепленных полномочий оказалось немало несоответствий его правового статуса основным европейским требованиям и стандартам, предъявляемым к такого рода правовым институтам.

Это, прежде всего, касается таких вопросов, как независимость Уполномоченного ПУ по правам ребенка и гарантии обеспечения его деятельности и объем полномочий, с учетом прав и обязанностей Уполномоченного ВРУ по правам человека.

Остановимся подробнее на каждом из вышеупомянутых проблемных аспектов.

Согласно сформулированным принципам, касающимся статуса национальных учреждений, занимающимся поощрением и защитой прав человека, которые были разработаны ООН и закреплены в приложении Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 48/134 от 20.12.1993 г. «Национальные институты



по содействию и защите прав человека» (далее – Парижские принципы), национальная организация должна наделяться более широкими полномочиями, а одной из гарантий ее независимости является финансовая самостоятельность и плюралистический состав [7].

Основные принципы деятельности Уполномоченного ПУ по правам ребенка закреплены в частях 2, 5 Указа ПУ от 11.08.2011 г. в соответствии с решением главы государства. Уполномоченный руководствуется в своей деятельности Конституцией Украины, законами Украины, актами и поручениями Президента Украины и др. Обеспечение деятельности Уполномоченного осуществляется соответствующим структурным подразделением Администрации Президента Украины [6].

То есть, Уполномоченный ПУ по правам ребенка по сути выполняет функции главы государства по обеспечению соблюдения конституционных прав ребенка, о чем прямо указано в ч. 1 вышеупомянутого Указа [6].

Одной из гарантий независимости от всех ветвей государственной власти, включая законодательную, по мнению М.В. Фоменко, является избрание и назначение на должность омбудсмана по правам ребенка парламентом [8, с. 189].

Мы считаем целесообразным согласиться с позицией ученого, однако с определенными замечаниями.

Да, действительно, формирование должности омбудсмана парламентом позволит получить независимый и функционально самостоятельный орган, если: срок его полномочий не будет совпадать со сроком полномочий органа, который его создал; он будет отчетываться о своей деятельности органу законодательной власти [8, с. 190].

Однако несколько спорной является предложение ученого по поводу названия омбудсмана – Уполномоченный Верховной Рады Украины по правам ребенка [8, с. 190].

Если мы говорим о самостоятельности, беспристрастности, независимости контрольно-надзорного органа от всех органов государственной власти, выполнения им собственных, а не делегированных функций, то целесообразно было бы, по нашему мнению, говорить о введении института Уполномоченного по правам ребенка без указания конкретного органа государственной власти.

Одним из самых дискуссионных является вопрос соотношения правового статуса Уполномоченного ВРУ по правам человека и Уполномоченного по правам ребенка.

К сожалению, в науке вариантам решения этой проблемы не уделено должное внимание. В своих научных трудах ученые, в основном, отмечают необходимость нормативного урегулирования взаимодействия Уполномоченного ВРУ по правам человека и Уполномоченного по правам ребенка, а также местных его представителей [8, с. 189].

В 2008 году в Верховной Раде Украины был зарегистрирован проект ЗУ №2580 «Об Уполномоченном Верховной Рады Украины по правам ребенка», который был в дальнейшем отклонен и снят с рассмотрения [9].

В соответствии с п. 1 и п. 1.1 заключения Главного научно-экспертного управления относительно вышеупомянутого законопроекта, Конституция Украины не предусматривает возможности введения другого, кроме Уполномоченного ВРУ по правам человека, института парламентского контроля за соблюдением конституционных прав и свобод человека и гражданина, в том числе прав ребенка [9].

Предлагая внесение изменений в Конституцию Украины и другие нормативно-правовые акты, мы не говорим об уменьшении прав и обязанностей Уполномоченного по правам человека, ведь дети, кроме своего специального статуса, имеют и общий статус человека, надзор за соблюдением прав которых он осуществляет.

По нашему мнению, целесообразно, в первую очередь, дополнить ЗУ «О правовом статусе Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека» от 23.12.1997 г. положением следующего содержания: в вопросах, связанных с защитой прав ребенка, Уполномоченный ВРУ по правам человека должен сотрудничать с Уполномоченным по правам ребенка.

Таким образом, в условиях функционирования двух независимых омбудсменов, очень важным является вопрос определения их компетенции.

Поэтому остановимся подробнее на правах и обязанностях Уполномоченного по правам ребенка, с учетом зарубежного опыта и действующего законодательства.

Практически для всех омбудсменов по правам ребенка общим является мо-

нитинг соблюдения прав ребенка (п. 3 Положение об Уполномоченном ПУ по правам ребенка) [6].

Соответственно, возникает вопрос по поводу реализации результатов этого наблюдения.

С учетом норм действующего законодательства, Уполномоченный ПУ по правам ребенка вносит Президенту Украины предложения по пресечению и предотвращению повторения нарушений прав и законных интересов ребенка (п. 1 ч. 3 Указа) [6].

Поскольку, согласно предложенной модели, Уполномоченный по правам ребенка создается парламентом и подает ему ежегодный доклад, целесообразно предусмотреть на законодательном уровне возможность Уполномоченного по правам ребенка вносить в установленном порядке предложения по совершенствованию законодательства в сфере защиты прав детей.

Как уже отмечалось ранее, омбудсмен по правам ребенка должен быть независимым и самостоятельным органом. И поэтому для эффективного осуществления своих полномочий он должен иметь право реагировать на выявленные нарушения по аналогии с актами реагирования Уполномоченного ВРУ по правам человека.

Мы считаем целесообразным закрепить следующие особенности представления Уполномоченного по правам ребенка: 1. Уполномоченный может обращаться к должностным и служебным лицам органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, независимо от формы собственности, с требованием о принятии соответствующих мер по обеспечению интересов детей или устранению выявленных нарушений прав и свобод ребенка. 2. Органы государственной власти, органы местного самоуправления, предприятия, учреждения, организации, независимо от формы собственности, их должностные и служебные лица, получившие представление Уполномоченного, обязаны рассмотреть его немедленно, и не позднее месячного срока сообщить Уполномоченному о принятых мерах или о причинах их невыполнения в письменной форме.

По поводу конституционного представления Уполномоченного ВРУ по правам человека, то, конечно, аналогии не может быть. Поскольку в соответствии



со ст. ст. 40, 41 ЗУ «О Конституционном Суде Украины» от 16.10.1996 г., ч. 3 ст. 13 ЗУ «О правовом статусе Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека» от 23.12. 1997 г., субъектом права на обращение в Конституционный Суд Украины с представлением является Уполномоченный ВРУ по правам человека [10; 11].

Поэтому, при наличии сведений о нарушении прав и законных интересов детей Уполномоченный по правам ребенка может обратиться к Уполномоченному ВРУ по правам человека для оформления конституционного представления.

Однако, это касается порядка обращения в Конституционный Суд Украины.

В дальнейшем Уполномоченный по правам ребенка должен иметь возможность присутствовать на заседаниях Конституционного Суда Украины.

Если Уполномоченный ВРУ по правам человека обращается в Конституционный Суд Украины с собственной инициативой по вопросам, касающимся прав детей, то он, в соответствии с предложенным положением об обязанности сотрудничать с Уполномоченным по правам ребенка, должен ему сообщить об этом.

Учитывая объем исследуемого материала и требования к научной публикации, остановимся подробнее на вопросе оснований для осуществления дел и назначения проверок Уполномоченным по правам ребенка.

По мнению М.В. Фоменко, для полной реализации цели деятельности этого органа важно предусмотреть для него возможность открытия производства не только по обращению граждан, но и по собственной инициативе [8, с. 190].

Если проанализировать зарубежное законодательство, то в Норвегии уполномоченный по правам ребенка, наряду с защитой интересов отдельных детей, представляет интересы норвежских детей в целом. А вот шведский омбудсмен не имеет полномочий по рассмотрению конкретных дел и работает в направлении укрепления и расширения прав и интересов всех детей [12, с. 348].

В законопроекте «Об Уполномоченном ВРУ по правам ребенка» от 30.05.2008 г. было предложено два основания для осуществления дел и назначения проверок: обращение граждан Украины, иностранцев, лиц без гражданства или их представителей, и сведений, распространенных средствами

массовой информации и с помощью интернета [10].

В контексте нашего исследования целесообразно заметить, что в соответствии с Положением о представителях Уполномоченного ВРУ по правам человека, последние рассматривают только обращения лиц (п. 5.4) и участвуют в подготовке предложений Уполномоченному по открытию производства по делам о нарушении прав и свобод человека, контролируют их ход (п. 5.7) [13].

Выводы. Итак, учитывая международные нормы и стандарты в сфере осуществления и защиты прав человека, в частности, прав ребенка, а также проблемные аспекты действующего национального законодательства, считаем целесообразным реорганизацию существующего института омбудсмена по правам ребенка и создание независимого, самостоятельного контрольно-надзорного органа – Уполномоченного по правам ребенка, который должен активно сотрудничать с Уполномоченным ВРУ по правам человека и осуществлять свою деятельность на основе конституционного ЗУ «Об Уполномоченном по правам ребенка».

При этом обязанность сотрудничества должна быть закреплена как в последнем нормативно-правовом акте, так и в ЗУ «О правовом статусе Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека».

Поэтому предлагаем дополнить ст. 1 вышеупомянутого Закона положением следующего содержания: «В вопросах, связанных с защитой прав ребенка, Уполномоченный ВРУ по правам человека должен активно сотрудничать с Уполномоченным по правам ребенка».

Считаем необходимым предусмотреть на законодательном уровне следующие основные полномочия Уполномоченного по правам ребенка: мониторинг соблюдения прав ребенка; внесение в установленном порядке предложения по совершенствованию законодательства в сфере защиты прав детей; возможность присутствовать на заседаниях Конституционного Суда Украины и др.

Основаниями для осуществления дел и назначения проверок Уполномоченным по правам ребенка является обращение граждан Украины, иностранцев, лиц без гражданства, их представителей и организаций, а также по собственной инициативе.

Для эффективного осуществления своих полномочий, омбудсмен по правам

ребенка должен иметь право реагировать на выявленные нарушения, по аналогии с представлением Уполномоченного ВРУ по правам человека.

В связи с тем, что Уполномоченный по правам ребенка не является субъектом права на обращение в Конституционный Суд Украины с представлением, считаем необходимым дополнить ст. 16 ЗУ «О правовом статусе Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека» п. 4 и выложить в следующей редакции:

«Уполномоченный осуществляет свою деятельность на основании сведений о нарушении прав и свобод человека и гражданина, которые получает:

- 1) по обращению граждан Украины, иностранцев, лиц без гражданства или их представителей;
- 2) по обращению народных депутатов Украины;
- 3) по собственной инициативе;
- 4) по обращению Уполномоченного по правам ребенка».

Список использованной литературы:

1. Декларация прав дитини. Резолюція 1386 (XIV) Генеральної Асамблеї ООН від 20 листопада 1959 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_384. Дата доступу : 25.03.2015.
2. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_015. Дата доступу : 25.03.2015.
3. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 року № 2947-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21. – Ст. 135.
4. Конвенція ООН «Про права дитини» від 20 листопада 1989 р. (Рат. 27.02.1991 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 13. – Ст. 145.
5. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ombudsman.gov.ua/files/Dopovidi/dopovid_2014b.pdf. Дата доступу : 25.03.2015.
6. Питання Уповноваженого Президента України з прав дитини, Положення про Уповноваженого Президента з



прав дитини : Указ Президента України від 11 серпня 2011 р. № 811/2011. [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/811/2011>. Дата доступу : 25.03.2015.

7. Принципи, які стосуються статусу національних установ, що займаються заохоченням і захистом прав людини [Паризькі принципи] : Додаток до резолюції 48/134 Генеральної Асамблеї ООН від 20 грудня 1993 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/international-cooperation/international-instruments/paris-principles.html>. Дата доступу : 25.03.2015.

8. Фоменко М.В. Щодо запровадження інституту омбудсмена з прав дитини в Україні. [Електронний ресурс] / М.В. Фоменко // Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. «Право» . – 2011. – Вип. 17. – С. 186-191. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/znphnpu_pravo_2011_17_30.pdf. Дата доступу : 25.03.2015.

9. Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав дитини: законопроект від 30.05.2008 року № 2580. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=32654. Дата доступу : 25.03.2015.

10. Про Конституційний Суд України : Закон України від 16.10.1996 № 422/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 49. – Ст. 272.

11. Про правовий статус Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини : Закон України від 23 грудня 1997 р. № 776/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 20. – Ст. 99.

12. Закриницька В.О. Омбудсмен із прав дитини в механізмі державного захисту прав, свобод і законних інтересів дітей: зарубіжний досвід [Текст] / В.О. Закриницька // Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. / Нац. акад. прав. наук України. – Х. : Право, 2012. – 2012 р. № 4 (71). – С. 346-356.

13. Положення про представників Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини : наказ Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини від 26.07.2012 № 7/8-12. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v07_8715-12. Дата доступу : 25.03.2015.

ПРАВО ПОСТОЯННОГО ПОЛЬЗОВАНИЯ ЗЕМЕЛЬНЫМ УЧАСТКОМ КАК ПРЕПЯТСТВИЕ В РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА ЕДИНСТВА ЮРИДИЧЕСКОЙ СУДЬБЫ ЗЕМЕЛЬНОГО УЧАСТКА И ОБЪЕКТОВ НЕДВИЖИМОСТИ, КОТОРЫЕ НА НЕМ РАСПОЛОЖЕНЫ

Мария ЩЕРБИНА,

аспирант кафедры земельного и аграрного права юридического факультета
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Summary

The article deals with issue of implementation of superficies solo cedit principle. The author studies transfer of permanent land tenancy title in case of ownership title of a house, a building or a structure transfer. The author suggests ways of implementation of superficies solo cedit principle in such situation.

Key words: superficies solo cedit principle, right of permanent land tenancy, ownership.

Аннотация

Статья посвящена актуальному вопросу реализации принципа единства юридической судьбы земельного участка и объектов недвижимости, которые на нем расположены. Щербина М.С. исследует переход права постоянного пользования земельным участком при переходе права собственности на объекты недвижимости, которые на нем расположены. В своей статье автор предлагает пути обеспечения реализации принципа единства юридической судьбы земельного участка, находящегося на праве постоянного пользования, и объектов недвижимости, которые на нем расположены.

Ключевые слова: принцип единства юридической судьбы земельного участка и объектов недвижимости, которые на нем расположены, право постоянного пользования, право собственности.

Постановка проблемы. Согласно принципу единства юридической судьбы земельного участка и объектов недвижимости, которые на нем расположены (ст. 120 ЗК Украины [1], ст. 377 ГК Украины [2]), при переходе права собственности на здание или сооружение одновременно переходит право собственности на землю или право землепользования в том же объеме и на том же правовом титуле, которое имел владелец здания или сооружения. Однако, нельзя говорить о полном воплощении данного принципа, поскольку при реализации принципа единства юридической судьбы земельного участка и объектов недвижимости, которые на нем расположены, возникает ряд проблем. В частности, мешает реализации упомянутого принципа конструкция права постоянного пользования земельным участком.

Актуальность темы исследования. При решении вопроса перехода

права постоянного пользования земельным участком при переходе прав на здание или сооружение на практике возникает немало конфликтов, которые выливаются в значительное количество судебных споров.

Проблемы, связанные с переходом права постоянного пользования земельным участком при переходе права собственности на здание или сооружение, активно исследуются в теории земельного права, в частности, А.Н. Мирошниченко, В.В. Носиком, П.Ф. Кулиничем и другими. Вместе с тем, в науке земельного права отсутствует комплексное исследование данного вопроса.

Цель. Поиск путей обеспечения реализации принципа единства юридической судьбы земельного участка и объектов недвижимости, которые на нем расположены, в случае, когда земельный участок находится на праве постоянного пользования.



Изложение основного материала. Право постоянного пользования земельным участком – это право владения и пользования земельным участком, находящимся в государственной или коммунальной собственности, без установления срока (ч. 1 ст. 92 ЗК Украины). Круг субъектов права постоянного пользования в соответствии со ст. 92 ЗК Украины ограничен. То есть, если отдавать ст. 92 ЗК Украины преимущество перед правилами о переходе права на земельный участок при отчуждении зданий и сооружений (ст. 120 ЗК Украины, ст. 377 ГК Украины и др.), если здание или сооружение перешло к новому владельцу, которого нет в перечне субъектов права постоянного пользования, право пользования таким земельным участком к нему перейти не может. К сожалению, именно такую позицию занимают органы местного самоуправления и органы исполнительной власти, а также ее разделяют некоторые ученые [3, с. 174].

Если руководствоваться указанным подходом, то новому владельцу здания или сооружения для решения вопроса с земельным участком необходимо заключить договор аренды земли с соответствующим органом исполнительной власти или местного самоуправления, или приобрести земельный участок в собственность. Кроме того, новый владелец при заключении договора аренды земли или при приобретении земельного участка может столкнуться с не очень приятной ситуацией, когда соответствующий орган исполнительной власти или орган местного самоуправления будет предоставлять земельный участок других размеров, чем те, что принадлежали предыдущему владельцу здания или сооружения. Строительные нормы Украины не регулируют данный вопрос, а только устанавливают ограничения и допуски по размещению на земельном участке определенных зданий и сооружений. Верховный Суд Украины в своем письме «О рассмотрении земельных споров» от 29.10.2008 г. №19-3767/0/8-08 [4] акцентирует внимание на данной проблеме, однако не дает четких разъяснений относительно того, как ее решать.

Также нужно обратить внимание на то, что соответствующий орган исполнительной власти или орган местного

самоуправления не может предоставить право на земельный участок новому владельцу здания или сооружения, если права на него принадлежат предыдущему владельцу. При таких обстоятельствах для того, чтобы соответствующий орган исполнительной власти или орган местного самоуправления предоставил в аренду или продал земельный участок, необходимо, чтобы предыдущий владелец здания отказался от своего права постоянного пользования. В данном случае новый владелец может столкнуться с серьезными проблемами: 1) не известно, захочет ли субъект права постоянного пользования отказаться от своего права; 2) как оказывается, отказаться от своего права не так уж и просто. Например, железные дороги не могут отказаться от пользования земельными участками в полосе отвода. В соответствии с п. Б ч. 4 ст. 84 ЗК Украины, они не могут передаваться в частную собственность. В 2004 году Фонд государственного имущества Украины в Одесской области отчуждил недвижимость, которая расположена на 4,8 га в полосе отвода железных дорог, путем заключения договора купли-продажи с ООО «Промтоварный рынок». Однако земли остались в постоянном пользовании Одесской железной дороги, которая, соответственно, платила земельный налог. В 2008 г. Одесская железная дорога обратилась в Одесский городской совет по поводу прекращения права постоянного пользования данным земельным участком. Одесский городской совет в письме от 07.02.2008 № 03.10/20 сообщил о невозможности изъятия данного земельного участка из пользования Одесской железной дороги. Одесская железная дорога подала исковое заявление в хозяйственный суд Одесской области о прекращении права землепользования. Суд удовлетворил иск в полном объеме [5]. Одесский городской совет подал апелляционную жалобу. Одесский апелляционный хозяйственный суд отменил решение суда первой инстанции [6]. Высший хозяйственный суд Украины оставил в силе решение суда первой инстанции [7]. Поэтому, как видим, даже по желанию субъекта права постоянного пользования отчуждить последнее, не всегда просто. Толкование ст. 92 ЗК Украины как таковой, что имеет преимущество

перед ст. 120 ЗК Украины и ст. 377 ГК Украины приводит к тому, что суды не одинаково применяют нормы права. Кроме того, субъект права постоянного пользования платит налог за других лиц, которые фактически используют земельный участок.

Ч. 2 и ч. 3 ст. 1225 ГК Украины определяют юридическую судьбу земельного участка, на котором расположено унаследованное здание или сооружение. Согласно упомянутым нормам, к наследникам жилого дома, других зданий и сооружений переходит право собственности или право пользования земельным участком, на котором они размещены. К наследникам жилого дома, других зданий и сооружений переходит право собственности или право пользования земельным участком, который необходим для их обслуживания, если другой его размер не определен завещанием. То есть, ГК Украины при наследовании руководствуется принципом единства юридической судьбы земельного участка и объектов недвижимости, которые на нем расположены. Однако, в связи с тем, что органы государственной власти руководствуются консервативным подходом к соотношению ст. 92 ЗК Украины и ст. 120 ЗК Украины (где ст. 92 имеет преимущество над ст. 120) в случае с правом постоянного пользования земельным участком данный принцип не действует, поскольку, согласно ст. 92 ЗК Украины упомянутое право не может передаваться по наследству. В этом контексте можно отметить, что другие права на земельный участок, предусмотренные действующим законодательством Украины, можно унаследовать (право собственности – ч. 1 ст. 90 ЗК Украины; аренда – ч. 5 ст. 93 ЗК Украины, ст. 7 Закона Украины «Об аренде земли»; суперфиций и эмпфитевзис – ч. 2 ст. 1021 ЗК Украины).

Также нельзя обойти вниманием тот факт, что на сегодняшний день земельные участки на праве постоянного пользования находятся во владении субъектов, которые не перечислены в ст. 92 ЗК Украины. Так, п. 6 Переходных положений ЗК Украины устанавливал, что граждане и юридические лица, которые имеют в постоянном пользовании земельные участки, но согласно ЗК Украины не могут иметь их на таком праве, должны до 1 января



2008 года переоформить их в установленном порядке на право собственности или право аренды. Однако решением Конституционного Суда Украины по делу за конституционным представлением 51 народного депутата Украины относительно соответствия Конституции Украины (конституционности) положений статьи 92, пункта 6 раздела X «Переходные положения» Земельного кодекса Украины (дело о постоянном пользовании земельными участками) от 22.09.2005 г. [8], данное положение было признано неконституционным и отменено в части обязательства переоформить право постоянного пользования земельным участком на право собственности или право аренды. Поэтому земельные участки продолжают принадлежать на праве постоянного пользования субъектам, не перечисленным в ст. 92 ЗК Украины.

Как отмечают ученые А.Н. Мирошниченко и Р.И. Марусенко, положения ст. 120 ЗК Украины являются специальными по отношению к ст. 92 ЗК Украины, которая ограничивает круг субъектов права постоянного пользования земельными участками. Таким образом, если приобретателем дома, здания или сооружения является субъект, не упомянутый в ст. 92 ЗК Украины, к нему переходит право постоянного пользования [9, с. 253]. В данном случае ст. 120 ЗК Украины является специальной по отношению к ст. 92 ЗК Украины, поскольку регулирует более узкий круг правоотношений, а именно – переход права постоянного пользования земельным участком при переходе права собственности на здание или сооружение, тогда как ст. 92 ЗК Украины регулирует отношения с правом постоянного пользования земельным участком в целом (более широкий круг правоотношений). Итак, толкование закона таким образом, что ст. 92 ЗК Украины является специальной по отношению к ст. 120 ЗК Украины при решении вопросов с переходом прав на земельный участок при переходе прав на здание или сооружение, является ошибочным и порождает конфликты, которые на практике выливаются в значительное количество судебных споров.

С учетом вышесказанного, можно констатировать, что в соответствии с действующим законодательством Украины, право постоянного пользова-

ния земельным участком переходит автоматически. В таком случае отказ предыдущего пользователя не требуется. Такой подход соответствует позиции, на которой стоит земельное и гражданское законодательство Украины, относительно единства юридической судьбы земельного участка и объектов недвижимости, которые на нем расположены.

Однако следует обратить внимание на то, что на законодательном уровне не закреплен механизм переоформления права постоянного пользования земельным участком. В данном случае необходимо отметить, что ряд ученых такой институт пользования землей, как право постоянного пользования, считают вредным. По мнению А.Н. Мирошниченко, «улучшение существующей ситуации возможно путем отказа от права постоянного пользования земельными участками через его трансформации в право собственности» [10, с. 107]. С такой позицией нельзя не согласиться, так как: 1) владелец права постоянного пользования имеет право владения и пользования, однако не может распоряжаться земельным участком (продать, подарить и т. д.); 2) земельный участок на праве постоянного пользования не может переходить по наследству; 3) в отличие от права собственности, право постоянного пользования может изыматься не только по мотивам общественной необходимости, но и для других нужд по решению соответствующих органов (ч. 1 ст. 143 ЗК Украины); 4) право постоянного пользования есть препятствием в реализации принципа единства юридической судьбы земельного участка и объектов недвижимости, которые на нем расположены. Трансформацию права постоянного пользования на право собственности необходимо провести путем принятия соответствующих изменений в действующее законодательство Украины, при этом можно использовать опыт Украины относительно разграничения земель государственной и коммунальной собственности. Поскольку право постоянного пользования земельным участком возникает с момента его государственной регистрации и подтверждается выпиской из Государственного реестра вещных прав на недвижимое имущество, то в данном случае доста-

точно будет внести изменения в реестр (право постоянного пользования заменить на право собственности). Существуют ситуации, при которых земельному участку не присвоен кадастровый номер, а сам земельный участок не внесен в Государственный реестр земель. В таком случае владелец права постоянного пользования земельным участком по собственному желанию может разработать техническую документацию по землеустройству относительно установления (восстановления) границ земельного участка в натуре (на местности), что будет основанием для государственной регистрации земельного участка, внесения данных о нем в Государственный земельный кадастр (п. 2 раздела VII Закона Украины «О Государственном земельном кадастре» [11]).

Выводы. Обеспечение принципа единства юридической судьбы земельного участка и объектов недвижимости, которые на нем расположены, в данном случае представляется возможным путем трансформации права постоянного пользования на право собственности. Такую трансформацию необходимо провести путем принятия соответствующих изменений в действующее законодательство Украины. При этом считать, что право собственности на земельный участок (бывшее право постоянного пользования земельным участком) перешло автоматически к новому владельцу здания или сооружения.

Список использованной литературы:

1. Земельний кодекс України від 25.10.2001 № 2768-III в редакції від 05.01.2013 // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3. – Ст. 27.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV у редакції від 19.01.2013 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40-44. – Ст. 356.
3. Резніченко С. Перехід прав на земельні ділянки, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна / С. Резніченко // Підприємство, господарство і право. – 2012. – № 5. – С. 172-177.
4. Лист Верховного Суду України «Щодо розгляду земельних спорів» від 29.10.2008 р. №19-3767/0/8-08 //



Верховна Рада України. Офіційний інтернет-сайт. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v3767700-08>.

5. Рішення господарського суду Одеської області від 17.07.2008 р. у справі № 22/115-08-2610. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1915927>.

6. Постанова Одеського апеляційного господарського суду від 23.09.2008 у справі № 22/115-08-2610. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2112753>.

7. Постанова Вищого господарського суду України від 17.12.2008 року у справі № 22/115-08-2610. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2626373>.

8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22.09.2005 року // Офіційний вісник України. – 2005. – № 39. – Ст. 2490.

9. Мірошниченко А.М., Марусенко Р.І. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України, 5-те видання, змінене і доповнене. – К.: Алерта, 2013. – 544 с.

10. Мірошниченко А.М. Напрями вдосконалення системи прав на земельні ділянки. А.М. Мірошниченко // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 1 (99). – С. 102-112.

11. Закон України «Про державний земельний кадастр» № 3613-VI від 07.07.2011 р. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 60. – Ст. 64.

ПРОЦЕССУАЛЬНИЙ СТАТУС ЗАЩИТНИКА В УГОЛОВНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ УКРАИНЫ

Максим ЮХНО,

соискатель

Харьковского университета внутренних дел

Summary

In this paper, based on new current criminal procedural legislation of Ukraine, defined features of legal regulation of status of defense counsel in criminal proceedings. It was found that conceptual apparatus of legal status defender remains imperfect, his rights and obligations are subject to broader interpretation and refinement. In this regard, the Code of Criminal Procedure must be in a separate article to define more clearly articulate and embody rights and obligations of defense lawyer, and lawyer-representative of injured party. Fixing it is advisable to allocate respective rights depending on the stage of criminal proceedings.

Key words: criminal proceedings, defense counsel, pre-trial investigation, protection of participants of criminal proceedings, suspect, accused, defense.

Аннотация

В статье, с учетом нового действующего уголовного процессуального законодательства Украины, определены особенности правового регулирования статуса защитника в уголовном производстве. Установлено, что понятийный аппарат правового статуса защитника остается несовершенным, его права и обязанности подлежат более широкому толкованию и уточнению. В связи с этим в УПК Украины необходимо в отдельной статье определить, более четко сформулировать и закрепить права и обязанности защитника-адвоката, а также представителя-адвоката потерпевшей стороны. Закрепление соответствующих прав целесообразно распределить в зависимости от стадий уголовного производства.

Ключевые слова: уголовное производство, защитник, досудебное расследование, защита участника уголовного производства, подозреваемый, обвиняемый, сторона защиты.

Постановка проблемы. На протяжении многих лет в уголовном процессе не прекращается дискуссия относительно правового статуса адвоката, его прав и обязанностей, поскольку четкое законодательное закрепление этих структурных элементов позволяет выделить защитника, как отдельного участника уголовного производства. При усовершенствовании процессуального законодательства особенно острой была дискуссия относительно того, кто может выступать и осуществлять функции защиты, в каких объемах и др. Принятие действующего уголовного процессуального законодательства Украины кардинально изменило положение защитника в уголовном производстве. Так, с учетом международно-правовых стандартов и практики их применения законодатель ввел большое количество новелл. В связи с этим возникает необходимость по-новому рассматривать эти вопросы, как с теоретической точки зрения, так и практики применения положений Уголовного процессуального кодекса Украины. Прежде всего,

это обусловлено необходимостью разработки предложений и рекомендаций по практическому применению положений УПК Украины в части определения процессуального статуса защитника, что и даст нам возможность предложить соответствующие изменения и дополнения по этому вопросу.

Актуальность темы исследования. Отдельные проблемные вопросы процессуального статуса защитника, как участника уголовного судопроизводства исследовались в разных направлениях. Такие исследования проводились многими учеными, среди которых следует отметить: С.Е. Абламского, Т.В. Варфоломееву, Ю.М. Грошевого, Т.В. Добровольскую, В.В. Ерохина, О.В. Каплину, А.А. Кочуру, О.П. Кучинскую, Ю.О. Кухарчук, Л.М. Лобойко, Л.Д. Удалову, Я.В. Малик, О.В. Мартовицкую, М.С. Строговича, Т.Г. Фомина, И.Я. Фойницкого, М.Е. Шумилу и др. Однако, после принятия нового действующего УПК Украины, который в целом внес концептуальные изменения в уголовный процесс, исследования по этим вопросам не теряют своей



актуальности, поскольку обусловлены теоретическим и практическим переосмыслением его положений.

Целью статьи является исследование положений действующего уголовного процессуального законодательства Украины в части определения процессуального статуса защитника, его прав и обязанностей на стадии досудебного расследования, выявление пробелов, выработка предложений и рекомендаций в целях его усовершенствования.

Изложение основного материала.

По результатам исследования установлено, что права человека в своем развитии прошли определенные этапы становления и развития, однако этот процесс и сегодня является непрерывным. Система прав человека, которая сложилась вследствие исторического развития, становления эталонов и стандартов, есть немым показателем развития демократического общества [1, с. 66]. Оптимизация системы мер по обеспечению надежного уровня законности и правопорядка в государстве, защиты прав и свобод человека и гражданина, по мнению О.И. Беспаловой, есть неотъемлемым условием становления Украины как демократического, социального, правового государства. В соответствии со ст. 3 Конституции Украины именно права и свободы человека и их гарантии определяют содержание и направленность деятельности государства. Таким образом, на государство, и его соответствующие органы возложена обязанность признания прав и свобод, создание условий для их практического соблюдения, гарантирования защиты, что достигается в результате реализации государством правоохранительной функции [2, с. 6]. Для выполнения таких задач требуется совершенствование действующего законодательства, реформирование правоохранительных органов, на которые, наряду с другими государственными органами, возложена такая обязанность, а одним из шагов их эффективного обеспечения стало принятие в 2012 году УПК Украины.

Следует констатировать, что современная тенденция совершенствования законодательства Украинского государства, в отличие от предыдущей политики, прежде всего, направлена на защиту прав, свобод и законных интересов че-

ловека и гражданина, а потом на защиту интересов государства и общества. Тенденция гуманизации коснулась и уголовного процессуального законодательства, поскольку за весь период существования независимости наше государство постоянно подвергалось критике со стороны международной общественности. В первую очередь, большинство негативных замечаний касались именно несоблюдения прав и свобод личности. Свидетельством этому есть ежегодное увеличение количества обращений граждан Украины в Европейский суд по правам человека, в решениях которого констатируется нарушение Конвенции о защите прав человека и основополагающих свобод 1950 г. (ратифицирована законом Украины от 17.07. 19997 г. № 475/97ВР) [3]. Это подтверждается и официальной статистикой Министерства юстиции Украины, согласно которой в 2012 году на рассмотрении в этом суде находилось 10 450 заявлений граждан Украины (8,2% от общего количества поступивших) [4], в 2013 году, соответственно, – 13 700 таких заявлений (13,3%) [5], а в 2014 году, соответственно, – 13 600 заявлений (13,3%) [6], что является достаточно большим количеством, и в связи с этим Украина находится на четвертом месте по наибольшему обращению в Европейский суд по правам человека.

Учитывая такую тенденцию, важное значение имеет положение ч. 3 ст. 55 Конституции Украины, в соответствии с которым каждый имеет право после использования всех национальных возможностей правовой защиты обращаться за защитой своих прав и свобод в соответствующие судебные инстанции или в соответствующие органы международных организаций, членом или участником которых есть Украина [7]. В этой связи следует отметить научную позицию Р. Ю. Яценко, которая акцентировала внимание на том, что Конституция Украины воплощает присущее обществу понимание того, как должна быть организована государственная власть, как она должна функционировать, на каких уровнях и по каким правилам она взаимодействует с гражданами и обществом в целом [8, с. 251], что мы поддерживаем. Одной из гарантий, закрепленных ст. 59 Конституции Украины, есть право каж-

дого на правовую помощь, а в случаях, предусмотренных законодательством, такая помощь предоставляется бесплатно. При этом каждый волен в выборе защитника своих прав и законных интересов [7].

С целью обеспечения гарантий конституционных прав и свобод человека, 1 ноября 1996 года было принято постановление Пленума Верховного Суда Украины № 9 «О применении Конституции Украины в осуществлении правосудия» [9, с. 5], которое определило механизм действий государственных, правоохранительных и судебных органов в этом направлении. В свою очередь, введение соответствующего правового механизма реализации прав и законных интересов лица обусловлено тем, что защита и охрана конституционных прав и обязанностей граждан, как уместно отметил Л.Д. Воеводин, состоит не столько в защите от нарушений, сколько в обеспечении условий и средств для фактического их использования [10, с. 37], что мы поддерживаем.

Прогрессивность, позитивность и новеллы нового уголовного процессуального законодательства Украины, наряду с другими процессуальными вопросами, также коснулись и обеспечения, реализации прав, свобод и законных интересов участников уголовного производства. В частности, был определен и уточнен в некоторой степени процессуальный статус защитника. Однако на законодательном уровне четко не закреплены права и обязанности защитника, а лишь указано, что он пользуется процессуальными правами подозреваемого, обвиняемого, защиту которого он осуществляет. При этом, реализация прав, которые непосредственно осуществляются самим подозреваемым, обвиняемым, не может быть поручена защитнику. В этой связи О.И. Андреева обратила внимание на то, что одной из особенностей уголовного процесса есть наличие разнообразных отличий в процессуальном статусе каждого из участников процесса, законные интересы которых касаются не одинаково, в связи с чем защита и охрана их прав требует осуществления в разной степени. При этом уголовная процессуальная деятельность осуществляется в условиях противостояния интересов как участниками, так и органами государственной власти, уполномо-



ченными их осуществлять, но в разных соотношениях [11, с. 68-69].

В связи с этим уместной является точка зрения С.И. Минченко и О.Е. Омельченко, которые отметили, что государственное юридическое обеспечение и защита основных прав и свобод человека в Украине сегодня еще нельзя назвать удовлетворительными, и даже принятые законы по разным причинам не всегда реализуются в полной мере. Однако выбранное направление Украинским государством дает основания надеяться на улучшение ситуации по данной проблематике [12, с. 75], что мы поддерживаем. Также добавим, что, даже несмотря на усовершенствование положений УПК Украины по результатам наших исследований, усматривается понятийная неопределенность и двусмысленность в определении процессуального статуса защитника в уголовном процессе. Так, согласно ст. 45 действующего УПК Украины защитником есть адвокат, который осуществляет защиту подозреваемого, обвиняемого, осужденного, оправданного лица, в отношении которого предусматривается применение принудительных мер медицинского или воспитательного характера, или решается вопрос о их применении, а также в отношении лица в отношении которого предусмотрено рассмотрение вопроса о выдаче иностранному государству (экстрадиции) [13]. Следовательно, возникает здравый и риторический вопрос: а почему в отношении одного и того же участника уголовного производства закреплено два понятия – «защитник», он же «адвокат»? Кроме этой двусмысленности, действующий УПК Украины и без этого загроможден неполными и неточными понятиями. В этой связи среди ученых, а также в ходе практического применения соответствующих положений УПК Украины, у следователей, прокуроров и судей возникает немало нареканий и затруднений в их трактовке и использовании.

В ходе дискуссии по исследованным вопросам высказываются различные мнения. Проводя исследование о значении защитника в уголовном производстве, В.В. Ерохин высказал свою научную позицию и отметил, что положениями ч. 1 ст. 36 и ч. 5 ст. 40 УПК Украины законодатель наделил следователя и прокурора самостоятельно-

стью в процессуальной деятельности, при этом лишив таковой ее защитника. И только в ч. 1 ст. 47 УПК Украины закреплено общее неконкретное положение о том, что он имеет право использовать средства защиты, предусмотренные УПК и другими законами Украины. В целом, защитник пользуется процессуальными правами подозреваемого, обвиняемого, кроме тех, реализация которых осуществляется непосредственно подозреваемым, обвиняемым и не может быть поручена защитнику. При этом, исследуя положения ст. 42 УПК Украины, которыми определен перечень прав указанных участников уголовного производства, не усматривается возможность реализации защитником их прав. В этих же положениях не ведется речь о запрещении поручения защитнику определенных прав подозреваемого, обвиняемого [14, с. 111].

Исследуя статус защитника в уголовном процессе, Ю.А. Кухарук отметила, что участие защитника является важной гарантией обеспечения права на защиту в уголовном судопроизводстве, поскольку его деятельность имеет социальный характер и направлена на опровержение обвинения, установление обстоятельств, смягчающих ответственность подзащитного, недопущения нарушений его конституционных прав. При этом его деятельность направлена не только в интересах подозреваемого, обвиняемого, но и в интересах правосудия [15, с. 59-63], что мы поддерживаем. По этому вопросу уместно отметил и И. В. Головань, что главным отличием адвокатуры как субъекта предоставления правовой помощи является собственный адвокатский статус, то есть совокупность предусмотренных законом прав, обязанностей и гарантий адвокатской деятельности. Этот особый статус призван обеспечить эффективность правовой помощи адвоката по сравнению с юридическими услугами, предоставляемыми в Украине другими субъектами [16, с. 14].

Также, еще до принятия действующего УПК Украины, Р.А. Чайка отметил, что следует различать понятия «защитник» и «адвокат». По его мнению, адвокат – это лицо, которое занимается профессиональной деятельностью, то есть правозаступником и правозащит-

ником, и оказывает правовую помощь, осуществляет представительство в судах, хозяйственных делах, предприятиях, учреждениях и организациях, государственных органах, а также осуществляет защиту подозреваемого, обвиняемого. Правовой статус адвоката возникает не в связи с его участием в судопроизводстве, а через соответствующую процедуру, которая предусмотрена законодательством Украины. Защитник в уголовном производстве – это лицо, специально уполномоченное отстаивать законные интересы обвиняемого, подсудимого и предоставляет ему необходимую правовую помощь в реализации его процессуальных прав. Процессуальным статусом это лицо наделяется с момента допуска к участию в деле [17, с. 15].

По этим вопросам собственную научную позицию выражала А.М. Бирюкова, которая предлагала УПК Украины 1960 дополнить статьей 44-1 «Адвокат в уголовном процессе» следующего содержания: «Адвокатом в уголовном процессе является лицо, имеющее свидетельство о праве на занятие адвокатской деятельностью, и которое оказывает правовую помощь лицу, не являющемуся субъектом права, а также защиту в соответствии с ч. 1 ст. 48 этого Кодекса, но в отношении него осуществляются отдельные меры процессуального принуждения, или это лицо вызвано дознавателем, следователем, прокурором или судом, как свидетель. С момента совершения процессуальных действий, определенных в ч. 1 этой статьи, в отношении лица, которому адвокат оказывает юридическую помощь, такой адвокат приобретает статус субъекта уголовного процесса и пользуется процессуальными правами и гарантиями, установленными для адвоката-защитника в ст. 48 настоящего Кодекса» [18, с. 15-16].

В контексте исследуемого вопроса отметим, что уголовный процесс обычно имеет публичный характер, что обязывает следователя, прокурора, следственного судью и суд разъяснять участникам уголовного производства их права и обязанности. Одним из таких прав является право на получение квалифицированной правовой помощи со стороны избранного или привлекаемого защитника. В этом направлении УПК Украины значительно расширил



возможности реализации принципа состязательности, что, в свою очередь, предоставляет большую возможность стороне защиты в отстаивании прав и законных интересов подозреваемого, обвиняемого в уголовном производстве. Кроме того, в отдельной статье 20 УПК Украины «Обеспечение права на защиту» закреплено право подозреваемого, обвиняемого, оправданного, осужденного на защиту, в частности на правовую помощь. Более того, в случаях, предусмотренных УПК Украины и/или законом, регулирующим предоставление бесплатной правовой помощи, подозреваемому, обвиняемому правовая помощь оказывается бесплатно за счет государства. Указаны и другие недостатки, пробелы, в том числе и в действующем уголовном процессуальном законодательстве, а также, несмотря на наличие в УПК Украины ст. 3 «Определение основных терминов», которая не разрешила имеющиеся проблемы трактовки понятийного аппарата в уголовном процессе, вызвали широкую дискуссию среди ученых. Оценивая имеющиеся проблемы, профессор О.В. Каплина подчеркнула, что необходимость в четких нормативных дефинициях стала особенно ощутимой в последнее время вследствие увеличения общего объема законодательства, влияния практики Европейского суда по правам человека на отечественную праворазъяснительную практику. При этом ученая подчеркнула, что в случае употребления однозначного термина в его обычном значении, который понятен правоприменителю, он вряд ли потребует своего определения. А в случаях, когда он без дополнительного пояснения усматривается недостаточно четким и возможно его двузначное толкование, то он должен быть определен законодателем. В связи с этим в УПК Украины необходимо определить четкую дефиницию специальных юридических терминов и тех межотраслевых терминов, которые имеют в разных отраслях права свое специфическое значение [19, с. 17], что мы поддерживаем. Однако, к изложенному считаем целесообразным добавить, что такая неопределенность и двузначность понятийного аппарата влияет на определение процессуального статуса участников уголовного производства, в том числе и защитника. Более того,

на практике путаница в терминологии приводит к злоупотреблению работников правоохранительных органов и суда, что в целом отражается на развитии демократического общества, обеспечении охраны прав, свобод и законных интересов граждан.

Также, как показало исследование, в соответствии со ст. 55 § 4 «Потерпевший и его представитель» главы 3 «Суд, стороны и другие участники уголовного производства» УПК Украины в уголовном производстве защитником потерпевшего может выступать его представитель. В этой части, по нашему мнению, права потерпевшего на защиту и их реализацию значительно сужены, поскольку потерпевший лишен права иметь и пользоваться всеми правами защитника-адвоката, который защищает подозреваемого, обвиняемого. Кроме этого, не понятна позиция законодателя, который безосновательно перенес положение о праве потерпевшего иметь представителя или в любое время отказаться от его услуг из § 55, а закрепил его в п. 8, статьи 56 вышеуказанной главы КПК Украины. На основании изложенного, указанный § 55 действующего УПК Украины подлежит, по нашему мнению, дополнению. Такое название не соответствует содержанию, поскольку в нем не закреплены положения касательно понятия представителя потерпевшего, а также не закреплены его права и процессуальные обязанности.

В результате исследования положений УПК Украины можно отметить, что в нем так и не была учтена возможность потерпевшего и его представителя участвовать при решении вопроса об избрании и продлении срока меры пресечения подозреваемому, обвиняемому. Актуальность этого вопроса отметил С.Е. Абламский, который подчеркнул, что законодатель, предоставив органу досудебного расследования, прокурору, подозреваемому, обвиняемому и их защитнику право обжаловать решение об избрании, замены или отмены меры пресечения в действующем УПК Украины 2012 года, лишил потерпевшего и его представителя такого права. В этом случае действует всего лишь общее правило о возможности обжалования процессуальных действий (бездействия) органа досудебного расследования и прокуро-

ра. Но в этой связи ученый сказал, что положения УПК Украины и в этой части абсолютно несправедливо ограничивают право потерпевшего на защиту своих прав и законных интересов в уголовном производстве. По его мнению, необходимо внести соответствующие изменения и дополнения в действующий УПК Украины. В частности, за следователем и прокурором закрепить обязанность учитывать позицию потерпевшего и его представителя по этим вопросам. Кроме этого, ученый предложил предоставить последнему право присутствовать при избрании, замене или отмене меры пресечения, предоставлять пояснения и доказательства относительно высказанной позиции, а в случае необходимости обжаловать принятое решение по этим вопросам [20, с. 124]. В связи с этим ранее также высказывалась аналогичная точка зрения другими учеными. Мы поддерживаем эту научную позицию, поскольку она освещает решение проблемы усовершенствования обеспечения и реализации прав и законных интересов потерпевшей стороны, и будет способствовать более эффективному участию потерпевшего и его представителя в уголовном производстве.

Выводы. Проведенное исследование дает возможность охарактеризовать общую тенденцию в Украине о постепенном реформировании государственных органов, правоохранительной и судебной систем, а также законодательства в целом. В первую очередь, усовершенствование в этом направлении должно быть направлено на надежное обеспечение охраны и защиты прав, свобод и законных интересов граждан, принимаемое на принципах имплементации международных правовых актов и использования практики Европейского суда по правам человека в уголовном процессе. Проведенный анализ принятого в 2012 году нового Уголовного процессуального кодекса Украины и изменений в законодательство свидетельствует о его прогрессивности по сравнению с УПК Украины 1960 года, позитивных новеллах. Несомненно, практическое их введение будет способствовать более эффективной защите прав человека и гражданина, в том числе с помощью такого участника уголовного производства, как защитник. В то же время в ходе исследования



етих вопросов установлено, что понятийный аппарат правового статуса защитника остается несовершенным, его права и обязанности подлежат более широкому толкованию и уточнению. По нашему мнению, в УПК Украины необходимо в отдельной статье определить, более четко сформулировать и закрепить права и обязанности защитника-адвоката, а также представителя-адвоката потерпевшей стороны. Закрепление соответствующих прав целесообразно распределить в зависимости от стадий уголовного производства, как это закреплено в отношении подозреваемого, обвиняемого и потерпевшего. В то же время освещенные вопросы подлежат дальнейшему исследованию или научному изучению.

Список использованной литературы:

1. Радзівська В.В. Права людини нового покоління та їх міжнародно-правоверегулювання/В.В.Радзівська// Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2010. – № 5 (72). – 66 с.
2. Беспалова О.І. Адміністративно-правовий механізм реалізації правоохоронної функції держави : монографія / О.І. Беспалова. – Х. : НікаНова, 2014. – 544 с.
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13. – Ст. 270.
4. Щорічний звіт про результати діяльності Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини у 2012 році : Лист Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини від 30.01.2013 р. / Сайт Міністерства юстиції України. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/9329>.
5. Щорічний звіт про результати діяльності Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини у 2013 році : Лист Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини / Сайт Міністерства юстиції України. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/9329>.
6. Щорічний звіт про результати діяльності Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини у 2014 році : Лист Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини № 12.0.1-9/168 від 14.01.2015 р. / Сайт Міністерства юстиції України. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/9329>.
7. Конституція України : с изменениями. – Х. : Право, 2011. – 56 с.
8. Яценко Р.Ю. Система принципів правотворчої діяльності та їх законодавче забезпечення / Р.Ю. Яценко // Держава і право. – 2009. – Вип. 44. – С. 249-258.
9. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя : постанова Пленуму Верховного Суду України № 9. – 5 с.
10. Воеводин Л.Д. Конституционные права и обязанности советских граждан / Л.Д. Воеводин. – М. : Изд-во МГУ, 1972. – 300 с.
11. Андреева О.И. Соотношение прав и обязанностей государства и личности в правовом государстве и специфика его проявления в сфере уголовного судопроизводства (теоретический аспект) / О.И. Андреева; под ред. М.К. Свиридова. – Томск : Изд-во Томск.ун-та, 2004. – 135 с.
12. Мінченко С.І. Гарантії забезпечення прав людини і громадянина при проведенні окремих слідчих дій / С.І. Мироненко, О.Є. Омельченко // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2010. – № 5 (72). – С. 75.
13. Кримінальний процесуальний кодекс України . – Х. : Право, 2012. – 392 с.
14. Кухарук Ю.О. Відвід захисника від участі у кримінальній справі в кримінальному процесі України : монографія / Ю.О. Кухарук. – К. : Центр учбової літератури, 2013. – 148 с.
15. Єрохін В.В. Процесуальні особливості участі захисника, як учасника кримінального провадження / В.В. Єрохін, О.О. Юхно // Право і безпека, 2014. – №4. – С. 109-113.
16. Головань І.В. До питання про поняття адвокатської діяльності / І.В. Головань // Адвокат. – 2012. – № 1 (136). – С. 12-16.
17. Чайка Р.А. Участь захисника на досудовому слідстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза / Р.А. Чайка. – Х., 2008. – 19 с.
18. Бірюкова А.М. Забезпечення адвокатурою конституційного права обвинуваченого на захист у кримінальному процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза / А.М. Бірюкова. – Одеса., 2006. – 20 с.
19. Капліна О.В. Правозастосовне тлумачення судом норм кримінально-процесуального права : автореф. дис. ... док-ра юрид. наук : 12.00.09. – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність / О.В. Капліна. – Х. : Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – 2009. – 40 с.
20. Абламський С.Є. Реалізація прав потерпілого на стадії досудового розслідування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність / С.Є. Абламський. – Харків : ХНУВС, 2014. – 246 с.



УГОЛОВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА УМЫШЛЕННОЕ НЕИСПОЛНЕНИЕ СОГЛАШЕНИЯ О ПРИМИРЕНИИ ИЛИ О ПРИЗНАНИИ ВИНЫ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ

Светлана ЯЩЕНКО,

соискатель кафедры уголовно-правовых дисциплин
факультета права и массовых коммуникаций
Харьковского национального университета внутренних дел

Summary

In accordance with comparative and legal analysis of liability for willful failure to fulfill agreement on reconciliation or confession of guilt, specified in criminal legislation of Ukraine and foreign countries, are conclusions aimed both at possible improvement of certain provisions of legislative regulation of Article 389-1 of Criminal Code and institute of conciliation agreement as a whole. Particularly, an Ukrainian lawmaker is interested in certain provisions of Criminal Code of foreign countries, whereby it is advisable to improve legislative structure in part 1, Article 389-1 of Criminal Code by specifying a list of types of person's behavior who intentionally fails to execute an agreement on reconciliation or confession of guilt (Criminal Code of Germany, Austria).

Key words: agreement on reconciliation, agreement on confession of guilt, non-execution of agreement on reconciliation or confession of guilt.

Аннотация

На основании сравнительно-правового анализа ответственности за умышленное неисполнение соглашения о примирении или о признании вины в уголовном законодательстве Украины и зарубежных стран формулируются выводы, направленные как на возможное совершенствование отдельных положений законодательной регламентации ст. 389-1 УК Украины, так и института соглашения о примирении в целом. В частности отмечается, что для украинского законодателя представляют интерес отдельные положения УК зарубежных стран, согласно которым целесообразно совершенствование законодательной конструкции ч. 1 ст. 389-1 УК Украины путем указания в ее диспозиции примерного перечня форм поведения лица, умышленно не исполняющего соглашение о примирении или о признании вины (УК ФРГ, УК Австрии).

Ключевые слова: соглашение о примирении, соглашение о признании вины, неисполнение соглашения о примирении или о признании вины.

Постановка проблемы. В действующем Уголовном кодексе Украины (далее – УК Украины) ответственность за умышленное неисполнение соглашения о примирении или о признании вины предусмотрена ст. 389-1. Отметим, что ст. 389-1 УК Украины является специальной нормой по отношению к ст. 382 УК Украины и одновременно общей нормой по отношению к статьям 389, 391, 392, 393 УК Украины [4, с. 894]. Эта ранее неизвестная уголовному законодательству норма появилась в УК Украины благодаря принятию Верховной Радой Украины 13.04.2012 г. нового Уголовного процессуального кодекса. Появление в действующем УК Украины указанной нормы можно оценить лишь с позитивной стороны, поскольку законодатель последовательно внедряет в отечественное уголовное и уголовное процессуальное законодательство идеи давно известного за рубежом альтернативного карательному примирительного (восстановительного) правосудия и правосудия, основывающегося на соглашениях о признании вины, существенно упрощающего процессуальный порядок рассмотрения отдельных уголовных дел. Можно утвердительно говорить о том, что, в частности, благодаря этой уголовно-правовой норме

потерпевший получает гарантированную защиту своих прав и законных интересов в случае, когда лицо, совершившее преступление и тем самым нанесшее убытки или вред, стало уклоняться от выполнения своих обязанностей, вытекающих из заключенного между ними соглашения о примирении. Подобные аргументы можно привести и в случае уклонения от выполнения своих обязанностей лицом, совершившим преступление, перед государством, в лице прокурора, после заключения соглашения о признании вины. Выборочный анализ практики применения ст. 389-1 УК Украины свидетельствует, что случаи умышленного невыполнения соглашения о примирении или о признании вины далеко не единичны [1]. Однако в деятельности по применению ст. 389-1 УК Украины не исключены затруднения, испытываемые правоприменителем при квалификации данного деяния. В этой связи представляется весьма важным оценить потенциальные возможности законодательной регламентации данной уголовно-правовой нормы, что, в свою очередь, требует проведения соответствующих научных исследований.

Актуальность темы исследования заключается в том, что рассматриваемое законодательное предписание является

новеллой отечественного уголовного законодательства. В современной украинской уголовно-правовой науке проблемные аспекты уголовной ответственности за неисполнение соглашения о примирении или о признании вины находятся в начальной стадии научной разработки. Данное обстоятельство бесспорно и обуславливает уделение особого внимания данной проблематике со стороны отдельных исследователей.

В теории уголовного права вопросам уголовной ответственности за отдельные преступления против правосудия посвящены работы известных ученых, в частности: М.И. Бажанова, В.И. Борисова, В.Н. Бурдина, А.А. Дудорова, Н.Д. Квасневской, В.В. Кузнецова, В.Н. Куца, С.С. Мирошниченко, В.И. Тютюгина, Н.И. Хавронюка и многих других. Несмотря на их очевидную теоретическую и практическую значимость, в Украине не осуществлялись комплексные исследования проблем уголовной ответственности за умышленное неисполнение соглашения о примирении или о признании вины. Без должного внимания исследователей остается и сравнительно-правовой аспект данной тематики. Исключение составляют разве что отдельные научные разработки М.И. Витязя. Отдавая должное усилиям



указанного автора, отметим, что в своих публикациях он касается проблем уголовной ответственности преимущественно за неисполнение соглашения о признании вины. Вопросы ответственности за неисполнение соглашения о примирении исследователем практически не затрагивает. Однако, даже в рамках рассматриваемой им тематики много вопросов уголовной ответственности за неисполнение соглашения о признании вины, и в большей степени, конечно, вопросов ответственности за неисполнение соглашения о примирении, в том числе и в их сравнительно-правовом аспекте, остаются без ответа, а отдельные подходы к их решению представляются не бесспорными.

Научно-теоретическую основу данной публикации составили разработки указанных специалистов в области уголовного права. Нормативную базу исследования составило уголовное, уголовно-процессуальное законодательство Украины и отдельных зарубежных стран.

Цель данной статьи заключается в проведении сравнительно-правового анализа ответственности за умышленное неисполнение соглашения о примирении или о признании вины в уголовном законодательстве Украины и зарубежных стран, выработки на этом основании соответствующих выводов, направленных на возможное усовершенствование как отдельных положений законодательной регламентации ст. 389-1 УК Украины, так и института соглашения о примирении в целом. Для достижения поставленной цели в ходе исследования решалась задача, связанная с анализом особенностей обеспечения охраны правосудия в сфере надлежащего исполнения соглашения о примирении или признании вины в уголовном законодательстве Украины и отдельных зарубежных стран.

Изложение основного материала исследования. В уголовном законодательстве зарубежных стран рассматриваемая уголовно-правовая норма, в том виде, в котором она закреплена в УК Украины, не предусмотрена. Об этом свидетельствует анализ положений УК Республики Эстония [19], Дании [9], Польши [14], Швейцарии [18], Республики Молдова [13], Республики Казахстан [12]. Вместе с тем нормы, имеющие определенное сходство со ст. 389-1 УК Украины, в отдельных УК зарубежных стран все-таки закреплены, хотя их предписания в большей степени и связаны с уголовно-правовой охраной не-

исполнения непосредственно соглашения о примирении, а не о признании вины. Так, например, в УК ФРГ возможность заключения соглашения о примирении с потерпевшим предусмотрена ч. 2 § 46, а также § 46а [17]. Процессуальный порядок реализации указанных положений уголовного права регламентирован отдельными параграфами уголовно-процессуального законодательства. В частности, согласно § 403, ч. 1 § 404, ч. 1 § 405, ч. 1, 2, 3 § 406 раздела III «Выплата компенсации потерпевшему» УПК ФРГ потерпевший или его наследник может предъявить обвиняемому имущественное требование, возникшее в результате преступного деяния. Данное требование предъявляется в форме письменного или устного ходатайства. По ходатайству потерпевшего или его наследника суд вносит в протокол заседания мировое соглашение о требованиях, возникших в результате преступного деяния, против которых не возражает подсудимый. Наконец, суд удовлетворяет данное ходатайство в приговоре, если оно обосновано в связи с данным преступным деянием. Решение по ходатайству равноценно решению суда по гражданским делам. Суд обращает решение к предварительному исполнению, причем к данному решению в рамках обвинительного приговора применяются §§ 708-712, а также §§ 714 и 716 Гражданского процессуального кодекса ФРГ [6, с. 322-324]. Заметим, что указанные параграфы гражданского процессуального законодательства регулируют отношения, возникающие в процессе принудительного исполнения решений [2]. В этой связи одной из существенных гарантий исполнения обязательств, вытекающих из мирового соглашения, утвержденное обвинительным приговором суда, помимо предписаний, закрепленных гражданским процессуальным законодательством, являются положения § 288 УК ФРГ. Данный параграф декларирует, что тот, кто при угрозе применения к нему принудительного исполнения отчуждает составные части своего имущества или утаивает их с целью неосуществления расчета с кредитором, наказывается лишением свободы на срок до двух лет или денежным штрафом. Данное деяние преследуется только по жалобе потерпевшего [17].

В соответствии с § 167 VI-го раздела «Преступные деяния против чужого имущества» УК Австрии в случае деятельного раскаяния наказуемость таких

преступных деяний, как повреждение имущества, повреждение информационных данных, кража, хищение электрической энергии, растрата, присвоение, конфискация вещи на длительный срок ... и некоторые др., исключается. Считается, что лицо, совершившее преступное деяние, осуществляет деятельное раскаяние, если оно, прежде чем соответствующие органы (абз. 3 § 151) узнают о его преступной деятельности, совершит действия, пусть и по настоятельному требованию потерпевшего, но без принуждения к этому: 1) полностью возмещает причиненный преступным деянием вред; 2) в силу договора принимает на себя обязательства выплачивать потерпевшему в течение определенного времени такую компенсацию вреда. В последнем случае наказуемость возможна, если лицо не выполняет своих обязательств [7]. Отмеченный параграф называется «Деятельное раскаяние». Однако, по нашему мнению, его отдельные предписания (в частности пункт 2) как раз и закрепляют гарантии исполнения обязательств, вытекающих именно из соглашения о примирении. Тут лишь отметим, что содержание данного параграфа свидетельствует о том, что соглашение о примирении является основанием для принятия судом решения о неназначении лицу, совершившему преступное деяние, наказания вообще. В уголовном законодательстве Украины данное правовое явление именуется, как освобождение от назначения наказания. Если лицо не выполняет свои обязательства, то такое решение судом отменяется, и ему назначается реальное наказание, предусмотренное соответствующей санкцией статьи, указанной в перечне ч. 1 § 167 УК Австрии. Для украинского законодателя данный опыт полезен с точки зрения обеспечения гарантий исполнения обязательств, вытекающих из достигнутого примирения, как основания освобождения от уголовной ответственности (ст. 46 УК Украины) или, как отмечают отдельные украинские исследователи, освобождения от привлечения к уголовной ответственности [5, с. 117-122]. В случае же, если соглашение о примирении стало обстоятельством смягчения наказания (§ 34 УК Австрии) или освобождения от его отбывания (§ 43, 43а УК Австрии), то гарантией исполнения обязательств, вытекающих из заключенного соглашения о примирении, по нашему мнению, является ч. 1 § 162 УК Австрии. Положения дан-



ной уголовно-правовой нормы гласят, что если должник утаивает составную часть своего имущества, скрывает ее, отчуждает или повреждает, отговаривается несуществующим обязательством или признает его, или иным образом фактически или формально уменьшает свое имущество и тем самым препятствует удовлетворению требований своего кредитора, либо преуменьшает их, если такое удовлетворение требований осуществляется путем принудительного исполнения решения или в зависимом от него процессе по принудительному взысканию, то он наказывается лишением свободы на срок до шести месяцев или денежным штрафом в размере до 360 дневных ставок [7].

Отметим также, что в отдельных УК зарубежных стран предусмотрены нормы, целью закрепления которых является гарантированная защита потерпевшего от какого-либо на него воздействия для примирения с виновным. Так, согласно ст. 234 УК Литовской Республики тот, кто пытался воздействовать на потерпевшее лицо, представителя государства, либо юридическое лицо для примирения с виновным, если это делалось с применением насилия, либо иного давления, наказывается арестом, либо лишением свободы на срок до четырех лет. Данная уголовно-правовая норма является специальной по отношению к норме, предусмотренной статьей 233 этого же кодекса «Воздействие на свидетеля, потерпевшего лица, эксперта, специалиста, либо переводчика» [11; 20, с. 864]. В соответствии со ст. 367 УК Сан-Марино всякое лицо, которое для реализации своего предполагаемого права при обращении в суд или во время примирительной процедуры использует насилие или обман вопреки интересам других лиц, либо изменяет состояние мест события, подлежит наказанию в виде тюремного заключения первой степени по жалобе потерпевшего, либо в виде ареста второй степени или подденного штрафа третьей степени. Не подлежит наказанию всякое лицо, которое совершает деяние, являющееся прямым следствием незаконного поведения в ущерб себе [15]. Похожая норма закреплена и в ст. 172 УК Испании [10], а также ст. 311 УК Албании [8].

Уголовным законодательством Франции, кроме того, гарантируется защита установленного законом порядка оплаты труда магистрата, присяжного заседателя ... или лица, на которое судебной властью

возложена обязанность примирения или посредничества. Деятельность указанных лиц, как это, по меньшей мере, следует из положений уголовного закона, должна осуществляться неподкупно и финансироваться в порядке, установленном действующим законодательством. В частности, согласно ст. 434-9 Отдела II «О воспрепятствовании отправлению правосудия» деяние, совершенное каким-либо магистратом, присяжным заседателем ... или лицом, на которое судебной властью возложена обязанность примирения или посредничества, выразившееся в прямом или косвенном требовании или принятии без законных на то оснований в любой момент подношений, обещаний, подарков, презентов или каких бы то ни было преимуществ для совершения или воздержания от совершения какого-либо действия, входящего в круг его обязанностей, наказывается десятью годами тюремного заключения и штрафом в размере 1 000 000 франков (ч. 1 ст. 434-9 УК Франции). Деяние, совершенное в любой момент, выразившееся в уступке требованиям лица, указанного в предыдущем абзаце, или в предложении подношений, обещаний, подарков, презентов или каких бы то ни было преимуществ с целью добиться от одного из этих лиц совершения или воздержания от совершения какого-либо действия, входящего в круг его обязанностей, карается такими же наказаниями (ч. 2 ст. 434-9 УК Франции) [16; 20, с. 867-868]. Похожая уголовно-правовая норма предусмотрена и § 160 УК Австрии. Так, в частности, лишением свободы на срок до одного года наказывается тот, кто предъявляет требование, не основанное на праве, или требование в объеме или очередности, не основанных на праве, чтобы тем самым получить не принадлежащее ему право требования в конкурсном производстве или примирительном процессе; ... кредитор, который за голосование по поводу достижения мирового соглашения в примирительном процессе или по поводу утвержденного судом мирового соглашения кредиторов с должником, обязательного для всех кредиторов, без согласия других кредиторов получает особое преимущество или обещает получить для себя или третьего лица, а также тот, кто для этих целей предоставляет кредитору особое преимущество или обещает его предоставить (ч. 1 § 160). Также наказывается лицо, назначенное для осуществления

надзора за ведением дел, управляющий примирительным процессом, член совета в примирительном процессе, управляющий конкурсной массой и член комиссии кредиторов в конкурсном производстве, которые в ущерб кредитору получают или обещают принять не причитающуюся им имущественную выгоду для себя или третьего лица (ч. 2 § 160) [7]. Отметим, что согласно Европейскому кодексу поведения для медиаторов в случаях, если это не сделано заранее, медиатор должен в каждом случае предоставлять сторонам полную информацию о способе его вознаграждения, который он имеет в виду. Медиатор не должен соглашаться на проведение медиации до получения согласия всех заинтересованных сторон на соответствующее вознаграждение (п. п. 3.4 п. 3 настоящего Кодекса). Медиатор не вправе действовать или, если он начал, продолжать действовать, без выяснения предварительно всех обстоятельств, которые могут или могли бы повлиять на его независимость или вызвать конфликт интересов. Обязанность выяснения таких обстоятельств является постоянным требованием на протяжении всего процесса медиации. К таким обстоятельствам относятся: ... любая, будь-то прямая или косвенная, финансовая либо иная заинтересованность в результатах медиации ... (п. п. 2.1 п. 2 данного Кодекса) [3].

Выводы. На основании вышеизложенного можно сделать следующие выводы: 1) уголовная ответственность за неисполнение соглашения о примирении или о признании вины в том виде, в котором она закреплена в УК Украины, не предусмотрена уголовным законодательством европейских стран и стран-участниц СНГ. Вместе с тем нормы, имеющие определенное сходство со ст. 389-1 УК Украины, в отдельных УК зарубежных стран все-таки закреплены, хотя их предписания в большей степени и связаны с уголовно-правовой охраной неисполнения непосредственно соглашения о примирении, а не о признании вины (УК ФРГ, УК Австрии); 2) в отдельных УК зарубежных стран предусмотрены нормы, целью закрепления которых является гарантированная защита потерпевшего от какого-либо на него воздействия для примирения с виновным (УК Литовской Республики, УК Албании, УК Сан-Марино); 3) в УК Франции и Австрии, в отличие от УК иных зарубежных стран, предусмотрены нормы, целью закрепления которых явля-



ется обеспечение гарантированной защиты отношений, возникающих в результате злоупотреблений во время осуществления примирительной процедуры, а также надзора за ведением дел в примирительном процессе.

Таким образом, проведенный сравнительно-правовой анализ уголовного законодательства Украины и ряда зарубежных стран относительно уголовной ответственности за неисполнение соглашения о примирении или о признании вины дает основания утверждать, что в целом регламентация в УК Украины ст. 389-1 свидетельствует о расширении сферы применения норм, составляющих в уголовном праве в большей степени институт примирения. Благодаря данной уголовно-правовой норме потерпевший получает гарантированную защиту своих прав и законных интересов в случае уклонения лица, совершившего преступление, от выполнения обязательств, вытекающих из заключенного соглашения о примирении. Особенности регламентации в отдельных УК зарубежных стран норм, имеющих определенное сходство со ст. 389-1 УК Украины, обуславливают целесообразность совершенствования законодательной конструкции ч. 1 ст. 389-1 УК Украины путем указания в ее диспозиции примерного перечня форм поведения лица, умышленно не исполняющего соглашение о примирении или о признании вины (УК ФРГ, УК Австрии). Кроме того, с точки зрения дальнейшего развития института примирения, по нашему убеждению, для украинского законодателя представляют интерес нормы, целью закрепления которых в УК зарубежных стран является: 1) гарантированная защита прав потерпевшего в случае какого-либо воздействия на него во время заключения соглашения о примирении (УК Литовской Республики, Албании, Сан-Марино); 2) гарантированная защита прав и законных интересов потерпевшего после принятия судом решения об освобождении от уголовной ответственности (освобождения от привлечения к уголовной ответственности) в случае невыполнения взятых обвиняемым обязательств (УК Австрии); 3) обеспечение гарантированной защиты отношений, возникающих в результате злоупотреблений во время осуществления примирительной процедуры, а также надзора за ведением дел в примирительном процессе (УК Франции и Австрии).

Список использованной литературы:

1. Вирок Золочівського районного суду Харківської області від 04.09.2014 року по справі № 622/971/14-к. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень : [веб-сайт]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40365730>.
2. Гражданский процессуальный кодекс ФРГ. [Электронный ресурс]: – Режим доступа: http://albookerk.ru/gvitrum/grazhdanskij_processual'nyj_kodeks_frg_.html.
3. Европейский кодекс поведения для медиаторов. [Электронный ресурс]: – Режим доступа: <http://mosmediator.narod.ru/index/0-2309>.
4. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – [5-ге вид.]. – Х. : Право, 2013. – Т. 2 : Особлива частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін [та ін.]. – 2013. – 1040 с.
5. Куц В.М. Примирення учасників кримінально-правового конфлікту (кримінально-правовий аспект) : монографія / В.М. Куц, А.М. Яценко. – Х. : Юрайт, 2013. – 328 с.
6. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия – Strafprozessordnung (StPO) в ред. от 21.07.2012 г. / Науч.-прак. ком. и пер. П.В. Головненкова, Н.А. Спицы ; вступ. статья Уве Хелльманна. – Москва-Подсдам : Изд-во МГЮА им. О.Е. Кутафина ; Потсдам. ун-та. – 404 с.
7. Уголовный кодекс Австрии / Науч. ред. Н.Е. Крылова ; пер. с нем. и пред. А.В. Серебrenникова. – М. : ИКД «Зерцало-М», 2001. – 144 с.
8. Уголовный кодекс Албании. [Электронный ресурс]: – Режим доступа: <http://ugolovnykodeks.ru/2011/11/ugolovnyj-kodeks-albanii/71/>.
9. Уголовный кодекс Дании / Науч. ред. и пред. С.С. Беляева ; пер. с дат. и англ. С.С. Беляева, А.Н. Рычевой. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. – 230 с.
10. Уголовный кодекс Испании / Под ред. и с пред. Н.Ф. Кузнецовой, Ф.М. Решетникова. – М.: Изд-во ЗЕРЦАЛО, 1998. – 218 с.
11. Уголовный кодекс Литовской Республики. [Электронный ресурс]: – Режим доступа: <http://www.law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1243877&subI>

D=100107735,100107738,100107772,100107920#text.

12. Уголовный кодекс Республики Казахстан. – Алматы : ЮРИСТ, 2014. – 208 с.
13. Уголовный кодекс Республики Молдова. [Электронный ресурс]: – Режим доступа: <http://legislationline.org/ru/documents/action/popup/id/14700/preview>.
14. Уголовный кодекс Республики Польша / Науч. ред. А.И. Лукашов, Н.Ф. Кузнецова; вступ. статья канд. юрид. наук, доц. А.И. Лукашова, канд. юрид. наук, проф. Э.А. Саркисовой; перевод с польского Д.А. Барилевич. – СПб: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. – 234 с.
15. Уголовный кодекс Сан-Марино. [Электронный ресурс]: – Режим доступа: <http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1253084&subID=100116531,100116533,100117069,100117425,100117478#text>.
16. Уголовный кодекс Франции / Науч. редак. и пред. Л.В. Головкин, Н.Е. Крыловой; пер. с француз. и пред. Н.Е. Крыловой. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – 650 с.
17. Уголовный кодекс ФРГ / Пер. с нем. и пред. А.В. Серебrenникова. – М. : Изд-во «Зерцало», 2000. – 208 с.
18. Уголовный кодекс Швейцарии / Науч. ред., пред. и пер. с нем. А.В. Серебrenникова. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – 350 с.
19. Уголовный кодекс Эстонской Республики. [Электронный ресурс]: – Режим доступа: <http://www.hot.ee/estonianlegislation/0202.htm>.
20. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації : монографія / М.І. Хавронюк. – К. : Юрисконсульт, 2006. – 1048 с.



ПРАВО ЛИЧНОГО СТАТУСА В СОВРЕМЕННОМ ИРАКЕ: ОСОБЕННОСТИ ФОРМИРОВАНИЯ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

Салман АЛЬ-БРАЙЧАТ,

аспирант кафедры теории и истории государства и права
Международного гуманитарного университета

Summary

The article deals with the questions of historical and contemporary analysis of Iraqi Law of Personal Status. Author tries to discover the main historical points which today determine the further development of personal status law as a specific branch of Iraqi law. It is highlighted that the current status of Iraqi Law of Personal Status, as well as Iraqi Family Code, which were both adopted in 1959, is very unclear. From the one hand, the new Constitution of Iraq requires the respect to the local legal traditions and allows the activities of Sharia courts. From the other hand, this provisions are not correspondent by current Iraqi legislation. Such a situation makes the future of Iraqi personal status law uncertain.

Key words: Iraq, Iraqi legal system, law of personal status, Iraqi Law of Personal Status 1959, Iraqi Family Code 1959.

Аннотация

Статья посвящена вопросам исторического и современного анализа иракского Закона о личном статусе. Автор предпринимает попытку осветить основные исторические вехи, которые сегодня определяют дальнейшее развитие права личного статуса как особую отрасль иракского права. Подчеркивается, что нынешний статус Закона о личном статусе, как и Семейного кодекса Ирака, которые оба были приняты в 1959 году, характеризуется неопределенностью. С одной стороны, новая Конституция Ирака требует уважения к локальным правовым традициям и поощряет использование Шариатских судов. С другой стороны, это положение Конституции не находит своего продолжения в действующем законодательстве о личном статусе. Такая ситуация делает будущее этой отрасли весьма неясным.

Ключевые слова: Ирак, система права Ирака, право личного статуса, Закон Ирака о личном статусе 1959 года, Семейный кодекс Ирака 1959 года.

Постановка проблемы. Право личного статуса – отличительная черта всех современных систем исламского права. В нем сосредоточено множество вопросов, касающихся не только проблем индивидуальных прав и обязанностей, но и семейных, межличностных и частично имущественных отношений. При этом право личного статуса составляет центральный элемент мусульманского правовой культуры, поскольку именно в нем сохранились, в отличие от многих других отраслей исламского права, многие традиции и особенности права, имеющего своим основанием предписание Корана. В то же время, несмотря на то, что в большинстве случаев аспекты правового регулирования личного статуса в мусульманских странах являются весьма схожими, можно заметить, что трансформации, произошедшие в правовой системе Ирака за последние 15 с небольшим лет, существенным образом повлияли и на состояние, и динамику этой отрасли современного иракского права.

Исследование вопросов права личного статуса сквозь призму политико-правовых трансформаций, происходивших в правовой системе Ирака за последние десятилетия (принятие новой конституции, пересмотр ряда

принципиальных направлений развития законодательства и так далее), представляется весьма актуальной и полезной задачей. Во-первых, это дает возможность взглянуть на динамику права личного статуса в одной из наиболее полиэтничных мусульманских стран, а, во-вторых, позволяет раскрыть аспекты развития системы права Ирака в переходный период его политико-правовой истории.

Вопросы развития права личного статуса в Ираке практически не находятся в поле зрения современных постсоветских исследователей мусульманского права (за исключением В.В. Цмая). В то же время можно отметить вклад таких западных ученых, как С. Черланд, К. Стилт, Д. Стигалл, а также иракских правоведов С. Кадир, Дж. Кавам и других.

Цель статьи состоит в выявлении основных исторических вех в становлении и развитии права личного статуса в Ираке, а также определении современных тенденций развития этой отрасли иракского права.

Изложение основного материала. Во второй половине XX – начале XXI века на мировой арене в силу различных причин возросло влияние мусульманских стран, ислама как религии и правовых институтов, которые

сформировались на его основе. Это обусловило и интерес многих немусульманских юристов, и исследователей более широкого профиля к проблемам мусульманского права и юриспруденции. Именно в этот период на Ближнем Востоке, в Азии и Африке ряд стран начали создавать новые кодифицированные акты, основывающиеся в первую очередь на традиционных источниках права, прежде всего на Коране, что подорвало устоявшуюся в первой половине XX века тенденцию к формированию квазиевропейских систем права. С 60-х годов прошлого века начинается так называемое мусульманское возрождение, которое начало сопровождаться официальными кампаниями по исламизации правовых систем многих мусульманских стран. Оценки этого процесс весьма различны. Некоторые считают, что это привело к извращению самой сути ислама и его правовых институтов, радикализации правового мышления мусульман. Другие, напротив, утверждают, что именно этот период следует рассматривать в качестве отправной точки в становлении новой вехи развития ислама и мусульманских правовых систем.

Как бы то ни было, в любом случае право личного статуса составляет, пожалуй, центральную часть мусуль-



манской правовой культуры, является самостоятельной отраслью мусульманского права, сохранившуюся, в отличие от других отраслей права, подвергшихся значительному влиянию правовых систем европейских стран, практически в неизменном виде в современных правовых системах мусульманских стран. Такая стабильность права личного статуса объясняется тем, что предписания Корана относительно вопросов отправления культа и права личного статуса, однозначны и изложены в нем в конкретной форме как независимые от развития среды, поскольку они, по мнению идеологов ислама, отражают не подверженные изменениям интересы и потребности мусульман.

При этом следует подчеркнуть, что личный статус – это относительно недавний правовой термин в арабском языке, неизвестный классическим мусульманским юристам и существующий не во всех классических текстах мусульманской юриспруденции. И только когда была издана первая версия законопроекта о шариатских судах, египетский законодатель использовал фразу «вопросы шариата» в отношении вопросов личного статуса [1, с. 8].

Термин был впервые употреблен в Египте в 1890-х в названии книги «Положения шариата относительно личного статуса» Мухаммеда Квадри-паша. Затем в 1917 году этот термин был употреблен в Ираке в Билле о судах, а затем в Акте о шариатских судах в 1923 году. Первое же определение личного статуса было дано в 1934 году Египетским кассационным судом и звучало оно следующим образом: «Личный статус – это общая сумма физических или семейных характеристик известного лица, которая отличает его от других и порождает правовые последствия согласно праву в его социальной жизни, такие как: быть мужчиной или женщиной, состоять в браке, быть вдовцом/вдовой или разведенным, быть родителями или законнорожденным ребенком и т.д.» [2, с. 113].

В большинстве мусульманских стран вопросы личного статуса регламентируются в законодательном порядке, с обязательным применением принципов и норм исламского права. Несмотря на то, что в мусульманской юриспруденции до сегодняшнего дня не утихают споры относительно содер-

жания, объема и источников права личного статуса, можно утверждать, что на сегодня это довольно типичная совокупность норм в мусульманском праве.

Уникальность права личного статуса как специфической отрасли права Ирака определяется несколькими обстоятельствами. Во-первых, начиная со второй половины XX века и по сегодняшний день, законодательная регламентация права личного статуса несколько раз изменяла вектор своего развития. Это обуславливалось как разного рода политическими событиями (а наиболее значимым среди них, безусловно, стала война в Ираке, окончившаяся в 2003 г.), так и религиозными дебатами относительно того, каково должно быть соотношение унифицированности и гибкости права личного статуса, с учетом того, что Ирак всегда был многонациональным государством с множеством локальных правовых традиций.

В праве Ирака вопросы личного статуса регламентировались Законом о личном статусе 1959 года [3]. По мнению западных исследователей, этот закон, с одной стороны, обозначил контуры длительной идеологической борьбы между религиозными лидерами (Шитскими и Суннитскими) и светским правительством, а с другой – в отношении того, кто уполномочен определять объем, содержание и применение права личного статуса в государстве [4, с. 70]. Этот закон отличался весьма прогрессивными чертами, в частности касающихся правового статуса женщины. Так, устанавливался одинаковый для мужчин и женщин возраст вступления в брак (18 лет), запрещалась полигамия, мусульманин мог взять в жены не мусульманку без каких-либо ограничений или дополнительных условий, жена могла ослушаться мужа по межличностным или иным причинам и так далее. Считается, что прогрессивность этого закона была определена тем, что он подготавливался на основании и шиитских, и суннитских интерпретаций Шариата, что послужило основанием для поиска компромисса в деле создания общенациональной модели правового регулирования личного статуса. Круг вопросов, покрываемых иракским правом личного статуса, был довольно широким и включал в себя обручение и брак, незаконные бракосочетания,

семейные права и обязанности, разрыв брака, период ожидания между разрывом брака и новым браком, рождение и его последствия, завещание и опека, наследство и многое другое.

Впрочем, значительным количеством резолюций и приказов Совета Революционного Командования – правотворческого и правоприменительного органа, установленного после военного переворота 1968 года – множество прав, установленных в оригинальном тексте анализируемого закона, было отменено, а некоторые – существенно ограничены.

Некоторые вопросы личного статуса также регламентировались Семейным кодексом Ирака, принятым также в 1959 году. Важно отметить, что иракское законодательство в сфере личного статуса предполагало субсидиарное применение Шариата, что предусмотрено также и Семейным кодексом Ирака. Так, например, в нем было указано, что если кодекс не охватывает своим действием тех или иных аспектов рассматриваемого судом дела, то решение должно выноситься в соответствии с принципами исламского права, которые в наибольшей степени соответствуют духу кодекса. И даже более того, в Семейном кодексе Ирака указывалось, что суды должны также руководствоваться правовыми прецедентами, а также учениями Исламской юриспруденции в Ираке и других странах, чье законодательство в максимальной степени приближено к иракскому.

Этот кодекс существенным образом критиковался как со стороны исламской юриспруденции, так и со стороны судов. В первую очередь это касалось того, что в нем содержались беспрецедентные положения, касающиеся, в частности, необходимости просить разрешение на вторую жену, что не в полной мере соответствовало правилам Шариата. Например, судье предписывалось позволять мусульманину брать вторую жену только в том случае, если он был финансово способен содержать больше одной жены, а также, если это приносило некоторые правомерные выгоды. Однако, даже если эти условия были соблюдены, судья мог отказать в предоставлении права на вторую жену, если у него возникли обоснованные сомнения в том, что муж будет относиться к своим же-



нам с должным и, что более важно, равным вниманием. Вообще необходимость получения разрешения на вторую жену было беспрецедентным в мусульманском праве тех лет.

Также Семейный кодекс Ирака существенно изменял структуру и порядок наследования, что также нарушало устоявшиеся в Шариате принципы. В особенности это касалось завещания по закону. Общее правило Шариата гласит, что индивид может одну треть своего имущества распределить по собственному усмотрению, используя завещание, а две трети разделяются между наследниками в соответствии с исламскими принципами наследования. Проблема состояла в том, что в соответствии с требованиями Шариата наследники мужского пола получали вдвое большую долю наследства, чем наследницы женского пола. Кодекс же уравнивал их в этих правах.

Более жесткую критику Семейный кодекс Ирака 1959 года встретил со стороны лидеров юридической школы Джа-фари. Основной предмет носил в большей степени процессуально-правовой и институциональный характер. Так, указывалось на то, что кодекс подготовлен под большим влиянием суннитских воззрений. Это, в свою очередь, создает проблемы для его применения на несуннитских территориях, которые всегда имели автономию в вопросах права личного статуса: по порядкам, предшествовавшим принятию кодекса, суды личного статуса традиционно возглавлялись религиозными лидерами, исповедовавшими те же убеждения, что и население этой общины. Унифицированный кодекс, основанный на суннитских началах, мог легко означать ни что иное, как своего рода юридическую аннексию несуннитского правового пространства суннитскими судьями.

Однако, как представляется, наиболее последовательно и точно подчеркнул проблему Семейного кодекса Ирака 1959 года современный американский исследователь права Ирака К. Стилт. Он утверждает, что ключевой проблемой, несмотря на множество прогрессивных и действительно реформаторских нововведений кодекса, было то, что он разрушал сложившийся в Ираке правовой плюрализм. Этот вывод мог бы показаться удивитель-

ным, поскольку текстуальный анализ кодекса показывает, что отдельные его нормы базируются на воззрениях четырех основных суннитских школ, некоторые – на идеологии шиитских учений, многие вообще не имеют под собой основания в виде норм и принципов Шариата, а во многих чувствуется влияние западной юриспруденции. И в то же время кодекс вынуждено создавал некоторое единое правовое пространство личного статуса. Это может показаться плюсом с точки зрения западного исследователя, но оказалось существенным минусом для Ирака, поскольку принципиальные расхождения в разных школах приводили к тому, что одни и те же положения кодекса в принципе не могли применяться с равной степенью успешности [5, с. 752]. Кроме того, Шариат предписывает, что следование той или иной традиции юридической интерпретации восходит к воле самого мусульманина, а это означало, что Кодекс пытался унифицировать не столько правоприменение, сколько правовой менталитет, что не увенчалось успехом.

Таким образом, иракское законодательство, касающееся вопросов личного статуса, долгое время характеризовалось конфликтогенностью. На этом фоне становится понятным значение Резолюции по семейному праву Иракского правительства от 29 декабря 2003 года, в котором происходит значительный разворот в сторону Шариата. Эта резолюция призвала к использованию Шариата и отмене противоречащих ему законов в сфере семейного права и права личного статуса. Это, в свою очередь, подчеркнуло значение религиозного фактора для развития законодательства современного Ирака. Толчком к отмене обоих актов (Семейный кодекс Ирака и Закон о личном статусе), которые в западной литературе часто объединяют общим понятием «Кодекс личного статуса», послужило решение постхусейновского правительства о переносе юрисдикции по вопросам личного статуса из государственной судебной юрисдикции к местным Шариатским судам, возглавляемым религиозными лидерами. Впрочем, под давлением правозащитного лобби резолюция в итоге была отменена.

Однако, даже если попытка вернуть принципам и нормам Шариата домини-

рующее значение в сфере личного статуса не удалась путем принятия упомянутой резолюции, в итоге можно констатировать триумф именно этого подхода. Об этом можно судить, исходя из содержания Конституции Ирака. Статья 39 Основного Закона Ирака гласит: «Граждане Ирака свободны в решении наложить на себя какие-либо обязанности, связанные с их принадлежностью к каким-либо религиям, сектам, верованиям или иному по их выбору. Эти вопросы подлежат урегулированию законом» [3]. Между тем из положения этой статьи не следует напрямую, что Закон о личном статусе, равно как и Семейный кодекс Ирака подлежат отмене в пользу Шариата. Второе предложение этой статьи, отсылающее нас к некоему законодательному регулированию, может быть истолковано двояко: с одной стороны, оно может быть воспринято как непосредственная отсылка к действующему законодательству, в частности к Закону о личном статусе и Семейному кодексу Ирака; с другой – и такая интерпретация тоже весьма распространена среди иракских юристов, речь идет о том, что вопросы личного статуса и другие сферы общественной жизни Ирака, подпадающее под понятие «добровольное наложение на себя обязанностей» (а это и обязательственное право, и налоговое право, и ряд других) должна быть урегулирована новым законодательством, отличным от уже существующего. По мнению американского исследователя Д.И. Стигалия, речь здесь может идти о косвенном признании утраченного в 60-ые годы правового плюрализма: положение Конституции Ирака, по сути, позволяет тем, кто желает следовать Семейному кодексу и Закону о личном статусе, следовать им, но те, кто желает выбрать другой путь регулирования этих вопросов, могут обращаться к одной из существующих интерпретаций Шариата [6, с. 66].

Мнения относительно данного положения в аспекте применения законодательства о праве личного статуса разделились также и в самом иракском обществе. Так, один из членов предыдущего созыва Курдистанского парламента Кадир Саид полагает, что Закон о личном статусе все еще действует, хотя и нуждается в серьезной доработке с учетом требований Конституции Ирака



[7]. В то же время по крайней мере один комментатор подчеркнул, что ст. 39 Конституции Ирака является результатом совершенно негармоничной попытки удовлетворить все стороны политико-правового противостояния без рассмотрения вопросов практической стороны ее реализации [8, с. 750].

Таким образом, прямое прочтение Конституции Ирака создает достаточно спорную ситуацию в отношении действия или недействия Закона о личном статусе и Семейного кодекса Ирака. Можно утверждать, что, несмотря на всю критику и правовую «ломку», которая произошла в Ираке после принятия этих актов в 1959 году, они обладали рядом несомненных преимуществ. Закон о личном статусе представлял собой согласованную попытку создания общего правового режима в сфере личного статуса, который был в равной степени приемлем и для Исламской правовой традиции, и для стремления преодолеть фрагментированность и секторальность иракского общества. Его судьба, как представляется, может быть решена лишь в контексте дальнейшего реформирования системы права послевоенного Ирака.

Выводы. Религиозная конфликтность и одновременно прогрессивность и эффективность законодательного регулирования права личного статуса в Ираке определяет специфику становления этой отрасли права как неотъемлемой части системы права современного Ирака. Сегодня сложно предугадать дальнейшее направление развития этой отрасли, так как и религиозное, и светское (в особенности правозащитное) лобби в отношении Закона о личном статусе достаточно мощны. Однако уже сейчас можно утверждать, что то или иное разрешение этого вопроса будет напрямую определять структуру и содержание всей системы иракского права и законодательства, которое во многих своих составляющих продолжает оставаться ориентированным на те политические идеалы, которые доминировали в довоенный период иракской истории.

Список использованной литературы:

1. Цмай В.В. Регулирование семейно-брачных отношений мусульман правом личного статуса : [монография] / В.В. Цмай. – СПб. : Санкт-Петербург. ун-тет МВД России, 2000. – 259 с.
2. Nazir J.J. The Islamic Law of Personal Status / J.J. Nazir. – London : Graham and Trotman Ltd, 1990. – 359 p.
3. Law No. 188 of 1959, Personal Status Law and amendments Iraq 30 December 1959 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.refworld.org/docid/469cdf3011.html>
4. Cherland K. The Development Of Personal Status Law In Jordan & Iraq / K. Cherland // CMC Senior Theses. – Claremont, 2014. – 108 p.
5. Stilt K.A. Islamic Law in Making and Remaking of the Iraqi Legal System / K.A. Stilt // The George Washington International Law Review. – 2004. – Vol. 36. – No. 4. – P. 695–756.
6. Stigall D.E. Iraqi Civil Law: Its Sources, Substance, and Sundering / D.E. Stigall // Journal of Transnational Law&Policy. – 2006. – Vol. 16. – Issue 1. – P. 4–70.
7. Qadir S. The Personal Status Law – A Kurdish View / Q. Said [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.niqash.org/content.php?contentTypeID=174&id=1691>.
8. Khawam J. A World of Lessons: The Iraqi Constitutional Experiment in Comparative Perspective / J. Khawam // Columbia Human Rights Law Review. – 2006. – Vol. 37. – P. 717–801.