

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
Hotărârea nr. 61
din 30.04.2009

Reconfirmare prin Hotărârea 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. 5/4 (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. Gheorghiiță, 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

- Наталья АТАМАНЧУК. Мировой опыт
налогообложения недвижимого имущества
и возможности его внедрения в Украине.....3
- Евгения БУЛАТ. Компьютерная программа
и научное открытие как объекты
интеллектуальной собственности:
общие и отличительные признаки..... 7
- Эдуард ВОЛКОВ. Определение места
открытия наследства.....10
- Марьяна ГОРБАНЬ. Проблемы судебной
правоконкретизации в Украине..... 14
- Олег ГУЛЯК. Общетеоретические основания
применения подразделений Вооруженных Сил
Украины в условиях чрезвычайных
правовых режимов.....19
- Oleg ZARICHNIY. Citizen participation in public
affairs – the basis of the viability of democracy.....24
- Наталья ИБРАГИМОВА. Понятие холдинга
как участника отношений
в сфере хозяйствования.....27
- Ольга КАПИЧОН. Вклад профессора
К.В. Копейчикова в создание
Конституции Украины 1996 года..... 31
- Андрей КАФТЯ. Трансформация правовой
системы Украины
в условиях информатизации..... 35
- Екатерина ЛАЗАРЧУК. Понятие и особенности
перемещения продуктов морского
и речного промысла через
таможенную границу Украины..... 39
- Александр МАРТЫНЕНКО. Судебное
правотворчество и прагматический путь
регламентации общественных отношений.....44
- Vladimir MARCHENKO. About the essence and
concept of executive power.....48
- Яна МИХАЙЛЮК. Доктринальные вопросы
формирования стандартов предоставления
административных услуг.....53
- Ольга МЯКОТА. Международно-правовое
регулирование государственной границы Украины
со странами-членами Европейского Союза.....57

Андрей ПАВЛЕНКО. Организационно-правовой механизм Европейского Союза по противодействию торговле людьми.....	61
Людмила ПАНОВА. Эффект или эффективность Хозяйственного кодекса Украины?.....	65
Илья ПОЗОВ. Форма договора найма здания или другого капитального сооружения.....	72
Алина ПШЕНИЧНАЯ. Проблемы обеспечения прав ребенка в условиях вооруженного конфликта: современные вызовы для органов власти Украины.....	77
Валерия РЯДИНСКАЯ. Правовое обеспечение создания барьеров оттоку капиталов за рубеж в связи с расширением базы налогообложения налога на доходы физических лиц в Украине.....	81
Марина СЕМЕНОВА. Услуги по временному размещению как составляющая туристической деятельности.....	85
Pavel SERDIUK. Quantity and density of population in the influence on crime.....	89
Александра СОРОКА. Гражданско-правовые аспекты ответственности за ущерб, причиненный малолетними физическими лицами.....	93
Татьяна СТЕПАНОВА. Статус третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, в хозяйственном судопроизводстве.....	96
Александр ХУДЕНКО. Классификация согласованных действий относительно прав интеллектуальной собственности.....	100
Анна ЦИРАТ. Роль судебной практики и правовой доктрины в процессе унификации международного частного воздушного права.....	105

Георгий ЧЕРНЫШЕВ. Некоторые аспекты предупреждения финансового мошенничества в сфере жилищного строительства.....	109
Олег ШПАК. Научно-методическое сопровождение процессуального руководства досудебным расследованием.....	113



МИРОВОЙ ОПЫТ НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ НЕДВИЖИМОГО ИМУЩЕСТВА И ВОЗМОЖНОСТИ ЕГО ВНЕДРЕНИЯ В УКРАИНЕ

Наталья АТАМАНЧУК,

кандидат юридических наук, доцент кафедры финансового права
Национального университета государственной налоговой службы Украины

Summary

The article is an analysis of international experience in the real estate tax countries such as Germany, UK, Netherlands, Spain, Sweden, Denmark. The basic principles of international practice of real estate taxation, providing the highest efficiency and rationality taxation of real estate. The analysis of the mechanism of administration of immovable property other than land in Ukraine, the main drawbacks of the Tax Code of Ukraine, which prevent them from performing this tax imposed tasks and functions. The author offered in forming an effective mechanism of taxation of real estate in Ukraine.

Key words: international experience real property tax, property tax, other than land in Ukraine, the mechanism of property tax, the Tax Code of Ukraine.

Аннотация

В статье проводится анализ мирового опыта налогообложения недвижимого имущества в таких странах, как Германия, Великобритания, Нидерланды, Испания Швеция, Дания. Раскрываются основные принципы мировой практики налогообложения недвижимости, обеспечивающих наибольшую эффективность и рационализм налогообложения недвижимого имущества. Осуществляется анализ механизма администрирования налога на недвижимое имущество, отличное от земельного участка в Украине, основных недостатков предусмотренного Налоговым кодексом Украины, которые препятствуют выполнению этим налогом возложенных на него задач и функций. Автором предлагаются направления формирования эффективного механизма налогообложения недвижимого имущества в Украине.

Ключевые слова: мировой опыт налогообложения недвижимого имущества, налог на недвижимое имущество, отличное от земельного участка в Украине, механизм налогообложения недвижимого имущества, Налоговый кодекс Украины.

Постановка проблемы. На современном этапе налог на недвижимое имущество существует примерно в 130 странах, но значимость его различна. В большинстве стран поступления от этого налога составляют от 1 до 3% от общих налоговых поступлений на всех уровнях структур власти, но есть и исключения. Так, доля этого налога в собственных поступлениях местных бюджетов в Дании, Финляндии, Греции, Люксембурге составляет от 10%; в Бельгии, Латвии, Литве, Польше, Словении, Испании – до 50%, в Великобритании, Эстонии, Ирландии – почти 100% [1, с. 119].

Конкретные системы налогообложения недвижимости в каждой стране отличаются своими особенностями, однако в подавляющем большинстве зарубежных стран этот налог является местным, поэтому поступления от него составляют основную статью доходов бюджетов местных органов власти.

Украина, провозгласив свое намерение вступить в Европейский Союз (далее – ЕС), должна постепенно приближаться к европейскому уровню стандартов удовлетворения потребностей своих граждан в общественных благах, которые финансируются за счет налогов и сборов. Использование налога на имущество для финансирования

государственных услуг на местах обеспечивает взаимосвязь между уплаченными налогами и полученными благами, является важным принципом организации эффективной системы налогообложения.

Однако для того, чтобы налог на недвижимость стал стабильным источником формирования доходов бюджета Украины, важным является исследование, анализ и систематизация опыта администрирования соответствующего налога странами ЕС в разрезе определения налогоплательщика, объекта налогообложения, налоговой базы и тому подобное. Теоретико-методологическое обоснование концепции налогообложения недвижимости в странах ЕС с последующей конвергенцией механизма и адаптацией к современным экономическим реалиям в Украине является необходимым условием экономического развития нашего государства.

Проблемные вопросы, связанные с совершенствованием системы налогообложения недвижимого имущества в контексте укрепления местных бюджетов, является предметом постоянного научного поиска таких зарубежных и отечественных исследователей, как В. Андрущенко, Р. Арно, А. Багрий, Н. Бобоха, А. Бережная, А. Грищенко, В. Заяц, А. Короткевич, Н. Павлиха,

Ю. Рудницкая, П. Самуэльсон, А. Сидорович, В. Стипахно, Дж. Янг и другие.

Целью и задачей статьи является исследование особенностей мирового опыта налогообложения недвижимого имущества и возможности дальнейшего внедрения положительных аспектов в контексте проведения налоговых реформ в Украине, поиск возможных направлений оптимизации налогового законодательства в Украине.

Изложение основного материала.

Мы разделяем мнение И. Бухтияровой относительно того, что мировая практика налогообложения недвижимости выработала основные принципы, обеспечивающие наибольший рационализм налогообложения недвижимого имущества. Согласно рекомендациям Всемирного банка и Организации всемирного сотрудничества и развития для обеспечения действенности механизма объектом налогообложения является объект недвижимости (земля и улучшения на ней (здания, сооружения)) как целостный объект налогообложения. Данной рекомендацией регулируется массовая оценка объектов недвижимости для целей налогообложения, формирование кадастров недвижимости для целей налогообложения. Налогоплательщиками на недвижимость



являются владельцы имущества. Определяются направления поступлений от налогообложения недвижимости в местные бюджеты [2, с. 188].

В частности, в Германии налог на недвижимость (Grundsteuer) уплачивается независимо от его назначения (коммерческое пользование или нет). Он накладывается на налоговую стоимость имущества по общей федеральной ставке 0,35%. Результат умножается на местный коэффициент, который может составлять от 280 до 600%, из-за чего конечная ставка составляет от 0,98% до 2,1% налоговой стоимости имущества. Средняя ставка составляет около 1,5%. Для юридических лиц налог может служить основой вычетов для целей налога на прибыль компаний и налога на предпринимателей, для физических – основой вычетов только для подоходного налога, если собственность используется в коммерческих целях или является источником дохода, например сдается в аренду. От уплаты налога освобождены государственные предприятия, религиозные учреждения [3, с. 8]. При покупке недвижимого имущества налоговая ставка составляет 3,5% от ее кадастровой стоимости, в отличие от балансовой, является стоимостью с учетом целевого назначения недвижимости [4, с. 160].

Налоги на недвижимость в Великобритании делятся на несколько видов. Одним из них является налог на покупку недвижимости – гербовый сбор. Соответствующий платеж является самым низким в Европе, не превышающем 4% для домов стоимостью более 500 000 фунтов стерлингов, для более дешевой недвижимости ставка сбора является регрессионной. В Великобритании также взимается единый налог на имущество, используемое для ведения предпринимательской деятельности (national non-domestic rate – NNDR). Органы местного самоуправления взимают налог на недвижимость (universal business rate – UBR). Налогооблагаемая база в данном случае – предполагаемая сумма годовой арендной платы. Налог уплачен за недвижимость, которая используется для торговли, бизнеса, профессиональной деятельности, может служить основанием для исчисления налога на доходы компаний. Для определения размера налога жилая недвижимость делится на 8 групп (в Уэльсе – 9) в зависимости от

рыночной стоимости. При этом размер налога по каждой из групп в зависимости от установленного центральной властью соотношения к ставке четвертой группы недвижимости (D).

Характерными чертами системы налогообложения недвижимости в Великобритании являются следующие: отсутствие разделения земли и объектов недвижимости для целей налогообложения; разделение недвижимости на жилую и нежилую для целей налогообложения, разделение их администрирования между органами местного самоуправления (налог на жилую недвижимость) и центральными органами власти (налог на нежилую, то есть коммерческую и промышленную, недвижимость); наличие различных режимов налогообложения для различных частей государства [5].

В Нидерландах налог на недвижимость ежегодно налагается местными органами. Налог состоит из части, накладывается на владельцев недвижимости и части, накладывается на пользователей недвижимости. Налогооблагаемая база устанавливается государственной оценкой. Местные органы власти планируют ставку налога на недвижимость, исходя из предполагаемых бюджетных расходов и величины имеющейся налогооблагаемой базы. Освобождение от уплаты налога предоставляется по новостройкам на период строительства здания.

В Испании существует система налогов, подобная Франции. Так, выделяют налог на имущество (Impuesto Sobre Bienes Inmuebles) и инфраструктурный налог, который содержит плату за сбор мусора, эксплуатацию коммунальных сетей и так далее (Basura y alta Notarillado). Соответствующие платежи взимаются ежегодно органами местного самоуправления в размере 0,5–1% в местный бюджет. Налогооблагаемая база (кадастровая стоимость) индексируется в зависимости от инфляционных процессов в текущем году и переоценивается каждые 8 лет кадастровым управлением (государственной структурой, которая занимается переписью, оценкой и переоценкой имущества) с учетом рыночной стоимости имущества, включая стоимость земли и сооружений [6, с. 8].

В Швеции государственный налог на недвижимость накладывается на все виды недвижимости, которая может

быть использована для проживания, в коммерческих или производственных целях. Базой налогообложения является стоимость имущества на дату, которая наступила на два года раньше, чем соответствующий налоговый год (в случае частного жилого помещения за чертой 75% его рыночной стоимости). Налоговая ставка составляет 1,3% на дома, разделенные на арендуемые квартиры и блоки квартир, 1,0% на помещения, используемые в коммерческих целях, и 0,5% на промышленную собственность. Новые жилые помещения освобождаются от налога на первые 5 лет, на следующие 5 лет ставка снижена на 50% [3, с. 9].

В США и Швейцарии не существует единого налога на федеральном уровне. Налоги на недвижимость уплачиваются в некоторых штатах (США), кантонах (Швейцария) или устанавливаются на местном уровне. Местные органы власти планируют ставку налога на недвижимость, исходя из предполагаемых бюджетных расходов и величины имеющейся налогооблагаемой базы. В среднем налог на имущество в США составляет 1,4%, в швейцарских кантонах варьируется на уровне 0,4% рыночной стоимости [3, с. 9].

Недвижимое имущество, которое размещается в Дании, облагается тремя видами налога: местным налогом на недвижимость; окружным налогом на недвижимость и налогу на недвижимость, используемой в качестве офисов, гостиницы, заводы, мастерские. Налогоплательщиком является владелец недвижимости. В зависимости от вида налога на недвижимость, который применяется, определяется и база налогообложения. Так, для местного налога на недвижимость – это стоимость земли, здания и другая недвижимость в ее состав не включается. Для налога на недвижимость, который используется в коммерческих целях, напротив базой налогообложения служит стоимость здания без учета земли.

Мировой опыт показывает, что при использовании правильного подхода налог на недвижимость может стать одной из весомых статей доходной части бюджета. В частности, Германия получает 1,1% общих поступлений от указанного налога, Швейцария – 0,46%, бюджета Российской Федерации этот налог приносит 9% от всех поступлений. Он обе-



списывает до 95% поступлений в местные бюджеты в Нидерландах, 81% – в Канаде, 52% – в Франции, от 10 до 70% – в США. В странах с развивающейся экономикой, по данным Всемирного Банка, налог на недвижимость составляет 40–80% платежей в местные бюджеты.

Подытоживая вышесказанное, следует подчеркнуть, что налогообложение недвижимости в зарубежных странах является весомым элементом фискальной консолидации в плоскости наполнения бюджетов всех уровней. Бюджетно-налоговый инструментарий в виде налога на недвижимое имущество является важной константой обеспечения доходов местных бюджетов, реализации принципов эффективности и справедливости, а также расширение финансовой независимости органов местного самоуправления.

Мировой опыт убедительно свидетельствует, что налоги ресурсно-имущественного группы являются самыми распространенными в развитых странах и составляют весомый финансовый фундамент экономического развития в контексте бюджетной децентрализации. В соответствующем аспекте конвергенция зарубежного опыта налогообложения недвижимого имущества с последующей имплементацией в Украине является конструктивным базисом и необходимым условием совершенствования налоговой системы на пути к рыночным преобразованиям. Однако реализация прогрессивных методов и фискального опыта развитых стран мира должна основываться на учете специфики развития национальной экономики, культурно-исторических особенностей и социально-политического положения.

Следует отметить, что впервые налог на недвижимое имущество, отличное от земельного участка, введен принятым в 2010 году Налоговым кодексом Украины как один из местных налогов в нашей стране [8].

При этом, согласно статьи 265 Налогового кодекса Украины, объектом налогообложения являлся объект жилой недвижимости.

В соответствии с принятым Налоговым кодексом Украины ставки налога на недвижимое имущество, отличное от земельного участка, устанавливаются сельским, поселковым и городским советом за 1 м² жилой площади объекта жилой недвижимости в следующих

пределах: для квартир, жилая площадь которых не превышает 240 м², и жилых домов, жилая площадь которых не превышает 500 м², – до 1% размера минимальной заработной платы; для квартир, жилая площадь которых превышает 240 м², и жилых домов, жилая площадь которых превышает 500 м², – 2,7% размера минимальной заработной платы (размер такой заработной платы устанавливается на законодательном уровне по состоянию на 1 января отчетного года).

Однако Законом Украины от 27 марта 2014 г. № 1166-VII «О предотвращении финансовой катастрофы и создания предпосылок для экономического роста в Украине» [9] внесены изменения в статью 265 «Налог на недвижимое имущество, отличное от земельного участка» Налогового кодекса Украины, которые вступили в силу с 1 апреля 2014 г.

В соответствии с Законом Украины № 1166-VII в статье 265 Налогового кодекса Украины слова «жилая площадь» заменены словами «общая площадь» в соответствующем падеже, в результате чего изменилась база налогообложения налогом на недвижимое имущество, отличное от земельного участка, как для юридических, так и физических лиц-владельцев объектов жилой недвижимости.

Учитывая направления реформирования экономической политики Украины, определенные Программой деятельности Кабинета Министров Украины (утверждена постановлением Кабинета Министров Украины от 9 декабря 2014 г. № 695), Законом Украины от 28 декабря 2014 г. № 71-VIII «О внесении изменений в Налоговый кодекс Украины и некоторые законодательные акты Украины относительно налоговой реформы» [10] введен местный налог на имущество, который объединил три таких налога, как налог на недвижимое имущество, отличное от земельного участка; транспортный налог; плата за землю.

Законом Украины от 28 декабря 2014 г. № 71-VIII внесены существенные изменения по налогообложению недвижимого имущества, отличное от земельного участка, которые вступили в силу уже с 1 января 2015 г. В частности, предполагается расширение базы налогообложения для налога на недвижимое имущество, отличное от земельного участка, путем налогообложения как жилой, так и нежилой недвижимости.

При этом ставки налога для объектов жилой и/или нежилой недвижимости, находящихся в собственности физических и юридических лиц, устанавливаются по решению сельского, поселкового или городского совета в зависимости от места расположения (зональности) и типов таких объектов недвижимости в размере, который не превышает 2 процентов размера минимальной заработной платы, установленной законом на 1 января отчетного (налогового) года, за 1 кв. метр базы.

Как справедливо отмечают А. Зима и И. Ершова, финансовый результат от уплаты налога на недвижимое имущество в Украине по увеличению налоговых поступлений в местные бюджеты будет достаточно низким по сравнению с другими странами, прежде всего через значительные налоговые льготы по данному налогу и неполноту учета всех объектов недвижимости в базу налогообложения. Также в Украине существует проблема нехватки финансовых ресурсов, необходимых на проведение оценки недвижимого имущества, которая не дает возможности ввести новую базу недвижимости. Поэтому нужно искать другие подходы к наполнению местных бюджетов. Существует много путей, с помощью которых можно увеличить поступления.

Предлагается сделать базой начисления налога рыночную стоимость объекта, а не балансовую. Тем самым является возможность учесть месторасположение объекта недвижимости (рекреационная или промышленная зона, областной центр районный и так далее), состояние объекта недвижимости (памятник архитектуры или стандартная квартира, новостройка, старый жилой фонд и так далее) без дополнительных затрат на определение различных надбавок и коэффициентов, учитывающих те или иные особенности [4, с. 162].

Разделяют приведенную выше позицию относительно базы налога и зарубежные исследователи. В частности, Н. Барбара и Э. Ричард указывают на то, что должна существовать дифференциация оценки зданий и улучшений по их качеству, местонахождению, сроком использования и так далее для образования четкой оценочной базы. Такой подход позволяет оценщику и налогоплательщику понять оценку и знать, каким образом и все ли аспекты были учтены



при оценке недвижимости, и, если нужно, поставить под сомнение оценку [7].

Итак, рассмотрев пример развитых государств, можно сделать вывод, что во многих из них налоги на недвижимость отнесены законодательством к компетенции органов местного самоуправления, однако на общегосударственном уровне, как правило, осуществляется общее регулирование их взыскания. При этом необходимо учитывать, что к налогам на недвижимость в законодательстве различных государств отнесены широкий спектр конкретных налогов, а именно: налоги на землю, на землю с улучшениями, на здания и сооружения, комбинирующиеся по-разному в пределах налоговой базы и оценивающиеся на основе различных методов, которые, как правило, обязательно определяются рыночной стоимостью объекта налогообложения. Также законодательством может быть отнесено к налогам на имущество физических лиц налогообложение имущества, перешедшего по наследству или в качестве подарка.

Несмотря на то, что использование площади недвижимости является менее затратным механизмом, чем применение стоимостных оценок, необходимость в дифференцированном подходе и учете качественных характеристик недвижимости остается важным этапом в разработке системы налогообложения, основанной на площади недвижимости. Как правило, с целью учета качественных характеристик недвижимости используют дифференциацию ставок налогообложения и применения к нему корректирующих коэффициентов, отражающих привлекательность местоположения и технические характеристики недвижимости. Эти факторы являются основополагающими в расчете рыночной стоимости недвижимости и указывают на привлекательность объекта для покупателей, поэтому их учет в расчет налога на недвижимость необходим с точки зрения соблюдения справедливости в налогообложении. Специалисты называют эти факторы физическими и выделяют среди них такие: местонахождение – удаленность от центра, уровень развития инфраструктуры структуры и транспортного сообщения; архитектурно-конструктивные решения (капитальность здания); состояние объекта недвижимости (износ, этажность, расположение и так далее); наличие комму-

нальных услуг (электроэнергия, водоснабжение, теплосеть тому подобное).

Рыночная стоимость объекта налогообложения – наиболее вероятная цена объекта налогообложения на открытом и конкурентном рынке, при которой он передается другому владельцу в результате операции между осведомленными, заинтересованными и независимыми сторонами и при условии, что на цену не влияют нетипичные факторы. Рыночная стоимость должна определяться на основании денежной оценки объекта налогообложения по установленным законодательством оценочным процедурам по состоянию на 1 января налогового года. Массовая переоценка стоимости объектов налогообложения осуществляется по решению соответствующего местного совета, но не реже одного раза в пять лет. В случае существенного отклонения рыночной стоимости отдельного объекта налогообложения может проводиться индивидуальная оценка стоимости такого объекта по запросу налогоплательщика.

Выводы. В Украине существует проблема нехватки финансовых ресурсов, необходимых на проведение оценки недвижимого имущества, которая не дает возможности ввести новую базу недвижимости. Поэтому нужно искать другие подходы к наполнению местных бюджетов. Существует много путей, через которые можно увеличить поступления. На данном этапе в систему налогообложения возможно внести еще некоторые предложения, которые не требуют много затрат, но имеют предпосылки для введения в процесс налогообложения недвижимого имущества.

Таким образом, обобщение работ ведущих ученых и результаты собственных исследований позволили сделать вывод, что налог на недвижимое имущество должен стать весомым залогом увеличения доходной части местных бюджетов путем усовершенствования системы налогообложения недвижимости на основе опыта зарубежных стран.

Поэтому именно учет положительного опыта зарубежных государств для нашего государства является весьма важным на этапе внедрения, взыскания и совершенствования именно налога на недвижимое имущество, отличное от земельного участка, как одного из местных налогов и сборов в Украине.

Список использованной литературы:

1. Майстренко А. Налог на недвижимое имущество в качестве дополнительного источника наполнения местных бюджетов / А. Майстренко // Право Украины. – 2009. – № 10. – С. 118–124.
2. Бухтиярова И.А. Принципы обеспечения действенности механизма налогообложения недвижимости / И.А. Бухтиярова // Европейские перспективы. – 2013. – № 3. – С. 188–196.
3. Аблязова Е.С. Мировой опыт налогообложения недвижимости / Е.С. Аблязова // Вестник ОНУ имени И.И. Мечникова. – 2013. – Т. 18. – Вып. 3/1. – С. 8–13.
4. Зима А.Г. Совершенствование налогообложения недвижимого имущества с учетом зарубежного опыта / А.Г. Зима, И.С. Ершова // Бизнес Информ. – 2012. – № 6. – С. 160–166.
5. Прокопенко В.Ю. Налогообложение недвижимости – инструмент наполнения муниципальных бюджетов и регулирования местных рынков недвижимости / В.Ю. Прокопенко [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://vistnic.stu.cn.ua/index.pl?task=arcl&j=7&id=39>.
6. Прокудина Н.В. Налог на недвижимость: в Европе и в России / Н.В. Прокудина // Экономика и финансы. – 2010. – № 9. – С. 2–10.
7. Барбара Н. Налогообложение недвижимости / Н. Барбара, Э. Ричард [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.geomatica.kiev.ua/training/PlanValTax/chapter 202.html>.
8. Налоговый кодекс Украины от 2 декабря 2010 г. №2755-VI [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.
9. О предотвращении финансовой катастрофы и создания предпосылок для экономического роста в Украине: Закон Украины от 27 марта 2014 г. № 1166-VII [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1166-18>.
10. О внесении изменений в Налоговый кодекс Украины и некоторые законодательные акты Украины относительно налоговой реформы : Закон Украины от 28 декабря 2014 г. № 71-VIII [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/71-19>.



КОМПЬЮТЕРНАЯ ПРОГРАММА И НАУЧНОЕ ОТКРЫТИЕ КАК ОБЪЕКТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ: ОБЩИЕ И ОТЛИЧИТЕЛЬНЫЕ ПРИЗНАКИ

Евгения БУЛАТ,

кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин
Днепропетровского государственного университета внутренних дел

Summary

The issue of protection of a computer program content is most relevant today because its solution will avoid many of the issues related to violations of the rights of authors. In the article the analysis of general signs is conducted between the computer programs and scientific discoveries. It is known that in relation to scientific discoveries for many years there have been discussions about choosing the method of their protection. It was found that for computer programs and scientific discoveries, in addition to a large number of distinguishing features between them, a common feature is their content, in respect of which there is no legal protection. A more detailed study of this question will allow to find the best content protection of computer programs.

Key words: computer program, scientific discovery, content, legal protection, object of intellectual property.

Аннотация

Вопрос охраны содержания компьютерной программы является сегодня наиболее актуальным, поскольку его решение позволит избежать многих вопросов, связанных с нарушениями прав авторов. В статье проведён анализ общих признаков между компьютерными программами и научными открытиями. Как известно, в отношении научных открытий многие годы ведутся дискуссии о выборе способа их охраны. Установлено, что для компьютерных программ и научных открытий, помимо большого числа отличительных признаков между ними, общим признаком является их содержание, в отношении которого и отсутствует правовая охрана. Более детальное изучение этого вопроса позволит найти оптимальный вариант охраны содержания компьютерной программы.

Ключевые слова: компьютерная программа, научное открытие, содержание, правовая охрана, объект интеллектуальной собственности.

Постановка проблемы. Развитие инновационных и рыночных отношений в Украине требует сегодня определения надлежащего пути усовершенствования законодательства и в сфере интеллектуальной собственности. На современном этапе многие вопросы по признанию и охране некоторых объектов интеллектуальной собственности до сих пор остаются нерешёнными. Среди таких объектов отдельно следует выделить компьютерные программы и научные открытия.

Актуальность темы статьи подтверждается степенью нераскрытости темы, поскольку на современном этапе в Украине нет единого подхода к охране содержания компьютерной программы и научного открытия. Необходимость проведения этого исследования связана с выявлением как общих, так и отличительных признаков между компьютерными программами и научными открытиями, в отношении которых до настоящего времени ведутся дискуссии о выборе способа их охраны.

Изучению вопроса охраны компьютерной программы как объекта интеллектуальной собственности были посвящены труды Ю.М. Капицы,

С.А. Петренко, В.С. Дмитришина, Е.А. Боровской, С.С. Лосева, А.А. Успенского, В.В. Черячукина и других. Вопросы охраны научного открытия рассматриваются в работах О.П. Сергеева, О.Д. Святоцкого, Р.А. Стефанчука, В.Г. Тыминского, В.В. Чолакова, Я.Н. Шевченко, Ю.С. Шемшученко, Р.Б. Шишки и других.

В одной из последних работ С.А. Петренко, связанной с охраной компьютерных программ, был проведён анализ соотношения компьютерной программы с другими объектами интеллектуальной собственности, с целью выработки подхода к охране компьютерной программы, в частности с изобретением, полезной моделью и промышленным образцом. Однако вопрос соответствующего механизма охраны содержания компьютерной программы так и остался нерешённым.

Работы указанных авторов и стали фундаментальной базой для проведения дальнейшего исследования в данной сфере.

Целью статьи является исследование и выявление общих и отличительных признаков между компьютерной программой и научным открытием,

объектом, по поводу которого в течение многих лет продолжают дискуссии относительно выбора способа его охраны.

Новизна работы заключается в том, что в ней сделана попытка выявить общие и отличительные черты между компьютерной программой и научным открытием как объектами интеллектуальной собственности, с целью выявления наиболее значимого фактора, влияющего на выбор охраны двух указанных объектов и выработки дальнейших методических рекомендаций по охране их содержания в Украине.

Изложение основного материала исследования. *Компьютерная программа.* В соответствии со ст. 4 Договора Всемирной организации интеллектуальной собственности об авторском праве 1996 г., компьютерные программы охраняются как литературные произведения в понимании ст. 2 Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений. Такая охрана применяется к компьютерным программам независимо от способа или формы их выражения [1, с. 61].

Наряду с этим существует также опыт зарубежных стран, в которых



вместе с авторским правом осуществлялась практика охраны компьютерных программ нормами патентного права. Так, в частности, в Соединённых Штатах Америки приблизительно 30 тысяч патентов, выданных в разные годы Европейским патентным ведомством, относятся к компьютерным программам. При этом единый подход к охране компьютерных программ так и не был разработан.

В Украине вопрос правовой охраны компьютерных программ регулируется Гражданским кодексом Украины, Законом Украины «Об авторском праве и смежных правах», а также другими нормативно-правовыми актами, в которых раскрываются отдельные аспекты правовой охраны компьютерных программ [2, с. 82].

В соответствии с действующим украинским законодательством в сфере интеллектуальной собственности, компьютерные программы охраняются как литературные произведения. Такая охрана распространяется на компьютерные программы независимо от способа или формы их выражения.

Ст. 14 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» закреплён перечень личных неимущественных прав автора компьютерной программы, а именно:

1) требовать признания своего авторства путём указания надлежащим образом имени автора на произведении и его экземплярах и при любом публичном использовании произведения, если это практически возможно.

Так, только физическое лицо, творческим трудом которого создана компьютерная программа, может называться её автором. Все другие лица, которые предоставляли техническую, организационную или иную помощь автору в её создании, не считаются её авторами;

2) запрещать во время публичного использования произведения указания своего имени, если он как автор произведения желает остаться анонимом;

3) выбирать псевдоним, указывать и требовать указания псевдонима, вместо настоящего имени автора, на произведении и его экземплярах и во время любого его публичного использования;

Автор компьютерной программы может определить форму указания имени в созданной компьютерной про-

грамме – создать её под собственным именем, анонимно или под псевдонимом. Автор программы имеет право требовать, чтобы его имя указывалось при каком-либо использовании компьютерной программы, в частности, например, в сопроводительной документации или на упаковке компьютерной программы.

Право на предоставление специального названия компьютерной программе является ещё одной разновидностью личного неимущественного права автора. Автор, на своё усмотрение, может дать компьютерной программе специальное название;

4) требовать сохранения целостности произведения и оказывать противодействие любому изменению, искажению или иному посягательству на произведение, что может нанести вред чести и репутации автора [3].

У автора компьютерной программы возникает право на неприкосновенность своей программы. Это значит, что он может противодействовать любому изменению, искажению компьютерной программы, требовать прекращения подобных действий от любых лиц. При этом личные неимущественные права автора не могут быть переданы (отчуждены) другим лицам.

Поскольку, как отмечалось выше, компьютерные программы охраняются как литературные произведения, общий перечень имущественных прав интеллектуальной собственности, предусмотренный ст. 15 Закона, для всех объектов авторского права распространяется также и на компьютерные программы и не является исчерпывающим. А более детальное определение прав для компьютерных программ определено ст. 24 Закона [3]. Так, лицо, которое правомерно владеет правомерно приобретённым экземпляром компьютерной программы, имеет право без согласия автора или другого лица, которое имеет авторское право на эту программу, на следующие действия:

1) внести в компьютерную программу изменения (модификации), с целью обеспечения её функционирования на технических средствах лица, которое использует эти программы, и совершения действий, связанных с функционированием компьютерной программы в соответствии с ее назначением, в частности запись и сохране-

ние в памяти компьютера, а также исправление явных ошибок, если другое не предусмотрено соглашением с автором или другим лицом, которое имеет авторское право;

2) изготовить одну копию компьютерной программы при условии, что эта копия предназначена только для архивных целей или для замены правомерно приобретенного экземпляра в случаях, если оригинал компьютерной программы будет утерян, уничтожен или станет непригодным для использования;

3) декомпилировать компьютерную программу (превратить ее из объектного кода в исходный текст), с целью получения информации, необходимой для достижения её взаимодействия с независимо разработанной компьютерной программой;

4) наблюдать, изучать, исследовать функционирование компьютерной программы, с целью определения идей и принципов, которые лежат в ее основе, при условии, что это делается в процессе выполнения любого действия из загрузки, показа, функционирования, передачи или записи в память (сохранения) компьютерной программы.

Таким образом, перечень имущественных прав интеллектуальной собственности на компьютерную программу четко определён Законом.

Согласно ст. 1 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах», компьютерная программа – это набор инструкций в виде слов, цифр, кодов, схем, символов или в любом другом виде, выраженных в форме, пригодной для считывания компьютером, которые приводят его в действие для достижения определенной цели или результата (это понятие охватывает как операционную систему, так и прикладную программу, выраженных в исходном или объектном кодах).

Оригинальность как признак компьютерной программы в известной мере зависит от ее вида. Компьютерная программа прикладного характера подобна литературному произведению научного характера, а игрового характера – мультимедийным произведениям. Оригинальность может устанавливаться не только по авторскому стилю написания нестандартизированного исходного кода программы, но и по организации ее внутренней структуры и



степени схожести внешних форм выражения программы.

Таким образом, компьютерные программы охраняются авторским правом как литературные произведения, и при этом охраняется их форма, в то время как содержание (алгоритм) компьютерной программы остаётся за пределами внимания законодателя.

Научное открытие. Всемирной организацией интеллектуальной собственности наряду с другими результатами творческой деятельности научное открытие признано объектом интеллектуальной собственности, который нуждается в надлежащей правовой охране и законодательном регулировании. Гражданским кодексом Украины (далее – ГК Украины) научное открытие признано объектом интеллектуальной собственности, который нуждается в правовой охране, и отмечено, что право на него должно охраняться в порядке, установленном соответствующим Законом. Законодательное регулирование научное открытие получило в Соединённых Штатах Америки и Испании. На общественных началах оно регистрируется в странах СНГ и Балтии.

Согласно ст. 457 ГК Украины, научным открытием признается установление неизвестных ранее, объективно существующих закономерностей, свойств и явлений материального мира, которые вносят коренные изменения в уровень научного познания. Ст. 420 ГК Украины отмечено, что научное открытие – это такой же объект интеллектуальной собственности, как и другие, которые в ней содержатся [4, с. 62].

Перечень личных неимущественных прав, которые возникают на научное открытие, во многом совпадает с неимущественными правами, которые возникают на компьютерную программу. Ими являются следующие права: право на признание автором научного открытия; право на приоритет научного открытия; право препятствовать любому посягательству на научное открытие, способное нанести вред чести или репутации автора научного открытия; право на присвоение научному открытию имени автора (соавторов); право требовать указания своего имени в связи с использованием открытия, если это практически возможно.

Среди других вышеуказанных прав – право на приоритет научного откры-

тия. Это неимущественное право, которое характеризует научное открытие как объект фундаментальных научных исследований и заключается в установлении первенства доведения информации автором открытия до ведома общественности [5, с. 141].

Единственным имущественным правом, которое возникает у автора открытия, является право на получение единоразового материального вознаграждения за его создание. И этой особенностью научное открытие существенно отличается не только от компьютерной программы как объекта интеллектуальной собственности, а также от всех других объектов интеллектуальной собственности. Исключение в этом случае составляют лишь патентоспособные научные открытия, то есть открытия, на основе которых возникли новые патентоспособные решения, которые воплощаются в изобретения.

Относительно правового режима научного открытия сложилась следующая ситуация. Научная публикация, которая предшествует созданному научному открытию и свидетельствует о его приоритете и существенных признаках открытия, охраняется в режиме авторского права. Но, после того как материалы заявки на научное открытие подаются в соответствующее Ведомство, в силу должны вступить нормы, которыми охраняется сущность созданного научного открытия.

Таким образом, до настоящего времени в Украине отсутствует соответствующий инструментарий, с помощью которого охранялась бы сущность (содержание) научного открытия. Именно этот признак является общим между компьютерной программой и научным открытием.

Выводы. Как свидетельствует проведенный сравнительный анализ двух отмеченных объектов, они содержат как отличительные признаки, которые касаются, прежде всего, режима установления имущественных прав на них, так и общие признаки, касающиеся, в свою очередь, охраны содержания этих объектов интеллектуальной собственности.

Дальнейший поиск варианта охраны содержания компьютерных программ целесообразно вести с учётом результатов выполненного анализа.

Список использованной литературы:

1. Булат С.А. Правова охорона комп'ютерних програм на сучасному етапі / С.А. Булат // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ : збірник наукових праць. – 2014. – № 2 (71). – С. 61–64.
2. Доровских А.В. Деякі аспекти правової охорони комп'ютерних програм в Україні / А.В. Доровских, С.А. Булат // Проблеми цивільного права і процесу : Матеріали науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті проф. О.А. Пушкіна. Харків, 7 червня, 2014 р. – Х., 2014. – С. 81–83.
3. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 р. № 3793-ХІІ (3793-12) // ВВР. – 1994. – № 13. – Ст. 65. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>.
4. Булат С.А. Деякі аспекти щодо визначення поняття права на наукове відкриття / С.А. Булат // Геотехнічна механіка : міжвідомчий збірник наукових праць / Інститут геотехнічної механіки ім. М.С. Полякова НАН України. – Дніпропетровськ, 2010. – Вип. 86. – С. 61–65.
5. Булат С.А. Деякі аспекти щодо визначення особистих немайнових прав, які виникають у автора наукового відкриття / С.А. Булат // Вісник Донецького національного університету. – 2012. – № 2. – С. 140–141.



ОПРЕДЕЛЕНИЕ МЕСТА ОТКРЫТИЯ НАСЛЕДСТВА

Эдуард ВОЛКОВ,

аспирант кафедры гражданско-правовых дисциплин
Харьковского национального университета имени В.Н. Каразина

Summary

Described land as an object of inheritance. Consider the concept, types of places opening of the inheritance that are crucial for certain categories of subjects. Formulated and expressed the view that a broad interpretation of the place of opening the inheritance is not always the last place of residence. Indicated on the difference between the concepts and the legal nature of “refugee” and “internally displaced person”. Suggested the existence of pravorealizations barriers related to procedural aspects of the implementation of the inheritance rights of internally displaced persons. The problems faced by internally displaced persons in exercising their inheritance rights. Made proposals on the effectiveness of the mechanism of implementation of changes in respect of internally displaced persons and the removal of obstacles in the procedural moments when placing inheritance rights.

Key words: land, place of opening the inheritance, place of residence, civil matters, internally displaced person, inheritance, occupied territory.

Аннотация

В статье охарактеризован земельный участок как объект наследства. Рассмотрены понятие, виды места открытия наследства, имеющие ключевое значение для определенных категорий субъектов. Сформулирована и выражена точка зрения, что расширенное толкование места открытия наследства – это не всегда последнее место проживания. Указано на различие понятий и правовой природы терминов «беженец» и «внутренне перемещенное лицо». Высказано мнение о существовании правореализационных преград, связанных с процедурными моментами по осуществлению наследственных прав внутренне перемещенных лиц. Рассмотрены проблемы, с которыми сталкиваются внутренне перемещенные лица при реализации своих наследственных прав. Вынесены предложения по эффективности механизма внедрения изменений в отношении внутренне перемещенных лиц и устранению препятствий в процедурных моментах при оформлении наследственных прав.

Ключевые слова: земельный участок, место открытия наследства, место проживания, гражданские правоотношения, внутренне перемещенное лицо, наследство, оккупированная территория.

Постановка проблемы. Тема наследования (через призму применения материальных и процессуальных норм) как со времен становления нашего государства, так и на сегодняшний день является предметом исследования ученых, субъектов законодательной инициативы, студентов, юристов-практиков, а также граждан – субъектов наследственных отношений.

Актуальность темы. Наследование как категория, в частности вопрос открытия наследства, исследовалось такими учеными, как А.А. Гелич, Ю.А. Заика, А.А. Кармазь, С.Я. Рабовская, Е.А. Рябконов, А.А. Степанюк, Е.И. Фурса и др.

Цель статьи. Со вступлением в силу Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно обеспечения реализации права на наследование» в Украине изменится порядок наследования, поэтому возникает необходимость выяснения проблемных аспектов оформления наследства на временно оккупированной территории Украины и определения путей их решения.

Отметим, что порядок наследования на временно оккупированной территории Украины в юридической

литературе не освещался, поскольку на сегодня оформление прав на наследство происходит в Украине в условиях эффективного механизма осуществления наследственных прав.

Отдельно стоит отметить, что споры между наследниками по поводу земельного участка являются одной из самых распространенных категорий гражданских дел. А судебная практика по делам относительно оформления наследства на временно оккупированной территории Украины еще нуждается в единстве подходов.

При этом сложности этого вида недвижимости связаны с невозможностью перемещения, в соответствии со ст. 5 Закона Украины «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и их обременений» [9], вещные права и их обременения на земельные участки, а также на объекты недвижимого имущества, расположенные на земельном участке, перемещение которых невозможно без их обесценивания и изменения назначения, а именно: предприятия как единые имущественные комплексы, жилые дома, здания, сооружения (их отдельные части), квартиры, жилые и нежилые помещения. Тем самым земельный участок как вид недвижимости и объект

наследства невозможно переместить без их обесценивания и изменения назначения.

Изложение основного материала исследования. Законом Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно обеспечения реализации права на наследование» внесены изменения в ст. 1221 Гражданского кодекса Украины (далее – ГК Украины) дополнена ст. 111 Закона Украины «Об обеспечении прав и свобод граждан и правовом режиме на временно оккупированной территории Украины» [11] и ст. 91 Закона Украины «О временных мерах на период проведения антитеррористической операции» [15] о месте открытия наследства.

Это приводит к расширенному толкованию места открытия наследства, а следовательно, к другой судебной практике. Исходя из этого, изменяется также подход к рассмотрению теоретических и практических вопросов по поводу места открытия наследства для лиц с временно оккупированной территории Украины.

Большое значение имеет юридический факт – место открытия наследства, поскольку является первым определяющим фактором для оформления права на наследство.



В нотариальной практике обычно определяют место открытия наследства по месту регистрации проживания физического лица. Согласно ч. 1 ст. 1221 ГК Украины, место открытия наследства – это место жительства наследодателя, то есть жилой дом, квартира, другое помещение, пригодное для проживания в нем (общежитие, гостиница и т. п.), в соответствующем населенном пункте, в котором физическое лицо проживало постоянно, преимущественно или временно. Похожую норму имеет и ГК Квебека, в соответствии со ст. 613 которого наследство открывается по последнему месту жительства наследодателя.

Согласно ст. 3 Закона Украины «О свободе передвижения и свободном выборе места проживания в Украине» [14], местом жительства признается административно-территориальная единица, на территории которой лицо проживало сроком свыше шести месяцев в году, то есть понятие «место жительства» используется и как административно-правовая категория. Регистрация – внесение сведений в паспортный документ о месте жительства или месте пребывания с указанием адреса жилья лица и внесение этих данных в регистрационный учет соответствующего органа, специально уполномоченного центральным органом исполнительной власти по вопросам регистрации.

Определяя место жительства физического лица как жилой дом, квартира, другое помещение, пригодное для проживания в нем (общежитие, гостиница и т. п.), в соответствующем населенном пункте, в котором физическое лицо проживает постоянно, преимущественно или временно (ст. 29 ГК Украины), законодатель закрепляет широкое толкование термина «место жительства», поскольку в жилом помещении физическое лицо может проживать как постоянно, так и преимущественно или временно.

Целесообразной считаем точку зрения А.И. Нелина, который отмечает, что норма ст. 29 ГК Украины не является совершенной, ведь место проживания может быть временное и не всегда совпадать с местом нахождения наследственного имущества [5, с. 179–180].

Определение места открытия наследства имеет большое практическое

значение, поскольку после смерти лица наследство должно открываться только в одном месте и нотариус выдает выписку о регистрации в наследственном реестре. Именно по этому месту принимаются заявления заинтересованных лиц, и именно в этом месте в случае возникновения спора следует обращаться в суд.

Очевидно, что место фактической смерти и место открытия наследства или последнее постоянное место жительства и место смерти могут не совпадать.

Исходя из этого, под «местом открытия наследства» имеется в виду не «место» как точка на местности конкретного проживания, дом, улица и т.п., а определенный населенный пункт (город, село и т. д.). Так, место открытия наследства может не совпадать с местом смерти наследодателя, если он умер не в месте своего постоянного проживания (например, во время пребывания в командировке, санатории, местах лишения свободы). В этих случаях местом открытия наследства признается тот населенный пункт, где гражданин постоянно проживал до выезда [7].

На наследников возлагается обязанность доказывания последнего места жительства наследодателя. В частности, п. 1.13 главы 10 раздела II Порядка [12] установлены документы, подтверждающие место открытия наследства.

При этом место открытия наследства не может подтверждаться свидетельством органов ГРАГС о смерти. В случае отсутствия у наследников документов, подтверждающих место открытия наследства, нотариус разъясняет наследникам их право на обращение в суд с заявлением об установлении места открытия наследства [18]. В таком случае место открытия наследства подтверждается копией решения суда, вступившего в законную силу (пункты 1.12–1.14 главы 10 раздела II Порядка).

Согласно ч. 2 ст. 1221 ГК Украины, если место жительства наследодателя неизвестно, местом открытия наследства является местонахождение недвижимого имущества или основной его части, а при отсутствии недвижимого имущества – местонахождение основной части движимого иму-

щества. Похожую норму содержит и ст. 1324 ГК Грузии [3].

Расширенная дефиниция ст. 1221 ГК Украины по месту жительства физического лица на практике создает немало проблем в определении места открытия наследства, а следовательно, влияет на правильный выбор соответствующего органа, в компетенцию которого входит урегулирование наследственного дела [16].

На практике возникают отдельные случаи, когда установить место проживания наследодателя невозможно или чрезвычайно сложно. Например, если лицо часто переезжает с одного места жительства в другое, невозможно установить место последнего жительства умершего. Именно поэтому законодателю стоило пересмотреть правовую норму о месте открытия наследства, изменив ее на «последнее постоянное место жительства», то есть населенный пункт, где гражданин постоянно или преимущественно проживал [4]. Считаем, что это было бы целесообразным особенно для внутренне перемещенных людей.

Если наследодатель имел несколько мест проживания, местом открытия наследства считается место регистрации наследодателя (пункт 1.12 главы 10 раздела Порядка). Несколько мест проживания может быть и на территории разных государств. Таким образом, возникают различия таких дефиниций, как «вынужденный переселенец», «внутренне перемещенное лицо», «беженец» [1, с. 13].

В отличие от беженцев, для которых специальный правовой статус является необходимым, поскольку они потеряли защиту собственного государства и вынуждены искать его на чужой территории, внутренне перемещенные лица не нуждаются в таком статусе, а следовательно, и в сложных процедурах его определения. Они находятся на территории собственного государства, являются его гражданами и пользуются равными с другими гражданами правами.

Так, согласно ст. 1 Закона Украины «Об обеспечении прав и свобод внутренне перемещенных лиц» [10], внутренне перемещенным лицом является гражданин Украины, постоянно проживающий в Украине, которого заставили или он самостоятельно по-



кинул свое место жительства в результате или во избежание негативных последствий вооруженного конфликта, временной оккупации, повсеместных проявлений насилия, массовых нарушений прав человека и чрезвычайных ситуаций природного или техногенно-го характера [2, с. 314].

Фактически внутренне перемещенные лица – это лица, которые подпадают под определение «вынужденные переселенцы», но которые, покинув место своего постоянного проживания, остаются в стране своей гражданской принадлежности и могут пользоваться ее защитой. К внутренне перемещенным лицам в России применяется термин «вынужденные переселенцы» [17].

Определив, что относится к месту открытия наследства и кто – к специальному статусу субъектов (внутренне перемещенные лица), отметим, что, благодаря внесению изменений в ст. 1221 ГК Украины, восстановлена возможность для граждан, проживающих на временно оккупированной территории (Крым, город Севастополь, зона проведения АТО), и тех, которые переселились с указанных территорий, реализовывать их наследственные права. Так, согласно последним изменениям ст. 1221 ГК Украины, была дополнена ч. 3, которая предусматривает, что в особых случаях место открытия наследства устанавливается законом. Полагаем, что эта норма касается внутренне перемещенных лиц.

Согласно новой редакции ст. 1221 ГК Украины, установлено, что местом открытия наследства должно быть признано «место подачи первого заявления, что свидетельствует о волеизъявлении наследников по поводу наследственного имущества, исполнителей завещания, людей, заинтересованных в охране этого имущества или требования кредиторов, что позволяет нотариусу завести наследственное дело, которое подлежит государственной регистрации в Наследственном реестре».

Внесены изменения и в Закон Украины «Об обеспечении прав и свобод граждан и правовом режиме на временно оккупированной территории Украины», в ст. 111 которого указывается, что в случае, если последним местом жительства наследодателя яв-

ляется временно оккупированная территория, местом открытия наследства является место подачи первого заявления, что свидетельствует о волеизъявлении наследников по поводу наследственного имущества, исполнителей завещания, людей, заинтересованных в охране наследственного имущества, или требования кредиторов.

Кроме этого, орган местного самоуправления обязан подать в суд заявление о признании наследства выморочным по местонахождению недвижимого имущества, а при отсутствии местонахождению основной части движимого имущества, вместо подачи такого заявления по месту открытия наследства, как это предусмотрено действующей редакцией ч. ч. 1 и 3 ст. 1277 ГК Украины.

Наследственное дело подлежит регистрации в Наследственном реестре в порядке, утвержденном Кабинетом Министров Украины [11].

Таким образом, с одной стороны, благодаря этой измененной норме упрощается процедура открытия наследства для обеспечения реализации прав граждан, которые проживают на временно оккупированной Российской Федерацией территории АРК и города Севастополя, в зоне антитеррористической операции или переселились из указанных территорий, по реализации их имущественных и неимущественных прав, в частности по оформлению наследственных прав (указано в пояснительной записке к проекту Закона Украины «О внесении изменений в ГК Украины относительно места открытия наследства» от 22.12.2014 г. № 1534 [8]).

С другой стороны, причины возникновения этой нормы хотя и обусловлены проблемами с оформлением наследства, возникшими у внутренне перемещенных лиц, но в ст. 1122 ГК Украины никоим образом не определено, что такой механизм будет применяться только в отношении них. А это наводит на мысль о возникновении споров на практике.

Очевидно, что на оккупированных территориях созданы препятствия для функционирования большинства государственных органов Украины, а также судов разных инстанций. На основании изменений, которые отражены в

ст. 12 Закона Украины «Об обеспечении прав и свобод граждан и правовом режиме на временно оккупированной территории Украины», можно сделать вывод, что гражданские дела (например наследственные споры), поданные общим апелляционным судам, расположенным на оккупированных территориях, рассматриваются Апелляционным судом г. Киев. Следовательно, эти изменения должны решить проблемы субъектов, которые хотят реализовать свое право на судебную защиту, однако остаются проблемы с использованием этих изменений на практике, пока отсутствует четкий механизм действий как граждан, так и судей.

Проблемы с оформлением наследственных прав, в том числе на земельный участок, объясняются наличием препятствий в реализации прав и законных интересов. Так, препятствия в реализации прав и законных интересов следует рассматривать как нормативно установленные и юридико-фактические обстоятельства, затрудняющие (или блокирующие) процесс осуществления правовых возможностей, которые требуют от носителя прав и законных интересов дополнительных нормативно не запрограммированных или непропорциональных, неразумных организационных, материально-технических, временных, интеллектуальных и других расходов [6, с. 6].

Поскольку внутренне перемещенные лица не могут в полной мере реализовать свои наследственные права, то считаем, что это правореализационные преграды, которые связаны с процедурными моментами по осуществлению наследственных прав этих лиц.

При этом возникают определенные проблемы, в частности, относительно получения документов из суда АРК, где дело рассматривалось в первой инстанции, кроме того, проблема уведомления другой стороны о производстве по делу и т. п. Подтверждает это пример судебного решения № 139/168/14-ц от 31 октября 2014 г. [13].

Отметим, что абсолютность прав обусловлена именно тем, что эти права закрепляют отношения лица к вещи, а не к другим лицам, тем самым исключая для них возможность препятствовать уполномоченному лицу



в использовании вещи или влиять на дело без его разрешения.

Напомним, что возникает проблема уведомления другой стороны о производстве по делу и т. д., то есть относительно реализации прав субъекта как участника процесса, и поэтому судья выносит заочное решение. Считаем, что невозможность отправки любых почтовых отправлений в адрес участников судебного процесса, которые находятся на временно оккупированных территориях, должна быть подтверждена соответствующей справкой (письмом) Украинского государственного предприятия почтовой связи, распечаткой телефонных звонков и SMS-сообщений участника судебного процесса, которая подтвердит оповещение данного лица о судебном заседании, либо осуществить его путем размещения текста повесток в сети Интернет на официальном веб-портале «Судебная власть Украины» в разделе объявлений соответствующего суда.

Отметим, что государство должно ввести подготовку всех документов по делу электронным путем. Так, в сфере регистрации прав следует осуществить переход на электронный документооборот, упрощение процедур, а функции приема документов делегировать местным властям и нотариусам.

С 01 апреля 2015 г. должен быть отрегулирован блок вопросов, который касается регистрации прав на недвижимость, поскольку вводятся новые стандарты в предоставлении регистрационных услуг: можно будет получить все необходимые данные в виде выдержек, справок или выписок, которые могут быть оформлены в электронной форме. А значит, может быть перевод всех нотариальных действий в электронном режиме, и это станет тем механизмом, благодаря которому появится возможность в реализации наследственных прав для внутренне перемещенных лиц.

Вторая проблема возникает с обеспечением прав граждан на оккупированных территориях в сфере исполнения судебных решений. Очевидно, исполнение будет отсрочено на неопределенный срок. Считаем, что в случае бездействия в исполнении судебного решения лицо может обратиться за за-

щитой своих прав в Европейский суд по правам человека.

Выводы. Подытоживая, отметим, что, во-первых, место открытия наследства – это не всегда место жительства; во-вторых, внутренне перемещенные лица не могут в полной мере реализовать свои наследственные права, что приводит к правореализационным преградам, связанным с процедурными моментами по осуществлению наследственных прав этих лиц; в-третьих, благодаря измененной норме ст. 1221 ГК Украины, упрощается процедура открытия наследства, но в статье не определено, что такой механизм будет применяться только в отношении внутренне перемещенных лиц.

Таким образом, поскольку Украине приходится срочно разрабатывать законодательство для внутренне перемещенных лиц, то есть в сфере, где до сих пор не существовало эффективных наработок, необходимы осуществление механизма внедрения измененных норм и разработка необходимых разъяснений судов или Министерства юстиции по данному вопросу.

Список использованной литературы:

1. Гаврушко Ю.Ф. Правове регулювання міграційних процесів на універсальному та євро регіональному рівнях : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 «Міжнародне право» / Ю.Ф. Гаврушко. – К., 2005. – 16 с.
2. Гудвин-Гилл Г.С. Статус беженца в международном праве / Г.С. Гудвин-Гилл ; пер. с англ. ; под ред. М.И. Левиной. – М. : ЮНИТИ, 1997. – 647 с.
3. Кухарев О.Є. Спадкове право України : [навчальний посібник] / О.Є. Кухарев. – К. : Правова єдність, 2013. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pidruchniki.com/1597012256938/pravo/mistse_vidkrittya_spadschini#217.
4. Мацелюх І. Відкриття та оформлення спадщини: проблеми реалізації / І. Мацелюх [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://svitprava.com.ua/poleznoe/publikatsii/235-oformlenie-nasledstva.html>.
5. Нелін О.І. Спадкове право України : [навчальний посібник] / І.О. Нелін. – К. : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2009. – 247 с.

6. Панченко В.Ю. Классификация юридических препятствий в реализации прав и законных интересов / В.Ю. Панченко, А.А. Петров // Право и государство: теория и практика. – 2013. – № 9. – С. 6–12.

7. Поединок О. Законодавство України про захист прав біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту, у світлі її міжнародних зобов'язань / О. Поединок [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ukrinur.kiev.ua/publications>.

8. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Цивільного кодексу України щодо місця відкриття спадщини» від 22.12.2014 р. № 1534 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53025.

9. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 01.07.2004 р. № 1952-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 553.

10. Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб : Закон України від 20.10.2014 р. № 1706-VII // Офіційний вісник України. – 2014. – № 94. – С. 7. – Ст. 2709.

11. Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України : Закон України від 15.04.2014 р. № 1207-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 26. – С. 2172. – Ст. 892.

12. Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : Наказ від 22.02.2012 р. № 296/5 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 17. – С. 66. – Ст. 632.

13. Про визнання права власності на житловий будинок з господарськими спорудами та визнання права власності на земельні ділянки в порядку спадкування та виділ частки у спадковому майні в натурі. Мурованокуриловецький районний суд Вінницької області. Справа 139/168/14-ц від 31.10.2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41233969>.

14. Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні : Закон України від 11.12.2003 р. № 1382-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 15. – Ст. 232.



ПРОБЛЕМЫ СУДЕБНОЙ ПРАВОНКРЕТИЗАЦИИ В УКРАИНЕ

Марьяна ГОРБАНЬ,

аспирант кафедры теории и философии права
Львовского национального университета имени Ивана Франко

Summary

In article general theoretical characteristics of specification as legally significant activity in the judicial law enforcement, law-making and interpretation are made. The approaches to understanding the interpretation and specification in jurisprudence, correlation of these legal phenomena are analyzed. The legal nature of interpretational law specification in judicial activity and its peculiarities are defined, and based on them definition of «judicial interpretational law specification» is given. Also attention on problems in judicial law specification in Ukraine are focused, ways to resolve them are suggested.

Key words: law specification, judicial law specification, judicial interpretational law specification, judicial law specification in Ukraine.

Аннотация

В статье осуществляется общетеоретическая характеристика конкретизации как юридически значимой деятельности в судебном правоприменении, правотворчестве и толковании. Анализируются подходы к пониманию толкования и конкретизации в юриспруденции, соотношению этих правовых феноменов. Устанавливается юридическая природа правоинтерпретационной конкретизации в судебной деятельности, ее характерные признаки, и на этом основании формируется определение понятия «судебная правоинтерпретационная конкретизация». Акцентируется внимание на проблемах судебной правоконкретизации в Украине, предлагаются пути их разрешения.

Ключевые слова: правоконкретизация, судебная правоконкретизация, судебная правоинтерпретационная конкретизация, судебная правоконкретизация в Украине.

Постановка проблемы. При написании статьи использовались логически правовой и метод общей теории права, направленный на выявление общих закономерностей и особенностей судебной правоконкретизации; а также общетеоретическая литература и другие научные источники, законодательство Украины, судебная практика.

Актуальность темы. В последнее время вопросам правоконкретизации, в том числе и в судебной деятельности, ее соотношению с другими правовыми феноменами уделяется все больше внимания, а результаты научных исследований нашли отражение в трудах Н.А. Власенко, М.В. Залоило, Ю.А. Гавриловой, М.Ш. Гамидова, А.К. Кац, В.В. Лазарева, А.И. Овчинникова, М.Н. Придворовой, Р.Р. Рафикова, Г.Г. Шмелевой и др. В то же время проблемы отечественной судебной правоконкретизации, в частности интерпретационной, остаются малоисследованными, в том числе и с позиции общей теории права.

Цель статьи – установление природы судебной правоинтерпретационной конкретизации, проблем судебной

правоконкретизации в Украине, основных способов их решения.

Изложение основного материала исследования. Эффективность правового регулирования зависит не только от качества нормативно-правовых актов, но и от правоприменения, в частности, судебного.

Судебная деятельность, в узком понимании ее понятия, – это правоприменение профессионального судьи, которое направлено на осуществление правосудия путем рассмотрения и решения дела по существу, индивидуализации нормативно-правовых предписаний по отношению к участникам судебного процесса. Вместе с тем в процессе осуществления судебной деятельности иногда возникает необходимость создания нормативно-правовых предписаний или их интерпретации. При этом всегда осуществляется правоконкретизация.

В юридической литературе нет единого подхода к определению понятия «правоконкретизация». Анализируя юридическую природу правоконкретизации, можно выделить следующие характерные признаки: она является

15. Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції: Закон України від 02.09.2014 р. № 1669-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 44. – С. 2972. – Ст. 2040.

16. Сорока Н. Юрисдикційні питання у процесі спадкування з іноземним елементом / Н. Сорока // МЕН. – 2013. – № 5. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://yurtradnik.com.ua>.

17. О вынужденных переселенцах : Федеральный закон от 19.02.1993 г. № 4530-I [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://base.garant.ru/10105693/#ixzz37360YGsq>.

18. Ющак А. До питання про місце відкриття спадщини та заведення в Україні спадкової справи після спадкодавця-іноземця / А. Ющак [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ukrinur.kiev.ua/publications/> березень 2014.



юридически значимой деятельностью компетентного субъекта; необходимостью предпосылкой реализации нормативно-правового предписания; ее целью является отображение точности и полноты содержания нормы и достижение максимальной правовой определенности; осуществляется путем ограничения или расширения содержания понятия нормы права; осуществляется путем выявления специфических качеств многомерной реальности социальных ситуаций, типичных для фактических обстоятельств; ее результат фиксируется в правотворческих, правоприменительных и правоинтерпретационных актах.

Таким образом, правоконкретизация – это юридически значимая деятельность компетентного субъекта, направленная на отражение точности и полноты содержания норм права, достижения их максимальной правовой определенности для создания необходимых предпосылок их реализации.

Кроме указанных выше признаков, судебной конкретизации присущи и некоторые особенные: она осуществляется профессиональным судьей в процессе правоприменения или специально уполномоченным судебным органом при создании регламентных актов; обусловлена потребностью передать точный смысл нормы права в контексте фактических обстоятельств дела или же достичь максимальной правовой определенности; ее результаты фиксируются в судебных актах.

Конкретизация норм права при условии перевода абстрактного нормативно-правового предписания (нормы права) на конкретный уровень, что воплощается в реальном поведении субъектов права, является неотъемлемой составляющей, как судебной правоприменительной, так и правотворческой и правоинтерпретационной деятельности.

Так, судебная правоприменительная конкретизация понимается, как деятельность профессионального судьи, направленная на отображение в индивидуализированном предписании, которое объективировано в решении суда, точности и полноты содержания нормы права в контексте определенных обстоятельств дела с целью разрешения правового спора по существу, создания условий для реализации интересов лиц, которые участвуют в судебном

процессе. Судебную правотворческую конкретизацию можно определить, как деятельность профессионального судьи высших судов или специально уполномоченного судебного органа, направленную на отображение точности, полноты и максимальной правовой определенности нормативно-правовых предписаний, объективированных в судебных нормативно-правовых прецедентах и судебных регламентах.

В то же время сегодня малоисследованными остаются проблемы судебной правоинтерпретационной конкретизации.

Исходя из принципов правовой экономии и целесообразности, законодатель при конструировании нормативно-правовых предписаний обычно использует достаточно гибкие, абстрактные, общие формулировки, пытаясь обеспечить относительную стабильность нормы права и распространить ее действие на максимальное количество аналогичных случаев, учитывая многообразие возможных ситуаций объективной действительности. При этом довольно часто возникает необходимость коррекции значения понятий для правильного понимания и применения таких норм на практике, что, в свою очередь, ставит вопрос о месте и значении конкретизации в судебной интерпретационной деятельности.

Вопрос о соотношении толкования и конкретизации остается одним из наиболее дискуссионных.

Так, словом «толкование» обозначается понимание, объяснение чего-либо; трактовка, интерпретация [1, с. 1328]; способ семантизации лексики; объяснение значения лексической единицы с помощью комментария – небольшого пояснительного текста, заключающего в себе описание необходимого понятия [2, с. 317]. В то же время «толковать» – означает давать чему-нибудь какое-нибудь объяснение, определять смысл чего-либо; разъяснять, заставлять понять что-нибудь [3].

Толкование в юриспруденции представляет собой один из наиболее тонких и сложных процессов мышления в правовой сфере [4]. Большинство ученых под толкованием нормативно-правовых предписаний понимает познавательную деятельность по установлению смысла норм права, которые объективированы через нормативно-правовые предписа-

ния соответствующих источников права, для правильного их применения и реализации [5, с. 316].

При разграничении толкования и конкретизации следует сделать акцент на том, что они отличаются друг от друга непосредственными целями и функциями в правовом регулировании, логическим механизмом их осуществления и регулятивно-юридическими свойствами их результатов [6, с. 51]. Таким образом, они во многом обладают общими чертами, но в то же время не тождественны, характеризуются сложным характером соотношения и взаимного влияния.

По мнению М.Н. Придворовой, судебное толкование является необходимым процессом познания применяемого закона, ибо закон обычно формулируется, как общее, абстрактное правило поведения, раскрытие которого при осуществлении правоприменительной деятельности необходимо для наиболее точного познания его смысла и правильного приложения к спорному случаю [7, с. 28].

Так, в процессе типизации социально-правовых явлений и формирования на ее основании юридических понятий и правовых норм на правотворческом этапе происходит искажение социально-правовой действительности, так как каждый отдельный социальный факт обладает уникальным набором черт и характеристик, отбрасываемых в ходе типизации [8]. В то же время, если известные способы (приемы) толкования не дают однозначного ответа о смысле правовой нормы, которая допускает два или более одинаково возможных варианта ее понимания и применения, возможности толкования исчерпаны. Преодоление возникшей смысловой неопределенности нормы возможно только путем выбора одного из альтернативных вариантов ее значения, который лежит уже за пределами толкования [9, с. 101]. Таким образом, конкретизация норм права необходима для совершения поступков, соответствующих данной конкретной обстановке, при этом за наилучшей моделью, в целях наиболее полного достижения результатов применения нормы. Для этого норму необходимо представить и выразить в таком виде, чтобы она получила очертания в элементах конкретно-правоотношения [10, с. 489].



М.В. Залоило считает, что под правоинтерпретационной конкретизацией юридических норм можно понимать мыслительный процесс в ходе толкования, результатом которого является наполнение толкуемой юридической нормы новым содержанием [11, с. 19].

Однако, по мнению некоторых ученых, при осуществлении праворазъяснительной конкретизации к содержанию правовых норм ничего не прибавляется [12, с. 21]. Возможно, такая позиция сформирована, исходя из принципа законности, означающего, что при толковании права объем определяемого понятия оказывается равным объему определяющего понятия, то есть результат толкования всегда должен быть тождественен смыслу (содержанию) нормы права, вложенному в нее законодателем [17, с. 60].

В то же время, по мнению других, в процессе толкования или понимания правовых норм происходит незаметное для толкователя конструирование смысла нормы – объективация воли толкователя [12]. Так, целью конкретизации права является повышение точности и определенности правового регулирования, для достижения которой в ходе конкретизации необходимо осуществить некоторую переработку (модификацию) содержания нормы, благодаря чему оно становится более конкретным [6, с. 59].

Представляется, что в процессе правоинтерпретационной конкретизации особое значение имеет экспликация – своеобразный метод развёртывания, раскрытия сущности предмета (явления) через некоторое многообразие иных предметов или явлений. Под экспликацией (лат. *explicatio* – объяснение, развёртывание) понимается раскрытие сущности того или иного предмета, явления, его объяснение [13]; уточнение понятий и утверждений естественного или искусственного языка с целью устранения выявленных в них неясностей и неточностей, или (и) сообразно новому объекту исследования [14]. Таким образом, в следствии правоинтерпретационной конкретизации содержание нормы права открывается в целостности, но в то же время ее отдельные части (элементы) начинают самостоятельное существование в качестве так называемых конкретизированных предписаний и могут отличаться друг от друга.

Так, по мнению А.Ф. Черданцева, содержание интерпретируемой нормы раскрывается в совокупности конкретизирующих высказываний [15, с. 35]. По своему содержанию они выражаются в определенных правилах понимания [16, с. 25], которые, раскрывая смысл нормы, являются связующим звеном между абстрактной нормой и индивидуальными ситуациями, на которые она распространяется [15, с. 41].

И.Н. Сенякин считает, что основное назначение таких предписаний в том, чтобы уточнить сферу действия общих норм, способствовать конкретному решению задач, стоящих перед ними, выявить специфические особенности отношений, предусмотренных основными предписаниями [17, с. 166]. Принятие конкретизирующих правил поведения значительно облегчает уяснение смысла исходной нормы права, так как ее содержание становится более широким, конкретным, более приближенным к конкретным жизненным ситуациям [6, с. 62].

Важно отметить, что смысл нормы права не всегда устанавливается в полном объеме, иногда достаточно четко, полно раскрыть смысл отдельных понятий или терминов, которыми наполнена норма, или же объяснить отдельные моменты: сферу ее действия (влияния), условия, при которых нормы действуют определенным образом и т. п.

Судебная интерпретационная конкретизация всегда предшествует правоприменению, поскольку правильное понимание норм права необходимо для справедливого решения определенного дела по существу. В то же время, зафиксированные в актах высших судебных органов или же актах официального толкования права, конкретизированные интерпретационные положения направлены на обеспечение корректного и унифицированного понимания толкуемой нормы не только в контексте обстоятельств определенного дела, но и во всех случаях, на которые она рассчитана, способствуют устранению неточностей, противоречий, корректированию сферы ее влияния в необходимых случаях, формированию единообразного понимания нормы права.

Учитывая, что толкование права является частью судебной деятельности, можно утверждать, что именно про-

фессиональный судья должен осуществлять интерпретационную конкретизацию. Важно отметить, что полномочия судов многих стран на официальное толкование норм права зафиксированы на самом высоком законодательном уровне, в частности в конституциях или конституционных законах. В то же время казуальное толкование осуществляется без специального указания в законе.

Анализируя правовую природу судебной правоинтерпретационной конкретизации, помимо общих признаков, характерных для такого рода деятельности, можно выделить следующие особенности: осуществляется профессиональным судьей; обусловливается необходимостью точного, унифицированного понимания смысла нормы права или ее отдельных элементов в контексте определенных обстоятельств; имеет значение для эффективного и единообразного применения права; результаты фиксируются в правилах понимания содержания нормы права; имеет значение для правильного разрешения правового спора; объективируется в судебных решениях или предусмотренных законом интерпретационных актах.

Таким образом, судебная правоинтерпретационная конкретизация – это юридически значимая деятельность профессионального судьи, направленная на обеспечение единообразного и точного в решениях суда или интерпретационных актах.

Судебная интерпретационная правоинтерпретационная наиболее истребованный вид юридической деятельности как в системах общего, так и континентального права. Присуща интерпретационная конкретизация и в отечественной правовой системе. При этом в юридической литературе не прекращаются споры о ее природе, пределах и сфере действия.

Абстрактность правовых норм, которая, как уже отмечалось, хотя и обеспечивает устойчивость и гибкость законодательства, но наряду с этим создает условия для правовой неопределенности вследствие неодинакового применения судьями норм права. В то же время обеспечение единообразия в применении законов является базовым принципом деятельности судебной системы, неразрывно связанным с прин-



ципом правовой определенности – одним из основополагающих элементов верховенства права [18, с. 14].

Так, в процессе реализации судебной реформы процессуальные кодексы Украины дополнены статьями, в которых установлено, что выводы Верховного Суда Украины о применении нормы права, изложенные в его постановлении, принятом по результатам рассмотрения заявлений о пересмотре судебного решения, является обязательным для всех субъектов властных полномочий, применяющих в своей деятельности нормативно-правовой акт, содержащий соответствующую норму права. Эти выводы должны учитываться другими судами общей юрисдикции при применении таких норм права. Суд вправе отступить от правовой позиции, изложенной в выводах Верховного Суда Украины, с одновременным указанием соответствующих мотивов (например, ч. 1 ст. 360-7 Гражданского процессуального кодекса Украины, ч. 1 ст. 111-28 Хозяйственного процессуального кодекса Украины, ч. 1 ст. 244-2 Кодекса административного судопроизводства Украины и ч. 1 ст. 458 Криминально процессуального кодекса Украины).

Таким образом, нормы права, конкретизированные в выводах Верховного Суда Украины, приобретают обязательный характер в процессе решения аналогичного правового спора и делают невозможным двусмысленное понимание одной и той же нормы применительно к правоотношениям, возникающим при схожих обстоятельствах.

Правовая природа указанных правоположений идентична с правоположениями, изложенными в разъяснениях Конституционного Суда Украины. Однако стоит обратить внимание на то, что его полномочия на официальное толкование норм права зафиксированы на законодательном уровне, а на право-конкретизацию – нет. Хотя при этом определен правовой статус результатов деятельности Верховного Суда Украины. И хотя право-конкретизация в Украине не форматизирована, она все же используется судьями в их деятельности.

В литературе высказывается мнение о целесообразности закрепления конкретизации в законе для наиболее полного обеспечения законности, выделяя при этом ее критерии [12, с. 6].

Ведь при отсутствии апробированных научно обоснованных методик конкретизация норм права приобретает разовый, беспорядочный по процедуре, а иногда и волонтеристский характер [19, с. 5].

К основным критериям, которые позволяют отличить правомерную конкретизацию от неправомерной, квази-конкретизации, одни авторы в литературе предлагают отнести логический и предметный, а другие – политический, социальный, экономический считать второстепенными. Так, логический критерий («логическое рождение последующих норм») должен позволить суду определить – завершает ли предложенная конкретизация запрограммированное правотворческим органом развитие содержания первичной нормы, или здесь имеется политическая или социальная уловка, в то время, как предметный – позволит определить качество конкретизации с позиции объема предмета регулирования, его граней [20, с. 65].

Что же касается определения пределов проведения конкретизации, то, в первую очередь, следует обратить внимание на предел объемный (экстенсивный), что определяется совокупностью объемов понятий, в которых выражено содержание конкретизируемой нормы, и предел содержательный (интенсивный), каковым является изложение нормы (всех ее элементов) в виде наглядного, допускающего эмпирическую проверку, образа правомерного поведения и обстоятельств осуществления (применения) нормы [21]. Существует мнение, что в каждом конкретном случае установление пределов конкретизации требует простого здравого смысла, а не сформулированных «раз и навсегда» общих суждений и правил [8], поскольку конкретизация правовых норм всегда и во всех случаях требуется и происходит при сопоставлении «права» и «факта», надлежащего и существующего, нормы и казуса [22, с. 102], в связи с реальными юридически значимыми фактами их применения, так как норма фиксирует лишь типичное и не может охватить всех особенностей каждого отдельного случая, всех условий ее использования [10, с. 492–493]. Поэтому, для того, чтобы легитимность судебного решения, в основу которого положено конкрети-

зированную норму права, не вызывала сомнений, необходимо, чтобы конкретизация норм права судами проводилась только в связи с применением их на практике там, где в пределах общих норм соответствующие правовые установки отсутствуют и, соответственно, не может быть и речи о применении права в строгом смысле [12, с. 6].

Для обеспечения законности допустимость конкретизации при таких обстоятельствах должна определяться в каждой отдельно определенной ситуации с учетом предмета закона и его места среди других законов, а также исходя из потребностей правоприменения [23, с. 176], поскольку, как отмечает Р. Циппелиус, содержание права в значительной степени определено природными и социальными отношениями, которые им регулируются, или каким навязывается правовой порядок [24, с. 49].

Формирование внутреннего убеждения судьи, на основе которого принимаются решения по делу – это не просто результат воздействия на его сознание определенной совокупности доказательств, установленных и проверенных в ходе судебного разбирательства. Оно всегда формируется на основе рационального познания причинно-следственных и других связей между фактами объективной действительности, их аксиологической оценки и соотношения с разрешениями и запретами в праве [25, с. 424]. Таким образом, важное значение имеет правосознание и юридическое мышление судьи, уровень его правовой квалификации.

Место, которое занимают суды в системе общего разделения труда, обуславливает их возможность наиболее объективно и в короткий срок выявлять пробелы, коллизии действующего законодательства [26, с. 51], неэффективность или недостаточную эффективность определенных норм. Стоит отметить, что нормы законов и других источников права, конкретизированных практикой в порядке развития, нередко содержат временные, дополняющие закон поднормативные правила поведения [27, с. 162], в то же время содержание, цель и объект регламентирования таких норм определен общим предметом регулирования или вариантами нормирования правотворческих органов [20, с. 64].



Выводы. В современных условиях в Украине наиболее распространена правоинтерпретационная и правоприменительная судебная конкретизация. Наиболее узкие пределы у судебной правотворческой конкретизации, поскольку она используется, в основном, при создании регламентных актов. В то же время представляются своевременными формализация положений о судебной правоприменительной и правоинтерпретационной судебной конкретизации. При этом вопросы отечественной судебной правоприменительной и правоинтерпретационной судебной конкретизации являются малоисследованными юридической наукой и требуют больших научных разработок, актуальных для развития названных научных направлений, а также имеющих значение для создания эффективной судебной системы, осуществляющей надлежащее правосудие.

Список использованной литературы:

1. Большой толковый словарь русского языка / Сост. и гл. ред. С.А. Кузнецов. – СПб.: Норинт, 2000. – 1536 с.
2. Азимов Э.Г. Новый словарь методических терминов и понятий (теория и практика обучения языкам) / Э.Г. Азимов, А.Н. Шукин. – М.: ИКАР, 2009. – 448 с.
3. Толковать // Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. [Электронный ресурс]. Толковый словарь Ожегова онлайн. – URL : <http://slovarozhegova.ru/word.php?wordid=31899>.
4. Недилько Ю.В. Толкование правовых норм и их значение / Ю.В. Недилько // История государства и права. – М.: Юрист, 2011. – № 1. – С. 30-32. [Электронный ресурс]. – URL: <http://justicemaker.ru/view-article.php?id=26&art=1864>.
5. Луць Л.А. Загальна теорія держави і права : Навчально-методичний посібник (за кредитно-модульною системою) / Л.А. Луць. – К.: Атіка, 2007. – 412 с.
6. Шмелева Г.Г. Конкретизация юридических норм в правовом регулировании / Г.Г. Шмелева. – Львов: Высшая школа, 1988. – 106 с.
7. Придворова М.Н. Судебное правоприменение: проблемы толкования законодательства / М.Н. Придворова // Вестник Тамбовского университета. Серия: гуманитарные науки. – 2006. – № 4. – С. 28-31.
8. Овчинников А.И. Современная теория толкования права: классический и неклассический подходы / А.И. Овчинников, С.П. Овчинникова // Юристы – Правоведь. – 2011. – № 2. – С. 106-115. [Электронный ресурс]. – URL : <http://elibrary.ru/item.asp?id=16319424>.
9. Ображиев К.В. Судебное толкование и судебное нормотворчество: проблемы соотношения / К.В. Ображиев // Журнал российского права. – 2010. – № 3. – С. 98-103.
10. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм / П.Е. Недбайло. – М.: Госюриздат, 1960. – 511 с.
11. Залоило М.В. Понятия и формы конкретизации юридических норм: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 / М.В. Залоило. – М., 2011. – 20 с.
12. Безина А.К. Конкретизация права в судебной практике / А.К. Безина, В.В. Лазарев // Советская юстиция. – 1968. – № 2. – С. 6-7.
13. Эспликация // Философский словарь / Под ред. И.Т. Фролова. – 4-е изд. – М.: Политиздат, 1981. – 445 с. [Электронный ресурс]. – URL : <http://filosof.historic.ru/enc/item/f00/s13/a001300.shtml>.
14. Эспликация // Новейший философский словарь / Сост. и глав. ред. А.А. Грицанов – Минск: Книжный Дом, 1999. [Электронный ресурс] – Словари и энциклопедии на Академике. – URL : http://dic.academic.ru/dic.nsf/dic_new_philosophy/1401.
15. Вопросы толкования советского права. Учебное пособие / А.Ф. Черданцев. Отв. за вып.: В.М. Семенов – Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. – 191 с.
16. Вопленко Н.Н. Официальное толкование норм права / Н.Н. Вопленко. – М.: Юридическая литература, 1976. – 119 с.
17. Сенякин И.Н. Конкретизация как форма проявления принципа федерализма российского законодательства / И.Н. Сенякин // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: материалы Международного симпозиума (Геленджик, 27–28 сентября 2007 г.) / под ред. В.М. Баранова. – Нижний Новгород: [Б. и.], 2008. – С. 172-188.
18. Татьков В.И. На шляху до ефективного судочинства / В.И. Татьков // Вісник господарського судочинства. – Випуск 3. – 2013. – С. 12-15.
19. Гамидов М.Ш. Конкретизация норм права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 / М.Ш. Гамидов. – Нижний Новгород, 2010. – 33 с.
20. Власенко Н.А. Конкретизация в праве: природа и пути исследования / Н.А. Власенко // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: материалы Международного симпозиума (Геленджик, 27–28 сентября 2007 г.) / под ред. В.М. Баранова. – Нижний Новгород: [Б. и.], 2008. – С. 57-68.
21. Рабинович П.М. Конкретизация правовых норм: Общетеоретические работы / П.М. Рабинович, Г.Г. Шмелева // Правоведение. – 1985. – № 6. – С. 31-39. [Электронный ресурс]. – URL : <http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=185872>.
22. Овчинников А.И. Неявное правотворчество в процессах конкретизации юридических норм / А.И. Овчинников // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: материалы Международного симпозиума (Геленджик, 27–28 сентября 2007 г.) / под ред. В.М. Баранова. – Нижний Новгород: [Б. и.], 2008. – С. 100-112.
23. Сивицкий В.А. Теоретическая модель единого нормативного правового (многоступенчатого) акта, как способа конкретизации норм силы закона коммуникации / В.А. Сивицкий // Конкретизация законодательства, как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: материалы Международного симпозиума (Геленджик, 27–28 сентября 2007 г.) / под ред. В.М. Баранова. – Нижний Новгород: [Б. и.], 2008. – С. 172-188.
24. Циппеліус Р. Філософія права: підруч. / пер. з нім.: С.М. Причепія [та ін.] ; Р. Циппеліус / під ред. С.М. Причепія. – К.: Тандем, 2000. – 299 с.
25. Баранов П.П. Логика для юристов: Учебное пособие / П.П. Баранов (2007 г.) / под ред. В.М. Баранова. – Нижний Новгород: [Б. и.], 2008. – С. 162-172.



нов, В.И. Курбатов. – Ростов-на-Дону : РЮИ МВД России, 2003. – 624 с.

26. Смирнов Л.В. Деятельность судов Российской Федерации, как источник права / Л.В. Смирнов // Журнал российского права. – 2001. – № 3. – С. 50-54.

27. Вопленко Н.Н. Объем толкования и конкретизация правовых норм / Н.Н. Вопленко, Ю.А. Гаврилова // Конкретизация законодательства, как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: материалы Международного симпозиума (Геленджик, 27–28 сентября 2007 г.) / под ред. В.М. Баранова. – Нижний Новгород : [Б. и.], 2008. – С. 145-162.

ОБЩЕТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ ПРИМЕНЕНИЯ ПОДРАЗДЕЛЕНИЙ ВООРУЖЕННЫХ СИЛ УКРАИНЫ В УСЛОВИЯХ ЧРЕЗВЫЧАЙНЫХ ПРАВОВЫХ РЕЖИМОВ

Олег ГУЛЯК,

генерал-майор, временно исполняющий обязанности начальника
Военной академии

Summary

In article theoretical bases of legal regulation of the extraordinary legal regimes, single problematic issues of involvement of units of Armed Forces of Ukraine in the conditions of extraordinary legal regimes and possible ways of their decision are opened.

Key words: extraordinary legal regime, Armed Forces of Ukraine, use of military units, standard and legal base.

Аннотация

В статье раскрыты теоретические основания правового регулирования чрезвычайных режимов, отдельные проблемные вопросы привлечения подразделений Вооруженных Сил Украины в условиях чрезвычайных правовых режимов и возможные пути их решения.

Ключевые слова: чрезвычайный правовой режим, Вооруженные Силы Украины, применение воинских частей и подразделений, нормативно-правовая база.

Постановка проблемы. Значительное число глобальных опасностей разной степени сложности требует создания специальных правовых механизмов регулирования общественных отношений, которые возникают во время чрезвычайных ситуаций. Правовое регулирование компетенций и взаимоотношений объектов и субъектов права во время чрезвычайных ситуаций осуществляется на основе законодательства о чрезвычайных правовых режимах, которое в последнее время становится ключевым элементом правового обеспечения национальной безопасности в развитых странах мира.

Под чрезвычайными правовыми режимами (далее – ЧПР) будем понимать особые режимы, которые устанавливаются в случае проявления комплекса признаков, подпадающих под такие понятия, как чрезвычайная экологическая ситуация; чрезвычайная ситуация природного или техногенного характера не ниже общенационального уровня; вооруженная агрессия или опасность нападения, угроза государственной независимости Украины, ее территориальной целостности.

Актуальность темы. В современной украинской военной научной

мысли проблемы применения Вооруженных Сил в кризисных ситуациях хоть и рассматривались специалистами, но авторы, как правило, раскрывали преимущественно только характер вооруженной борьбы и некоторые аспекты ведения боевых действий. Поэтому формы и способы применения сил и средств Вооруженных Сил в условиях действия ЧПР разрабатывались формально. Отсюда возникает необходимость комплексно исследовать организационные и правовые принципы применения подразделений Вооруженных Сил Украины в условиях введения и действия ЧПР, систему силовых мер и правовой статус таких подразделений в указанных условиях. Для определения места и роли Вооруженных Сил Украины в обеспечении ЧПР необходимо определиться в ключевых аспектах самого содержания чрезвычайных правовых режимов.

Целью статьи является раскрытие теоретических оснований правового регулирования чрезвычайных режимов, отдельных проблемных вопросов привлечения подразделений Вооруженных Сил Украины в условиях чрезвычайных правовых режимов и возможные пути их решения.



Изложение основного материала исследования. Известно, что правовой режим – это специфика юридического регулирования определенной сферы общественного отношения с помощью разных юридических средств и способов. Разные сферы общественных отношений требуют, как правило, разного рода объединенных способов, методов и типов правового регулирования. Своеобразие правовых режимов наблюдается как внутри каждой отрасли, так и в правовой системе в целом. Проведенный анализ позволяет определить разновидности правовых режимов как целостный комплекс юридических средств с соответствующими способами, методами, типами правового регулирования, для которого целью является реализация интересов безопасности государства и охраны общественного порядка. Чрезвычайные правовые режимы являются разновидностями правового режима, однако, отличающимися от всех других специфическими особенностями.

Главным содержанием ЧПР является существенное изменение правового статуса субъектов территории, на которой он введен. В некоторых случаях меняют систему органов исполнительной власти и органов местного самоуправления, устанавливают меры, которые применяются для урегулирования ситуации. Отличиями, предопределяющими специфику ЧПР от всех других, являются следующие: применение средств, которые ограничивают конституционные права и свободы граждан и организаций; введение дополнительных административно-правовых обязанностей и запретов; предоставление чрезвычайных полномочий органам власти для поддержания режима; введение форм особого управления территорией, на которой установлено чрезвычайный правовой режим, включая создание временных специальных органов, перераспределение компетенций, приостановление деятельности отдельных органов государственной власти и местного самоуправления.

ЧПР действуют в сфере публичного права и, в связи с этим, имеют соответствующую функциональную нагрузку. Основным назначением та-

ких режимов является обеспечение конституционной безопасности при возникновении внешних и внутренних угроз территориальной целостности и независимости государства.

Правовым основанием ЧПР является опасность, которая угрожает государству и обществу, причем не отдельной личности, а в целом государству или значительной его части. Однако если возникает угроза президенту, народному депутату или другому государственному деятелю, то эта опасность может признаваться опасностью государственного уровня.

Фактическим основанием введения ЧПР является отсутствие возможности устранить опасность другими средствами. Обстановка, которая сформирована в зоне действия негативного фактора, должна свидетельствовать о том, что государство вынуждено ограничить права граждан и лиц, которые находятся на ее территории, поскольку другие средства устранения опасности отсутствуют или являются недостаточными. Условия и обстоятельства, в связи с которыми возникает необходимость введения чрезвычайных правовых режимов, очень разные и непредсказуемые, поэтому международные стандарты и конституционные нормы устанавливают нормы запрета. Их задача состоит в том, чтобы даже в условиях самого жесткого ЧПР оградить гражданина от произвола власти, обеспечить его основные права и свободы [1, с. 15]. Поэтому ради достижения максимального эффекта методами правового регулирования и недопущения властного произвола система ЧПР должна четко отвечать конституционным нормам и международным принципам, основываться на твердой законодательной базе, которая призвана регулировать механизм введения и рамки действия ЧПР

Таким образом, введение одного из правовых режимов в чрезвычайных ситуациях – это переход к специальным способам руководства государством, особому режиму регулирования отношений во многих или даже всех сферах жизни общества, который по обыкновению выражается во временном изменении

полномочий разных государственных органов власти и управления, в ограничении (или приостановлении) социально-экономических, политических и других прав и свобод граждан и возложении на них некоторых дополнительных функций.

Поскольку вопрос относительно ограничений прав и свобод является чрезвычайно важным, с целью недопущения разночтений, в 1985 г. были приняты «Сиракузские принципы толкования ограничений и отступлений от положений Международного пакта о гражданских и политических правах» [2], ст. 39 которых указывает на то, что Государство-Участница может принимать меры на отступление от своих обязательств относительно Международного пакта о гражданских и политических правах, изложенных в ст. 4, только в случаях исключительной и действительной или неминуемой опасности, которая угрожает жизни наций. Угроза жизни наций, определена в документе как такая, что затрагивает все население и/или всю или часть территории государства, а также представляет опасность для физического здоровья населения, политической независимости или территориальной целостности государства или достаточного функционирования институтов, необходимых для обеспечения и защиты признанных в Пакте прав.

О возможности введения определенных ограничений в связи с чрезвычайной ситуацией речь идет также в Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. [3]. Так, в ст. 15 отмечается, что во время войны или другой общественной опасности, которая угрожает жизни наций, любая Высокая Договорающая Страна может принимать меры, отступающие от ее обязательств по этой Конвенции.

Европейская социальная хартия 1996 г. [4] в ст. 30 также указывает на случаи введения особых мер. В данном документе речь идет о том, что во время войны или другого чрезвычайного положения в государстве, которое угрожает жизни наций, любая Договорающая Страна может принять меры, не отвечающие ее обязательствам по этой Хартии,



исключительно в тех границах, которые обусловлены остротой положения, если такие меры не противоречат ее другим обязательствам по международному праву.

Правовую основу введения чрезвычайных режимов в Украине составляет Конституция Украины. Законодательство Украины о ЧПР представлено тремя основными Законами: «О правовом режиме военного положения» от 06 апреля 2000 г. № 1647-III (с изменениями), «О правовом режиме чрезвычайного положения» от 16 марта 2000 г. № 1550-III (с изменениями), «О зоне чрезвычайной экологической ситуации» от 13 июля 2000 г. № 1908-III (с изменениями). Еще одну составляющую законодательства в сфере ЧПР представляют ведомственные нормативные акты и служебные документы. Однако события последнего времени показывают, что ни национальное законодательство Украины, ни нормы международного права не предоставляют власти точной модели действий в условиях чрезвычайных правовых режимов.

Законом Украины, положения которого перекликаются со всеми тремя упомянутыми Законами о чрезвычайных правовых режимах, является Закон Украины «Об основах национальной безопасности» от 19 июня 2003 г. № 964-IV (с изменениями). Этот Закон определяет основные принципы государственной политики, направленной на защиту национальных интересов и гарантирования в Украине безопасности лица, общества и государства от внешних и внутренних угроз во всех сферах жизнедеятельности. В соответствии со ст. 4 этого Закона, к субъектам обеспечения национальной безопасности отнесены также Вооруженные Силы Украины. Полномочия субъектов обеспечения национальной безопасности устанавливаются ст. 9 и включают обеспечение выполнения задач в пределах полномочий, которые определены Конституцией и Законами Украины, Указами Президента Украины, Постановлениями Кабинета Министров Украины.

Относительно Вооруженных Сил Украины в условиях ЧПР Конституция Украины в ст. 85 (п. 9) и ст. 106

(п. 19) определяет их привлечение в случаях, которые связаны с вооруженной агрессией против Украины, то есть для обеспечения режима военного положения. О привлечении военнослужащих для выполнения задач в других, кроме военного положения, ЧПР речь в Основном Законе государства не идет.

Для условий введения правового режима чрезвычайного положения, согласно п. 2 ст. 4 Закона Украины «О правовом режиме чрезвычайного положения», при осуществлении массовых террористических актов, которые сопровождаются гибелью людей или разрушением особо важных объектов жизнеобеспечения, дополнительно руководствуются положениями Закона Украины «О борьбе с терроризмом» от 20 марта 2003 г. № 638-IV (с изменениями). Согласно ст. 4 Закона Украины «О борьбе с терроризмом», к субъектам, которые непосредственно осуществляют борьбу с терроризмом в пределах своей компетенции, отнесено и Министерство обороны Украины. Полномочия Министерства обороны Украины, в соответствии со ст. 5 упомянутого Закона, состоят в обеспечении защиты объектов и имущества Вооруженных Сил Украины от террористических посягательств; в охране ракетного и стрелкового оружия, боеприпасов, взрывчатых и ядовитых веществ, которые находятся в воинских частях или хранятся в определенных местах; в выполнении задач по прекращению деятельности незаконных военизированных или вооруженных формирований (групп), террористических организаций, организованных групп и преступных организаций; в принятии участия в задержании лиц, а в определенных случаях – их обезвреживание.

При разработке действующего законодательства и внесении в него изменений не могут допускаться разногласия между новыми нормами права и уже закрепленными принципами. Принципы определяют основные формы деятельности подразделений и частей Вооруженных Сил Украины, а их нарушение, как правило, приводит к невыполнению задач по предназначению.

Правовой режим зоны чрезвычайной экологической ситуации,

согласно законодательству, обеспечивают Государственная служба чрезвычайных ситуаций и органы местного самоуправления. Однако, в случае возникновения потребности в срочном выполнении больших объемов аварийно-спасательных и восстановительных работ, Президент Украины может принять решение о привлечении к выполнению таких работ воинских частей и подразделений Вооруженных Сил Украины и других, созданных в соответствии с законодательством Украины, воинских формирований.

В ходе ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций на воинские формирования Вооруженных Сил Украины могут возлагаться задачи, которые связаны с поисково-спасательными и инженерно-техническими роботами, транспортировкой сил и средств аварийно-спасательных (поисково-спасательных) служб и эвакуацией пострадавших из опасных районов, предоставлением медицинской помощи потерпевшим, перевозкой гуманитарной помощи, материально-техническим обеспечением, восстановлением функционирования объектов жизнеобеспечения населения, и другие задачи, связанные со спецификой обстановки, которая будет складываться. Однако постановка и выполнение задач должны происходить в соответствии с законом, который должен не только четко прописывать соответствующие процедуры и случаи привлечения сил и средств Вооруженных Сил Украины к их выполнению, но и предоставлять (гарантировать) исполнителям социальные гарантии при возможных несчастных случаях, которые могут иметь место.

Порядок привлечения сил и средств Вооруженных Сил Украины к участию в ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций техногенного и природного характера, их переподчинение и организация взаимодействия с другими органами Единой государственной системы предотвращения и реагирования на чрезвычайные ситуации регламентирован рядом ведомственных документов. Так, например, в Постановлении Кабинета Министров Украины от 26 ноября 2014 года



№ 406 в п. 3 пп. 23 Положения о Министерстве обороны отмечается, что это Министерство совместно с Генеральным штабом Вооруженных Сил организует привлечение воинских частей и подразделений к ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций техногенного и природного характера, а также к осуществлению мероприятий по экологической безопасности в Вооруженных Силах Украины.

Недостаточная определенность отдельных положений и некоторая несогласованность между нормативно-правовыми документами в сфере ЧПР допускает их не однозначное понимание и может привести к нарушению прав и свобод субъектов права. Указанная проблема требует правового разрешения.

Кроме чрезвычайных ситуаций техногенного и природного происхождения, причинами введения чрезвычайного положения может также стать осуществление массовых террористических актов. В этих случаях дополнительно руководствуются Законом Украины «О борьбе с терроризмом». Министерство обороны Украины и другие органы военного управления, а также войсковые формирования Вооруженных Сил Украины, согласно ст. 5 этого Закона, обеспечивают защиту от террористических посягательств на объекты и имущество Вооруженных Сил Украины; организуют подготовку и применение сил и средств видов Вооруженных Сил Украины.

Анализ нормативно-правовых актов и служебных документов, которые на сегодняшний день регламентируют деятельность в условиях правового режима чрезвычайного положения, позволяет сделать вывод о наличии в них определенной несогласованности. Правовая наука требует исключения возможности регулирования с помощью подзаконных нормативных актов вопросов, которые относятся к компетенции законов, поскольку это приводит к нарушению иерархии и баланса между законами и подзаконными нормативными актами. Так, например, в ст. 20 Закона Украины «Про правовой режим чрезвычайного положения» подчеркивается, что при

введении на основании Указа Президента Украины правового режима чрезвычайного положения на условиях, которые определены в п. 1 ч. 2 ст. 4 и п. 6 ч. 2 ст. 4, к выполнению определенных работ могут привлекаться также воинские части и подразделения Вооруженных Сил Украины. В то же время этим Законом не оговорена возможность привлечения Вооруженных Сил Украины для условия введения чрезвычайного положения на основании п. 2 ст. 4, а именно: в случае массовых террористических актов, которые сопровождаются гибелью людей или разрушением особо важных объектов жизнеобеспечения.

Особый правовой режим военного положения в Украине или в ее отдельных районах может вводиться в случае вооруженной агрессии или угрозы нападения, опасности для государственной независимости Украины, а также нарушения ее территориальной целостности, регламентируется Законом Украины «О правовом режиме военного положения». Задачи и функции Вооруженных Сил Украины в условиях введения правового режима военного положения определены в ст. ст. 9, 13, 16–18 указанного Закона.

Новые формы политического противостояния оказывают влияние на масштабы и способы применения Вооруженных Сил. С одной стороны, более мощные и эффективные средства вооруженной борьбы позволяют ставить более решительные политические и военные цели; с другой – опасность использования ядерного оружия ограничивает политические и военно-стратегические амбиции агрессора. Поэтому, когда достижение внешнеполитических целей той или другой страной (коалицией стран) невозможно без использования вооруженной силы, вместо полномасштабной агрессии, провоцируются внутренние или пограничные вооруженные конфликты.

В современной военной науке такие виды военных действий получили название «гибридная война». Она представляет собой новый тип ведения войны, меры противодействия которой еще находятся на стадии разработки военной наукой.

Так, исследуя феномен «гибридной войны», В.М. Телелим, Д.П. Музиченко, Ю.В. Пунда подчеркивают особенности данного явления, такие как привлечение к противоборству незаконно созданных вооруженных формирований, наемников, представителей криминалитета, диверсионно-разведывательных сил; вовлечение гражданского населения в конфликт в качестве «живого щита»; угроза применения вооруженных сил сопредельной стороны, которые разворачиваются вдоль государственной границы и вступают в активные действия в случае применения противоположной стороной вооруженной силы против собственного «мирного населения» или попытки восстановить контроль над государственной границей; блокирование попыток международного сообщества урегулировать конфликт в соответствии с нормами международного права; целенаправленное психологическое и информационное давление, которое направлено на дезинформацию населения и дестабилизацию обстановки в середине конфликтующего государства, снижение поддержки населением действующей системы власти, обеспечение поддержки действий инсургентов, создание негативного имиджа власти конфликтующего государства на международной арене; максимально возможное усиление противостояния с конфликтующим государством в экономической, дипломатической, информационной и других сферах [5, с. 31].

Важным вопросом является понятие такого явления, как особый период. Упоминание о нем имеет место во многих документах, в частности в Кодексе гражданской защиты, в Законах Украины «О Вооруженных Силах Украины», «О мобилизационной подготовке и мобилизации» и некоторых других.

Согласно ст. 4 п. 8 Закона Украины «О мобилизационной подготовке и мобилизации», началом особенного периода считается момент объявления о проведении мобилизации или введении правового режима военного положения. В то же время особый период предполагает существенные изменения в функциони-



ровании органов государственного управления, Вооруженных Сил Украины, отраслей национальной экономики, предприятий, учреждений и организаций, возможность заимствования личного имущества граждан на нужды государства и прочее. Анализ нормативно-правовых актов, которые регламентируют правовой режим военного положения, указывает на необходимость гармонизации механизмов реализации возложенных на этот чрезвычайный правовой режим функций и задач.

Обоснование возможности и необходимости введения правовых ограничений граждан ради эффективного функционирования государства берет свое начало издавна, и на сегодняшний день эти вопросы не потеряли своей актуальности. Введение в действие чрезвычайных правовых режимов является довольно распространенной мировой практикой, которая исторически доказала свою действенность и в некоторых случаях остается единственным средством для сохранения сообществом своей государственности. Поэтому исследования, связанные с теоретическим осмыслением существующей нормативной базы в сфере ЧПР, и поиск возможных путей ее совершенствования весьма востребованы сегодня.

Институт законодательства Украины в сфере ЧПР довольно разветвленный и представляет собой целый ряд законов, указов, постановлений, ведомственных нормативно-правовых актов и т. п. Однако существенным недостатком чрезвычайного законодательства, как и всякого другого, которое находится в процессе развития и становления, является недостаточная определенность ключевых понятий, согласованность между разными регламентирующими правовыми документами, которые действуют в одной области. Меняются отношения между людьми, между государствами, возникают новые угрозы безопасности — все это формирует необходимость безостановочного поиска путей развития и совершенствования действующей нормативно-правовой базы в сфере чрезвычайных правовых режимов.

Бесспорно, Вооруженные Силы Украины вносят весомый вклад в реализацию задач ЧПР. Этот вклад состоит в следующем: во-первых, непосредственно в обороне государства от внешнего агрессора; во-вторых, в преодолении конфликтов внутри государства, связанных с участием в антитеррористических операциях, и ликвидации наиболее масштабных последствий чрезвычайных ситуаций техногенного и природного характера.

Выводы. Таким образом, на основании вышеизложенного можно сделать следующие выводы:

– недостаточная определенность нормативно-правовой базы и некоторое несогласование между разными правовыми документами вызывает определенные недоразумения и может привести к нарушению прав и свобод субъектов права или создавать условия для злоупотребления законом;

– в современных условиях решение проблемы совершенствования и гармонизации нормативно-правовой базы в сфере чрезвычайных правовых режимов в целом и, в частности, привлечения подразделений и частей Вооруженных сил Украины для их реализации является актуальной задачей правовой науки.

Список использованной литературы:

1. Гончаров И.В. Обеспечение основных прав и свобод граждан в условиях чрезвычайного положения : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституционное право» / И.В. Гончаров. – М. : Академия Управления МВД РФ, 1999. – 60 с.

2. Сіракузькі принципи тлумачення обмежень і відхилень від положень Міжнародного пакту Про громадські і політичні права (1985) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://legislationline.org/ru/documents/action/popup/id/14624>.

3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

4. Європейська соціальна хартія від 18 жовтня 1961 р. № ETS N 35

[Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_300.

5. Телелим В.М. Планування сил для виконання бойових завдань у «гібридній війні» / В.М. Телелим, Д.П. Музиченко, Ю.В. Пунда // Наука і оборона. – 2014. – № 3. – С. 30–35.



CITIZEN PARTICIPATION IN PUBLIC AFFAIRS – THE BASIS OF THE VIABILITY OF DEMOCRACY

Oleg ZARICHNIY,

Police Colonel, Chief of the Human Resource
Interior Ministry of Ukraine in Lviv region

Summary

The problem of citizen participation in public affairs is reviewed in this article. It's noted that the need for citizen participation not only for government because it legitimizes such activities and democratize, but also for people, communities and individual. This is the real way for creating necessary rights law, where people are subjects of law-making, is «entry» to the right person. The attention is focused on that despite normative constitutional recognition of basic democratic procedures; post-Soviet problem is clear, legally and practically supported by mechanisms of democratic government and civil society. The author's definition of citizen participation in public affairs is given.

Key words: democracy, public affairs, citizens.

Аннотация

В статье рассматривается проблема участия граждан в управлении государственными делами. Констатируем необходимость участия граждан не только в делах государственной власти, поскольку такая деятельность ее легитимизирует и демократизирует, но и для народа, общества и отдельного человека. Это реальный способ создания необходимых для человека правовых норм, где человек выступает субъектом правотворчества, происходит «вхождение» человека в право. Акцентировано внимание на том, что, несмотря на нормативное конституционное закрепление основных процедур демократии, проблемой постсоветского пространства являются четкие, законодательно определенные и практически подкрепленные механизмы демократизации власти и развития гражданского общества. Представлена авторская дефиниция участия граждан в управлении государственными делами.

Ключевые слова: демократия, народовластие, управление государственными делами, гражданами.

Introduction. A person focusing today is the basis of legal ideology and «foundation» for the rule of law, civil society and legal system. The basis for modern law is to analyze the interaction between man and the state where the first serves basis for the functioning of the state, its rights and freedoms have legal value. Humanism dominant influence on the relationship of state and society determines the validity and legal status of protected persons, democratic state and political spheres, which has not only theoretical but also practical. Post-Soviet reforms that should be carried out should implement democracy, humanism, human centricism and liberalism as important principles for future upgrades.

We also note the need for citizen participation not only for the government because it legitimizes such activities and democratize, but also for the people, communities and individual. This is the real way to creating the necessary rights law, where people are subjects of law-making, is the «entry» to the right person, because «entity – a source of law, the source of all legal roles, it's a legal personality that creates out objectively right, objective legal matter they would, activity, consciousness» [1, p. 10]. Person through participation in public

affairs presents itself as «alpha» and «omega» legal and public-relations of authority.

Consensus between the state and the individual in the political and legal sphere creates a proper field for interaction. Ukrainian prominent theorist A. Petrishin points out that «the essence of law should be seen in direct connection with the processes of socialization of individuals democratization of political life, the active participation of citizens in the process of law-making, including the identification of the need to regulate certain social relations, social expectations regarding the formation and orientation regulation of content, discussion of draft laws and other legal acts and changes to proposals involving the public in the implementation and evaluation of the effectiveness of legislation» [2, p. 25]. Citizen participation in public affairs is an essential mechanism for establishing consensus between civil society and government agencies.

All this leads to the relevance of the study subjects. Although it should emphasize that scientists studied law in certain areas of the subject, in particular analyzed aspects of citizens' participation in elections, a referendum has been actively discussed problems

of implementation of «e-government» standards of political parties and civil society organizations. In the literature review issues of public participation in public affairs investigated in the works of the Ukrainian and international law, including S. Alekseev, I. Zharovska, M. Koziubra, M. Matuzov, N. Rotar, O. Skakun, S. Slivka, etc. It should be noted that a significant gap in theoretical law is no single comprehensive understanding of the nature, mechanisms, and means of public participation in the implementation of state. This research paper aims to analyze the participation of citizens in the exercise of state authority in modern society and its impact on democracy.

Key provisions. The post-Soviet states, including Ukraine and legal institutions form of «white sheet». If the developed European countries democratic mechanisms and institutions are the norm, sustainable intentions, in post-communist countries the process is painful and difficult. According to the experts of the Institute of Political and Ethnic Studies, Kurash National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine continues during the formation of a neutral state, and this process is influenced by Western institutional



models: newly design institutes outside meets Western standards [3, p. 29].

However, we understand that planting outside, even the most righteous standards and principles is by implementing them into national basis. Democratic reforms taking place with national traditional law-making mental principles. According to O. Derhachova, Ukraine inherited from the Soviet Union the tradition of «hard state» that is inherent exaggeration of the role and functions of government, its claim to have all control and nominally likely to respond. In particular, it is one of the basic reasons of real irresponsibility distribution. Viewing capabilities of the state creates its obligations congestion, increases the number of areas in which would act market, government, and citizens' initiative where it is doomed to failure. In addition, this concept of the government creates two large-scale negative phenomena. The first – the bureaucracy, the attraction to manual control, weakening the role of laws and law; second – consolidation of state paternalism and dependency is encouraging mass [4, p. 22].

In Ukraine, as in other countries of classical Roman-Germanic legal system, the Constitution is the fundamental law, which contains the main essential characteristics of law-making and nation-building. The fundamental principles of democratic models listed in the Constitution are: according to Constitution Ukraine is a sovereign, independent, unitary, democratic, social, legal, state – republic; value and priority of human rights; separation of functions of government, legal mechanisms of their interaction so that each of the branches had a dominant influence on the power business; political, economic, and ideological differences; referendum on electoral activities and people; declared the independence of the judiciary; legality of the control and supervision of others. However, the establishment of common democratic institutions is not enough. We need clear, legally and practically supported by mechanisms of democratic government and civil society. One of the main of such mechanisms is the participation of citizens in public affairs.

The central problem for the Ukrainian political and legal institutions

is declarative constitutionally-defined rules, the concerns and issues of citizen participation in public affairs. Many democratic procedures do not work (e. g. the problem of the lack of legislation regulating the right of citizens to hold local referenda) or if they are having nominal rather than real nature (national debate bills activities of public councils in the government, etc.). According to Professor of Political Science G. Svita, the value of democracy is formulated in all its elements, principles, forms and institutions. Instrumental value of democracy is defined through its functionality – «a tool in the hands of man to solve social and public affairs» [5, p. 91].

The democratization of the state cannot take place without the participation of citizens in public affairs, so it should be mentioned direct dependence pace of democratic transformation on the level of involvement of citizens in decision real state legal decisions. Powerful decision shall be effective, optimal answer to the national interests, they should support the public. Citizen participation in the political process is essential to democracy to be viable.

Democratic and rule of law as the basis perceive complex concept of the rule of law. It is through public participation possible implementation of the rule of law, since implementing valuable characteristics for human regulatory system implements the rights and freedoms in accordance with international standards stated the actual dominance of citizens before the interests of the state. The rule of law is a set of principles whose observance allows distinguishing legal from illegal state, humanistic system of legality from ant humanistic. Respect for the rule of law presents new level requirements for the state's attitude towards human rights: if in the early stages of development of ideas about the legality assumption that the government must obey the law as well as citizens, the modern idea argue that human and civil rights are above interests [6, p. 21].

Democracy presupposes democracy that is the only source of power serves the people. «The key to this is to create conditions for the management of all the affairs of society not only on behalf

of the people and not only in the public interest, but also the implementation of governance by the people» [7, p. 102]. That control provides not only democratic state and government, but there is a mechanism for the people. The people generate power and therefore have no right to control its activities at all stages.

Citizen by joining the public service or elective office becomes a state apparatus becomes official government bodies, as represented by the state. O.V. Obolonskyy pointed out that for persons who are outside the state apparatus, there are two main modes of behavior in relation to governance, implementation of rules and regulations and participation in governance. Last morally refracted through categories: active, active attitude, initiative, self-actualization, interest, constructive activity, socially active person [8, p. 126-129].

Given the above, O. Skibina offers the following definition: citizen participation in public affairs – a conscious, free, active, public, voluntary, deliberate, not prohibited by law citizens in the exercise of state authority, which is aimed at the formation and control of activities state of all branches of government [9].

We cannot fully agree with the definition quoted author, as she pointed out two elements that seem to us to debate.

First we should not categorically define governance as Volunteers. So in general, in most of the forms of participation are voluntary, but «in certain countries provides for a mandatory vote, that is a legal obligation of voters to vote. Participation in elections is seen as a civic duty of every voter. But for non-participation in the election does not come any liability. However, not all foreign countries participated in the election is only the civic duty (Austria, Belgium, Italy, Netherlands, etc.). There is established liability for failure to participate in elections. For example, in Austria the person who avoided the elections subjected to a fine of 1 thousand schilling and Pakistan provides for criminal liability in the form of hard labor to 6 years and a fine of 5 thousand Rs» [10].



Secondly, we believe that bind to the government restricts the right of citizens studied. State power is related exclusively with the state authorities. We think that is appropriate to link public participation in the management of broader – public authority, defined as 1) people power that meets art. 5 current Constitution of Ukraine, according to which «the bearer of sovereignty and the only source of power in Ukraine are people»; state authority exercised on the basis of the separation of legislative, executive and judicial powers (Art. 6 of the Constitution of Ukraine); Local Government – form of democracy, through which the management of local affairs in the lower administrative units (villages, towns and cities) [11, p.13].

Subsequently, the author somewhat alters its definition and make the following definition: citizen participation in public affairs is defined as legitimate public activity of citizens of Ukraine to influence the adoption, implementation and monitoring of the implementation of the decisions of national importance, directly or through representatives in all branches of government, guaranteed in the Constitution relevant fixing subjective rights [12, p. 48].

In terms of determining corrected, we understand that a final thesis by definition would focus on that citizen participation is a constitutional right person. However trope is constructed so that the context is understood that public participation is not personnel in all forms that are not prohibited by law, but only those expressly provided for in the Constitution. One of fundamental rule of law is the principle – «person is permitted to anything not expressly prohibited by law», so the part cannot be clearly formalized, although due to the modernization of legal relations. So relatively new form of participation is the introduction of «e-government», online public consultation, access to information of public authority through the global Internet and more. When new forms of citizen participation need to amend the Constitution, otherwise they logically cited authors will not have legal value.

Conclusion. We believe that participation in public affairs – is active, personally or through

authorized representatives, not prohibited by law a citizen in the area of public administration that is making, implementation and monitoring of national importance weighty decisions, acts as a sign of democratic state legitimizes state authority and ensure the rule of law. In this definition we deliberately use the term «citizen» in the singular, as one person can also be managed by private addresses to public bodies.

List of reference links:

1. Yakimov A. Yu. Legal personality status (theoretical questions) / A.Yu. Yakimov // State and law. – 2003. – № 4. – 10 p.
2. Petrishin O.V., Conflict and Cooperation as the social environment law / O.V. Petrishin // Visn. The Academy of Sciences of Ukraine. – 2004. – № 3 (38). – P. 24-34.
3. Modern Ukrainian politics. Analytical report of the Institute of Political and Ethnic Studies F. Kuras National Academy of Sciences of Ukraine. – K: IPIEND F. Kuras National Academy of Sciences of Ukraine, 2009. – 448 p.
4. Dergachov O.P. Intermediate results of nation-building / O.P. Dergachov // Science. app. Inst pol. and etnonat. resear. F. Kuras National Academy of Sciences of Ukraine. – K., 2008. – Vol. 42. – P. 15-29.
5. The global resurgence of democracy / edited. Larry Diamond and Marc F. Plattner. – Lviv: «Achilles», 2004. – 278 p.
6. Belkin L.M. The study of the phenomenon of legitimacy as a tool to limit the power: historical and legal aspects // Journal of the Academy of Advocacy of Ukraine – # 19 (2'2013). – P. 1-26.
7. Dahova I.I. Citizen participation in public affairs: theory and practice // AF – 2014. – № 3. – P. 102-109.
8. Obolonskyi A.V. People and government. M. – 1987.
9. Skibina O.O. The concept of citizen participation in public affairs, constitutional and legal aspects [electronic resource] / O.O. Skibina. // Bulletin of Kharkiv National University of Internal Affairs. – 2003 – Vol. 22.
10. Constitutional (state) law of foreign countries – Beschastnyy V.M. – Basic principles of electoral law. //http://

www.westudents.com.ua/knigi/420-konstitutsyne-derjavne-pravo-zarubjnih-kran-beschastniy-vm-.html.

11. Authorities in Ukraine: ways to efficiency: All-Ukrainian forum of jurists / ed. O.D. Svyatotskyy. – K: In Jure, 2010. – 13 p.

12. Chub (Skibina) O.O. Constitutional right of citizens of Ukraine to participate in public affairs: monograph / O.O. Chub. – X: Odyssey, 2005. – 231 p.



ПОНЯТИЕ ХОЛДИНГА КАК УЧАСТНИКА ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ХОЗЯЙСТВОВАНИЯ

Наталья ИБРАГИМОВА,

старший преподаватель кафедры правового регулирования экономики
Черниговского национального технологического университета

Summary

The article presents a theoretical investigation of the concept of the group as a participant of relations in the field of management. The analysis of legal literature and scientific approaches on the definition of the holding and identifying the characteristics of the participant of economic relations, with the subsequent proposal of the definition of holding. Also, for full and complete disclosure of the notion of holding examines certain characteristics designated solely for the participant of economic relations. The essence of the corporate enterprise and especially its activities in the context of the holding. It justifies the inclusion of holdings in the composition of actors in the field of management along with business entities, the introduction of uniform requirements for participation in the group of persons linked by relationships decisive economic and/or organizational dependencies, namely the holding company and corporate enterprises.

Key words: holding, holding company, business entity concept, features, corporate enterprise.

Аннотация

В статье проводится теоретическое исследование понятия холдинга как участника отношений в сфере хозяйствования. Осуществляется анализ юридической литературы и научных подходов, относительно определения холдинга и выявления его особенностей как участника хозяйственных отношений, с последующим предложением определения понятия холдинга. Также для полного и всестороннего раскрытия понятия холдинга исследуются признаки, присущие исключительно обозначенному участнику хозяйственных отношений. Раскрывается сущность корпоративного предприятия и особенности его деятельности в контексте холдинга. Обосновано включение холдингов в состав участников отношений в сфере хозяйствования наряду с субъектами хозяйствования, введение единых требований к составу участников группы лиц, связанных отношениями решающей экономической и/или организационной зависимости, в частности холдинговой компании и корпоративных предприятий.

Ключевые слова: холдинг, холдинговая компания, субъект хозяйствования, понятие, признаки, корпоративное предприятие.

Постановка проблемы. Участники отношений в сфере хозяйствования представлены различными группами лиц, среди которых можно выделить холдинги. Они принимают активное участие в хозяйственных отношениях и оказывают существенное влияние на экономику Украины в целом. При этом на практике понятие холдинга используется в разных аспектах. В одних случаях некоторые хозяйственные общества включают его в свое название: общество с ограниченной ответственностью «МЕТИН-ВЕСТ-ХОЛДИНГ», общество с ограниченной ответственностью «АГРО-ПРАЙМ-ХОЛДИНГ», публичное акционерное общество «МУЛЬТИПЛЕКС-ХОЛДИНГ» и так далее; в других – холдингом именуется группа предприятий: издательский холдинг «СЕГОДНЯ МУЛЬТИМЕДИЯ», газовый холдинг «НЕФТЕГАЗ УКРАИНЫ», холдинг «УКРСТАЛЬКОНСТРУКЦИЯ» и тому подобное. Поэтому восприятие понятия холдинга для других участников хозяйственных отношений неоднозначно и проблематично.

Такая практика сложилась в том числе из-за отсутствия легального определения понятия холдинга. В на-

стоящее время ни в одном законодательном акте Украины не закреплено определение понятия холдинга, а на основе анализа некоторых норм Хозяйственного кодекса Украины (далее – ХК Украины) и Закона Украины «О холдинговых компаниях в Украине» (далее – Закон о холдинговых компаниях) [1; 2] можно уяснить только некоторые характеристики холдинга.

Актуальность темы. В науке анализу понятия холдинга уделялось внимание, преимущественно, советскими и российскими учеными, такими как М.И. Кулагин, В.В. Лаптев, К.Я. Портной, И.С. Шиткина и др. Научные результаты перечисленных авторов могут использоваться как общетеоретическая основа исследования выбранной темы. В украинской правовой сфере анализ понятия холдинга затрагивался в учебной литературе при рассмотрении объединений предприятий и участников хозяйственных отношений (О.М. Винник, В.М. Гайворонский и др.). В науке можно отметить исследования И.В. Лукач, которая при рассмотрении правового положения холдинговых компаний по законодательству Украины затрагивала вопросы холдингов в целом. Однако понятие

холдинга как участника отношений в сфере хозяйствования исследовано недостаточно.

Изложенное подтверждает актуальность темы исследования и обуславливает его цель.

Целью статьи выступает конкретизация определения понятия холдинга как участника отношений в сфере хозяйствования.

Изложение основного материала исследования. На сегодняшний день, несмотря на существенное влияние холдингов на развитие различных секторов экономики Украины, на практике в законодательстве и науке нет единого мнения относительно понятия холдинга и его места среди участников хозяйственных отношений.

Понятие холдинга является многоаспектным, относительно которого в литературе сложились различные мнения. Так, ряд авторов рассматривают его синонимом холдинговой компании [3, с. 149]. Однако большинство исследователей сходятся в том, что холдингом обозначается группа или объединение предприятий, в которых участники находятся в экономической зависимости и в отношениях контроля – подчинения от одного из них.



Одно из первых определений холдинга предложил В.В. Лаптев, который в основу своего определения взял положения промышленных и производственных объединений, имеющих, по сути, общие с холдингом черты. Поэтому В.В. Лаптев сначала определяет холдинг как производственно-хозяйственный комплекс, состоящий из головной организации (холдинговой компании) и дочерних предприятий, однако в другой работе ученый рассматривает холдинг как совокупность взаимосвязанных участников, осуществляющих совместную деятельность [4, с. 163].

Определенный вклад в раскрытие понятия холдинга внес М.И. Кулагин, который исследовал «группы» или объединения юридически самостоятельных субъектов, связанных отношениями экономической зависимости. Один из его выводов заключался в том, что сущность группы – это экономическое единство или организация, состоящая из самостоятельных субъектов права. В результате можно с успехом иметь контроль без обременения собственности, господство без хозяйственных рисков [5, с. 138–139].

Высказываются мнения, что холдинг – это добровольное объединение предприятий с целью управления ними при помощи владения контрольными пакетами их акций или система коммерческих организаций, включающая головную компанию, владеющую контрольным пакетом акций других организаций, которые по отношению к головной являются дочерними.

Определение понятия холдинга дала К.Я. Портная, которая предлагает под холдингом понимать группу лиц, в которую входят головная компания (холдинговая компания) и другие хозяйственные общества, в отношении которых головная компания имеет возможность определять решения, что ими принимаются [6, с. 9].

Наиболее детальный анализ содержания понятия холдинга провела И.С. Шиткина, давшая развернутое определение холдингов. По ее мнению, холдинг является разновидностью группы лиц, основанной на отношениях экономической зависимости и контроля, участники которой, сохраняя юридическую самостоятельность, в

своей предпринимательской деятельности подчиняются одному из участников группы, который в силу его владения контрольными пакетами акций (долями участия в уставном капитале), договора или иных обстоятельств влияет на принятие решений другими участниками группы [7, с. 95].

Проанализировав эти определения, можно отметить, что общим в них является понимание холдинга как определенной группы лиц или совокупности хозяйственных организаций, включающая головную компанию и другие предприятия, в отношении которых головная компания выполняет управляющую и/или контролируемую функцию.

Переходя к анализу украинского законодательства, нужно обратить внимание на следующее. В ХК Украины законодатель не использует понятие холдинга, однако дает определение объединению, в котором отношения между участниками строятся на зависимости одних субъектов хозяйствования от другого. Речь идет об ассоциированных предприятиях (хозяйственных организациях), под которыми понимается группа субъектов хозяйствования – юридических лиц, связанных между собой отношениями экономической и/или организационной зависимости в форме участия в уставном капитале и/или управлении. Зависимость между ассоциированными предприятиями может быть простой и решающей (ч. 1 ст. 126 ХК Украины). При этом решающая зависимость между ассоциированными предприятиями возникает в случае, если между ними устанавливаются отношения контроля-подчинения за счет преимущественного участия контролирующего предприятия в уставном капитале и/или общем собрании или других органах управления другого (дочернего) предприятия, в частности владение контрольным пакетом акций (ст. 126 ХК Украины).

С учетом приведенных выше определений холдинга группа субъектов хозяйствования – юридических лиц, связанных между собой отношениями решающей экономической и/или организационной зависимости, может рассматриваться в качестве холдинга.

Для полного и всестороннего раскрытия понятия холдинга необходимо остановиться на его признаках. Внима-

ние этому вопросу уделено в учебной и научной литературе. Так, О.М. Винник, выделяя холдинг как своеобразный вид объединения хозяйственных организаций, называет такие его признаки: 1) особый состав участников (холдинговая компания и корпоративные предприятия); 2) особый правовой статус участников в группе, а именно: холдинговая компания – субъект организационно-хозяйственных полномочий относительно своих корпоративных предприятий, а корпоративные предприятия находятся в решающей зависимости от холдинговой компании; 3) существование отношений контроля-подчинения, обусловленные наличием у холдинговой компании возможностей контролировать корпоративные предприятия, благодаря владению контрольными пакетами акций (долей, паев) корпоративного предприятия [8, с. 176].

На некоторые признаки холдинга указывает И.М. Кравец. В частности, она обращает внимание на особенности управления в холдинге, которые проявляются в том, что холдинговая компания определяет стратегические вопросы деятельности корпоративных предприятий. Также автор, ссылаясь на ст. 126 ХК Украины, в качестве признака выделяет специфику ответственности в холдинге. Это проявляется в том, что если корпоративное предприятие из-за действий или бездействия холдинговой компании окажется неплатежеспособным и будет признано банкротом, то холдинговая компания несет субсидиарную ответственность по обязательствам корпоративного предприятия.

Другие авторы к признакам холдинга относят следующие: 1) объединение юридических лиц; 2) имущественная обособленность и юридическая самостоятельность участников холдинга; 3) проведение единой экономической политики всеми участниками холдинга; 4) контроль холдинговой компании над корпоративными предприятиями [6, с. 12].

Анализ изложенного позволяет сделать вывод, что некоторые из признаков присущи не только холдингам, но и объединениям предприятий в целом, а другие могут выступать самостоятельными признаками рассматриваемого объединения.



Опираясь на ст. ст. 119–121 ХК Украины, можно утверждать, что такие признаки, как объединение юридических лиц, имущественная обособленность и юридическая самостоятельность участников объединения, являются признаками именно объединения предприятий и находят проявление в холдинге.

Сравнивая холдинги с другими видами и организационно-правовыми формами хозяйственных объединений, предусмотренных ст. ст. 119, 120 ХК Украины, некоторые исследователи приходят к выводу, что концерны на практике могут выступать холдинговой группой [9, с. 56]. Это утверждение подтверждается и мировой практикой, ведь понятие холдингов присуще англосаксонской системе права, а концернов – немецкой [9, с. 55] и актуально для некоторых из существующих концернов. Однако реально действующие в Украине группы компаний, которые называют себя холдингами и не зарегистрированы в качестве определенного вида объединения (в частности концерна), имеют специфические признаки, отличающие их от других организационно-правовых форм и характеризующие как самостоятельный вид объединений.

Первым самостоятельным признаком холдинга стоит назвать специальный субъектный состав, который можно установить на основании анализа ст. 126 ХК Украины и Закона о холдинговых компаниях. Холдинг представляет собой объединение, в которое входит холдинговая компания и не менее двух корпоративных предприятий.

Определения данных участников холдинга закреплены в Законе о холдинговых компаниях. Так, холдинговой компанией является акционерное общество, которое владеет, пользуется и распоряжается холдинговыми корпоративными пакетами акций (долей, паев) двух или более корпоративных предприятий; корпоративное предприятие – это хозяйственное общество, холдинговым корпоративным пакетом акций (долей, паев) которого владеет, пользуется и распоряжается холдинговая компания (ст. 1 Закона о холдинговых компаниях).

Следует отметить, что ограниченные организационно-правовой формы холдинговой компании только акцио-

нерным обществом вызвало критику со стороны ученых и практиков. Кроме этого, анализ доступных данных практики указывает на то, что многие субъекты хозяйствования, которые являются держателями акций (долей, паев) других субъектов хозяйствования и, по сути, обладают признаками холдинговой компании, созданы в иных организационно-правовых формах. Статус холдинговой компании несет только обременения, обусловленные положениями Законов Украины «Об акционерных обществах» и «О холдинговых компаниях в Украине». Вместе с тем законодатель не вводит требования приведения в соответствие положениям Закона о холдинговых компаниях организационно-правовой формы реально существующих предприятий – держателей контрольных пакетов акций (долей, паев) других хозяйственных организаций. Также в законодательстве Украины нет требования, чтобы группа субъектов хозяйствования – юридических лиц, связанных между собой отношениями решающей зависимости, формировалась только в составе холдинговой компании и корпоративных предприятий. В связи с этим, можно констатировать фактическое существование объединений предприятий холдингового типа, которые сосредотачивают огромные производственно-хозяйственные ресурсы и играют ключевую роль в различных секторах украинской экономики, однако не имеют во главе холдинговой компании, созданной в соответствии с требованиями Закона о холдинговых компаниях. Такое положение усложняет учет объединений предприятий холдингового типа, получение информации об их деятельности, поскольку на них не распространяются требования Закона о холдинговых компаниях относительно проведения внутреннего аудита корпоративных предприятий, ежегодного обнародования консолидированной финансовой отчетности и финансовой отчетности своих корпоративных предприятий.

Переходя к анализу определения понятия корпоративного предприятия, нужно отметить, что оно несколько не согласуется с положениями ХК Украины. В Кодексе этот термин использован при классификации предприятий в зависимости от способа образования

и формирования уставного капитала. Корпоративным признается предприятие, которое образуется, как правило, двумя или более учредителями по их совместному решению (договору), действует на основе объединения имущества и/или предпринимательской либо трудовой деятельности учредителей (участников), их совместного управления делами, на основе корпоративных прав, в том числе через создаваемые ими органы, участие учредителей (участников) в распределении доходов и рисков предприятия (ч. 5 ст. 63 ХК Украины). Как видно, в ХК Украины нет ограничений организационно-правовой формы корпоративного предприятия, в то время как по Закону о холдинговых компаниях корпоративным предприятием выступает хозяйственное общество. Очевидно, что указанное несоответствие требует устранения, поскольку в одной отрасли права необходимо стремиться к единообразному определению понятий.

Следующим важным признаком холдинга, на который обращалось внимание в литературе, выступает сложность и разнообразие структуры холдинга [6, с. 23]. На основании анализа практики в Украине можно выделить холдинг с простой структурой, в который входят холдинговая компания и два или более контролируемых ею корпоративных предприятий, и холдинг со сложной структурой, когда корпоративные предприятия сами выступают в качестве холдинговой компании относительно других хозяйственных организаций – корпоративных предприятий.

Также отличительным признаком холдинга можно назвать положение участников холдинга относительно друг друга, специфику управления и контроля внутри холдинга.

Системный анализ ст. 126 ХК Украины и положений Закона о холдинговых компаниях позволяет утверждать, что корпоративные предприятия находятся в решающей зависимости от холдинговой компании и в равном положении относительно друг друга.

Специфика управления и контроля внутри холдинга обусловлена тем, что холдинговая компания владеет холдинговыми корпоративными пакетами акций (долей, паев), в силу чего имеет право решающего влияния на



хозяйственную деятельность корпоративного предприятия (ст. 1 Закона о холдинговых компаниях). При этом к исключительной компетенции общего собрания холдинговой компании относится решение вопросов относительно формирования единой финансовой, инвестиционной, производственно-хозяйственной и научно-технической политики корпоративных предприятий; определение направлений и порядка использования прибыли корпоративных предприятий; утверждение планов производственного и социального развития корпоративных предприятий (п. 5 ст. 5 Закона о холдинговых компаниях). Владение холдинговыми корпоративными пакетами акций (долей, паев) дает холдинговой компании право решающего голоса в высшем органе управления корпоративным предприятием и право принимать участие в формировании органов управления и контроля самого корпоративного предприятия, а также позволяет реализовывать право участника на информацию о хозяйственной деятельности предприятия.

Следовательно, можно предположить, что корпоративные предприятия только формально являются самостоятельными участниками хозяйственных отношений.

Следующим отличительным признаком холдинга является отсутствие в него статуса юридического лица. Законодатель, называя ассоциированные предприятия группой субъектов хозяйствования, опускает вопрос наличия в этой группе статуса юридического лица (ст. 126 ХК Украины). Однако в других случаях прямо указывает, что объединения предприятий являются юридическим лицом (ч. 4 ст. 118 ХК Украины), а промышленно-финансовая группа не является таковым (ч. 4 ст. 125 ХК Украины).

В научной литературе также утверждается, что холдинг не имеет статуса юридического лица. Например, О.М. Винник различает объединения предприятий, которые являются или не являются юридическими лицами. К последним она относит промышленно-финансовые и холдинговые группы [8, с. 167].

Создание объединения предприятий холдингового типа во главе с холдинговой компанией в Украине фик-

сируется скорее фактически, никаких специальных требований к регистрации такого объединения не установлено, в отличие от самой холдинговой компании. Так, в Законе о холдинговых компаниях закреплено, что холдинговая компания приобретает статус юридического лица со дня ее государственной регистрации в Государственном реестре холдинговых компаний Украины, который является неотъемлемой частью Единого государственного реестра юридических лиц и физических лиц – предпринимателей (ч. 4 ст. 3 Закона о холдинговых компаниях). Вместе с тем до настоящего времени Государственный реестр холдинговых компаний Украины не выделен самостоятельной частью последнего.

Отсутствие статуса юридического лица порождает проблему неопределенности места холдинга среди участников хозяйственных отношений и наличия у него правосубъектности. Исходя из положений ст. 55 ХК Украины, холдинги нельзя признавать субъектами хозяйствования, поскольку ими являются хозяйственные организации – юридические лица, а также граждане Украины, иностранные граждане и лица без гражданства, зарегистрированные в качестве предпринимателей.

Отсутствуют холдинги и среди участников отношений в сфере хозяйствования, круг которых закреплен в ст. 2 ХК Украины. Вместе с тем анализ практики позволяет утверждать, что каждый участник холдинга, вступая в хозяйственные правоотношения, выполняет общую волю и способствует достижению общей цели холдинга, то есть группа предприятий функционирует как целостная хозяйственная единица, как единое образование, которое действует для достижения единой экономической цели. Это позволяет предлагать рассматривать холдинг в качестве участника отношений в сфере хозяйствования, который занимает в них строго определенное место, консолидируя хозяйственные организации для достижения общей экономической цели.

Следует отметить, что законодатель участником определенных отношений рассматривает группу лиц без статуса юридического лица, связывая с решениями, действиями или бездействиями группы наступление юридических по-

следствий. Например, в налоговых отношениях – это связанные лица; в корпоративных – аффилированные лица; в отношениях восстановления платежеспособности должника или признания его банкротом – заинтересованные лица. О группах лиц также идет речь в антимонопольном и конкурентном законодательстве.

Основываясь на этом, можно согласиться с мнением авторов, которые обосновывают наличие в холдинга частичной правосубъектности или отдельных элементов правосубъектности [7, с. 100]. Дополнительным аргументом может выступать ответственность холдинговой компании по обязательствам корпоративного предприятия, предусмотренная ч. 6 ст. 126 ХК Украины.

Таким образом, к особым признакам холдинга можно отнести следующие: специальный субъектный состав; сложность и разнообразие структуры; положение участников холдинга относительно друг друга, особенности управления и контроля внутри холдинга; отсутствие статуса юридического лица; частичная правосубъектность холдинга.

Выводы. На основании вышеизложенного можно предложить следующее определение: холдинг – это объединение предприятий, в состав которого входит холдинговая компания и не менее двух корпоративных предприятий, связанных с холдинговой компанией отношениями решающей экономической и/или организационной зависимости, созданное с целью достижения одной или нескольких общих экономических целей путем проведения холдинговой компанией единой экономической политики относительно корпоративных предприятий.

Для более эффективной деятельности холдингов следует выделить такие направления совершенствования законодательства, как закрепление в законодательстве определения холдингов: включение холдингов в состав участников отношений в сфере хозяйствования наряду с субъектами хозяйствования; введение единых требований к составу участников группы лиц, связанных отношениями решающей экономической и/или организационной зависимости, а именно: холдинговой компании и корпоративных предприятий; обеспечение



исполнения требований ч. 4 ст. 3 Закона Украины «О холдинговых компаниях в Украине» относительно ведения Государственного реестра холдинговых компаний; устранение несоответствия определений корпоративных предпочтений между положениями Хозяйственного кодекса Украины и Закона Украины «О холдинговых компаниях в Украине».

Список использованной литературы:

1. Хозяйственный кодекс Украины : Закон Украины от 16 января 2003 г. // Ведомости Верховной Рады Украины. – 2003. – № № 18, 19–20, 21–22. – Ст. 144.
2. О холдинговых компаниях в Украине : Закон Украины от 15 марта 2006 г. // Ведомости Верховной Рады Украины. – 2006. – № 34. – Ст. 291.
3. Келлер Т. Концепции холдинга. Организационные структуры и управление / Т. Келлер. – Обнинск : Изд. ГЦИПК, 1997. – 298 с.
4. Лаптев В.В. Субъекты предпринимательского права / В.В. Лаптев. – М. : Юрист, 2003. – 236 с.
5. Кулагин М.И. Избранные труды / М.И. Кулагин. – М. : Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1997. – 281 с.
6. Портной К.Я.. Правовое положение холдингов в России : [монография] / К.Я. Портной. – М. : ВолтерсКлувер, 2004. – 278 с.
7. Шиткина И.С. Холдинги: правовое регулирование и корпоративное управление. Научно-практическое издание / И.С. Шиткина. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 648 с.
8. Винник О.М. Хозяйственное право : [учебное пособие] / О.М. Винник. – К. : Правовое единство, 2009. – 766 с.
9. Лукач И.В. Правовое положение холдинговых компаний : [монография] / И.В. Лукач. – К. : Юринком Интер, 2008. – 240 с.

ВКЛАД ПРОФЕССОРА В.В. КОПЕЙЧИКОВА В СОЗДАНИЕ КОНСТИТУЦИИ УКРАИНЫ 1996 ГОДА

Ольга КАПИЧОН,
главный бухгалтер ООО «Продимп»

Summary

The paper deals with activities of an outstanding scholar, Doctor of Law, Professor Volodymyr Kopeichykov. The peculiarities of constitutional process and difficulties of law-governed state formation that followed proclamation of Ukrainian independence have been well detailed. The corpus of V. Kopeichykov's international law research has been profoundly analyzed in aspect of its implementation in Ukrainian legal framework considering Ukrainian history, culture, and mentality characteristics. Some features of V. Kopeichykov's research of constitutionalism have been highlighted for better understanding of his personal input in development process of Ukrainian Constitution of 1996. Professor V. Kopeichykov's opinions and ideas on Ukrainian legal system formation prior to adoption of the Fundamental Law in Ukraine have been also scrutinized for their topical meaning as of today.

Key words: Constitution of Ukraine, democratic society, constitutional state, constitutional process, nation, V.V. Kopeichikov.

Аннотация

Статья посвящена великому правоведу, доктору юридических наук, профессору В.В. Копейчикову. Рассмотрены особенности конституционного процесса и сложности становления правового государства после провозглашения независимости Украины. Осуществлен анализ исследовательской базы академика В.В. Копейчикова по международному праву и его внедрение в правовое поле Украины, учитывая особенности менталитета, культуры и истории народа. Выведены некоторые аспекты научно-исследовательской работы В.В. Копейчикова в области конституционализма и акцентируется внимание на его вклад в разработку Конституции Украины 1996 года. Проанализированы взгляды и идеи академика В.В. Копейчикова по формированию законодательства Украины на период до принятия Основного Закона и их актуальность на сегодняшний день.

Ключевые слова: Конституция Украины, демократическое общество, правовое государство, конституционный процесс, нация, В.В. Копейчиков.

Постановка проблемы. Начало 1990-х годов было непростым для мирового политикума в целом и для нового государства Украина в частности. Это был период экономического, политического и правового кризиса. Конституцию Украины смогли принять только на втором созыве Верховной Рады Украины и при втором ее Президенте. В то время как Украина почти 4 года после провозглашения независимости пыталась хоть и шатко, но строить свою государственность, опираясь на давно устаревшую за своими принципами Конституцию УССР 1978 года, политическая элита утонула в приватизации и обоюдных обвинениях в дестабилизации ситуации в стране [1, с. 15]. И меньше всего их интересовала национальная идея, на которой и должно базироваться все законодательство государства [2, с. 18]. Почувствовав некую свободу действий, многие из политической верхушки пытались лоббировать коррупционные интересы, защищая,

исключительно, свой бизнес и влияние. Но, к счастью, были и те, кто искренне пытался построить суверенное государство, заявить на весь мир о гордости за долгожданную независимость Украины. Те, кто являлся истинными патриотами своей страны, кто работал, прежде всего, на благо общества и в интересах Украины, но, к сожалению, наткнулся на стену непонимания и коррумпированности чиновников, за которыми было решающее слово. Говоря об искренности патриотических убеждений и профессионализме в правовой сфере, стоит особо выделить доктора юридических наук, профессора, академика Академии правовых наук Украины Владимира Владимировича Копейчикова [15].

Актуальность темы исследования состоит в том, что на сегодняшний день не уделено должного внимания анализу работ В.В. Копейчикова в процессе создания Конституции Украины 1996 года, его вклада в разработку законодательства



независимой Украины и исследованию актуальности его идей в современном правовом поле.

Целью является исследование вклада профессора В.В. Копейчикова в написание Конституции Украины и освещение актуальности его идей по формированию законодательной базы Украины в целом. Новизна работы заключается в том, что в данной статье сделана попытка проанализировать как положительные, так и отрицательные стороны некоторых норм Конституции Украины, а также исследовать предложения профессора В.В. Копейчикова, которые так и не вошли в окончательный вариант Конституции Украины 1996 года и не потеряли значимости в нынешнее время.

Изложение результатов исследования. В своих работах профессор В.В. Копейчиков исследует вопрос не только юридического смысла, но и патристического направления национальной идеи. Имея глубокую историю, неповторимую культуру и традиции, Украина три с половиной века находилась под давлением более сильных империй. Будучи истинным патриотом и великим правоведом, В.В. Копейчиков настаивал на формировании законодательства, учитывая особенности национальной идеи украинского народа, а именно: самоуважения, соборности, христианских ценностей и, естественно, исторической базы.

Конечно же, национальная идея, как и законодательство в целом, не могут быть константой. Они должны давать ответы на те вопросы, которые волнуют нацию в конкретное время. Профессор В.В. Копейчиков акцентировал внимание на том, что при создании Конституции Украины необходимо сохранять культурные ценности, которые присущи нации, развитие государственного языка, ставить наивысшим приоритетом права и свободы человека, защиту всех национальных меньшинств Украины, плюрализм идей и политических взглядов, протекцию всех форм собственности и развитие местного самоуправления [4]. Любовь, терпение, уважение, самоуважение, патриотизм и профессионализм – основные принципы, на которые должна опираться власть при формировании правового государства.

При подготовке проекта Конституции Украины профессор В.В. Копейчиков не обходит стороной исторический аспект формирования украинской право-

вой идеи. Не много наций в мире могут гордиться тем, что уважение к правовым нормам стало нормой общественной жизни и осуществления государственной власти. В.В. Копейчиков исследует феномен украинского социума через призму национальной свободы, стремления к независимости и высокоорганизованности в правовом аспекте, невзирая на всю многовековую тяжесть бытия народа Украины. Безусловно, нельзя не упомянуть Конституцию Пилипа Орлика 1710 года, конституционные проекты С. Днестрянского 1918 года, проект Ю. Романчука «Основы государственного строя Галицкой Республики» 1918 г., конституционный проект Михаила Драгоманова «Проект основ устава украинского общества «Вольный союз» – «Вільна спілка» [13, с. 135], статью Михаила Грушевского «Конституционный вопрос и украинство в России», четыре Универсала Центральной Рады (1917–1918 гг.), а также четыре Конституции УССР.

Но конец XX века диктовал свои условия. И здесь нужно было учитывать мировой порядок и его законы. И, конечно же, принимая к сведению особенности государства, брать от развитых стран все прогрессивное и эффективное из конституционализма. Поэтому к столь судьбоносному процессу были задействованы лучшие из лучших. Безусловно, к таким гениям права своего времени по праву принадлежит профессор В.В. Копейчиков [3].

Будучи членом рабочей группы Конституционной комиссии Верховной Рады Украины [5], В.В. Копейчиков смотрел далеко в будущее, хоть многие его идеи так, к сожалению, и не вошли в окончательный вариант Конституции Украины 1996 года, и к ним мы возвращаемся уже в XXI веке.

Естественно, перенимая опыт развитых демократических стран, где государственная власть разделена на три ветки (законодательная, исполнительная и судебная), академик В.В. Копейчиков акцентировал внимание на том, что Украине был необходим именно такой принцип разделения государственной власти [1, с. 18]. Вопрос возникал в ином: какая из ветвей власти будет доминирующей, и какой принцип сдерживания и противовесов этих ветвей? В.В. Копейчиков настаивал на усилении полномочий Президента. Не всем этот подход был приемлем. Никто не хотел терять власть. Ком-

мунистическая элита, привыкшая жить по принципу своего безоговорочного лидерства, к демократическим засадам была не готова. Поэтому вполне обоснованные доводы В.В. Копейчикова и его сторонников воспринимала, как угрозу своему лидерству, говоря о крахе парламентаризма. Но это было далеко не так.

Интересную параллель можно провести со страной, достигшей высочайшего уровня государственного развития – Францией. После падения Четвертой Республики 1958 года, вошедшей в историю, как республика парламентского режима, который был крайне нестабилен, страна переживала потрясения. Кризис поглотил все сферы общества, народ был на грани бедности, да еще и война в колониях (в частности в Алжире). С приходом к власти Шарля де Голля в 1958 году Франция воспряла и процветает по сей день. Пятая Республика, которая и сейчас является образцом президентско-парламентской республики, давала широкие полномочия Президенту. Шарль де Голль за полтора срока своего правления умело вывел страну из глубокого кризиса.

Ситуация в Украине начала 1990-х от Франции конца 1950-х годов мало в чем отличалась. Консервативная коммунистическая верхушка не хотела понимать обреченность Парижской коммуны и прогрессивность демократических засад. Но все же некий компромисс был найден, что и нашло свое отражение в Конституционном соглашении между Верховной Радой Украины и Президентом Украины «Об основных засадах организации и функционирования государственной власти и местного самоуправления Украины на период до принятия новой Конституции Украины» от 08.06.1995 № 1к/95-ВР (утратившим силу от 28.06.1996) [6]. Это была маленькая победа. В.В. Копейчиков настаивал на том, что принцип деления власти – достояние демократического общества, аргументируя это ссылкой на документ Копенгагенского совета Конференции в области человеческого измерения ОБСЕ от 29 июня 1990 г., где и приведены демократические стандарты деления власти на три ветки и взаимоотношения между ними, а также децентрализация управления [7].

По мнению В.В. Копейчикова, парламент, наоборот, обретает должную ему силу полномочий, а именно законодательную власть, как ветки, которая с



помощью законов определяет направление и границы двух остальных веток государственной власти. Естественно, это реализуемо при условии высокого профессионализма и политической культуры самих депутатов, которые, прежде всего, должны думать об интересах государства, а не о своих собственных или корпоративных. И в период становления нового государства было более логичным сконцентрировать власть в одних руках, нежели снова отдаться хаосу общественности. А ведь пятая колонна видела себя уже в ином и обновленном союзе с Российской Федерацией.

В 1996 году с принятием Конституции Украины [8] в государстве официально закрепился статус «президентско-парламентской республики».

Прогрессивность взглядов профессора В.В. Копейчикова поражает своей глубиной. При создании Конституции Украины остро возник вопрос о государственном строе. Региональная элита, руководствуясь личными прагматичными целями, высказывала позицию о федерализации республики, подменяя расширение полномочий регионов и усиливая свое влияние у власти [10]. Но нельзя говорить о федерализации страны, границы которой еще столь шатки, а с республиками Молдова, Беларусь и Российская Федерация не определены и вовсе.

В.В. Копейчиков подошел к этому вопросу максимально конструктивно и взвешенно. Анализируя все формы государственного строя, профессор В.В. Копейчиков приводит целый перечень аргументов касательно унитаризма Украины. Будучи либералом, который был предан идее, что каждая нация имеет право на самовыражение, он настаивал на широкой политической автономии Крыма [9, с. 36]. В противовес многим радикально настроенным кругам, которые все же стремились понизить статус полуострова, В.В. Копейчиков убеждал их в обратном. В итоге Крыму посвящен весь 10 раздел Конституции Украины, который так и называется «Автономная Республика Крым». Имея широкие полномочия, свою Конституцию, свою Верховную Раду, ст. 134 Конституции Украины четко указывает: «Автономная Республика Крым является неотъемлемой составляющей частью Украины» [8].

Возвращаясь к вопросу федерализации государства, которое имело

поддержку в некоторых политических кругах, В.В. Копейчиков предлагал не путать это понятие с понятием «автономия». «Украина является унитарным государством», – гласит ст. 2 Конституции Украины [8]. Это неоспоримый факт. Имея в своих границах Автономную Республику Крым, Украина просто наделила широкими полномочиями определенный регион, учитывая особенности исторического, культурного, национального и экономического развития, но никоим образом это не дает право предполагать о федеративном строе, даже в мягком его понимании. Автономия призвана к сближению местной власти с народом, способствовать оперативности управления и решению ряда вопросов местного уровня, не привлекая общегосударственную власть, более глубоко обращать внимание на права и свободы местного населения, учитывая особые потребности жителей конкретно взятой территории, в частности крымско-татарского народа. При этом автономный регион является неотъемлемой частью унитарной Украины.

Унитаризм дает право представлять Украину на международной арене, как единый субъект международного права; статус гражданина страны не зависит от региона проживания. Но что самое главное – понятие «унитарное государство» подавляет сепаратистские настроения в обществе. В далеком 1994 году, когда активно разрабатывался проект Конституции Украины, В.В. Копейчиков будто предполагал нынешние события и законодательно пытался их предотвратить. Настаивая на наделении широкими полномочиями Автономной Республики Крым, расширении прав местного самоуправления, поддерживая идею народовластия, он старался сохранить единство Украины. Но, к сожалению, все предугадать невозможно. Особенно, когда в игру вступает серьезный соперник с мощными империалистическими амбициями. Тогда все достижения государственности, верховенства права, международных организаций просто нивелируются.

Придерживаясь принципа унитаризма и регионализма, профессор В.В. Копейчиков был сторонником расширения полномочий регионов и местной власти. Естественно, децентрализация способствовала бы более оперативному и эффективному управлению на местах и решению вопросов регионального уровня.

В своих работах профессор В.В. Копейчиков утверждал, что самоуправление – основа демократического общества. За его убеждениями, вопросы местного значения, а также управления объектами коммунальной собственности, являются исключительно сферой влияния органов местного самоуправления, которые имеют четко определенный бюджет, круг полномочий и обязанностей, а главное – не связаны между собой административным подчинением.

Цивилизационный подход к формированию местного самоуправления зафиксирован и в законодательных актах международного права. Одним из главных законодательных базисов, на который ссылался В.В. Копейчиков в своих доводах относительно данного вопроса, стала принята Европейским Советом 15 октября 1985 года Европейская хартия о местном самоуправлении [12]. Именно в ней на законодательном уровне и закреплены принципы развития местного самоуправления и его соотношение с местным государственным управлением. На самом деле дилеммы между ними нет и быть не может. Наоборот, их взаимодействие настолько тесно, что полноценно реализовать свои функции друг без друга они не могут. Государственные органы призваны обеспечивать все необходимые условия для нормальной деятельности органов местного самоуправления, тогда как местные самоуправленческие органы исполняют определенный объем функций исключительно государственного характера. Государственные органы местного управления, прежде всего, контролируют вопрос финансового обеспечения, в частности – предоставление и перераспределение государственных дотаций. В свою очередь, на местные органы самоуправления возлагаются функции государственного значения, связанные с организацией выборов, вопросы о постановке на воинский учет или снятие с него, охрана общественного порядка, ликвидация последствий стихийных бедствий, школы, ремонт дорог и т. д. [11, с. 10].

На стадии разработки Конституции Украины В.В. Копейчиков настаивал на том, что необходимо наделить местную власть так зваными «суверенитетами», а именно – в финансовой сфере, реализации кадровых назначений, решении организационных вопросов своей деятельности, планировании подконтрольной



им территории и полномочий в сфере правового регулирования, естественно, в соответствии с законодательством Украины.

Основы формирования местных органов власти закреплены в Конституции Украины в Разделе 11 «Местное самоуправление» [8]. Но стоит заметить, что принципы организации, на которых и базируется данный раздел, да и все законодательство в сфере органов на местах, зафиксированы в Европейской хартии о местном самоуправлении [12]. В.В. Копейчиков, исследовав международное право данной области, сформулировал основные требования, которым должно соответствовать становление самоуправления на местах:

- местные органы власти – основа демократического строя;
- непосредственное участие граждан в управлении общественными делами;
- максимальная защита местной властью интересов своего населения и оперативность в решении насущных проблем;
- распространение полномочий управленческого аппарата должно быть строго фиксировано Конституцией и законами страны;
- распоряжаться местным бюджетом, формирование доходной части которого осуществляется через уплату местных налогов и сборов, а также государственных дотации и субвенций, в соответствии с потребностями региона [11, с. 7].

Многие из этих принципов были взяты во внимание, и немалая в этом заслуга профессора В.В. Копейчикова. Но бюрократическая машина и отдаленность чиновников от народа, отсутствие надлежащего финансирования попросту сводят на нет все демократические постулаты самоуправления. Правовое поле молодой страны пока еще далеко не идеально.

Несовершенство законодательства и реалий жизни сформулированы в ст. 80 Конституции Украины, в которой сказано: «Народным депутатам гарантируется депутатская неприкосновенность» [8]. Эта норма Конституции является камнем преткновения, формируя не политическую элиту, а безнаказанность чиновников. В процессе подготовки Конституции Украины, академик В.В. Копейчиков настаивал на позиции предоставления депутатской неприкосновенности исключительно на период сессии парламента, при условии, что в это время депутат не

был задержан на месте совершения преступления [1, с. 20]. И если разобраться – это абсолютно справедливое убеждение. Ведь далее в ст. 80 Конституции Украины сказано: «Народные депутаты Украины не могут быть без согласия Верховной Рады Украины привлечены к криминальной ответственности, задержаны или арестованы» [8]. Исходя из этого, напрашивается аксиома: безнаказанность за деяния влечет вседозволенность. А обещание о снятии депутатской неприкосновенности является темой номер один во всех предвыборных кампаниях. Вот только, придя к власти, за восемь созывов Верховной Рады так и не собралось конституционного большинства голосов народных депутатов о внесении изменений в ст. 80 Конституции Украины. Профессор В.В. Копейчиков предугадывал такую ситуацию, но, к сожалению, решающий голос был не за ним. Ведь пока не будет равенства всех людей перед Законом и судом, общество будет порождать преступность и анархию, что влечет за собой духовную и материальную бедность, и в итоге приведет к краху нации и государства.

Ст. 3 Конституции Украины гласит: «Человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в Украине наивысшей ценностью» [8]. Во главе всего – человек с его законными правами и свободами. И народ, который живет в цивилизованном обществе и имеет убеждение о верховенстве права и защите его личных интересов, будет формировать нацию. Нацию патриотов, которые гордятся своим происхождением, чтят историю своего народа, уважают его традиции, разговаривают на родном языке, передают своим наследникам культуру предков и кровью защищают свою страну [14]. Все начинается с Закона – страха и уважения перед ним. И именно Закон создает духовно и физически несокрушимую нацию.

Выводы. Подводя итог, стоит отдать должное прогрессивности взглядов академика В.В. Копейчикова. Многие было предложено, но не все реализовано. Вероятно поэтому мы сейчас и имеем большие проблемы в законодательстве. Иногда создается впечатление, что законы защищают исключительно тех, кто их принимает, полностью игнорируя людей и интересы общества. Правовое поле Украины по своей сути очень динамично. На

его формирование влияет множество как внутренних, так и внешних факторов. Но есть определенная база, которая при любых обстоятельствах остается неизменной. И прежде всего – это конституционные права человека. Профессор В.В. Копейчиков как раз и акцентировал внимание на этой базе. Именно поэтому, спустя много лет после принятия Конституции Украины, мы возвращаемся к необходимости привести в соответствие с вызовами времени Основной Закон, реализовав, в том числе, взгляды и идеи академика В.В. Копейчикова.

Список использованной литературы:

1. Копейчиков В.В. Організація державної влади і розробка нової Конституції України / В.В. Копейчиков // Вісник Академії правових наук України: Збірник наукових праць. – Випуск 3. – Х.: «Основа», 1995. – С. 15–21.
2. Копейчиков В.В., Гусарев С.Д. Питання реалізації Конституції України / В.В. Копейчиков, С.Д. Гусарев // Вісник Академії правових наук України – Х.: «Право», 1997. – № 3. – С. 15–23.
3. Від курсанта до генерала. Шляхи бойових зв'язів і трудових звершень (1921–2011 рр.). – К.: Український видавничий консорціум; Нац. Акад. внутр. справ, 2011. – 360 с.
4. Копейчиков В.В. Сучасна українська національна ідея: особистість, суспільство, право, держава / В.В. Копейчиков // Вдосконалення законодавства України в сучасних умовах: Збірник наукових праць. – Випуск 1. – К.: Інститут Законодавства Верховної Ради України, 1996. – С. 36–48.
5. Копейчиков В.В. Наукова школа прав людини та їх забезпечення в діяльності правоохоронних органів / Упорядники: М.М. Пендюра, С.Д. Гусарев, В.С. Заяць, О.Д. Тихомиров // Київ. нац. ун-т внутр. справ. – К., 2008. – 34 с.
6. Конституційний Договір між Верховною Радою України та Президентом України «Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України»



від 08.06.1995 № 1к/95-ВР (втрата чинності від 28.06.1996 р.). [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1>.

7. Документ Копенгагенської наради Конференції щодо людського виміру ОБСЄ від 29 червня 1990 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_082.

8. Конституція України від 28.06.1996 р. (Остання редакція від 15.05.2014 р.). [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254>.

9. Копейчиков В.В., Селіванов В.М. Державний устрій. Забезпечити баланс інтересів / В.В. Копейчиков, В.М. Селіванов // Теоретичний і громадсько-політичний журнал «Віче». – 7 (28) липень 1994 р. – № 7. – С. 33-42.

10. Основи конституційного права України: Підручник / Авт. кол.: М.І. Козюбра, А.М. Колодій, В.В. Копейчиков (кер.) та інші; Заред. В.В. Копейчикова. – Стер. вид. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – 288 с.;

11. Копейчиков В.В. Проблема самоврядування і її розв'язання в західних демократіях і в Україні: Лекція. – К.: Національна академія внутрішніх справ України, 2000. – 32 с.

12. Європейська хартія місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 р. (Остання редакція від 16.11.2009 р.). [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_036.

13. Драгоманівський збірник. «Вільна спілка» та сучасний український конституціоналізм / За ред. Т.Г. Андруска. – Львів: Світ, 1996. – 256 с.

14. Копейчиков В.В. Моральні і політико-правові підвалини статусу глави держави / В.В. Копейчиков // Ідеологія державотворення в Україні: історія і сучасність (Матеріали науково-практичної конференції 22–23 листопада 1996 року). – К.: Генеза, 1997. – С. 173-175.

15. Юридична енциклопедія: у 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К.: «Українська енциклопедія» імені М.П. Бажана, 2001. – Т. 3: К.–М. – 736 с.

ТРАНСФОРМАЦІЯ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ В УМОВАХ ІНФОРМАТИЗАЦІЇ

Андрей КАФТЯ,

соискатель

Запорожского национального университета

Summary

The content of information on the legal system of Ukraine, reveals effects of information on the following elements of the legal system of Ukraine as a system of law and legal system, describes the features of the formation and development of information law and information law Ukraine.

Key words: informatization, transformation of the legal system, legal system, legal system, information law, information law.

Аннотация

В статье определено влияние процесса информатизации на правовую систему Украины, раскрыты последствия воздействия информатизации на такие структурные элементы правовой системы Украины, как система права и система законодательства, охарактеризованы особенности становления и развития информационного права, информационного законодательства Украины.

Ключевые слова: информатизация, трансформация, правовая система, система права, система законодательства, информационное право, информационное законодательство.

Постановка проблеми. На становление и развитие правовой системы любого государства влияет ряд факторов. В XXI в. наиболее значимой детерминантой ее трансформации является информатизация как процесс внедрения информационно-телекоммуникационных технологий и средств связи во все сферы жизнедеятельности общества и функционирования институциональной структуры и институтов гражданского общества.

Актуальность темы. Однако в современной юридической доктрине не уделено достаточное внимание системному рассмотрению последствий влияния информатизации на правовую систему Украины.

В основном учеными фрагментарно определяются последствия информационной стадии развития общества на такой регулятор общественных отношений, как право. Это и обуславливает актуальность научной статьи.

Статья основывается на фундаментальных трудах таких известных отечественных специалистов информационной проблематики, как В. Баскаков, В. Гавловский, М. Гуцалюк, М. Димчогло, В. Зализняк, Л. Капинус, Б. Кормич, В. Липкан, А. Логинов, Ю. Максименко, О. Мандзюк, А. Марущак, П. Матвиенко, К. Татарникова, В. Теремецький, А. Туник, А. Стоецкий, В. Цимбалюк, Л. Харченко,

К. Череповский, М. Швец, Т. Шевцова, А. Шелета, А. Чупрына.

Целью статьи является раскрытие особенностей трансформации правовой системы Украины в условиях информатизации.

Для этого автором поставлены следующие задачи: 1) определить содержание информатизации как процесса влияния на правовую систему Украины; 2) выделить основные последствия информатизации на правовую систему Украины; 3) раскрыть особенности влияния информатизации на такие структурные элементы правовой системы Украины, как система права и система законодательства.

Изложение основного материала исследования. В юридической литературе зачастую исследователями применяется понятие «информатизация», наряду с ним не менее распространены другие понятия: «компьютеризация», «электронизация», «медиатизация», «интеллектуализация» и др. В основном оперирование этими понятиями осуществляется без их необходимой трактовки. Анализ научной литературы в данном контексте позволяет предельно четко констатировать недостаточную разработанность и дискуссионность толкования этих понятий, их полисемию.

Следует заметить, что, кроме дефиниции понятия «информатизация», в



отечественном законодательстве другие понятия не нашли законодательного закрепления. Но их разграничение играет важную роль, ведь каждое из них указывает на конкретный этап формирования и становления информационного общества.

Согласно Закону Украины «О Национальной программе информатизации», информатизация – это совокупность взаимосвязанных организационных, правовых, политических, социально-экономических, научно-технических, производственных процессов, направленных на создание условий для удовлетворения информационных потребностей граждан и общества на основе создания, развития и использования информационных систем, сетей, ресурсов и информационных технологий, которые построены на основе применения современной вычислительной и коммуникационной техники [1].

Главной целью Национальной программы информатизации является создание необходимых условий для обеспечения граждан и общества своевременной, достоверной и полной информацией путем широкого использования информационных технологий, обеспечения информационной безопасности государства [1].

Для этого Программой предусмотрено решение следующих основных задач:

- формирование правовых, организационных, научно-технических, экономических, финансовых, методических и гуманитарных предпосылок развития информатизации;

- применение и развитие современных информационных технологий в соответствующих сферах общественной жизни Украины;

- формирование системы национальных информационных ресурсов;

- создание общегосударственной сети информационного обеспечения науки, образования, культуры, здравоохранения и тому подобное;

- создание общегосударственных систем информационно-аналитической поддержки деятельности государственных органов и органов местного самоуправления;

- повышение эффективности отечественного производства на основе широкого использования информационных технологий;

- формирование и поддержка рынка информационных продуктов и услуг;

- интеграция Украины в мировое информационное пространство [1].

Похожую позицию в понимании понятия «информатизация» имеют ряд ученых. Так, В. Пожуев определяет понятие «информатизация» как организационный социально-экономический и научно-технический процесс создания оптимальных условий для удовлетворения информационных потребностей и реализации прав граждан, органов государственной власти, местного самоуправления, организаций, общественных объединений на основе формирования и использование информационных ресурсов [2].

К. Беляков выделяет правовую информатизацию как совокупность организационных, социально-экономических и научно-технических процессов обеспечения потребностей государственных органов, юридических и физических лиц сведениями на основе информационно-телекоммуникационных систем, которые накапливают, обрабатывают, организуют и предоставляют пользователю массивы социально-правовых информационных ресурсов для содействия совершенствования правовой системы государства и мирового правопорядка [3, с. 17].

Итак, в юридической доктрине информатизация трактуется как процесс создания условий для удовлетворения информационных потребностей (подчеркнуто нами – авт.) и реализации прав граждан, органов государственной власти, местного самоуправления, организаций, общественных объединений путем использования информационных ресурсов.

Однако возникает вопрос: есть ли в органах государственной власти или у других юридических лиц, в том числе органов местного самоуправления, организаций, общественных объединений потребности?

Ведь «потребности» – это состояние живого организма (подчеркнуто нами – авт.), что выражает необходимость в чем-то, зависимость от объективных условий жизнедеятельности и является движущей силой их активности [4]. Почему же информатизация – это «... процесс создания условий ...»? Данный подход, прежде всего, теоретически компилирует формулу, по кото-

рой моделируется дефиниция безопасности. Информатизация – в первую очередь, естественный, природный эволюционный этап развития общества, процесс внедрения информационно-телекоммуникационных технологий и средств связи во все сферы жизнедеятельности общества и эффективного функционирования государства.

На наш взгляд, целью информатизации является реализация национальных интересов, а не потребностей.

К. Беляков очень узко и фрагментарно определяет, что основной целью правовой информатизации является формирование единого информационно-правового пространства государства и общества для создания оптимальной системы доведения до сведения всех слоев населения содержания правовых норм и, таким образом, наиболее полного удовлетворения потребностей в правовых знаниях, обеспечение эффективной управленческой, правоприменительной и правотворческой деятельности, формирования правосознания, правовой культуры, с последующей интеграцией указанных информационных ресурсов в мировое информационное пространство [3, с. 17]. Таким образом, в целом правильно очерчивая составляющие информатизации, данный исследователь ошибочно сужает сферу информации к оптимальной, а не эффективной, а также указывает всего лишь на одну составляющую права на информацию: доведение. Более того, К. Беляков упоминает о безопасности национальной интеграции в информационное пространство, тем самым методологически путая цель информатизации и ее средства. Ведь интеграция всегда была средством создания условий для полнейшей реализации информационных интересов и отнюдь не является целью. Такие ортодоксальные клише присущи в исследованиях данного исследователя и являются ярким примером попыток применения в новых условиях старых и отживших себя методологических подходов.

Близкое нашему видению понимание понятия «национальные интересы» содержится в Законе Украины «Об основах национальной безопасности Украины» от 19 июня 2003 года: *национальные интересы* – жизненно важные материальные, интеллектуальные и духовные ценности украинского на-



рода как носителя суверенитета и единственного источника власти в Украине, определяющие потребности общества и государства, реализация которых гарантирует государственный суверенитет Украины и ее прогрессивное развитие [5].

Однако еще раз акцентируем внимание на том обстоятельстве, что государство как неживое существо не может иметь потребности! Следует также заметить, что информатизация в каждой стране имеет свои отличия, что способствует пониманию имманентных различий в информационном пространстве. Именно эти отличия позволяют нам констатировать о наличии информационно развитых, слабо развитых или информационно неразвитых стран, то есть фактически говорить об изначально информационном дисбалансе. Даже в пределах одной страны информатизация может осуществляться лишь в определенных сферах жизнедеятельности общества или государства.

С учетом указанного предлагаем следующее определение понятия «**информатизация**» – это процесс внедрения информационно-телекоммуникационных технологий и средств связи в основные сферы жизнедеятельности общества и функционирования государства с целью реализации национальных интересов.

Определив понятия, следующим этапом нашего исследования мы обозначим выяснение исторических детерминант самого процесса информатизации, что позволит проследить в динамике как сам процесс, так и его рефлексию в теоретических исследованиях.

В современной литературе выделяется как минимум *три этапа процесса информатизации в Украине*.

«*Первый этап* – конец 1980-х гг., ознаменовался организацией базовой и специальной подготовки специалистов по информатике и появлением учебных программных систем. *Второй этап* (1995–2002) связан с появлением и распространением, а в последующем фактической монополией и доминированием продукции Microsoft и сети Интернет; он называется инструментально-технологическим и должен завершиться полным обеспечением всех сфер человеческой деятельности информационными средствами. *Тре-*

тий этап информатизации в Украине характеризуется постепенным становлением информационного общества, в котором основными продуктами производства становятся информация и знания» [2].

К. Беляков в присущей ему манере мифологизаторства выделяет четыре этапа информатизации, утверждая при этом, что на каждом из них должны быть проведены соответствующие процессы: электронизация, компьютеризация, медиатизация и дальнейшая интеллектуализация (информациологизация) [3, с. 17].

«Историко-сравнительный анализ прохождения информатизации в Украине показал, что за годы независимости Украина не смогла воспользоваться положительными определяющими факторами общественного развития, обеспечить сокращение разрыва с промышленно-развитыми странами в сфере информатизации экономики и общества, не сформировала и не воплотила в жизнь политику приоритетного научно-технологического прогресса, как следствие – отсутствие последовательной государственной политики в Украине, направленной на развитие информационного общества и общества, построенного на знаниях. 82 место из 104 стран мира по важности для правительства этого направления привело к спонтанному развитию лишь отдельных фрагментов начальной стадии информатизации страны, которой является «медиатизация» (создание системы телекоммуникаций и систем связи)» [3, с. 19].

Анализ отечественных научных исследований в этой сфере позволяет констатировать низкий уровень информатизации в Украине. Такой процесс имеет разные темпы в различных регионах страны.

Среди причин такого положения выделяют и несовершенную нормативно-правовую базу, а также техническую и психологическую неготовность населения внедрять и применять информационно-телекоммуникационные средства, стихийность информационного развития и др.

К. Беляков также замечает: «... низкий уровень информатизации в Украине определяется рядом факторов, создающих искусственные препятствия для ее ускорения. Это, прежде всего,

несовершенная (неполная и устаревшая) нормативно-правовая база, недостаточное развитие современных информационных технологий в области государственного управления, неготовность органов власти всех уровней к применению эффективных, научно обоснованных технологий государственного управления и т. д.» [3, с. 17].

Итак, несмотря на то что информатизация является весомым трансформационным фактором правовой системы Украины, длительное время информационная проблематика была предметом рассмотрения исключительно технических наук. Лишь в конце XX ст. специалисты юридической доктрины стали уделять активное внимание отдельным информационным процессам и явлениям, придавая им юридический смысл и окраску.

Так, специалистами различных отраслей права исследуются такие правовые феномены, как «информационные правонарушения», «информационные отношения», «информационные права и свободы», «информационная культура», «информационная ответственность», «информационные нормативно-правовые акты», «информационное общество», «информационная функция», «информационная политика» и др.

В основном в научных кругах выделяют такие элементы правовой системы: субъекты права, система права, система законодательства, правовые принципы, правовая культура, правовое сознание, юридические учреждения, юридическая техника, юридические термины, правовая политика, правотворчество, правореализация, правоотношения, юридическая практика.

Анализ влияния процесса информатизации на правовую систему Украины позволяет констатировать, что, в первую очередь, он затронул ее такие элементы, как система права и система законодательства.

В частности, рядом с устоявшимися отраслями права в рамках системы права Украины выделена такая отрасль права, как информационное право. Учитывая «молодой» характер этой науки, а также неунифицированность знаний в области понятийно-категориального аппарата, методологического инструментария, структуры, предмета и объекта информационного права, в



научных кругах до сих пор скептически относятся к ее появлению.

Так, Г. Красноступ говорит о «... сложности определения объекта и предмета этой отрасли права» [6, с. 125].

Сейчас действительно идут дискуссии относительно предмета и объекта этой отрасли права, но мы разделяем аргументы тех исследователей, которые отмечают: «... мы на пороге информационного общества, и промедление с разработкой его правового фундамента способно породить негативные последствия для общества и государства» [7, с. 101].

Мы согласны также с Б. Топорниным, который «... отмечая актуальность и значимость проблем, связанных с необходимостью ускорения формирования информационного права как самостоятельной отрасли права, обращает внимание на то, что информационное право – это путь осознания «встречи» информационных технологий и институтов государства и права, это путь упорядочения отношений в одной из самых горячих сфер жизни планеты – инфосферы – и ее взаимодействия со всеми тканями современного социума».

Несмотря на это, конструктивным представляется расширение в июне 2003 г. специальности 12.00.07 (теория управления; административное право, финансовое право), по которой осуществляется присвоение ученых званий, защита диссертаций и присуждения научных степеней кандидата и доктора юридических наук, включая и информационное право.

Неисследованность значительного спектра информационных проблем, в свою очередь, способствовали динамичному развитию научных работ, направленных на их решение.

Этот факт также позволяет констатировать не только о формировании информационного права, но и его активное становление.

Интересны предложения отечественных исследователей о предоставлении автономии информационному праву путем открытия отдельной научной специальности «Информационное право».

Однако мы критически относимся к предложениям тех ученых, которые наряду с информационным правом от-

мечают необходимость выделения таких отраслей права, как «программное право», «компьютерное право», «телекоммуникационное право», «медийное право» и др. Это, прежде всего, объясняется неразработанностью структуры информационного права, в частности его институтов.

Действительно, концептуальные основы информационного права синтезируют положение различных отраслей права. Именно поэтому информационное право является комплексной отраслью права.

Основные различия между основными и комплексными отраслями права удачно раскрыто Ю. Толстым:

– «каждая основная (самостоятельная) отрасль имеет четко определенное предметное единство, а комплексная отрасль лишена подобного единства, поскольку регулирует разнородные отношения;

– в состав основных отраслей права не могут входить нормы других отраслей права, а комплексная отрасль состоит из норм основных отраслей права;

– каждой основной отрасли права присущ специфический метод правового регулирования; для комплексной области характерна другая ситуация – в ней используется несколько методов правового регулирования основных отраслей;

– основные отрасли права занимают определенное место в системе права, а комплексные отрасли никакого места не занимают» [8, с. 45].

Такая разветвленность, размытость предмета правового регулирования и неустойчивость структуры информационного права способствует необходимому выделению других «информационных» отраслей права, вроде «программного права» или «компьютерного права».

Информация является наиболее широкой категорией среди других информационных категорий, а потому уместно говорить о том, что «программное право» или «компьютерное право» являются институтами информационного права.

Следует отметить, что становление информационного права детерминировало, прежде всего, активное развитие информационного законодательства как совокупности информационных

нормативно-правовых актов, регулирующих информационные правоотношения.

Несмотря на значительное количество информационных нормативно-правовых актов, отечественное информационное законодательство есть неэффективным и нуждается в усовершенствовании.

Конкретные пути повышения эффективности информационного законодательства представлены в работах представителей научной школы В. Липкана: В. Баскакова, М. Димчогло, В. Зализняка, Ю. Максименко, О. Мандзюка, К. Татарниковой, К. Череповского [9–15].

Выводы. Итак, информатизация правовой системы Украины детерминировала трансформацию, прежде всего, ее таких элементов, как система права и система законодательства. Поскольку структурные элементы правовой системы Украины диалектически взаимосвязаны, считаем актуальным направлением научного исследования осмысление влияния процесса информатизации на другие структурные элементы отечественной правовой системы.

Список использованной литературы:

1. Про Національну програму інформатизації : Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 27–28. – Ст. 181.
2. Пожув В.І. Інформатизація як ресурс розвитку сучасного українського суспільства / В.І. Пожув [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.zgia.zp.ua/gazeta/VISNIK_38_1.pdf.
3. Беляков К.І. Організаційно-правове та наукове забезпечення інформатизації в Україні: проблеми теорії та практики : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / К.І. Беляков. – К., 2009. – 41 с.
4. Потребности. Википедия [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://uk.wikipedia.org/wiki>.
5. Про основи національної безпеки України : Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 351.
6. Красноступ Г. Проблема визначення об'єкта та предмета



інформаційного права / Г. Красноступ // Право України. – 2007. – № 5. – С. 125–128.

7. Соснін О. Передумови формування в Україні інформаційного права / О. Соснін // Право України. – 2005. – № 11. – С. 99–103.

8. Толстой Ю.К. О теоретических основах кодификации гражданского законодательства / Ю.К. Толстой // Правоведение. – 1957. – № 1. – С. 45–49.

9. Ліпкан В.А. Систематизація інформаційного законодавства України: [монографія] / В.А. Ліпкан, В.А. Залізник; за заг. ред. В.А. Ліпкана. – К.: О.С. Ліпкан, 2012. – 304 с.

10. Ліпкан В.А. Консолідація інформаційного законодавства України: [монографія] / В.А. Ліпкан, М.І. Дімчогло; за заг. ред. В.А. Ліпкана. – К.: ФОП О.С. Ліпкан, 2014. – 416 с.

11. Ліпкан В.А. Інкорпорація інформаційного законодавства України: [монографія] / В.А. Ліпкан, К.П. Череповський; за заг. ред. В.А. Ліпкана. – К.: ФОП О.С. Ліпкан, 2014. – 408 с.

12. Ліпкан В.А. Правовий режим податкової інформації в Україні: [монографія] / В.А. Ліпкан, О.В. Шепета, О.А. Мандзюк; за заг. ред. В.А. Ліпкана. – К.: ФОП О.С. Ліпкан, 2015. – 404 с.

13. Татарникова К.Г. Деякі аспекти методології кодифікації інформаційного законодавства / К.Г. Татарникова // Матеріали науково-практичної конференції «Правові та політичні проблеми сучасності» (м. Луцьк, 22 квітня 2012 р.). – К.: ФОП О.С. Ліпкан, 2012. – С. 38–40.

14. Ліпкан В.А. Інформаційна безпека України в умовах євроінтеграції: [навчальний посібник] / В.А. Ліпкан, Ю.Є. Максименко, В.М. Желіховський. – К.: КНТ, 2006. – 280 с.

15. Ліпкан В.А. Правовий режим податкової інформації в Україні: [монографія] / В.А. Ліпкан, О.В. Шепета, О.А. Мандзюк; за заг. ред. В.А. Ліпкана. – К.: ФОП О.С. Ліпкан, 2015. – 440 с.

ПОНЯТИЕ И ОСОБЕННОСТИ ПЕРЕМЕЩЕНИЯ ПРОДУКТОВ МОРСКОГО И РЕЧНОГО ПРОМЫСЛА ЧЕРЕЗ ТАМОЖЕННУЮ ГРАНИЦУ УКРАИНЫ

Екатерина ЛАЗАРЧУК,
аспирант

Национального университета «Одесская юридическая академия»

Summary

The article focuses on movement across the customs border of Ukraine products of sea and river fishing, as a particular kind of product, which perishable and require special documents to move, and is subject to compulsory types of control. Examines legal regulation of movement of fishing products since Ukraine's independence and shodnishnih days. Carrying out these activities is carried out in order to correct and timely customs clearance of sea and river fishing to provide consumers with quality products and to prevent the sale of products, dangerous to life and health of citizens.

Key words: customs clearance, products of sea and river fishing, customs border, fishing vessel, control.

Аннотация

Статья посвящена вопросу перемещения через таможенную границу Украины продуктов морского и речного промысла, как особого вида товара, который быстро портится, требует специальных документов для перемещения и подлежит обязательным видам контроля. Исследовано правовое регулирование перемещения продуктов промысла с момента провозглашения Украиной независимости и до сегодняшних дней. Проведение данных мероприятий осуществляется в целях правильного и своевременного таможенного оформления морского и речного промысла для обеспечения потребителей качественной продукцией, и предупреждения реализации продукции, опасной для жизни и здоровья граждан.

Ключевые слова: таможенное оформление, продукты морского и речного промысла, таможенная граница, рыболовное судно, контроль.

Постановка проблемы. Одним из направлений таможенного регулирования является перемещение через таможенную границу Украины продуктов морского и речного промысла. Проблемы перемещения продуктов морского и речного промысла заключаются в том, что в Украине отсутствуют общепределенные правила перемещения рыбы и ракообразных, моллюсков и прочих водных беспозвоночных через таможенную границу Украины, а также продуктов рыболовства, как особого вида товара, что быстро портится и требует специальных таможенных формальностей и быстрого реагирования органов таможенной службы по пропуску данных товаров.

Актуальность темы. Рыба и другие продукты промысла являются важным продуктом питания для населения, и продовольствием для отраслей экономики. Внутренние промыслы не обеспечивают полного объема водных биоресурсов, которые требует наше государство, поэтому основная часть рыбы и других водных ресурсов до-

ставляется из-за границы в порядке импорта, или собственного промысла. Но в законодательстве мало уделено внимания условиям и организации перемещения продуктов морского и речного промысла, поэтому существует объективная необходимость в изучении, разработке и исследовании вопроса перемещения через таможенную границу продуктов промысла, как на законодательном, так и на практическом и теоретическом уровнях.

Тематику перемещения товаров и их таможенного оформления исследовали в своих трудах такие ученые, как: Е.В. Додин, С.В. Кивалов, А.С. Иванченко, С.Ю. Демина, Т.В. Аверочкина, В.В. Прокопенко и другие, однако достаточного рассмотрения вопроса таможенного оформления продуктов морского и речного промысла в современной правоведческой литературе не получили.

Цель статьи. Данное исследование направлено на комплексный анализ теоретических и практических аспектов обеспечения таможенного оформления



продуктов морского и речного промысла при перемещении через таможенную границу Украины.

Изложение основного материала исследования. В период, когда Украина входила в СССР, процедура перемещения продуктов морского и речного промысла осуществлялась согласно Таможенного кодекса СССР. Вопрос перемещения данных товаров регулировалось только этим кодексом и ведомственными актами.

Через порты Украины проходило большое количество продукции морского и речного промысла, после распада СССР и провозглашения Украиной независимости эти мощности портов остались под юрисдикцией Украины. Поэтому возникла потребность в принятии на законодательном уровне самостоятельных требований для регулирования таможенных правоотношений, в том числе и перемещения продуктов морского и речного промысла.

Первым таким актом стал Таможенный кодекс Украины 1991 года (утратил силу) [1]. Вместе с тем нужно отметить, что постановлением Верховной Рады Украины от 12.12.1991 года (утратил силу) [2] был создан Государственный таможенный комитет Украины. Этим же постановлением был введен в действие Таможенный кодекс Украины, который определил основные принципы организации таможенного дела в Украине. В Таможенном кодексе Украины предусмотрены основания и порядок таможенного оформления и перемещения товаров через таможенную границу.

Что касается вопроса отлова водных ресурсов, то он осуществлялся в соответствии с Временным порядком ведения рыбного хозяйства и осуществления рыболовства, утвержденным постановлением Кабинета Министров Украины от 28 сентября 1996 года № 1192 (утратило силу) [3], в котором было определено общее и специальное использование водных ресурсов. Установлено, что предприятия, учреждения, организации и граждане имеют право бесплатно использовать водные живые ресурсы для удовлетворения научных, культурно-образовательных, эстетических и других потребностей, а также осуществлять любительское и спортивное рыболовство в определенных для этих целей водоемах (их участ-

ках) общего пользования для удовлетворения личных потребностей. Общее использование водных живых ресурсов осуществляется без их изъятия из природной среды, за исключением любительского и спортивного рыболовства в определенных для этих целей водоемах (их участках) общего пользования. К специального использования водным живым ресурсам относятся: промышленное рыболовство, добыча водных живых ресурсов для научных, культурно-образовательных, воспитательных и эстетических целей, добыча водных живых ресурсов для зарыбления, осуществления контрольного вылова, акклиматизации, рыбоводства, содержание и воспроизведение в неволе или полувольных условиях с коммерческой и другими целями, регулирование численности водных живых ресурсов с целью предотвращения причинения вреда окружающей природной среде и рыбному хозяйству (мелиоративный вылов малоценных и хищных видов рыб, вредных водных организмов), любительское и спортивное рыболовство, осуществляемое в определенных для этих целей водоемах (их участках) общего пользования.

Впервые в приказе Государственной таможенной службы Украины № 504 от 17.08.1998 года «Об утверждении Порядка таможенного оформления морского промысла, ввозимая на таможенную территорию Украины» (утратил силу) появилось понятие «продукция морского промысла», что определяется, как необработанные или охлажденные, соленые, мороженые, консервированные, переработанные в муку или другую продукцию рыба, беспозвоночные, ракообразные, моллюски и др. [4].

В приказе Государственного комитета рыбного хозяйства Украины № 164 от 08.12.98 года «Об утверждении Правил промышленного рыболовства в бассейне Черного моря» определено понятие «промышленное рыболовство», под которым понимают вид специального использования водных живых ресурсов, находящихся в состоянии естественной свободы, путем их изъятия (ловли, добычи, сбора) из природной среды с целью удовлетворения потребностей населения и народного хозяйства. Под промышленным участием понимают рыбохозяйственный во-

дный объект или его часть, закрепленный государственным органом рыбоохраны за отдельным пользователем для осуществления промысла и воспроизводства водных живых ресурсов [5].

Изменения, произошедшие более 10 лет назад со времени принятия Таможенного кодекса Украины 1991 года в нашем государстве и обществе, в экономике Украины, ее внешнеэкономической деятельности, обусловили необходимость разработки нового Таможенного кодекса, который был принят Верховной Радой Украины 11 июля 2002 года [6].

Таможенный кодекс Украины 2002 года определяет основы организации и осуществления таможенного дела в нашем государстве, регулирует экономические, организационные, правовые, кадровые и социальные аспекты деятельности таможенной службы Украины. Кодекс направлен на обеспечение защиты экономических интересов нашего государства, создание благоприятных условий для развития ее экономики, защиты прав и интересов субъектов предпринимательской деятельности и граждан, а также обеспечение соблюдения законодательства Украины по вопросам таможенного дела.

Большое значение для развития таможенного законодательства, а именно таможенное оформление продуктов морского и речного промысла, имеет Закон Украины «О рыбе, других водных живых ресурсах и пищевой продукции из них» от 06.02.2003 г. [7]. В законодательстве существует различие контроля и таможенного оформления продуктов морского и речного промысла украинского и иностранного происхождения. В данном Законе установлен перечень разрешительных документов и порядок перемещения через таможенную границу продуктов лова и пищевой продукции из них как иностранного производства, так и украинского происхождения, и специальные виды контроля, которые являются обязательными для продуктов лова.

В соответствии с Законом Украины «Об Общегосударственной программе развития рыбного хозяйства Украины на период до 2010 года» от 19.02.2004 № 1516-IV определено понятие «промысел рыбы и других водных живых ресурсов», как вид специального использования рыбы и других водных



живых ресурсов для производства пищевой, технической, кормовой, медицинской и других видов продукции [8].

Глобализация экономической жизни человечества вызывает рост количества и усложнение функций и задач международных экономических организаций, которые, кроме организационного обеспечения сотрудничества государств, являющихся их членами, непосредственно занимаются вопросами правового регулирования международных экономических отношений, международного контроля, взаимодействия с другими субъектами международного права.

Все более активную роль в решении этих вопросов играет многосторонняя торговая система ГАТТ (Генеральное соглашение по тарифам и торговле) / ВТО (Всемирная торговая организация). Основанием Генерального соглашения по тарифам и торговле 1947 г. [9] было положено начало формирования многосторонней системы торговли товарами, которая должна была обеспечить субъектам предпринимательской деятельности разных стран стабильную и предсказуемую среду, в которой они могут осуществлять торговлю товарами на общепринятых принципах справедливости и недискриминации.

Формирование этой системы было завершено созданием в 1994 г. Всемирной торговой организации (ВТО), которая, продолжая выполнять функции ГАТТ, имеет целью объединить усилия государств-членов для решения вопросов мировой торговли в условиях нового мирового экономического порядка на основе функционирования собственного организационно-правового механизма. Украина стала членом ВТО 5 февраля 2008 года [10].

В связи с вступлением в ВТО и выбором европейского направления развития возникла необходимость в обновлении таможенного законодательства. Так, в 2012 году в Украине принят новый Таможенный кодекс Украины [11], который действует и по сей день.

Одним из направлений таможенного регулирования является перемещение через таможенную границу Украины продуктов морского и речного промысла. Порядку перемещения этих продуктов посвящен раздел VI Таможенного кодекса Украины и множество других нормативно-правовых актов, в

том числе от ведомственных органов.

Понятие «перемещение через таможенную границу» в Таможенном кодексе Украины в настоящее время отсутствует. А.С. Иванченко под перемещением товаров через таможенную границу предлагает понимать «осуществление действий по ввозу на таможенную территорию Украины, вывоз с таможенной территории товаров и (или) транспортных средств любым путем, и транзит товаров через таможенную территорию Украины [12].

По мнению С.Ю. Деминой, порядок перемещения товаров и транспортных средств через таможенную границу Украины – это определенные законодательством Украины таможенные процедуры, которым подвергаются товары и транспортные средства, перемещаемые через таможенную границу Украины, а также предусмотренные законодательством Украины действия юридических и физических лиц по ввозу на таможенную территорию Украины или вывозу за пределы таможенной территории Украины, или транзита через таможенную территорию Украины любого, предусмотренного законодательством Украины, товара (или) транспортного средства [13].

Понятие таможенной территории и ее определение исходит из общепринятых в международном праве подходов к определению суверена, закрепляется непосредственно нормативными актами и является проявлением одного из важных принципов таможенного права – принципа единства таможенной территории Украины. В соответствии со ст. 9 Таможенного кодекса Украины (далее – ТК Украины) [11] территория Украины, занятая сушей, территориальное море, внутренние воды и воздушное пространство, а также территории свободных таможенных зон, искусственные острова, установки и сооружения, созданные в исключительной (морской) экономической зоне Украины, на которые распространяется исключительная юрисдикция Украины, составляют таможенную территорию Украины. В общем таможенная территория совпадает с государственной границей Украины. В то же время таможенная территория не совпадает с государственной территорией, поскольку в ряде случаев с таможенной территории

могут изыматься участки государственной территории или наоборот, включаться участки, которые находятся за пределами государственной границы. Так, ч. 2 ст. 9 ТК Украины устанавливает, что территория специальных свободных таможенных зон считается находящейся вне таможенной территории Украины. Поэтому границы таможенной территории Украины определяются второй составляющей, а именно, таможенной границей Украины.

Понятие таможенной границы непосредственно определяется ст. 10 ТК Украины, где установлено, что границы таможенной территории Украины являются таможенной границей Украины. Таможенная граница Украины совпадает с государственной границей Украины, кроме границ искусственных островов, установок и сооружений, созданных в исключительной (морской) экономической зоне Украины, на которые распространяется исключительная юрисдикция Украины. Границы территории указанных островов, установок и сооружений составляют таможенную границу Украины.

На мой взгляд, под перемещением через таможенную границу Украины следует понимать совокупность таможенных процедур, связанных с фактическим перемещением с территории Украины на таможенную территорию другого государства, или с таможенной территории другого государства на таможенную территорию нашего государства в любой способ, любыми средствами и видами транспорта, включая использование с этой целью трубопроводного транспорта и линий электропередач.

Как и на практике, так и в литературе выделяют понятие «пропуск через таможенную границу», под которым понимают допущение таможенной использования товаров и других предметов на таможенной территории данного государства или за пределами этой территории в целях, заявленных таможенной [14].

По мнению Е.В. Додина, под пунктом пропуска через государственную границу следует понимать участок местности или часть территории железнодорожной, автомобильной станции, морского, речного порта, аэропорта (аэродрома) с комплексом зданий, сооружений и инженерно-технических



средств, где осуществляется пограничный, таможенный и другие виды контроля, и пропуск через государственную границу Украины лиц, транспортных средств, товаров и другого имущества [15].

Е.М. Борисов считает, что понятие «промысел» охватывает изъятие (вылов, добыча, сбор) рыбы и водных животных, находящихся в состоянии естественной свободы, с природной среды с использованием любых промышленных орудий лова (например сеток, неводов, тралов, ловушек, которыми осуществляется промышленный лов) [16].

Продукт определяется, как вещественный или интеллектуальный результат человеческого труда, или вещь, которое служит материалом для изготовления или выработки чего-либо, а также товар, который удовлетворяет желания или потребности рынка [17].

По моему мнению, под продуктами морского и речного промысла следует понимать результат особого вида деятельности, который направлен на вылов, добычу, сбор, переработку водных биоресурсов для удовлетворения потребностей. Продуктами морского и речного промысла выступают водные живые ресурсы, то есть организмы, жизнь которых постоянно или на отдельных стадиях развития не возможна без пребывания (нахождения) в воде. Это, в частности: рыбы разных видов на всех стадиях своего развития – половозрелые экземпляры, мальки, икра (пресноводные, соленоводные, морские, анадромные, катадромные); морские млекопитающие (дельфины, киты, тюлени, моржи, нерпы); ракообразные и иглокожие водные беспозвоночные животные (раки, крабы, креветки, трепанги, морские ежи, морские звезды, змисхвостки, голотурии), моллюски (головоногие, брюхоногие, двусторчатые – мидии, кальмары, устрицы и т. д.); промышленные водные растения и водоросли, которые используются для изготовления продуктов питания, удобрений, медицинских препаратов и подлежащих специальной правовой защите (например, ламинария или морская капуста); а также водные ресурсы во всех стадиях обработки (консервирования, охлаждения и др.).

Особенностью продуктов морского и речного промысла, которые характерны именно для таможенного права, является то, что они перемещаются через таможенную границу Украины в порядке импорта, экспорта, транзита или помещены в любой другой таможенный режим, предусмотренный законодательством.

Следует отметить, что предметом морского промысла служат, главным образом, морские животные, то есть те, что постоянно живут в больших акваториях (морях, океанах, протоках, заливах) или тесно связаны с морем своим образом жизни, которые проводят в нем часть жизни, или селятся вдоль берегов. Предметом речного промысла служат речные животные, которые постоянно живут в реках, озерах или других пресноводных водоемах, или проводят в нем часть жизни. Поэтому, не объективно выделять отдельно эти связанные понятия.

Вся продукция, в том числе продукты морского и речного промысла, которая ввозится или вывозится за пределы Украины, подлежит таможенному оформлению.

Согласно нормам Таможенного кодекса Украины, под таможенным оформлением понимают выполнение таможенных формальностей, необходимых для выпуска товаров, транспортных средств коммерческого назначения; таможенные формальности – совокупность действий, подлежащих выполнению соответствующими лицами и органами доходов и сборов с целью соблюдения требований законодательства Украины по вопросам государственного таможенного дела.

В соответствии со ст. 9, 10 Закона Украины «О рыбе, других водных живых ресурсах и пищевой продукции из них» [7] установлен перечень разрешительных документов, как для украинского, так и иностранного производителя рыбной продукции, и специальные виды контроля, которые являются обязательными для продуктов лова. Продукты ловли, добытые за пределами таможенной территории Украины резидентами-субъектами хозяйствования, на собственных или арендованных (зафрахтованных) судах, а также пищевая продукция из них, изготовленная резидентами-субъектами хозяйствования, является

продукцией украинского происхождения. Подтверждение продуктов лова и пищевой продукции из них, как продукции украинского происхождения, осуществляется по желанию резидента – субъекта хозяйствования. Для этого при прохождении таможенного контроля по качеству и безопасности продуктов лова и пищевой продукции из них украинского происхождения резидент-субъект хозяйствования подает: а) свидетельство о качестве; б) ветеринарное свидетельство.

Таможенное оформление для использования на таможенной территории Украины продуктов лова и пищевой продукции из них иностранного производства происходит в соответствии с требованиями таможенного законодательства Украины. Для осуществления таможенных процедур относительно ее качества безопасности субъект хозяйствования должен подать: а) сертификат происхождения; б) ветеринарное свидетельство на каждую партию продукции (кроме пищевой продукции из продуктов лова).

Для поставки любых продуктов питания, в том числе рыбной продукции, заключается внешнеэкономический договор (контракт). Договор заключается в соответствии со ст. 1 ч. 6 Закона Украины «О внешнеэкономической деятельности» [18] и других законов Украины с учетом международных договоров.

Для перемещения через таможенную границу Украины продуктов промысла необходимы прохождения следующих видов контроля: радиологического контроля; ветеринарного; экологического; санитарно-эпидемиологического (оттиск штампа «Санитарно-эпидемиологический контроль осуществлен»); экологический контроль (оттиск штампа «Ввоз / вывоз разрешен») и наличие международных ветеринарных (санитарных) сертификатов на пищевые продукты по требованию.

В процедуре оформления товаров и транспортных средств принимают участие сотрудники портовых, таможенных, пограничных и других органов, которые действуют на основании взаимосогласованных технологических схем оформления, контроля и обработки судов, а также пассажиров и



грузов, перемещаемых с их помощью. Технологические схемы таможенного и других видов контроля представляют собой письменно-графические документы, отражающие процедуру таможенно-пограничного оформления всеми службами, которые взаимодействуют по месту, цели, времени, задачам, границам.

Выводы. Порядок перемещения через таможенную границу Украины продуктов морского и речного промысла имеет свои особенности, так как данный продукт является результатом специфического вида деятельности и требует санитарно-эпидемиологического, ветеринарного, экологического и других видов контроля. На данный момент в законодательстве Украины отсутствуют общепределенные правила перемещения через таможенную границу продуктов промысла. В настоящее время тематика порядка перемещения через таможенную границу Украины продуктов морского и речного промысла и рыбного продукта в целом является малоисследованной учеными.

Список использованной литературы:

1. Таможенный кодекс Украины от 12.12.1991 года (утратил силу). – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1970-12>.
2. О введении в действие Таможенного кодекса Украины: постановление Верховной Рады Украины от 28.09.1996 года (утратил силу). – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1970a-12>.
3. Об утверждении Временного порядка ведения рыбного хозяйства и осуществления рыболовства: постановление Кабинета Министров Украины от 28.09.1996 года (утратил силу). – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1192-96-п>.
4. Об утверждении Порядка таможенного оформления морского промысла, ввозимого на таможенную территорию Украины: приказ Государственной таможенной службы Украины от 17.08.1998 года № 504 (утратил силу). // *Официальный вестник Украины*. – 1998. – № 49. – Ст. 77.
5. Об утверждении Правил промышленного рыболовства в бассейне Черного моря: приказе Государственного комитета рыбного хозяйства Украины от 08.12.1998 года // *Официальный вестник Украины*. – 1999. – № 10. – Ст. 99.
6. Таможенный кодекс Украины от 11.07.2002 года (утратил силу). – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/92-152>.
7. О рыбе, других водных живых ресурсах и пищевой продукции из них: Закон Украины от 06.02.2003 года // *Официальный вестник Украины*. – 2003. – № 10. – Ст. 6.
8. Об Общегосударственной программе развития рыбного хозяйства Украины на период до 2010 года: Закон Украины от 19.02.2004 года // *Официальный вестник Украины*. – 2004. – № 12. – Ст. 20.
9. Генеральное соглашение по тарифам и торговле: международный документ от 15.04.1995 г. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/981_003.
10. Протокол о вступлении Украины в международную организацию торговли: международный документ от 15.04.1995 г. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/981_049.
11. Таможенный кодекс Украины от 13.03.2012 года // *Ведомости Верховной Рады Украины*. – 2012. – № 44-45, № 46-47, № 48. – Ст. 552.
12. Иванченко А.С. Понятие перемещения товаров через таможенную границу Украины // *Таможенное дело*. – 2007. – № 2. – С. 59-64.
13. Демина С.Ю. Перемещения товаров и транспортных средств через таможенную границу Украины // *Таможенное дело*. – 2010. – № 2. – С. 75-78.
14. Таможенное дело. Словарь-справочник / *руковод. авт. коллект. А.Н. Мячин; Санкт-Петербург: Логос СПб*. – 1994. – 126 с.
15. Додин Е.В. Таможенные операции на морском транспорте: учеб.-метод. пособие / Е.В. Додин. – Одесса : Юрид. лит., 2001. – 16 с.
16. Борисов Е.М. Некоторые вопросы определения содержания общественно опасного деяния в составе незаконного занятия рыбным, звериным или другим водным добывающим промыслом. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://dspace.onu.edu.ua:8080/bitstream/123456789/550/1/articles106-113.pdf>.
17. Понятие продукт (экономика). – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://uk.wikipedia.org/wiki/Продукт_\(экономика\)](http://uk.wikipedia.org/wiki/Продукт_(экономика)).
18. О внешнеэкономической деятельности. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/959-12>.



СУДЕБНОЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВО И ПРАГМАТИЧЕСКИЙ ПУТЬ РЕГЛАМЕНТАЦИИ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ

Александр МАРТЫНЕНКО,
аспирант кафедры теории права и государства
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Summary

The classical approach to social control by legislation and non-specific for post-Soviet legal systems pragmatic approach to social regulation are compared in this article. Pragmatic jurisprudence offers non-formalistic path of social regulation by judicial lawmaking that can avoid dogmatism and mechanization of law, but it carries a lot of risk to stability of legal system. The strengths and weaknesses of pragmatic legal regulation, and factors that influence judge when choosing between existing rules (statute law or common law) or creation of new legal rules using judicial lawmaking are also analyzed.

Key words: judicial precedent, judicial lawmaking, legal pragmatism, sociology of law.

Аннотация

В статье сравнивается механизм классического социального регулирования с помощью законодательства и не характерный для постсоветских юридических систем механизм прагматической регламентации общественных отношений. Прагматическая юриспруденция предлагает неформалистический способ упорядочивания социальных отношений по средствам судебного правотворчества, что позволяет избавиться от догматизма и механизации юриспруденции, но при этом несет в себе немало рисков для стабильности юридической системы. Рассматриваются сильные и слабые стороны прагматического правового регулирования, а также факторы, которые влияют на судью при выборе между применением уже существующей нормы (законодательной или прецедентной) и созданием новой юридической нормы с помощью судебного правотворчества.

Ключевые слова: правосудие, социология права, судебный прецедент, судебное правотворчество, юридический прагматизм.

Постановка проблемы. Актуальность исследования судебного правотворчества продиктована последними тенденциями и попытками реформирования судебной системы Украины, начало которым положено Законом Украины «О восстановлении доверия к судебной власти в Украине» и продолжено Законом Украины «Об очищении власти» и Законом Украины «Об обеспечении права на справедливый суд». Украинское правосудие требует новых подходов к организации и функционированию судебной системы, а также переосмысления роли суда в жизни общества, поэтому особое внимание следует уделить концепциям, не характерным для нынешнего состояния дел. Такой концепцией может стать юридический прагматизм, ядром которого выступают правотворческие полномочия суда и неформалистический подход к юридическому регулированию общественных отношений.

Актуальность темы. В постсоветской научной среде судебное правотворчество было объектом исследования Н. Гураленко, М. Козюбры, П. Куфтырева, С. Лозовской, Б. Малышева, М. Марченко, Ю. Меляковой, С. Погребняка, Е. Семьянова, О. Скакун, Н. Стэжика, С. Чередниченко, С. Шевчука и других. Однако следует констатировать, что проблематика судебного

правотворчества в Украине остается малоисследованной, а комплексных работ по осмыслению этого юридического феномена все ещё не хватает. Еще меньше научных исследований в Украине касаются концепции юридического прагматизма, которая составляет основу доктринального обоснования роли и значения судебного правотворчества для юридической системы.

Целью статьи является исследование судебного правотворчества, как одного из возможных путей регламентации общественных отношений, его отличия от классического законодательного правотворчества, а также анализ его сильных и слабых сторон, как средства юридического регулирования.

Изложение основного материала исследования. Прежде всего отметим, что мы определяем судебное правотворчество, как деятельность суда при рассмотрении судебного дела (обусловленную необходимостью преодоления пробелов в нормативно-правовых актах или отсутствием соответствующей прецедентной нормы, или необходимостью конкретизации уже существующей юридической нормы, или ее отрицания), результатом которой становится норма права (в том числе и такая, что изменяет или отменяет уже существующую норму) или принцип, формализованный в мотивировочной

части судебного решения и обязательный для применения при рассмотрении аналогичных судебных дел [7, с. 488].

Как у любого явления, у судебного правотворчества есть своя причина, свой толчок к его возникновению. В случае судебного правотворчества таким толчком являются противоречия, которые возникают в обществе. Бурное и непрерывное развитие общества приводит к возникновению все новых и новых социальных связей и отношений, которые требуют упорядочения, регламентации и регулирования. Судя по количеству субъектов, которые принимают участие в общественном дискурсе, неизбежно возникновение разночтений и конфликтов между ними, и каждый отстаивает свои интересы. Конфликт таких интересов на всех уровнях общественной жизни, предпочтение одних интересов другим, обеспечение их баланса и является камнем преткновения бытия права. Стоит согласиться с Л. Герасиной и М. Пановым, что именно социальная конфликтность составляет онтологическое основание возникновения и существования права [1, с. 51]. Гармонизация общества требует решения таких конфликтов, и государство должно обеспечивать этот процесс.

Общество является тем горнилом, в котором рождается право. По этому поводу профессор В. Четвернин отмечает,



что «социальные нормы возникают из-за того, что определенный смысл общественных отношений (сущее) признается надлежащим быть, оценивается в общественном сознании, как нечто нормальное» [8, с. 65]. По нашему мнению, безоговорочным источником права является само общество. При этом, не общество как абстрактная совокупность людей, а конкретное общество конкретного времени. Каждое общество всегда контекстно, то есть, общество «здесь и сейчас». Так, украинское общество начала 2013 г. отличается от украинского общества конца того же года.

Общество, как самая сложная форма организации людей, требует упорядочения от государства, как от самой сложной формы организации общества и обеспечения его жизнедеятельности. В современных государствах, где население уже измеряется даже не миллионами, а сотнями миллионов, и где, если верить Т. Гоббсу, каждый готов перерезать горло каждому, единственным средством такого упорядочения становится, безусловно, право. Человеческая цивилизация еще не пришла к более эффективному, инструментальному и прагматическому механизму социального регулирования, чем право.

Государство, не желая оставаться в стороне социального регулирования, может следовать двумя путями упорядочения общественных отношений и решения социальных конфликтов. Первый – классический **формалистический**, то есть попытка урегулировать общественные отношения через нормотворческую деятельность путем принятия законов и подзаконных нормативных актов. В таком случае парламент стремится предусмотреть наибольшее количество жизненных ситуаций и выписать под них юридические нормы, то есть правила поведения субъектов. После этого другие органы государственной власти занимаются подзаконным нормотворчеством, пытаясь развить эту регламентацию дальше.

Только после формулирования законодательной нормы, после приведения в соответствие подзаконных актов, субъекты руководствуются созданными правилами, а судьи и чиновники занимаются их применением к жизненным случаям. Законодатель пытается адекватно отразить и урегулировать

уже существующие общественные отношения, а также предвидеть перспективу возникновения новых, чтобы заранее заложить соответствующие юридические нормы. Ж. Дзейко справедливо отмечает, что «законодатель должен урегулировать общественные отношения, учитывая прогнозы развития и изменения в различных сферах общественной жизни, чтобы избежать частых изменений в действующем законодательстве» [3, с. 195].

Однако, в любом случае, такой формалистический подход сталкивается с диалектической проблемой. С одной стороны, необходимо максимально конкретно регламентировать сферы жизни общества во избежание пробелов и «белых пятен», не охваченных законодательством. А с другой стороны, существует риск чрезмерной регламентации общественных отношений. Но ведь очевидно, что урегулировать абсолютно все сферы жизнедеятельности общества не под силу ни одному, даже самому тоталитарному государству, кроме разве что утопической Океании из бессмертного романа Дж. Оруэлла «1984». Поэтому такое формалистическое регулирование все равно остается абстрактным, а при необходимости применить юридические нормы, по словам Р. Паунда, «скорее случаи подгоняются под нормы, чем нормы под случаи» [13, с. 613]. Законодательная норма распространяется на неограниченное количество возможных случаев и субъектов, то есть является общей. Для того чтобы такая норма реализовалась, необходимы логические методы дедукции и силлогизма.

Другим путем регламентации общественных отношений является **прагматический**, ключевым элементом которого выступает судебное правотворчество, или, по крайней мере, судебское усмотрение для окаменевших юридических систем, подобных украинской. Профессор М. Козюбра отмечает, что поиск права не ограничивается лишь законодательными органами, и даже более того – правотворческими в целом. Поиск права – это задача любого юриста, который рассматривает те или иные конкретные дела, будь то судья, адвокат или прокурор. Поиск права не ограничивается формально-логическим анализом текстов Конституции, законов и других нормативных актов,

а требует обращения с общими принципами права, источником которых нередко является не текстуальное или содержательное закрепление в названных актах, а именно судебная практика [4, с. 6].

По нашему мнению, именно судья является тем субъектом, который максимально приближается к сущности и характеру правоотношений, являющихся предметом рассмотрения в конкретном деле. В отличие от законодателя, который анализирует и прогнозирует абстрактные, судья всегда имеет дело с конкретными случаями. Судья обязан полно и всесторонне исследовать все существенные обстоятельства как по зову совести, так и по непосредственному требованию процессуального закона.

Н. Гураленко отмечает, что в отличие от законодательства, судебное правотворчество более приближено и органично связано с познанием правовой сферы социального бытия, развитие которого характеризуется не только своей статикой, но и постоянной динамикой [2, с. 7]. Законодатель может банально не успевать за общественными изменениями хотя бы в силу сложности и бюрократичности законодательной процедуры или необходимости достижения политического консенсуса в парламенте, который будет предшествовать непосредственно принятию закона. В то же время суд всегда имеет дело с актуальными юридическими казусами. Любое юридическое явление, которое будет новым и неоднозначным, рано или поздно предстанет перед судом, так как будет продолжением того или иного социального конфликта, отражающего актуальные противоречия в правовой сфере жизни общества. А судебное решение, как справедливо отмечал профессор С. Максимов, будет «апогеем правовой жизни» [5, с. 186].

В том случае, когда общественный конфликт становится судебным спором, судья может сделать выбор или стать продолжением уже описанного формалистического метода юридической регламентации, изыскивая решения в уже существующих законодательных актах или судебных прецедентах. Может подойти шире к решению вопроса и проанализировать общественные факторы, сопровождающие судебный процесс (контекст), оценить последствия своего



решения и поставить перед собой определенную цель, которую необходимо достичь таким решением.

Судья-прагматист в отличие от судьи-формалиста не находится в плену юридического текста, будь то в форме закона или судебного прецедента. Для него существующие юридические нормы могут быть применены для судебного решения только в случае, если они адекватно отвечают общественным целям и способствуют эффективному социальному регулированию. Р. Дворкин писал, что прагматисты убеждены в том, что судьи должны делать все от них зависящее для того, чтобы добиться улучшения в будущем, и при этом они не обременены необходимостью уважать или охранять последовательность в принципах, которых придерживаются другие должностные лица [11, с. 161]. Однако сущность прагматизма шире, чем такая характеристика. Судья-прагматист не ставит целью «отбросить» или изменить уже существующую законодательную или прецедентную норму. Для него такое отрицание или изменение является лишь средством достижения должного практического результата в форме эффективного и действенного судебного решения. Судья-прагматист может применить уже существующий закон и при этом остаться прагматистом, если такой закон будет эффективным инструментом социального регулирования в конкретном споре.

Судебное правотворчество не должно быть самоцелью для судьи, иначе судейский активизм может превратиться в эгоистичное желание судьи продемонстрировать свое правовое изыщество и превзойти законодателя или стать инструментом судейского произвола, который позволит маскировать неправомерные решения под судебное правотворчество. Стоит согласиться с Б. Малышевым, что «судебное правотворчество способствует цели правосудия тем, что оно заставляет судей подходить к рассмотрению споров в соответствии с чрезвычайно высокими стандартами справедливости. Ведь благодаря тому, что их решение будет не только правоприменительным актом, но и источником (формой) права, аргументация судей будет открытой для анализа и критики со стороны юридической общественности» [6, с. 57].

Судебное правотворчество должно быть средством достижения целей, которые ставит перед собой судья, однако ни в коем случае не средством превзойти закон.

Для судьи-прагматиста между законом и судебным правотворчеством должна существовать своеобразная конкуренция, которая позволяет достичь лучшего результата. Юридический реалист Л. Грин выделил пять факторов, которые позволяют сделать выбор между существующей нормой права и возможной нормой, которая может быть создана по результатам судебного правотворчества: 1) административный фактор – практическая действенность нормы; 2) моральный фактор – минимизация ущерба; 3) экономический фактор, заключающийся в воздействии на экономическую деятельность; 4) профилактический фактор, то есть возможность предупреждения нарушений в будущем и 5) судейский фактор – принятие решения судейским сообществом, то есть судебное решение не должно быть отменено вышестоящими судебными инстанциями [12, с. 255–257]. При этом стоит отметить, что у Л. Грина даже моральный фактор несет сугубо прагматический характер, так как минимизация ущерба является скорее экономической целью, чем морально-этической.

Судья может, и даже обязан, применить закон, если он позволяет достичь наибольшей результативности судебного решения для общества. В некоторых категориях дел юридическая норма и обстоятельства дела бывают однозначными (в терминологии Р. Дворкина – «простые дела»). Так, в хозяйственных делах о взыскании задолженности за поставленный и неоплаченный товар, судебное правотворчество отсутствует, ведь Гражданский и Хозяйственный кодексы Украины уже содержат прочное основание для решения таких дел. В таком случае не будет судебного правотворчества как такового, поскольку не будет создана новая юридическая норма.

Однако, если в вышеописанной категории дел ответчик ставит вопрос об уменьшении размера штрафных санкций, ссылаясь на тяжелое финансовое положение или другие исключительные обстоятельства, или ставит вопрос об отсрочке исполнения решения, то

тут уже появляется место для юридического прагматизма и судебного правотворчества. В таком случае суд не только может, но и обязан оценить общественные факторы, которые влияют на его решение. В частности, судья может прийти к выводу, что тяжелое финансовое положение ответчика является основанием для отсрочки исполнения решения суда или уменьшения штрафных санкций, поскольку решение об удовлетворении исковых требований в полном объеме приведет к неплатежеспособности ответчика, сокращению численности работников или вообще будет иметь негативные последствия для определенной отрасли экономики в целом.

Судебное правотворчество позволяет оперативно реагировать на вызовы, так как не требует политизированной и бюрократизированной законодательной процедуры. Очевидно, что центральным элементом такой регламентации является суд, который одновременно решает судебный спор и создает новую юридическую норму, которая применима, как для сторон в данном споре, так и для аналогичных дел в будущем, то есть такое судебное решение становится судебным прецедентом. Профессор С. Шевчук отмечает, что суд принимает участие в процессе формирования права в случае, если правовая позиция, изложенная в акте судебной власти, имеет обязательное значение не только для сторон в деле, но и для судей при решении следующих дел аналогичного характера [9, с. 26]. По нашему мнению, такую характеристику следует дополнить выводом о том, что созданная по результатам судебного правотворчества юридическая норма является обязательной не только для судей при решении следующих дел аналогичного характера, но и для всех субъектов права, которые соотносят свою деятельность с реакцией суда. Ведь если юридическая норма становится обязательной для судей, то она становится обязательной и для других субъектов, которые не хотят проиграть в суде, если по результатам их действий возникнет судебный спор.

Сущностью юридической нормы является правило поведения, то есть тот или иной вариант деяния (действия или бездействия), которого будет придерживаться лицо, желающее



действовать правомерно. Сложности начинаются при ответе на вопрос, где же юридическим прагматистам искать юридические нормы, если их еще как таковых не существует, так как не существует решения суда относительно того или иного жизненного казуса.

При ответе на этот сложный вопрос, возникает главный, по нашему мнению, недостаток юридического прагматизма – слабая определенность (детерминированность) права. В случае судебного правотворчества, когда субъект права решает, как ему действовать, то есть какой юридической нормы ему придерживаться, такой юридической нормы еще не существует в природе. Такой субъект права должен спрогнозировать, каким будет решение суда, действовать в соответствии с таким прогнозом и надеяться, что он окажется верным. В таком случае право является детерминированным только в незначительной степени, а субъект для юридической обоснованности своих действий не имеет достаточной уверенности.

Проблему недетерминированности судебного правотворчества можно проиллюстрировать на таком потенциально возможном примере законотворчества. Общеизвестным и закрепленным в т. ч. и в ст. 58 Конституции Украины является принцип, согласно которому законы и другие нормативно-правовые акты не имеют обратного действия во времени, кроме случаев, когда они смягчают или отменяют ответственность лица. Никто не может отвечать за деяния, которые на момент их совершения не признавались законом как правонарушение. Представим, что данный принцип не действует, и лицо, совершившее определенное деяние, потом со страхом будет смотреть парламентский телеканал «Рада» в ожидании того, не признает ли вдруг Верховная Рада Украины такое деяние преступлением. В случае судебного правотворчества регулирование фактически осуществляется подобным образом. Сначала лицо совершает определенное действие, а потом суд дает такому действию свою характеристику, и уже такая характеристика становится непосредственно правом. Возможны случаи, когда прогноз решения суда для сторон будет столь очевидным, что стороны спора будут стремиться урегу-

лировать его во внесудебном порядке, чтобы избежать дополнительных и ненужных расходов на сопровождение судебного процесса. В таком случае правом становится не юридическая норма, содержащаяся в судебном решении, а факт отсутствия такого решения уже является правом, поскольку побуждает лицо действовать определенным образом, то есть становится руководящим правилом для него.

Однако, по нашему мнению, такой недостаток судебного правотворчества, как слабая детерминированность права, уступает по важности его главному преимуществу – возможности приводить право в соответствие с быстроменяющимися общественными условиями и адекватно отвечать на общественные вызовы. Как отмечал Б. Кардозо, разница между реальной жизнью и законодательством, то есть должным и сущим, всегда есть и будет из-за постоянных изменений, происходящих в жизни [10, с. 144]. Судебное правотворчество и является средством приведения права в резонанс с реальной жизнью, то есть с сущим. Правотворческая деятельность суда позволяет привести юридическую систему в динамику, модифицировать ее под потребности настоящего и стать реальным инструментом решения общественных проблем.

Выводы. Подводя итоги, отметим, что украинская юридическая система требует неотложного реформирования и поиска новых путей и подходов. Очевидно, что основой для положительных изменений юридической системы должна стать, в первую очередь, судебная реформа. Последние законодательные изменения в Украине, которые касаются реформирования судебной системы, закладывают фундамент для внедрения судебного правотворчества и юридического прагматизма в украинскую юриспруденцию. Закон Украины «Об обеспечении права на справедливый суд» предусматривает как предоставление обязательной силы заключениям Верховного Суда Украины о применении той или иной нормы права, так и возможность судов мотивировано отступать от юридических позиций Верховного Суда Украины, что является отказом от юридического формализма.

Конечно, консервативное юридическое сообщество Украины может

принять юридический прагматизм и судебное правотворчество с опаской, усматривая в них инструмент нарушения принципа законности и путь к судебному произволу. Однако, как показывает практика украинского судопроизводства, для судебного произвола и коррупции в сфере судопроизводства не нужны никакие дополнительные инструменты, кроме уже существующих. Поэтому путь реформирования, направленный на качественное изменение судебного корпуса, принципов организации судебной системы, должен быть также направлен и на отказ от восприятия судьи, как институционального приложения к закону. Осознание как самими судьями, так и обществом тех огромных возможностей, которыми обладает судья для конструирования социальной реальности, приведения правового поля в соответствие с состоянием и требованиями общества, обеспечения результативности и эффективности права, является неременным залогом успеха судебной реформы в Украине и восстановления доверия к судебной власти.

Список использованной литературы:

1. Герасіна Л.М. Проблема правової конфліктології: феноменологічний, гносеологічний та праксеологічний аналіз / Л.М. Герасіна, М.І. Панов. – Х. : Прапор, 2004. – 112 с.
2. Гураленко Н.А. Судова правотворчість як спосіб конструювання правової реальності / Н.А. Гураленко // Науковий вісник Чернівецького університету : збірник наук. праць. : Правознавство. – 2010. – № 550. – С. 5–10.
3. Дзейко Ж.О. Законодавча техніка в Україні: історико-теоретичне дослідження / Ж.О. Дзейко. – К., 2007. – 360 с.
4. Козюбра М.І. Юридичне тлумачення: проблеми методології / М.І. Козюбра // Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. – 2014. – Т. 155. – С. 3–8.
5. Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С.И. Максимов. – Х. : Право, 2002. – 328 с.
6. Малишев Б.В. Судова правотворчість як засіб досягнення



мети правосуддя / Б.В. Малишев // Вісник Вищої ради юстиції. – 2011. – № 1 (5). – С. 47–62.

7. Мартиненко О.О. Поняття судової правотворчості в контексті її характерних ознак / О.О. Мартиненко // Альманах права. Правовий світогляд: людина і право. – 2014. – № 5. – С. 484–489;

8. Четвернин В.А. Введение в курс общей теории права и государства. Учебное пособие. – М.: Институт государства и права РАН, 2003. – 204 с.

9. Шевчук С.В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: автореф. дис. ... д-ра наук: 12.00.01 – Х., 2009. – 38 с.

10. Cardozo B. The Growth of the Law / B. Cardozo. – New Haven: Yale University Press, 1963. – 145 с.

11. Dworkin R. Law's Empire / R. Dworkin. – Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1986. – 470 с.

12. Green L. The Duty Problem in Negligence Cases (pt. 2) / L. Green // Columbia Law Review. – 1929. – № 29. – С. 255–284.

13. Pound R. Mechanical Jurisprudence / R. Pound // Columbia Law Review. – 1908. – № 8. – С. 605–623.

ABOUT THE ESSENCE AND CONCEPT OF EXECUTIVE POWER

Vladimir MARCHENKO,

PhD, Associate Professor of the Department of State and legal disciplines and International Law Faculty of the Kharkiv National Pedagogical University named by G.S. Skovoroda

Summary

The specificity of the models of the executive power in the modern countries largely depends on the government, while the classification of the last one determines the place and the role of the state's head and the government in the political system, the state mechanism. However, in any form of the government the executive power usually plays an important role in the state mechanism. In the article the author analyzes the essence and features of executive power in modern countries from the point of view of the conception of the division of power; the concept of the executive power is defined.

Key words: executive power, the mechanism of executive power, power division.

Анотация

Специфика моделей исполнительной власти в современных странах в значительной мере зависит от формы правления, поскольку классификация последней определяет место и роль главы государства и правительства в политической системе, государственном механизме. Тем не менее, при какой-либо форме правления исполнительная власть, как правило, играет важную роль в государственном механизме. В статье анализируется сущность и признаки исполнительной власти в современных странах с точки зрения концепции разделения власти; определено понятие исполнительной власти.

Ключевые слова: исполнительная власть, механизм исполнительной власти, разделение власти.

The executive power is the most visible institution of the political system of society, whose activity is directly related to daily life of the citizens. "It not only implements political decisions in life, but also often initiates and organizes the adoption of them, gaining a dominant role in society. Party-political struggle in society takes place mostly around the obtaining of the executive power or the determining influence on it. The degree of the democracy of society is determined by the effectiveness of this power and how society controls it" – O.V. Khomenko notes rightly [1, p. 84]. As it is emphasized in the monograph of the German constitutionalist Carl Verlag, the activity of the executive power was an object of the rapt attention of society, that caused the need for the continuous control of its activity, including the constitutional control [2]. So the problems of the executive power are being traditionally studied by scientists-jurists, but it should be noted that the fragmentary elucidation of them doesn't help to determine the patterns of the functioning of higher bodies of the state executive power and to reveal the main trends of the development

of legal support, the creating of them and their activity.

However, the study of the formation and the development of the higher bodies of the executive power would be incomplete without the clarifying of the essence of the concept "the executive power". As this concept usually is not fixed in constitutions, the logic of the scientific search causes the need to turn to theoretical sources.

Some experts on a state noted that the executive branch was one of the branches of the single government, the functioning of which was possible only under the conditions of the realization of the principle of the separation of powers [3, p. 243]. In other words, the talking about the existence of the executive power until the rise and the implementation of such separation is not warranted. Of course, we can talk, in our opinion, about the legislative, executive and judicial power (functions) of the monarch, using in the description of the government in classical monarchies conceptual apparatus of the theory of the separation of power. But the existence of such functions does not mean the actual, real existence of the legislative,



judicial and executive branches of the government that would have their own specific features, the original scope of the activity, the special mechanism of the formation and the functioning. That is why the most correct point of view is that the concept of the executive power in the proper sense of this term could be used only in conditions of the realization of the constitutional principle of the separation of the power. Thus, the executive power is one of three traditional branches of the state government. It is independent from the other branches of the power executing its statutory powers within the competence, determined by the Constitution and laws. The executive power includes a number of authorities for the control of the other branches of the government, and therefore, is a part of the system of containments and oppositions [4]. The Spanish scientist V.F. Komella rightly notes in his work on the development of the constitutionalism in Europe that the solution of the question on the role and the status of the executive power is the criterion according to which it is possible to judge the model of the constitutional development of a state [5].

The authorities that represent the content of the executive power, the content of the activity of its organs determine the legality of its decisions and actions arising directly from its destination. But the issue of the destination of the executive power is being solved ambiguously in the jurisprudence. The first position lies in the fact that the mission of the executive power is to implement the laws of the parliament. It is often affirmed in the legal scientific literature that the legislative branch of the government is directing and controlling and the executive one is observant and sublegislative. Yu.O. Tyhomirov notes that "it is necessary to break the old tradition decisively and to make the executive organs implement the laws mainly. This is the content of their work, expressed in the name and the destination of these organs. Now the situation is almost the same as in previous years, when the government was being developed according to the formula "discretion and expediency". Meanwhile the activity on the basis of and for the implementation of the law is not only a formal guideline, but also the most important factor of the optimization of the management activity" [6, p. 85].

V.V. Lazarev notes that "the executive power has a secondary, derivative nature. All the actions of the executive organs are based on the law, they should not contradict it and should be directed to the implementation of the law. That is why it was called "executive power" [7, p. 13–15]. Destination of this power lies in the fulfillment of the administrative organizational activity, directed to the execution of the legal acts, adopted or directly by the people, or by its representative bodies. That is what represents the essence of the activity of the executive branch of the power and the nature of its authorities, determines the conformity of all the decisions of this government to the law [8, p. 18–20].

That is why acting beyond the authorities and ignoring the laws the executive power loses its legitimate essence. We consider the fundamental difference of the executive power from the other branches of the government on the subject and scope of the activity in the fact that its main task is the organization of the fulfillment of acts of the legislature and the other regulations, therefore this power is called executive" [9, p. 123].

Thus, most researchers insist on that the main thing in the work of the executive organs is the execution of the laws, the implementing them in practice, and its task is to manage social and economic processes on the basis and within the limits, set by the law.

According to the conception of the separation of the power the executive one is the power of the fulfilment and implementation of the laws by any legal means. It is emphasized in the legal literature that the executive power had the prerogative to carry out the laws, passed by the parliament, and other solutions [10, s. 125]. However, neither in the past nor even now this branch is not confined to carry out the laws. First, because of the need to ensure the realization of the law of the executive branch it is necessary to solve many current problems and issues on the ensuring the life of society and the state. The competence of this power covers almost all the spheres of life – economy, science, education, culture, health, social protection, national security, public order, defense and external relations. B.S. Ebzeyev believes that the feature of the executive power is that it is being carried out in accordance

with the laws, remaining within the laws largely autonomous in the solving of the problems, posed to the country [11, p. 34]. Secondly, the executive power has a number of the authorities that are not related to the task of the execution of the laws, passed by the parliament or people. The history of the constitutional law in Europe shows it [12, p. 9].

The state experts considered quite rightly, in our opinion, the statut about the destination of the executive power that had been lied in the implementing of the decisions, taken directly by the people or their representative bodies; the implementing of the will of society, expressed in the laws; the working out and realization of the programs of social development; the ensuring of the compliance with the legal regulations (actions of the executive power should be based on the laws and directed to their execution); the rulemaking activity (the promulgation of decrees and orders); the organization, implementation and management of the internal and external affairs of the state; the management of the sectors of economic; the control of the bodies and institutions that had been provided daily life of people and communities; the ensuring of the public order, stability and security in society; the protection of human rights [13, p. 18].

In accordance with the facts noted above we can make the following conclusions: the destination of the executive power can not be reduced to the simple execution of the laws, since the state management, planning and control of social and economic development of the state has a creative character demanding not only to observe the law, but also to develop the normative-legal base admitting the needs of social practice and adjusting the public relations. The modern stage of the development of the civilization, especially in democratic countries, allows to consider the executive power as one of the three branches of the government, that organizes and directs internal and external state policy, ensures the implementation of the people's will, embodied in the laws, protects the rights of a man and citizen. As the Dzh.A. Bermann notes that just this feature of the executive power was developed in the modern constitutions of Europe [14, p. 442].

The special position of the executive power in the state mechanism makes



it the most effective regulator of social relations that are changing dynamically. In addition, the nature of the executive power isn't secondary. Thus, the expert on the administrative law V.B. Averyanov believes that the functions and the authorities of the executive power can be delegated even to social organizations by the state [15, p. 113–116]. It is impossible to agree with this fact because the conditions, under which the state organs acts, including the executive organs and the social organizations, are fundamentally different. All the organs of the legal state must act in accordance with their clearly outlined in the legislation tasks and functions. They cannot act beyond their competence, defined in the legislation (for example, part 2 art. 6 of the Constitution of Ukraine declares that the organs of the legislative, executive and judicial power execute their authorities within the limits, appointed by the Constitution, and in accordance with the laws of Ukraine [16]). At the same time, the other subjects of civil society, including the social organizations, have more freedom in their work (except the limitations, appointed by the art. 37 of the Constitution of Ukraine). Thus, the delegation of the functions and authorities of the executive power to the social organizations would mean the leaving of the executive branch of the power of the legal field and the establishing of the tyranny in state life. The political scientist R.S. Martynyuk believes that the government is a secondary organ in the system of the separation of the power [19, p. 11]. We consider that it would be wrong to think that the executive power is secondary, because the nature of the functions it fulfils shows its possibility to change radically socio-economic processes in the state, to manage them. This fact found confirmation in practice of different countries many times.

The volume and nature of the executive power requires some resources. They are: a) accumulation and use of the significant resources – legal, social, financial, economic, technical, informational, organizational, ideological, human; b) the presence of the most extensive system of various state organs with the numerous staff of the state workers.

The basic structure of the executive power is its system. The term “system” comes from the Greek “système”, which

means “the whole, composed of parts” [18, p. 409]. The philosophy understands the system as a set of elements that are in relationships and connections with each other and forms a certain integrity, unity [19, p. 427]. The systematic of the organization and functioning of the executive power acts as the condition and factor that contributes to the fulfilment of its social mission. Thus, the executive power is being materialized in the activity of the special subjects that create a system of its bodies, which operate at central and local levels and represent the mechanism of the studied power.

However, it must be noted that there are many definitions of the concept “the executive power” in science today which contradict each other. This is not curiously, because in the Soviet science the Leninist theory about the unification in the councils of the legislative and executive power was dominant [20, p. 72], contributing to the impressment of the concept “the executive power” from scientific use for more than 70 years. During the period after the collapse of the Soviet Union there were many attempts to define the essence of this concept. But the common concept (definition) does not exist. Thus, Russian political scientist V. F. Halipov defines the executive power as “a system of the organs of the state government, that operates on the basis of the Constitution and the principle of the separation of the legislative, executive and judicial power. The executive power fulfils its authorities independently and has no right to go beyond their limits” [21, p. 64]. This definition can be interpreted too broadly, because these signs cover all the state organs.

Political analyst I.D. Korotets means that the executive power is “one of the main kinds of the state power that ensure the realization of the laws and other legal acts, adopted by the legislature, throughout the country. This does not mean that the executive power is subordinate to the legislature. They are independent and simultaneously interconnected with each other. The specificity of the status of the executive power and its organs in the state lies in the fact that it is directly in the middle of the people's interests, therefore it is bound to react upon people's needs and interests widely, quickly” [22]. In the definition the author rightly refers the executive power to the kinds of the

government and emphasizes the lawful nature of its activities, but he presents the others features, needed to understand the essence of the concept, in a metaphorical form: “in the middle of the people's interests”, etc., that makes it impossible to interpret it clearly and unambiguously.

The main elements of the mechanism of the executive power are mostly the head of the state and government, character of interaction of which with each other and with the parliament determines the characteristics of the form of the government of a country [23, p. 34–35]. In addition, its mechanism includes the central organs (ministries, departments) and local organs. The central organs ensure the development and implementation of national programs, implementation of the state programmes, the execution of the laws, the control the subordinated organs of the executive power. The ministries and central departments can have local and/or regional offices to fulfil these tasks. In some countries the number of the ministries and other central organs of the state executive power is limited by the law. But in most countries the issue is solved according to the immediate needs of the management and often the political situation. The tasks of the local organs of the executive power include the ensuring of the fulfilment of the national programs locally, the problem solving locally and the supervision over the legality of the decisions of the local governments [13, p. 21].

In addition, there is a definition of the executive power as a set of the authorities of the management of the state affairs, including the authority of the normative-legal regulation, the authority of the external political representation, the authority of the carrying out of various kinds of the administrative control, and sometimes legislative authorities (in condition of the delegated or emergency legislature), and the system of the state bodies, that execute the authorities, listed above [24, p. 57–58]. Such a definition of the executive power, presented in so respectable Russian edition as “Big Law Dictionary”, is contradictory, because it is impossible, in our view, to reduce the definition of the executive power to the set of the authorities, since they are secondary. The destination, the purpose of the activity of the executive power, for the implementation of which these authorities



are necessary, are primary. However, this point of view is common not only in national scientific sources, but also in the foreign literature.

Famous Oxford Dictionary of Law defines the concept of the executive power through the disclosure of the set of the authorities: "Administrative authorities are discretionary authorities of the executive nature, that are provided by the law in such a way, that the legislature passes the right to promulgate its normative acts of the regulation to the governmental ministers, public and local powers and other institutions and officials with the aim to obtain detailed, concrete results of the implementation of the policy, that are widely understood in general terms" [25].

M. Drago, a famous French scientist, believes that "... the administration can not be equated with the state. The goals of the administration are never primary, they are secondary and always lie in the fulfilment of the tasks, assigned to it by the main state organs. Thus, the administration always appears as a set of means, that allows to implement the solution of the political power". Of course, these two powers exist and operate only in the organic unity, but they are two specific parts of the government [26, p. 5]. A similar point of view is in the monograph of the English authors "Backgrounds of the origin and results of the new constitutional system of the government", devoted to the constitutional development of Spain, where the distribution of the competence between the administration and the state is identified as a key issue of the development of the democracy state [27, p. 34].

In the practice of the government the political and administrative functions are differentiated as, for example, in the system of the executive power of the Federal Republic of Germany. The book "The state and administrative government of Germany. In the collection of the terms on the law and the governance, published in Munich in 1994, in the paragraph 3.2.1. "The status of the executive power" is determined: "According to the Constitution the executive power covers the realization of the legal norms, that is the implementation of the law and the management (the administrative function), on the other hand, the managing power (function of governor).

This part of the executive branch consists of the political activity, (the managing and forming activity" [28, p. 18].

The Ukrainian constitutionalists O.F. Frytskyi believes that "the executive power is an independent form of the state power of Ukraine, it has unique functions, implemented by a system of the organs of the executive power on the basis of the certain legal mechanism of the realization of the laws and the other legal acts with the help of the state government to implement the rights and freedoms of men and citizens" [29]. The Russian researcher N.G. Horshkova defines the executive power as a separate and independent branch of the state power, that has the universal, objective and organizing nature, that is expressed by the system of the state organs of the executive power, the main purpose of which lies in the execution and the implementation of the laws by the certain methods, provided by the law [30, p. 4]. The Ukrainian scholar I.I. Dahova considers the executive power as one of the branches of the state power, the main purpose of which is to organize the implementation of the laws and the other legal acts, to realize external and internal policy, to protect human rights with the help of the system of specifically created and provided with the appropriate competence organs, built on the principle of vertical subordination [31, p. 6].

We can't agree with this definition. Firstly, the term "branch", which is metaphorical, illustrative, can be used to describe certain trends and phenomenas, but cannot be the essential feature of the concept (as V.P. Yermolin rightly notes, "... there are no "branches of the powers" and their authorities in the Constitution of Ukraine" [32, p. 17]). The definition of the executive power as a kind of the government is more exact ("The state power in Ukraine is being realized on the principle of the division of the power for legislative, executive and judicial" (Part 1 Article 6 of the Constitution of Ukraine) [16].

Secondly, the implementation of the laws cannot act as a necessary and sufficient feature of the executive branch, as in Ukraine, as in other democracies all the state organs without exception must execute the laws. The fact in particular is fixed in Part 2 Art. 19 of the Constitution of Ukraine, that proclaims that the organs

of the state power and local governments. their officers are obliged to act only on the basis, within the authorities and uthe the method, appropriated by the Constitution and the laws of Ukraine, and also in Part 2 Art. 6 of the Constitution, which states: "The organs of the legislative, executive and judicial power implement their authorities within the limits, set by the Constitution and in accordance with the laws of Ukraine" [16].

Thirdly, the definitions, given above, don't take into account that the executive power within the limits, defined by the Constitution and the laws, has the right to determine the rules of behavior (norms of the law) which are mandatory not only for the subjects, subordinated to the certain organ of the executive power, but and for the other members of public relations. It is necessary to agree with S.H. Pylypenko, who notes that the executive power has always legally imperious character [33, s. 117].

Fourthly, we consider the definition of the protection of the human rights and freedoms as the destination of the executive power [31, p. 6] inaccurate, because not only physical but also legal individuals – firms, institutions, organizations of all the types of the property, political parties, trade unions, local communities, in short – all the participants of public relations have rights, freedoms and interests.

In the literature there are statements that the feature of the executive power is the use of the compulsion to fulfill its authorities. Therefore, I.I. Dahova believes that such a right derives from the main purpose of the executive power – the ensuring of the implementation of the Constitution and the laws, regulations throughout the state [31, p. 22]. We consider the position, given above, inaccurate. As the leading expert in the field of the administrative law A.T. Komzyuk notes on the basis of the analysis of the theoretical and normative sources that the governmental compulsion is a method of state influence on the minds and behavior of people who make illegal actions. This institute is manifested in the application of the established by the legal norms moral, material, physical and other measures, aimed at the preventing of the offence, the punishment and the upbringing of offenders, and applies regardless of the



will and desire of the legal subjects [34, p. 38]. These are the compulsion (judicial form), the basis of the application of which can be only socially dangerous act, that is a crime, and administrative (non-judicial) compulsion, that is the use of the influence, provided by the administrative-law principle, by the relevant subjects to persons, who are not subordinated to them, regardless of the will and desire of the person. This administrative compulsion is used in the state administration for the protection of public relations [34, s. 40–45].

Thus, the organs of the executive power may apply measures of administrative compulsion. Only the organs of the executive power which have a right granted by legislative acts (state inspections, paramilitary police formations – police, security, border and internal troops, etc.) can implement these measures. Therefore, the implementation of the compulsion is not a feature of the executive power in general.

These are the essential features of the executive power: a) it is a kind of the state power that is being carried out by the special system of the state organs, the legal status of which is defined by law; b) the destination of the executive power is the management of public relations in order to preserve national sovereignty, economic and political independence of the state, the implementation of the external and internal policy, the fulfilment of the Constitution and the laws, the protection of the human rights, freedoms and interests; c) the executive power within the limits, set by the Constitution and the laws, is empowered to determine by means of the normative acts the rules of behaviour that are compulsory for the participants of social relations (in Ukraine such normative acts have only sublegislative nature).

Thus, the executive power can be defined as a form of the state power which is being fulfilled by the special system of the state organs, appointed by the Constitution and the laws of Ukraine, through the management of public relations in order to preserve national sovereignty, economic and political independence of the state, to realize the external and internal policy, to implement the Constitution and the laws, to obey the rights, the freedoms and the interests of the participants of social relations.

References:

1. Хоменко О.В. Виконачча влада: соціально-правова природа, особливості: 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень / О.В. Хоменко. – Х. : Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого, 2005. – С. 84.
2. Verlag K.V. The Road to Karlsruhe: The Federal Constitutional Court in the History of the Federal Republic. – London: A.S.N., 2004. – 413 p.
3. Федерализм // Энциклопедический словарь. – М. : ИНФРА-М, 1997. – С. 243.
4. Автономов А.С. Правовая онтология политики: к построению системы категорий / А.С. Автономов. – М. : ООО Фирма «Инфограф», 1999. – С. 320.
5. Comella V.F. The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization? // International Journal of Constitutional Law. – 2004. – № 2. – P. 462.
6. Тихомиров Ю.А. Исполнительная власть: ее сила и слабость / Ю.А. Тихомиров // Формирование политической системы России. – М., 1996. – С. 85.
7. Общая теория государства и права / под общ. ред. В.В. Лазарева. – М. : Юрист, 1994. – С. 13–15.
8. Виконаччавлада і адміністративне право / з заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К. : Вид. дім «Ін-Юре», 2002. – с. 18–20.
9. Исполнительная власть в России: теория и практика ее осуществления / [А.И. Бобылев, Н.Г. Горшкова, В.И. Ивакин]. – М. : ИД «Право и государство», 2003. – С. 123.
10. Загальна теорія держави і права : [підручн. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / за ред. М.В. Цвіка, В.Д. Ткаченко, О.В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – С. 125.
11. Эбзеев Б.С. Конституция. Правовое государство. Конституционный суд : [учеб. пособ. для вузов] / Б.С. Эбзеев. – М. : Закон и право : ЮНИТИ, 1996. – С. 34.
12. Choudhry S. The Lochner era and comparative constitutionalism // International Journal of Constitutional Law. – 2004. – № 2. – P. 9.
13. Основи демократії : [навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл.] / за заг. ред. А. Колодій. – 2-ге вид., стереотипне. – К. : Ай Бі, 2004. – С. 18.
14. Bermann G.A. Executive power in the new European constitution // International Journal of Constitutional Law. – 2005. – № 3. – P. 442.
15. Авер'янов В. Ще раз про зміст і співвідношення понять «державне управління» і «виконавча влада»: полемічні нотатки / В. Авер'янов // Право України. – 2004. – № 5. – С. 113–116.
16. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
17. Маргинюк Р.С. Реалізація принципу поділу функцій влади в сучасній Україні: політико-правовий аналіз : автореф. дис. ... канд. політ. наук : спец. 23.00.02 «Політичні інститути і процеси» / Р.С. Маргинюк ; Національний університет «Острозька академія». – Острог, 2005. – 19 с.
18. Краткий этимологический словарь русского языка / под ред. С.Г. Бархударова. – М. : Просвещение, 1971. – 542 с.
19. Философский словарь / под ред. И.Т. Фролова. – М. : Политиздат, 1987. – 590 с.
20. Ленин В.И. Полное собрание сочинений / В.И. Ленин. – Т. 36. – С. 72.
21. Политологический словарь / под ред. В.Ф. Халипова. – М. : Высшая школа. 1995. – С. 64.
22. Політологія. Короткий енциклопедичний словник-довідник / під ред. І.Д. Коротець. – Ростов : Фенікс ; М. : Зевс, 1997. – С. 488.
23. Сравнительное конституционное право / [В.Н. Тропинин, В.Е. Чиркин, Ю.А. Юдин] ; РАН. Ин-т гос-ва и права. – М., 1996. – С. 34–35.
24. Большой юридический словарь / под ред. А.Л. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. – М. : Инфра-М, 1997. – С. 261; Конституционное (государственное) право : [справочник]. – М., Юрист, 1995. – С. 57–58.
25. Law Dictionary / Fourth Edition Edited By Elizabeth A. Martin. – Oxford, New York : Oxford University Press. – Fourth edition. – 1997. – P. 56.
26. Драго Р. Административная наука / Р. Драго. – М., 1982. – С. 5.
27. Ran Hirschl R., Juristocracy T. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. – Harvard : Harvard University Press, 2004. – p. 34.
28. Цит. за: Чесноков А.С. Исполнительная власть в Российской Федерации: теоретико-правовой анализ : дисс. ...



канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / А.С. Чесноков. – М. : РГБ, 2003. – С. 18.

29. Конституційне право України : [підручн. для студ. юрид. спец. вищих закладів освіти] / за ред. В.Ф. Погорілка. – К. : Наукова думка, 2000. – С. 506.

30. Горшкова Н.Г. Теория исполнительной власти и механизм ее осуществления : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства ; история правовых учений» / Н.Г. Горшкова. – Уфа, 2002. – С. 4.

31. Дахова І.І. Конституційно-правовий статус уряду в зарубіжних країнах: порівняльно-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право» / І.І. Дахова. – Х. : Національна академія імені Ярослава Мудрого, 2006. – 197 с.

32. Єрмолін В.П. Конституційні засади виконавчої влади в Україні (проблеми теорії і практики) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право» / В.П. Єрмолін ; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2002. – С. 17.

33. Пилипенко С.Г. Органы исполнительной власти в системе местного самоуправления в Российской Федерации : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституционное право; муниципальное право» / С.Г. Пилипенко. – Саранск : Мордовский государственный университет им. Огарева, 2001. – С. 117.

34. Комзюк А.Т. Адміністративний примус в правоохоронній діяльності міліції в Україні : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право» / А.Т. Комзюк ; Національний університет внутрішніх справ. – Х., 2002. – 408 с.

ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ФОРМИРОВАНИЯ СТАНДАРТОВ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ АДМИНИСТРАТИВНЫХ УСЛУГ

Яна МИХАЙЛЮК,

аспирант кафедры конституционного,
международного и административного права
Института права имени В.В. Сташиса
Классического частного университета

Summary

The article reviews doctrinal issues on defining standards of providing administrative services, basic principles and requirements which have been developed by the European community. Here we've paid attention to need for their introduction into the Ukrainian legislation, considered balance between principles, requirements and standards of providing of administrative services. The article investigates essence of main groups of standards to be fixed in a single codified normative act governing administrative procedures.

Key words: standards of providing administrative services, standards of good administration, administrative procedure, the European standards of good governance.

Аннотация

Статья посвящена исследованию доктринальных вопросов формирования стандартов предоставления административных услуг, основных принципов и требований, разработанных Европейским Сообществом, обращено внимание на необходимость их внедрения в украинском законодательстве, рассмотрено соотношение принципов, требований и стандартов предоставления административных услуг. В статье также исследовано содержание основных групп стандартов, которые должны быть закреплены в едином кодифицированном нормативном акте, регулирующем административные процедуры.

Ключевые слова: стандарты предоставления административных услуг, стандарты надлежащей администрации, административная процедура, европейские стандарты надлежащего управления.

Постановка проблемы. Сфера предоставления административных услуг населению является очень важной частью деятельности органов исполнительной власти и органов местного самоуправления, поскольку имеет прямое отношение к обеспечению прав и законных интересов граждан в сфере реализации функций исполнительной власти.

В доктрине административного права Украины в последнее десятилетие наблюдается изменение подходов к определению сущности отношений между государством и гражданином. Надлежащее правовое регулирование отношений между государством и частными лицами имеет огромное значение для обеспечения прав и законных интересов физических и юридических лиц.

Актуальность темы исследования.

В связи с тем, что правовое регулирование этой сферы правоотношений далеко не совершенно и подлежит реформированию, исследование доктринальных

вопросов формирования стандартов и требований к предоставлению административных услуг имеет важное значение для адаптации украинского законодательства к европейским стандартам надлежащей администрации.

Исследованием института административных услуг, в том числе проблемной правовой регуляции процедур предоставления административных услуг населению занимались такие ученые, как: В.Б. Аверьянов, К.К. Афанасьев, И.П. Голосниченко, И.Б. Колиушко, О.В. Кузьменко, Е.В. Куренной, К.В. Николаенко, М.Б. Острах, А.Н. Писаренко, А.А. Пухтецкая, В.П. Тимошук и другие.

Целью данной статьи является исследование доктринальных вопросов формирования стандартов предоставления административных услуг, их значения для обеспечения прав и интересов граждан, а также разработка предложений для усовершенствования законодательства, регулирующего процедуру



предоставления административных услуг на основе исследования европейского опыта.

Для достижения этой цели поставлены следующие задачи:

– рассмотреть доктринальные вопросы формирования стандартов предоставления административных услуг;

– исследовать основные европейские стандарты надлежущей администрации, которые относятся к сфере административных услуг;

– проанализировать украинское законодательство на предмет соответствия европейским стандартам надлежущей администрации и определить направления его усовершенствования.

Изложение основного материала исследования. В современных отечественных научных исследованиях значительное внимание уделено изучению европейского опыта правового регулирования взаимоотношений между органами исполнительной власти и частными лицами. Однако в нормотворческой и правоприменительной деятельности органов публичной администрации недостаточно внедрены принципы их взаимоотношений с частными лицами, применяемые в европейской доктрине и практике. В контексте требований, предъявляемых к предоставлению административных услуг, актуальность исследования указанных принципов взаимоотношений между органами публичной администрации и частными лицами чрезвычайно велика, поскольку современное европейское понимание этих принципов обязательно должно быть учтено в проекте Административно-процедурного кодекса Украины.

В связи с этим требуется разработка и пересмотр с точки зрения сущности административно-процедурных стандартов и требований действующего порядка предоставления административных услуг, закрепленных в украинском законодательстве.

В общетеоретическом понимании под стандартом понимают «созданный на основе консенсуса и принятый признанным органом нормативный документ, устанавливающий для всеобщего и многократного использования правила, указания или характеристики разного вида деятельности, или его результатов, направлен на достижение оптимальной степени упорядоченности в определенной сфере и доступен широкому кругу

пользователей». В то же время, термин «нормативный документ» является родовым термином, охватывающим такие понятия, как «стандарт», «технические условия», «установка (правила)» и «регламент» [1, с. 29]. В широком смысле стандарт рассматривают, как образец, который принимается за основание при сравнении определенного явления с другим ему подобным.

В юридической литературе европейские стандарты управления определяют, как «совокупность основных нормативно-правовых документов, которые устанавливают социально-политический образ государства, фиксируют исходные принципы его функционирования и развития, или как совокупность норм, принципов и правил организации деятельности государственных и бизнес-структур» [2, с. 9].

Стандарт предоставления административных услуг ранее в украинском законодательстве рассматривался, как «акт, выдаваемый уполномоченным субъектом в соответствии с нормативно-правовыми актами, определяющими порядок предоставления государственной услуги, и содержащий информацию об административной услуге и процедуре ее предоставления, в частности, об условиях и ответственных лицах» [3].

В теории административного права, основываясь на европейском опыте, понятие стандартов предоставления административных услуг не сводится к акту, содержащему необходимую информацию об административной услуге. Стандарты предоставления административных услуг, в общетеоретическом понимании, представляют собой часть стандартов административной процедуры, охватывают требования к компетенции уполномоченных органов публичной администрации по рассмотрению административных дел, а также касательно участия частных лиц и защиты их прав.

Что касается принципов административного права в целом, и принципов административной процедуры по предоставлению административных услуг в частности, то следует обратить внимание на следующее. В академическом курсе «Административное право Украины» указано, что «под принципами административного права следует понимать основополагающие (основные) идеи, положения, требования, характеризующие содержание адми-

нистративного права, отражающие закономерности его развития и определяющие направления и механизмы административно-правового регулирования общественных отношений» [4, с. 95-96]. Принципы административной процедуры также можно рассматривать как основные идеи, требования, стандарты, которые определяют содержание административной процедуры и очерчивают рамки поведения участников правоотношений при осуществлении ими своих полномочий или реализации прав и законных интересов.

Стоит обратить внимание, что в юридической литературе современного периода уделяется внимание европейским стандартам публичного управления, под которыми понимают «комплекс принципов и норм формирования и внедрения политик, требований к системе управления, которые в совокупности создают основы добровольного и повторного их применения в деятельности с целью приближения к определенной эталонной модели построения и реализации современной публичной власти, ориентированной на человека» [5, с. 298].

Как свидетельствует европейская практика надлежущего управления, стандарты надлежущей администрации разрабатываются для достижения необходимого уровня административной способности публичной администрации, то есть определенного поведения в их отношениях с частными лицами.

В юридической литературе отмечают, что, «несмотря на структуру законов об административной процедуре, в разных европейских странах предмет регулирования и сами подходы к регулированию административных процедур достаточно похожи. В течение последних лет наработан ряд обязательных требований к нормативному регулированию административных процедур, то есть принципов (или обязательных стандартов), при необеспеченности которых трудно говорить о качестве такого регулирования, а соответственно, и о создании условий для эффективной деятельности администрации, и особенно – о защите прав и свобод граждан и частных организаций в отношениях с государством» [6, с. 15-16].

Формирование стандартов надлежущей администрации в европейской доктрине прошло длинный путь к оформлению их современного понимания.



Сегодня стандарты надлежащей администрации закреплены в Договоре о создании Европейского Союза, Хартии Европейского Союза об основных правах, решениях Европейского суда по правам человека, законодательстве Европейского Союза, Европейском кодексе надлежащего административного поведения, различных конвенциях, рекомендациях, резолюциях.

Одним из первых исследований принципов взаимоотношений между органами публичной власти и частными лицами можно назвать пособие «Администрация и вы», что разработано Советом Европы по результатам проведенного комплексного исследования принципов позитивного административного права и административной процедуры, которые имеют первостепенное значение для защиты прав частных лиц в их отношениях с административными органами [7].

Наиболее современное понимание принципов надлежащей администрации закреплено в Модельном кодексе надлежащей администрации, утвержденном Комитетом министров Совета Европы. К материальным принципам надлежащей администрации отнесены следующие требования: соблюдения законности, равенства всех перед законом; пропорциональности учета интересов; беспристрастности; юридической определенности; рассмотрения обращения в течение разумного срока; участия; уважения к частной жизни (конфиденциальности); прозрачности. Основными процедурными принципами, закрепленными в Модельном кодексе надлежащей администрации, признаны: запросы частных лиц, право частных лиц быть выслушанными перед принятием индивидуальных решений, право частных лиц быть привлеченными к принятию определенных нерегуляторных решений, требование по оплате административных решений, требование относительно формы административных решений, требование о порядке опубликования административных решений, требование о вступлении в силу административных решений, а также по выполнению административных решений, и требование относительно порядка внесения изменений в индивидуальные административные решения [8].

Также стоит отметить, что Советом Европы разработаны четыре группы

стандартов надлежащей администрации: 1) юридическая определенность (надежность и предсказуемость); 2) открытость и прозрачность; 3) ответственность; 4) эффективность и результативность [9, с. 128].

Суть принципа юридической определенности (надежности и предсказуемости) заключается в устранении произвола в деятельности органов публичной администрации. Таким образом, закрепляется право частного лица на «законные ожидания», что приобретенные по решению органа публичной администрации права не будут отменены на основании решения того же органа. Указанный принцип отражен также в практике Европейского суда по правам человека, в частности по делу «Федоренко против Украины» [10]. Однако реализация принципа юридической определенности в украинских реалиях достаточно осложнена, поскольку очень часто административная практика складывается таким образом, что орган публичной администрации самостоятельно отменяет принятый им административный акт без достаточных оснований, безусловно нарушая принцип юридической определенности в отношениях, складывающихся между органом и частным лицом.

Второй общий принцип деятельности публичной администрации – открытость и прозрачность, с одной стороны указывает на право каждого человека знать юридические основания деятельности органов публичной администрации, касающиеся его интересов, а с другой стороны – предоставляет возможность осуществления внешнего контроля деятельности контролирующими органами.

Принцип ответственности в деятельности публичной администрации в западноевропейском понимании раскрывается, как ответственность любого органа публичной администрации за свои действия перед другими органами управления, законодательными и судебными органами. Такая ответственность предполагает, что ни один из органов власти не может стать исключением для проведения контроля или проверок со стороны других органов [11]. В Резолюции Совета Европы по публичной ответственности указанный принцип рассматривается, как обязанность органов публичной власти возмещать ущерб, причиненный их актами [12].

Эффективность рассматривается, как способность отдельного органа получать лучшие результаты при самых низких затратах, а результативность представляет собой более долгосрочный критерий и понимается, как максимально возможный результат выполнения поставленной задачи.

Что касается понимания стандартов и требований к административной процедуре и предоставлению административных услуг в европейской доктрине публичного права, то стоит отметить следующее. В частности, Юрген Шварце на основании исследования правоприменительной практики Суда справедливости Европейского Союза пришел к выводу, что основными требованиями к административной процедуре и предоставлению административных услуг есть: право быть выслушанным, то есть донести свою точку зрения до административного органа перед принятием последним решения; обязанность административных органов аргументировать свои решения; административные органы обязаны принимать решения на протяжении разумного срока; административные органы должны соблюдать уважение к конфиденциальности частных лиц; право на судебный пересмотр решений административных органов [13, с. 91].

Указанные стандарты имеют обобщающий характер для бесспорного административного производства, поэтому во многом определяют порядок предоставления административных услуг, поскольку полностью распространяются на деятельность органов, предоставляющих административные услуги.

Что касается украинского законодательства, то стоит отметить, что в статье 4 Закона Украины «Об административных услугах» от 06.09.2012 г. № 5203-VI закреплены принципы государственной политики в сфере предоставления административных услуг, среди которых: верховенство права, в том числе законность и юридическая определенность; стабильность; равенство перед законом; открытость и прозрачность; оперативность и своевременность; доступность информации о предоставлении административных услуг; защищенность персональных данных; рациональная минимизация количества документов и процедурных действий, которые требуются для получения административных



услуг; беспристрастность и справедливость; доступность и удобство для субъектов обращения [14].

Анализируя содержание закрепленных принципов, можно отметить, что они по своему содержанию не полностью соответствуют требованиям основных программных документов Европейского Союза и Совета Европы, о которых говорилось выше. Кроме того, в украинских реалиях не достаточно только закрепления принципов, они обязательно должны найти свое воплощение в соответствующих правовых нормах, только в таком случае будет иметь место реальное практическое их применение. Закрепление в законодательстве Украины материальных и процедурных требований к предоставлению административных услуг населению имеет большое значение для защиты прав и свобод частных лиц во взаимоотношениях с органами публичной администрации. В связи с тем, что граждане в указанных правоотношениях выступают менее защищенными участниками, только четкое законодательное закрепление административной процедуры, установление порядка поведения государственных служащих поможет обезопасить частных лиц от нарушения их прав со стороны органов публичной администрации.

Правовое закрепление демократических принципов государственного управления в административно-правовых отношениях органов публичной администрации и частных лиц должно vychодить из положения частного лица, как такового субъекта, перед которым государство несет ответственность за свою деятельность. В большинстве европейских стран приняты соответствующие кодексы административных процедур, направленных на регулирование взаимоотношений частных лиц с органами государственной власти. Такие нормативные акты предшествуют принятию специального законодательства и устанавливают общие принципы деятельности органов публичной администрации.

Однако в Украине подход к нормативно-правовому регулированию административных процедур построен наоборот, поскольку сначала принимается специальное законодательство (Закон Украины «Об административных услугах»), а общий нормативный акт (Административно-процедурный кодекс Украины) до сих пор не принят. Кроме того,

многие специалисты-практики остаются приверженцами упрощенного варианта правового регулирования процессуальных отношений в деятельности органов публичной власти.

В указанном аспекте можно провести определенную параллель с законодательным закреплением судебного процесса, ведь именно четкое установление в процессуальных кодексах требований к действиям суда при решении судебных дел обеспечивает соблюдение прав участников процесса, обеспечения равенства перед законом и судом, участие в судебном разбирательстве и т. д. Правовое регулирование административных процедур должно играть такую же роль, как и правовое регулирование судебного процесса. Если для органа публичной администрации будут четко установлены правила его деятельности, в том числе по предоставлению административных услуг населению, в случае нарушения этих правил будет предусмотрена ответственность, то процедура предоставления административных услуг будет осуществляться надлежащим образом. Поэтому требования к законодательному регулированию административных процедур не должны быть значительно упрощены по сравнению с правилами судебного процесса.

Выводы. Принципы предоставления административных услуг следует отличать от стандартов предоставления административных услуг, поскольку последние являют собой ряд обобщенных обязательных требований к предоставлению административных услуг, обеспечение которых определяет качество их предоставления и эффективность защиты прав и свобод частных лиц в отношениях с органами исполнительной власти и местного самоуправления.

Соответственно материальные и процедурные принципы-требования, которые закреплены в Модельном кодексе надлежащей администрации, можно считать обобщенными стандартами административной процедуры и предоставления административных услуг. Фактически эти принципы-требования образуют некое основание, на котором должны базироваться взаимоотношения между административными органами и частными лицами. Также стоит отметить, что указанные стандарты надлежащей администрации приобретают новую окраску в связи с особенностями предо-

ставления административных услуг. Таким образом, существует необходимость в дальнейшей разработке стандартов, которые относятся к предоставлению административных услуг. Указанные стандарты должны отображать особенности предоставления административных услуг, усовершенствования порядка предоставления административных услуг и повышения их качества, и быть направленными на защиту прав частных лиц.

В связи с тем, что положения Закона Украины «Об административных услугах» не в полной мере отвечают европейским требованиям, стандарты надлежащей администрации следует адаптировать к особенностям предоставления административных услуг и отобразить в украинском законодательстве с целью адаптации отечественного законодательства к законодательству Европейского Союза и определения унифицированных требований к предоставлению разных видов административных услуг.

Дальнейшему исследованию подлежат указанные принципы, которые закреплены в Модельном кодексе надлежащей администрации, в контексте их реализации в отношениях между органами исполнительной власти, органами местного самоуправления и частными лицами при предоставлении административных услуг.

Список использованной литературы:

1. ДСТУ 1.1:2001. Національна стандартизація. Стандартизація та суміжні види діяльності. Терміни та визначення основних понять. – [Чинний від 2003-07-01]. – К. : Держспоживстандарт України, 2003. – 200 с. – (Національний стандарт України).
2. Розроблення підходів та моделей адаптації системи управління місцевим розвитком до стандартів Європейського Союзу : наук. розробка / Ю.П. Шаров, І.А. Чикаренко, О.Ю. Бобровська та ін. – К. : НАДУ, 2010. – 36 с.
3. Деякі питання надання адміністративних послуг: постановва Кабінету Міністрів України від 11 жовтня 2010 р. № 915. [Електронний ресурс] / офіційний інтернет-сайт Кабінету Міністрів України. – Режим доступу : //http://www.kmu.gov.ua.
4. Адміністративне право України. Академічний курс: підруч.: у 2-х томах :



Том 1. Загальна частина / Ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова) та ін. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. – 592 с.

5. Шаров Ю.П. Європейські стандарти публічного управління: проєкція на муніципальний рівень / Ю.П. Шаров, І.А. Чикаренко // Державне управління та місцеве самоврядування. – Дніпропетр. : ДРІДУНАДХ 2010. – № 1 (4). – С. 295-304.

6. Адміністративна реформа для людини (науково-практичний нарис) / За заг. ред. І.Б. Коліушка. – К.: Факт, 2001. – 72 с.

7. The administration and you – A handbook (1998). [Електронний ресурс]. – Режим доступу до ресурсу : <https://book.coe.int/eur/en/international-law/536-the-administration-and-you-a-handbook.html>.

8. Recommendation CM/Rec (2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1155877>.

9. Пухтецька А.А. Європейські принципи адміністративного права : монографія / А.А. Пухтецька. – К. : Ін-т держави і права НАН України, 2012. – 237 с.

10. Рішення Європейського суду з прав людини «Федоренко проти України» (2006) // Офіційний вісник України. – 2006. – № 39. – 124 с.

11. European Principles for Public Administration. SIGMA Papers № 27 (1999). [Електронний ресурс]. – Режим доступу до ресурсу : <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kml60zwd7h.pdf>.

12. Рада Європи. Рекомендація Комітету Міністрів державам-членам «Про публічно-правову відповідальність за спричинену шкоду» від 11 вересня 1984 р., № R (84) 15 // Основи адміністративного судочинства та адміністративного права : навч. посібник / [за заг. ред. Р.О. Куйбіди, В.І. Шишкіна]. – К. : Старий світ, 2006. – С. 452-468.

13. Jürgen Schwarze. Judicial Review of European Administrative Procedure / Jürgen Schwarze // Law and Contemporary Problems. The Administrative Law of European Union (Winter, 2004). – Vol. 68, № 1. – С. 85-105.

14. Про адміністративні послуги : Закон України від 06.09.2012 р. № 5203-VI // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2013. – № 32. – Ст. 409.

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ГРАНИЦЫ УКРАИНЫ СО СТРАНАМИ – ЧЛЕНАМИ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Ольга МЯКОТА,

соискатель кафедры международного права
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Summary

The article studies the main bilateral agreements between the Ukraine and her neighboring European Union member countries (Poland, Slovakia, Hungary and Romania) concerning mutual state frontiers. Also the article studies proper agreements between indicated countries and the Union of Soviet Socialist Republics concerning the state frontiers. The delimitation and demarcation features of Ukrainian state borders with Poland, Slovakia, Hungary and Romania are set. The features of tripoints of Ukrainian state borders and state borders of Poland, Slovakia, Hungary and Romania (accordingly “Bug”, “Kremenets”, “Tisa”, “Tur”, “Pruth” and “Danube”) are treated.

Key words: state frontier, Ukrainian state border, delimitation, demarcation, tripoint, border mark, succession.

Аннотация

В статье исследуются основные двухсторонние международные договоры о государственной границе между Украиной и сопредельными странами – членами Европейского Союза (Польшей, Словакией, Венгрией и Румынией). Исследуются соответствующие договоры о границе между указанными странами и Союзом Советских Социалистических Республик. Устанавливаются особенности делимитации и демаркации государственной границы Украины с Польшей, Словакией, Венгрией и Румынией. Рассматриваются особенности международно-правового регулирования точек стыка государственной границы Украины с государственными границами Польши, Словакии, Венгрии и Румынии (соответственно, пограничные знаки «Буг», «Кременец», «Тиса», «Тур», «Прут» и «Дунай»).

Ключевые слова: государственная граница, государственная граница Украины, делимитация, демаркация, пограничный стык, пограничный знак, правопреемство.

Постановка проблемы. После провозглашения 24 августа 1991 г. государственной независимости Украины [1] и одобрения Акта провозглашения независимости Украины на Всеукраинском референдуме 01 декабря 1991 г. [2] перед Украиной возникли вопросы международно-правового регулирования государственных границ с сопредельными государствами. Государственные границы бывшего Союза ССР [3, ст. 73] с Польшей, Словакией, Венгрией и Румынией стали государственными границами Украины на основании ст. 5 Закона Украины «О правопреемстве Украины» от 12 сентября 1991 г. № 1543-XII [4, ст. 5]. В соответствии с указанной статьей, государственная граница Союза ССР, ограничивающая территорию Украины от других государств <...> по состоянию на 16 июля 1990 года¹, явля-

ется государственной границей Украины [4, ст. 5]. Следовательно, по прошествии четверти века, необходимо определить современное состояние международно-правового регулирования государственных границ Украины с сопредельными государствами, включая страны – члены Европейского Союза, к которым на сегодняшний день относятся Польша, Словакия, Венгрия и Румыния [6].

Актуальность темы. Вопросы государственных границ исследовали в своих научных трудах такие украинские ученые, как М.А. Баймуратов, Е.И. Белова, М.В. Блажиевская, О.В. Богдан, М.В. Буроменский, О.В. Буткевич, И.В. Дмитриченко, А.И. Дмитриев, Ю.А. Дмитриева, А.П. Ефименко, А.В. Задорожный, М.З. Кулик, А.Б. Мостиский, В.Н. Репецкий, В.Н. Стешенко, Л.Д. Тимчен-

¹ Именно 16 июля 1990 г. Верховным Советом Украинской ССР была принята Декларация о государственном суверенитете Украины [5] – *прим. автора*.



ко, Т.С. Цимбривский, А.Н. Шемякин, Ю.В. Щекин и др. Территориальные вопросы (включая вопросы государственных границ) нашли отражение также в работах зарубежных авторов, таких как Ю.Г. Барсегов, Л.И. Волова, И.П. Блищенко, В.А. Карташкин, Б.М. Клименко, А.Л. Манилов, Ч.А. Мусабекова, Н.В. Остроухов, А.А. Порк, Н.А. Ушаков, S. Anaya, H. Beran, M. Bassioni, Y. Blum, S. Chandra, J. Crawford, G. Groll, H. Kelsen, H. Weber и др.

Вместе с тем на сегодняшний день можно констатировать фактическое отсутствие публикаций украинских ученых по крайне важным вопросам урегулирования государственной границы Украины с соседними странами.

На основе изложенного **целью** статьи является исследование особенностей международно-правового регулирования границы Украины со странами – членами Европейского Союза.

При этом можно сформулировать следующие основные задачи статьи:

- установить и дать общую правовую характеристику основных двусторонних международных договоров о государственной границе между Украиной и странами – членами Европейского Союза;

- определить особенности делимитации и демаркации государственной границы между Украиной и странами – членами Европейского Союза;

- раскрыть особенности международно-правового регулирования точек стыка государственной границы Украины и стран – членов Европейского Союза.

Изложение основного материала исследования с целью удобства для восприятия читателем предлагается с учетом географической протяженности государственной границы Украины с севера на юг: Польша, Словакия, Венгрия и Румыния.

Основы международно-правового регулирования украинско-польской государственной границы были заложены в Договоре между Украиной и Республикой Польша о добрососедстве, дружеских отношениях и сотрудничестве, который был подписан в г. Варшаве 18 мая 1992 г. [7]. Указанный Договор вступил в силу 30 декабря 1992 г. [7, ст. 21]. Ст. 2 данного Договора установила, что «Стороны признают неприкосновенны-

ми существующие и обозначенные на местности границы между ними и подтверждают, что не имеют никаких территориальных претензий друг к другу и не будут выдвигать такие претензии в будущем» [7, ст. 2].

Делимитация и демаркация основного участка украинско-польской государственной границы (между точками стыка) осуществляется в соответствии с Договором между Украиной и Республикой Польша о правовом режиме украинско-польской государственной границы, сотрудничестве и взаимной помощи по пограничным вопросам, который был подписан в г. Киев 12 января 1993 г. [8]. Указанный Договор вступил в силу 21 декабря 1993 г. [8, ст. 52]. Ст. 1 данного Договора [8, ст. 1] установила, что Договорные Стороны подтверждают прохождение линии границы между Украиной и Республикой Польша по установленной Договором между Союзом Советских Социалистических Республик и Республикой Польша о советско-польской государственной границе от 16 августа 1945 г. [9] и Договором между Союзом Советских Социалистических Республик и Республикой Польша об обмене участками государственных территорий от 15 февраля 1951 г. [10].

Международно-правовой основой для урегулирования украинско-словацкой государственной границы является Договор о добрососедстве, дружеских отношениях и сотрудничестве между Украиной и Словацкой Республикой, подписанный в г. Киев 29 июня 1993 г. [11]. Указанный Договор вступил в силу 16 июня 1994 г. [11, ст. 25]. В ст. 2 данного Договора «Стороны признают нерушимость существующих между ними государственных границ и подтверждают, что не имеют никаких территориальных претензий друг к другу и не будут выдвигать такие претензии в будущем» [11, ст. 2].

Делимитация и демаркация основного участка украинско-словацкой государственной границы (между точками стыка) осуществлена на основании Договора между Украиной и Словацкой Республикой об общей государственной границе, который был подписан в г. Братислава 14 октября 1993 г. [12]. Указанный Договор вступил в силу 21 декабря 1994 г. [12, ст. 19]. В ст. 1 данного Договора закреплено, что «Стороны подтверждают прохождение линии государственной границы между Украиной и Словацкой Республи-

кой, установленной Договором между Союзом Советских Социалистических Республик и Чехословацкой Социалистической Республикой о режиме советско-чехословацкой государственной границы, сотрудничестве и взаимопомощи по приграничным вопросам, подписанном 10 февраля 1973 г. в г. Прага [13], в пределах: от стыка государственных границ Договорных Сторон и Республики Польша, до стыка государственных границ Договорных Сторон и Венгерской Республики» [12, ст. 1].

Начало международно-правового регулирования украинско-венгерской государственной границы было положено в Договоре между Украиной и Венгерской Республикой об основах добрососедства и сотрудничестве, подписанном в г. Киев 06 декабря 1991 г. [14]. Указанный Договор вступил в силу 16 июня 1993 г. [14, ст. 23]. Ст. 2 данного Договора установила, что «Стороны уважают территориальную целостность друг друга и заявляют, что не имеют и не будут иметь территориальных претензий друг к другу» [14, ст. 2].

Делимитация и демаркация основного участка украинско-венгерской государственной границы (между точками стыка) осуществлена на основании Договора между Украиной и Венгерской Республикой о режиме украинско-венгерской государственной границы, сотрудничестве и взаимопомощи по пограничным вопросам, подписанном в г. Киев 19 мая 1995 г. [15]. Указанный Договор вступил в силу 19 апреля 1996 г. [15, ст. 48]. В соответствии со ст. 2 данного Договора [15, ст. 2], «линия государственной границы между Украиной и Венгерской Республикой определена пунктом 3 статьи 1 Мирного договора между Союзными Государствами и Венгрией, подписанного в Париже 10 февраля 1947 года <...>» [16].

Ст. 2 указанного Договора также предусмотрела совместную проверку государственной границы, по результатам которой должны быть подготовлены новые редемаркационные документы [15, ст. 2]. 09 апреля 2009 г. Украинско-Венгерская Пограничная Комиссия подготовила дополнительные документы по изменениям в обозначении государственной границы, которые произошли в период 2003–2008 гг. [17].

Основы международно-правового регулирования украинско-румынской го-



сударственной границы были заложены в Договоре об отношениях добрососедства и сотрудничества между Украиной и Румынией, подписанном в г. Констанца 02 июня 1997 г. [18]. Указанный Договор вступил в силу 17 июля 1997 г. [18, ст. 28]. Согласно ст. 2 данного Договора, закреплено, что «Стороны подтверждают нерушимость существующей между ними государственной границы и поэтому будут воздерживаться сейчас и в будущем от любых посягательств на эту границу» [18, ст. 2].

Делимитация и демаркация основного участка украинско-румынской государственной границы (между точками стыка) осуществляется в соответствии с Договором между Украиной и Румынией о режиме украинско-румынской государственной границы, сотрудничестве и взаимной помощи по пограничным вопросам, который был подписан в г. Черновцы 17 июня 2003 г. [19]. Указанный Договор вступил в силу 27 мая 2004 г. [19, ст. 40]. Ст. 1 данного Договора установила, что «Государственная граница между Украиной и Румынией проходит на местности так, как она определена и описана в Договоре между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Румынской Народной Республики о режиме советско-румынской государственной границы, сотрудничестве и взаимной помощи по пограничным вопросам, подписанном в г. Бухарест 27 февраля 1961 г.» [19, ст. 1]. При этом исключением из этой общей нормы является та часть границы, которая проходит от северной точки стыка государственной границы Украины, Румынии и Республики Молдова до южной точки стыка государственной границы этих государств и продолжается от пограничного знака № 1439 по внешней границе территориального моря Украины вокруг острова Змеиный до точки стыка с государственной границей Румынии, которая проходит по внешней границе ее территориального моря [19, ст. 1].

Что касается пограничных стыков Украины со странами – членами Европейского Союза, то таких стыков насчитывается *шесть* (в порядке очередности с севера на юг):

- пограничный знак «Буг» (с Республикой Беларусь и Республикой Польша);
- пограничный знак «Кременец» (с Республикой Польша и Словацкой Республикой);
- пограничный знак «Тиса» (со Словацкой Республикой и Венгерской Республикой);
- пограничный знак «Тур» (с Венгерской Республикой и Румынией).

Кроме этого, Украина имеет два пограничных стыка с Румынией и Республикой Молдова: пограничный знак «Прут» (на севере) и пограничный знак «Дунай» (на юге).

По стадиям международно-правового урегулирования точки стыка государственной границы Украины и стран – членов Европейского Союза можно условно классифицировать на *три* группы: полностью урегулированные точки стыка; точки стыка, в отношении которых соответствующие международные договоры уже подписаны, но еще не вступили в силу; точки стыка, которые находятся на стадии обсуждения проекта соответствующего трехстороннего международного договора.

Рассмотрим точки стыка детальнее.

1. *Полностью* урегулированными являются точки стыка «Кременец» и «Тиса». Пограничный стык «Кременец» (Украина – Польша – Словакия) по официальной классификации тройных точек стыка Организации Объединенных Наций имеет наименование «175 plskua²» [20]. Международно-правовое регулирование этого стыка осуществляется на основании Протокола о пограничном знаке «Кременец» от 14 апреля 2005 г. [21, ст. 1]. В свою очередь, пограничный стык «Тиса» (Украина – Словакия – Венгрия), имеющий по классификации ООН наименование «142 huskua³» [20], урегули-

рован на основании Протокола о пограничном знаке «Тиса» от 04 июня 2002 г. [22, ст. 1].

2. Международно-правовое урегулирование двух точек стыка «Буг» и «Тур» выглядит следующим образом: соответствующие международные договоры уже подписаны, но еще не вступили в силу. Точка стыка «Буг» (Украина – Беларусь – Польша) по классификации ООН имеет наименование «079 byrplua⁴» [20]. В отношении точки стыка «Буг» в г. Луцк (Украина) 14 марта 2013 г. было подписано трехстороннее Соглашение между Кабинетом Министров Украины, Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Польша о точке стыка государственных границ Украины, Республики Беларусь и Республики Польша [23]. Согласно п. 1 ст. 1 указанного Соглашения, точка стыка государственных границ Украины, Республики Беларусь и Республики Польша – пограничный знак «Буг» – находится «на пересечении линии, которая проходит по середине реки Западный Буг (Буг), с линией, которая является продолжением южной бровки канала Мостицкого» [23, ст. 1].

Подобным образом выглядит ситуация и с урегулированием точки стыка «Тур» (Украина – Венгрия – Румыния), которая по официальной классификации ООН имеет наименование «141 huroa⁵» [20]. 17 октября 2012 г. в г. Будапешт был подписан Протокол о пограничном знаке «Тур» для обозначения точки стыка государственных границ Украины, Румынии и Венгрии [24]. В соответствии со ст. 1 указанного Протокола, пограничный знак «Тур» «находится в месте пересечения серединной линии высохшего старого русла реки Тур и серединной линии реки Тур» [24, ст. 1].

3. Международно-правовое урегулирование точек стыка государственных границ Украины, Республики Молдова и Румынии находится на этапе переговоров, в частности Стороны осуществляют поэтапное обсуждение проекта соответствующего Соглашения [25]. Стороны уже согласовали, что на севере точки стыка является пограничный знак «Прут» (по официальной классификации ООН – «163 mdrouan⁶» [20]), а на юге – пограничный знак «Дунай» (по классификации ООН – «164 mdrouas⁷» [20]).

Выводы. В результате нашего исследования можно сделать такие следующие выводы:

² В порядке очередности букв в английском алфавите: буквы “pl” означают Республику Польшу, “sk” – Словацкую Республику, “ua” – Украину – *прим. автора*.

³ В порядке очередности букв в английском алфавите: буквы “hu” означают Венгрию, “sk” – Словацкую Республику, “ua” – Украину – *прим. автора*.

⁴ В порядке очередности букв в английском алфавите: буквы “by” означают Республику Беларусь, “pl” – Республику Польшу, “ua” – Украину – *прим. автора*.

⁵ В порядке очередности букв в английском алфавите: буквы “hu” означают Венгрию, “ro” – Румынию, “ua” – Украину – *прим. автора*.

⁶ В порядке очередности букв в английском алфавите: буквы “md” означают Республику Молдову, “ro” – Румынию, “ua” – Украину, а буква “n” означает «север» – *прим. автора*.

⁷ В порядке очередности букв в английском алфавите: буквы “md” означают Республику Молдову, “ro” – Румынию, “ua” – Украину, а буква “s” означает «юг» – *прим. автора*.



1. Международно-правовой основой для делимитации и демаркации государственной границы между Украиной и странами – членами Евросоюза (Польшей, Словакией, Венгрией и Румынией) являются в порядке правопреемства соответствующие двухсторонние договоры бывшего Союза ССР с этими странами.

2. На сегодняшний день полностью урегулированными являются вопросы делимитации и демаркации государственной границы Украины только со Словацкой Республикой. С остальными сопредельными странами – членами Европейского Союза (Польшей, Венгрией и Румынией) эти вопросы находятся на разных стадиях их международно-правового урегулирования.

3. Что касается точек стыка государственной границы Украины со странами – членами Европейского Союза, то полностью урегулированными являются только две точки стыка: «Кременец» (Украина – Польша – Словакия) и «Туса» (Украина – Словакия – Венгрия). В отношении точек стыка «Буг» (Украина – Беларусь – Польша) и «Тур» (Украина – Венгрия – Румыния) соответствующие международные договоры подписаны, но еще не вступили в силу. Урегулирование точек стыка с Республикой Молдова и Румынией «Прут» (на севере) и «Дунай» (на юге) находится на стадии обсуждения проекта соответствующего трехстороннего международного договора.

Перспективы дальнейших исследований в этом направлении состоят, по нашему мнению, в необходимости исследования международно-правового регулирования государственных границ Украины со странами – членами Содружества Независимых Государств, в частности с Российской Федерацией.

Список использованной литературы:

1. О провозглашении независимости Украины : Постановление Верховного Совета Украинской ССР от 24 августа 1991 г. № 1427-ХІІ [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1427-12>.

2. О проведении Всеукраинского референдума в вопросе о провозглашении независимости Украины : Постановление Верховного Совета Украины от 11 октября 1991 г. № 1660-ХІІ

[Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1660-12>.

3. Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик : Принята на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета СССР девятого созыва 07 октября 1977 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1977/>.

4. О правопреемстве Украины : Закон Украины от 12 сентября 1991 г. № 1543-ХІІ [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=17676.

5. Декларация о государственном суверенитете Украины : Принята Верховным Советом Украинской ССР 16 июля 1990 г. № 55-ХІІ [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/55-12>.

6. EU member countries : How the EU works. Basic information [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm.

7. Договор между Украиной и Республикой Польша о добрососедстве, дружеских отношениях и сотрудничестве : Совершено в г. Варшава 18 мая 1992 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/616_172.

8. Договор между Украиной и Республикой Польша о правовом режиме украинско-польской государственной границы, сотрудничестве и взаимной помощи по пограничным вопросам : Совершено в г. Киев 12 января 1993 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/MU93123U.html.

9. Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Польской Республикой о советско-польской государственной границе : Составлен в г. Москва 16 августа 1945 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.brestobl.com/nasel/naselen/dok/1945/index.html>.

10. Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Польской Республикой об обмене участками государственных территорий : Составлен в г. Москва 15 февраля 1951 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1951. – № 23. – С. 12.

11. Договор о добрососедстве, дружеских отношениях и сотрудничестве между Украиной и Словацкой Респу-

бликой : Совершено в г. Киев 29 июня 1993 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/703_150.

12. Договор между Украиной и Словацкой Республикой об общей государственной границе : Совершено в г. Братислава 14 октября 1993 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/703_002.

13. Agreement between the Czechoslovak Socialist Republic and the Union of Soviet Socialist Republics concerning the regime of the Czechoslovak-Soviet state frontier and co-operation and mutual assistance in frontier questions : Signed at Prague on 10 February 1973 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.fao.org/docrep/012/T0392T/T0392T.pdf>. – P. 159-162.

14. Договор между Украиной и Венгерской Республикой об основах добрососедства и сотрудничестве : Совершено в г. Киев 06 декабря 1991 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/348_004.

15. Договор между Украиной и Венгерской Республикой о режиме украинско-венгерской государственной границы, сотрудничестве и взаимопомощи по пограничным вопросам : Подписан в г. Киев 19 мая 1995 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/348_636.

16. Мирный договор с Венгрией : Совершено в г. Париж 10 февраля 1947 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/998_575.

17. Дополнения к документам, составленным по результатам первой общей проверки прохождения линии государственной границы между Украиной и Венгерской Республикой, проведенной в период 1997–2003 гг. : Составлено в г. Вашарошнамень, 09 апреля 2009 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/348_080.

18. Договор между Украиной и Румынией об отношениях добрососедства и сотрудничества : Совершено в г. Констанца 02 июня 1997 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/642_003.

19. Договор между Украиной и Румынией о режиме украинско-румынской государственной границы, сотрудничестве и взаимной помощи по



пограничным вопросам : Совершено в г. Черновцы 17 июня 2003 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/642_022.

20. Illustrated revision in progress of the annotated list of all the major trijunctions in the world both fully recognized & merely probable : Tricountry. The revised ISO coded official United Nations tripoint registry & Yearbook. Saturday, August 15, 2009 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://tricountrypointers.blogspot.com/2009/08/illustrated-revision-in-progress-of.html>.

21. Об утверждении Протокола о пограничном знаке «Кременец», установленном на стыке государственных границ Украины, Республики Польша и Словацкой Республики : Постановление Кабинета Министров Украины от 09 августа 2005 г. № 726 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/726-2005-п>.

22. Об утверждении Протокола о пограничном знаке «Тиса», установленном на стыке государственных границ Украины, Словацкой Республики и Венгерской Республики : Постановление Кабинета Министров Украины от 11 октября 2002 г. № 1500 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1500-2002-п>.

23. Соглашение между Кабинетом Министров Украины, Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Польша о точке стыка государственных границ Украины, Республики Беларусь и Республики Польша : Совершено в г. Луцк 14 марта 2013 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=49265.

24. Протокол пограничного знака «Тур», установленного для обозначения точки стыка государственных границ Украины, Румынии и Венгрии : Составлено в г. Будапешт 17 октября 2012 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://document.ua/protokol-prikordonnogo-znaka-tur-jakii-vstanovleno-dlja-pozn-doc165528.html>.

25. Трехсторонние украинско-молдово-румынские переговоры : Сообщения Научно-исследовательского института геодезии и картографии Украины от 13 февраля 2013 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://gki.com.ua/ua/tristoronni_ukraiinsko_moldovsko_rumunski_talk_over.

ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВОЙ МЕХАНИЗМ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА ПО ПРОТИВОДЕЙСТВИЮ ТОРГОВЛЕ ЛЮДЬМИ

Андрей ПАВЛЕНКО,

соискатель кафедры сравнительного и европейского права
Института международных отношений
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Summary

The article researches the features of formation and development of EU policy in fight against contemporary forms of slavery – trafficking in human beings. There have been analysed the existing provisions of Treaties, Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of Council on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, as well as EU Strategy towards Eradication of Trafficking in Human Beings 2012–2016. The special focus is made on special characteristics of institutional mechanism in this field – powers of EU Anti-Trafficking Coordinator and EU Group of Experts on trafficking in human beings.

Key words: European Union, Ukraine, the trafficking in human beings, contemporary forms of slavery, directive, EU Anti-Trafficking Coordinator, EU Group of Experts on trafficking in human beings.

Аннотация

В статье исследуются особенности становления и развития политики Европейского Союза в сфере борьбы с современными формами рабства – торговлей людьми. Здесь сделан анализ положений действующих учредительных договоров, Директивы № 2011/36/EU Европейского парламента и Совета по предотвращению и борьбе с торговлей людьми и защиты жертв, а также Стратегии ЕС по искоренению торговли людьми на период 2012–2016. Отдельное внимание уделяется характеристике специального институционального механизма в этой отрасли правоотношений – полномочий и деятельности Европейского координатора по противодействию торговле людьми и группы экспертов ЕС по торговле людьми.

Ключевые слова: Европейский Союз, торговля людьми, современные формы рабства, директива, европейский координатор по противодействию торговле людьми, группа экспертов ЕС относительно торговли людьми.

Постановка проблемы. В начале XXI века возникла историческая возможность для всех европейских стран объединиться на основе общих ценностей ради мира, свободы, прав человека и экономического благосостояния. Однако такое явление, как торговля людьми, стало одной из самых сложных проблем в Европе на этом пути. С точки зрения борьбы с современными формами рабства Европейский Союз имеет существенные преимущества по сравнению с другими европейскими организациями. В настоящее время в Европейский Союз входят страны происхождения, транзита и назначения жертв торговли людьми. Поэтому в рамках этой организации представлены интересы всех трех групп стран, вовлеченных в торговлю людьми. Главным отличием Европейского Союза от других интеграционных объединений является наличие действенного механизма мониторинга

и контроля выполнения своих актов государствами-членами. А это, в свою очередь, способствует эффективности таких норм международного права, а также авторитетности организации.

Актуальность темы исследования. Ранее торговля людьми в Европейском Союзе была преступным феноменом, который происходил главным образом из третьих стран. Однако последние этапы расширения ЕС стали причиной увеличения объемов торговли людьми в пределах границ этого интеграционного объединения. Сейчас трудно дать точную оценку масштабам явления торговли людьми в Европе, однако, учитывая тот факт, что ЕС является одним из главных регионов назначения жертв этого преступления, можно утверждать, что несколько сотен тысяч человек перемещаются в ЕС и в пределах границ ЕС ежегодно. Поскольку Украина является одной из стран происхождения и транзита жертв



торговли людьми в государства-члены Евросоюза, исследования и гармонизация отечественного законодательства с правовыми нормами ЕС в этой сфере имеет чрезвычайно теоретическое и практическое значение как для Украины, так и других государств, которые имеют с ЕС общую границу.

Иностранцами учеными проблема торговли людьми рассматривается достаточно подробно. В частности, тематика торговли людьми исследуется в работах Р. Рамфа, В. Зибера, П. ван Дуйна, В. Руджиеро, М. Шейноста, В. Валкенбург, Дж. Оккипинти, Е. Ниснер, К. Джонс-Паули, Н. Гафизовой и др. В украинской правовой науке исследованию торговли людьми посвящены труды М. Евсюковой, А. Кохан, К. Левченко, Я. Лизогуба, А. Орлеана, Н. Плахотнюк, Е. Святун, А. Шумиленко и др.

Целью и задачей статьи является исследование правового регулирования деятельности Европейского Союза в сфере противодействия торговле людьми, система научных взглядов и разработок по этой проблеме. Новизна работы заключается в том, что в данной работе сделана попытка исследовать новейший организационно-правовой механизм ЕС в этой сфере.

Изложение основного материала. Деятельность Евросоюза по противодействию такому преступлению, как торговля людьми, основывается на положениях ст. 83 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС), которая предусматривает, что Европейский парламент и Совет путем принятия директив в соответствии с обычной законодательной процедурой могут устанавливать минимальные правила по определению уголовных правонарушений и санкций в сферах особо тяжких преступлений трансграничного характера, вытекающих из характера или последствий этих правонарушений, либо из особой необходимости бороться с ними на общей основе. К таким сферам преступности относятся, в частности, торговля людьми и сексуальная эксплуатация женщин и детей [1]. Согласно ст. 288 ДФЕС Директива является обязательным для каждого государства-члена, которому она адресована, по результатам, которые должны быть достигнуты, оставляя национальным органам власти выбор форм

и способов достижения [1]. Таким образом, в ЕС пытаются гармонизировать законодательство государств-членов в борьбе с таким видом тяжкого преступления, как торговля людьми. Кроме того, торговля людьми в ст. 5 Хартии основных прав ЕС провозглашается в качестве серьезного нарушения прав человека [2].

В наше время политика ЕС по противодействию торговле людьми регулируется новой Директивой Европейского парламента и Совета по предотвращению и борьбе с торговлей людьми и защиты жертв, отменяющий Рамочное решение 2002/629 / ЖНА, от 5 апреля 2011 № 2011/36/EU (далее – Директива 2011/36) [4]. Директива основывается на положениях Протокола о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющего Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности 2000 г., и Конвенции Совета Европы о мерах по противодействию торговле людьми 2005 г.

Директива 2011/36/EU вводит минимальные правила определения уголовных правонарушений и санкций в сфере торговли людьми. Она также закрепляет общие положения с целью предотвращения этого преступления и защиты его жертв. Согласно положениям ст. 2 Директивы государства-члены ЕС должны принимать меры для привлечения к уголовной ответственности лиц, виновных в совершении следующих действий: вербовка, транспортировка, трансфер, предоставление убежища и следующий прием лица, включая обмен и передачу контроля над этим лицом, путем угрозы или применения силы или других форм принуждения, похищения, мошенничества, злоупотребления властью или положением уязвимости, выплата, получение платежей или других преимуществ для получения согласия лица, осуществляющего контроль над другим лицом, с целью эксплуатации (п. 1). Положение уязвимости означает ситуацию, при которой указанное лицо не обладает настоящей или приемлемой альтернативой, кроме той, которая включает насилие (п. 2). А эксплуатация предусматривает минимум эксплуатацию проституции третьих лиц или другие формы сексуальной эксплуата-

ции, принудительный труд или услуги, попрошайничество, рабство или практику, сходную с рабством, крепостничество или эксплуатацию преступной деятельности, или извлечение органов (п. 3) [4].

Согласие жертвы торговли людьми на эксплуатацию, то ли подразумеваемое, то ли явное, не берется в расчёт, если использовались любые мероприятия, предусмотренные п. 1 Директивы. Также предусмотрено, что любые действия, указанные в п. 1 и совершенные в отношении ребенка (лица в возрасте до 18 лет), считаются преступлением торговли людьми, даже если ни одна из мер принуждения, согласно п. 1, не была использована. Государства-члены принимают необходимые меры для обеспечения того, чтобы подстрекательство, пособничество и поощрение, или покушение на совершение преступления, указанного в статье 2, были уголовно наказуемыми [4].

Директива 2011/36 предусматривает санкции за совершение преступления торговли людьми. Так, максимальный срок наказания – менее 5 лет лишения свободы. В случае, когда преступление совершено в отношении жертвы, которая была особенно уязвима (что, в контексте настоящей Директивы, включая детей-жертв, совершено преступной группой лиц; умышленно или по грубой неосторожности поставило под угрозу жизнь жертвы, или было совершено с применением насилия, или повлекшее серьезный вред жертве), тогда такие преступные деяния должны наказываться максимальным сроком лишения свободы на 10 лет [4].

Директива также предусматривает ответственность юридических лиц за преступление торговли людьми. В ст. 5 закреплено, что юридические лица привлекаются к ответственности за преступления, совершенные в интересах любого лица, которое действует индивидуально или в составе органа юридического лица, занимающего руководящую должность в рамках юридического лица, на основе: способности выступать представителем юридического лица; полномочий принимать решения от имени юридического лица; или права осуществлять контроль в рамках этого юридического лица. Государства-члены должны также обеспечить, что-



бы юридическое лицо привлекалось к ответственности, когда отсутствие надзора и контроля за вышеупомянутым лицом сделало возможным совершение преступлений, указанных в статьях 2 и 3 в пользу этого юридического лица, лицом, под ее руководством. Для юридических лиц предусмотрены следующие санкции: лишение права на получение государственных льгот или помощи; временное или постоянное лишение права заниматься коммерческой деятельностью; установление судебного надзора; ликвидация по решению суда; временное или постоянное закрытие предприятий, которые были использованы для совершения преступления [4].

Отдельно в ст. 8 закреплено, что государства-члены, в соответствии с основополагающими принципами своей правовой системы должны принимать необходимые меры для обеспечения того, чтобы компетентные национальные органы власти имели право не возбуждать уголовное дело или штрафовать жертв торговли людьми за их участие в преступной деятельности, которой они были вынуждены заниматься, как прямое следствие любых действий, указанных в статье 2.

Каждое государство-член должно проводить расследование и привлекать к ответственности лиц за преступления, совершенные полностью или частично на ее территории или совершены одним из его граждан, даже в других странах.

Особенностью Директивы 2011 является то, что в ней достаточно большое внимание уделяется защите и оказанию помощи жертвам преступления. Так, государства-члены должны оказывать бесплатную правовую помощь жертвам торговли людьми, если последние не имеют достаточных собственных средств, а для несовершеннолетних жертв предусмотрены особые защитные меры.

Детям оказывается содействие по физической и психосоциальной реабилитации. Таким детям предоставляется возможность посещать учебные заведения. Для них назначается опекун или попечитель, если их родители не могут осуществлять свои опекунские функции, несмотря на конфликт интересов. В рамках уголовного процесса для ребенка назначается лицо, которое

должно заботиться об интересах ребенка в рамках этого процесса. Кроме того, в Директиве подробно прописан порядок проведения опроса ребенка-жертвы касательно преступления, совершенного против него [4]. Опрос ребенка-жертвы должен происходить без необоснованных задержек после того, как факты были доведены до сведения компетентных органов власти. Также такие опросы необходимо проводить в специально оборудованных для этого помещениях с помощью специалистов, которые обладают необходимой для этого квалификацией. При этом нужно придерживаться такой практики, чтобы все опросы проводила одна и та же личность. Количество таких опросов должна быть ограничена, а ребенка-жертву может сопровождать взрослый, на выбор ребенка, кроме случаев, когда было обоснованное решение этого не делать. Государства-члены ЕС должны обеспечивать видео-фиксацию опроса ребенка, а также предоставлять возможность использовать эти записи в качестве доказательств в суде. Необходимо также обратить внимание на то, чтобы судебные слушания дел в отношении торговли людьми проводились без участия общественности, а ребенок-жертва заслушивался в зале заседаний без необходимости присутствовать, в частности с помощью коммуникационных технологий.

Директива 2011/36 содержит ряд мер по предотвращению торговли людьми: проведение регулярных тренингов для должностных лиц, проведение информационных компаний и принятие мер по уменьшению спроса на услуги жертв торговли людьми, в том числе путем установления уголовной ответственности за пользование услугами, которые включают эксплуатацию третьего лица. Отдельно в Директиве закреплены обязательства государств-членов учредить должности национальных докладчиков или ввести подобные механизмы, которые бы осуществляли мониторинг за реализацией политики борьбы с торговлей людьми на национальном уровне [4]. К 6 апреля 2013 года государства-члены были обязаны привести свое законодательство в соответствие с положениями Директивы 2011/36 и подать об этом информацию Комиссии ЕС. А Комиссия 6 апреля 2016 должна подать Европейскому

парламенту отчет по анализу выполнения государствами-членами положений указанной Директивы.

С целью координации политики ЕС по противодействию современным формам рабства в 2010 г. в ЕС была учреждена должность европейского координатора по противодействию торговле людьми. С марта 2011 г. эту должность занимает госпожа Мария Вассилиаду, представительница Кипра. Ее задачей является содействие координации и согласованности деятельности институтов, органов и государств-членов ЕС, а также третьих стран и международных организаций в сфере противодействия торговле людьми [5].

К институциональному механизму ЕС также принадлежит группа экспертов ЕС по торговле людьми, основанная Комиссией в 2003 г. Группа экспертов состоит из 12 квалифицированных специалистов, которые компетентны рассматривать вопросы, связанные с торговлей людьми. Такая компетенция должна базироваться на опыте, полученном в ходе деятельности в правительстве государств-членов ЕС, стран-кандидатов и межправительственных организаций, общественных организаций, участвующих в борьбе с торговлей людьми, или занимаются научными исследованиями в государственных или частных высших учебных заведениях. Целью деятельности группы экспертов является предоставление консультаций Европейской комиссии по вопросам, касающимся торговли людьми [6].

В 2010 группа экспертов выступила с предложением разработки новой стратегии по противодействию торговле людьми, которая была принята в июне 2012 г. Комиссией под названием Стратегии ЕС по искоренению торговли людьми на период 2012–2016, которая содержит набор конкретных и практических мер на ближайшие пять лет [7]. В рамках Стратегии Комиссия предложила конкретные меры, направленные в дополнение действующего законодательства и усиление мер органов власти государств-членов, международных организаций и гражданского общества в ЕС и третьих странах. Это практический инструмент, направленный на решение главных проблем в ЕС до 2016 г. перспективы прав человека и гендерной ориентации. Цель этого документа состоит в обеспечении лучшей



координации между всеми возможными субъектами, которые принимают участие в искоренении торговли людьми, например, правоохранительными органами, пограничными службами, адвокатами, контролирующими органами в сферах ЖКХ, труда, социального обеспечения и безопасности, социальных работников и лиц, которые работают с молодежью, организаций по защите прав потребителей, профсоюзов, организаций работодателей, временных агентств по трудоустройству, рекрутинговых агентств и т. д.

Стратегия включает в себя предотвращение случаев торговли, защиту и поддержку жертв, а также судебное преследование торговцев людьми. В ней определены пять приоритетных направлений и намечается ряд инициатив для каждого из них, а именно:

- поддержка создания национальных правоохранительных подразделений, специализирующихся на торговле людьми;
- создание совместных следственных групп с участием Европола и Евроюста;
- предоставление четкой информации жертвам об их правах в соответствии с законодательством ЕС и национальным законодательством, в частности, об их праве на помощь и медицинское обслуживание, вид на жительство и трудовых правах;
- создание европейской бизнес-коалиции по борьбе с торговлей людьми для улучшения сотрудничества между компаниями и заинтересованными сторонами;
- создание единой общеевропейской платформы гражданских организаций, работающих в сфере защиты жертв, оказание помощи государствам-членам и третьим странам;
- поддержка изучения Интернета и социальных сетей, так как Интернет становится все более популярным инструментом для торговцев людьми [7].

В октябре 2014 года Комиссия опубликовала Промежуточный доклад о результатах имплементации Стратегии с первой половины 2012 г. по третий квартал 2014 г. Доклад содержит информацию о проделанной работе вместе с институтами ЕС, агентствами и органами, государствами-членами, неправительственными организациями и с частным сектором.

Выводы. Проблеме торговли людьми в последнее десятилетие в ЕС уделяется огромное внимание. Это подтверждается тем фактом, что Директива 2011 г. стала первым документом, посвященным борьбе с преступлениями трансграничного характера, принятым в результате реформы Пространства свободы, безопасности и юстиции в соответствии с требованиями Лиссабонского договора. Положения законодательного акта подкрепляются специальным институциональным механизмом ЕС и программой конкретных действий, закрепленной в Стратегии 2012 г. Такой подход должен служить образцом для правотворческой деятельности в области борьбы с современными формами рабства в Украине.

Список использованной литературы:

1. Consolidated Versions of Treaty on European Union and of Treaty on Functioning of European Union // Official Journal of the European Union. – 26 October 2012. – С. 326. – 412 с.
2. Charter of Fundamental Rights of European Union // Official Journal of European Union. – 26 October 2012. – С. 326. – С. 391-407.
3. Святун О. Діяльність Європейського Союзу щодо протидії сучасним формам рабства / О. Святун // Європейське право (додаток до журналу «Право України»). – 2013. – № 1. – С. 139-145.
4. Directive 2011/36/EU of European Parliament and of Council of 5 April 2011 on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings, and Protecting Victims, Repealing Framework Decision 2002/629/ JHA. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://ec.europa.eu/antitrafficking/download.action?nodeId=9c9ba3cd-794b4a57b534ad89effac575&fileName=Directive+THB+L+101+15+april+2011.pdf&fileType=pdf>.
5. The Commission appoints an EU Anti-Trafficking Coordinator. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1715&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=fr>.
6. Commission Decision of 25 March 2003 setting up a consultative group,

to be known as the 'Experts Group on Trafficking in Human Beings' (2003/209/EC) // Official Journal. – L. 79. – 26.3.2003. – С. 25-27.

7. EU Strategy towards the Eradication of Trafficking in Human Beings 2012–2016. Brussels, 19.6.2012. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://ec.europa.eu/antitrafficking/sites/antitrafficking/files/the_eu_strategy_towards_the_eradication_of_trafficking_in_human_beings_2012-2016_1.pdf.



ЭФФЕКТ ИЛИ ЭФФЕКТИВНОСТЬ ХОЗЯЙСТВЕННОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ?

Людмила ПАНОВА,

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Summary

By carrying out a generalized analysis of a single chapter of the Economic Code of Ukraine, the author argues a low efficiency standards of the above-noted regulatory act, an absence of a coherent structure, combined by a certain sense, and as a consequence, the lack of a unified concept of the Economic Code of Ukraine. The Economic Code of Ukraine doesn't correspond to concept of the codification regulatory act; the rules concluded in it have no sufficient concentration of legislative thought also characteristic to codes; it does not contain the system-forming beginnings of the legal institutes codified by it. All this, according to the author, testifies that the Economic Code of Ukraine have not decided codification challenges.

Key words: the Economic Code of Ukraine, the Civil Code of Ukraine, system of code, effect, effectiveness of the law, legal regulation in the sphere of private law.

Аннотация

В статье путем проведения обобщенного анализа отдельно взятой главы из Хозяйственного кодекса Украины автор аргументировано доказывает малую эффективность норм указанного нормативно-правового акта, отсутствие в нем целостной структуры, объединенной определенным смыслом, и, как следствие, отсутствие единой концепции Хозяйственного кодекса Украины. Хозяйственный кодекс Украины не соответствует понятию кодификационного нормативного акта; заключенные в нем предписания не имеют достаточной концентрации законодательной мысли, которая также характерна кодексам; в нем отсутствуют системообразующие начала кодифицируемых им правовых институтов. Все это, по мнению автора, свидетельствует о том, что Хозяйственный кодекс Украины не решил задачи, стоящие перед кодификацией.

Ключевые слова: Хозяйственный кодекс Украины, Гражданский кодекс Украины, система кодекса, эффект, эффективность норм права, правовое регулирование в сфере частного права.

Постановка проблемы. Сущностью научной и практической проблемы, которая рассматривается в статье, является проблема параллельного существования в Украине на протяжении более десяти лет двух кодексов: Гражданского и Хозяйственного. В условиях обострения полемики относительно целесообразности существования Хозяйственного кодекса Украины (далее – ХК Украины) в современных условиях все же некоторые специалисты продолжают вносить предложения «по усовершенствованию правового регулирования хозяйственных отношений» путем инкорпорации в ХК Украины положений законов, которые регулируют сферу хозяйствования. Решая, таким образом, практические проблемы, мы закрываем глаза на главное – необходимость отмены ХК Украины. Предлагаемое вниманию в статье исследование идет по пути анализа неэффективности норм ХК Украины и является дополнительным аргументом для принятия решения о его отмене.

Актуальность темы исследования подтверждают многочисленные работы ученых-правоведов, проекты законов об отмене ХК Украины, информационные письма Высшего хозяйственно-

го суда Украины, а также проведение круглых столов и конференций по данному вопросу. Можно констатировать, что цивилисты стоят на позиции единого кодификационного нормативного акта, такого как Гражданский кодекс Украины (далее – ГК Украины), и отдельных специальных по отношению к ГК законов, регламентирующих отдельные правоотношения. Такой позиции придерживаются Н. Кузнецова, Р. Майданик, А. Дзера, И. Безклубый, Т. Боднар, В. Луць, А. Довгерг и другие отечественные цивилисты.

Аргументы сторонников хозяйственно-правовой концепции на современном этапе сводятся к следующему: «каких-либо данных о негативном влиянии кодекса на экономику за десять лет встречать не доводилось» или «... отмена ХК Украины может усложнить жизнь предпринимателям и негативно отразиться на имидже государства...» [1]. Приверженцами указанного выше подхода являются В. Мамутов, О. Подцерковный, Б. Розовский и другие хозяйственники.

Определение стратегического направления развития общества в сфере приватно-правовых отношений, выработка средств и методов его достижения – вот главная проблема, которую

необходимо осознать правоведам. Отсутствие в понимании единой концепции, которую закладывали цивилисты при разработке и принятии ГК Украины, и удовлетворение разработчиками ХК Украины своих интересов привело к существованию с 2003 г. двух нормативно-правовых актов. Таким образом, актуальность данная тематика не теряет и на сегодняшний день. Привлекая внимание правоведов к негативным последствиям, связанным с принятием в Украине ХК, которые приводят к разбалансированности теории гражданского права, а также к невозможности единообразного применения одних и тех же норм права всеми субъектами, участвующими в тех или иных правоотношениях,

Целью статьи является исследование и анализ причин неэффективности норм ХК Украины, доказательство отсутствия соответствующей системы, которая характерна для таких нормативных актов, как кодексы, что, в свою очередь, является одним из аргументов для принятия соответствующего решения с целью усовершенствования правового регулирования отношений в сфере частного права. В очередной раз призвать украинских юристов к научно-методическому осмыслению отсут-



ствия необходимости существования параллельно двух кодексов: ГК и ХК Украины. Через осмысление частных, уяснения системы данных нормативно правовых актов обратить внимание юристов-теоретиков на дискуссию, которая касается дуализма частного права.

Изложение основного материала исследования. Практически десять лет Украина живет и работает в условиях «существования и борьбы двух противоположностей»: Гражданского кодекса Украины и Хозяйственного кодекса Украины. Уже накоплен определенный опыт правоприменения одного и второго кодификационного нормативного акта, уже явно проявились определенные недостатки, а значит, указанные нормативно-правовые акты можно с достаточной степенью объективности оценить на предмет эффективности содержащихся в них правовых норм.

О небезопасности реализации идеи принятия параллельного Гражданскому Хозяйственного кодекса предупреждали еще задолго до принятия ГК Украины. Известный цивилист Н. Кузнецова, еще в 2000 г. по этому поводу пишет: «...объективно это (существование параллельно двух кодексов) может повлечь достаточно высокую вероятность возникновения как пробелов, так и дублирования в регулировании отношений, а следовательно, и множество противоречий. Эти явления сами по себе являются дестабилизирующими и разрушительными, и их последствия проявятся при принятии и применении отдельных законодательных актов, которые пестрят такими пороками. Небезопасность кроется также в том, что в рамках кодификационного акта должны объединяться нормы приватно-правового и публичного характера, которыми регулируются отношения, имеющие разно отраслевую природу» (*перевод наш – Л. П.*) [2, с. 87]. Такого рода предостережения были не одноразовыми, как со стороны Н. Кузнецовой, так и всей цивилистической общественности, однако им не судено было реализоваться.

И сегодня возникает необходимость на основании конкретных фактов в очередной раз поставить вопрос об отмене ХК Украины. Доказательством необходимости принятия такого решения могут служить аргументы, подтвержда-

ющие неэффективность ХК Украины. Как правило, потребность в практическом изучении эффективности юридических норм возникает тогда, когда их применение не приводит к ожидаемому результату. Иными словами, исследования такой эффективности направлены на установление причин неэффективности действия (влияния) правовых норм [3, с. 13–21]. Стремление проводить исследования причин неэффективности норм ХК Украины являются одним из направлений усовершенствования правового регулирования отношений в сфере частного права.

Необходимым условием усовершенствования правового регулирования является максимальное использование возможностей, заложенных в правовой норме, которое включает в себя триединство: совершенство нормы, оптимальность ее применения на практике и высокий уровень правосознания. Эти критерии должны являться своего рода лакмусовой бумагой при исследовании правовых норм как основания принятия решения об их эффективности. Существование же фактов, которые не могут быть объяснены в рамках этих условий, будут свидетельствовать о неэффективности тех или иных правовых норм и, следовательно, неэффективности правового регулирования соответствующих отношений. Конечно же, в системе законодательства таких фактов быть не должно. В тех случаях, когда такие факты все же имеются, необходимым является направление усилий на их устранение.

Основываясь на таком подходе, любая норма или текст нормативно-правового акта представляют собой целостную структуру, объединяемую определенным смыслом. Поэтому понимание нормы права (текста нормативно-правового акта) является, по сути, процессом восстановления структуры смысла как структуры единой концепции. Каждая норма права, а также нормативно-правовой акт мотивированы определенной целью, идеей смысловой структуры, объединяющей их в единое целое. Осознание этой цели подскажет правоведам пути совершенствования правового регулирования.

Справедливости ради необходимо отметить, что признание той или иной нормы эффективной или неэффективной имеет признаки субъективизма,

т. е. носит относительный характер. Например, если специалист, прочитав книгу, взялся за исследование, опровергающее идеи автора книги, то результат этой деятельности, с точки зрения автора книги, вряд ли может быть назван эффективным, тогда как, с точки зрения специалиста, он достаточно эффективен. Эта ситуация демонстрирует наглядно научную дискуссию, касающуюся проблем правового регулирования экономических отношений, которая возникла между приверженцами «цивилистической» и «хозяйственно-правовой» концепций, характерной в свете сегодняшнего дня. В этом диалоге явно проявляется отсутствие понимания с каждой стороны. Научная деятельность всегда происходит на базе множества уже имеющихся, возникающих и изменяющихся теорий (точек зрения). Результаты такой научной деятельности, в свою очередь, изменяют и порождают другие теории (точки зрения). Множественность различных теорий имеет свойство развития вширь, а не вглубь. При такой динамике процесса научного обсуждения неэффективности норм ХК Украины дискуссия между представителями двух концепций может иметь постоянную незавершенность. Диалог оказывается невозможным, если его участники включают доводы собеседника в свой фиксированный и привычный набор смыслов или, наоборот, стараются полностью воспринять способ восприятия правовой действительности, характерный для собеседника, не подвергая его оценке. Выход просматривается не в объединении тех или иных теорий в соответствующие направления с указанием их приверженцев и последователей. На наш взгляд, конструктивным является подход, используемый в психологии, который включает в себя «выход за пределы», так называемого, «привычного» как для хозяйственников, так и для цивилистов. Он позволит обнаружить какие-то общие моменты, необходимые для разрешения проблемных вопросов между представителями обеих концепций. Первым шагом является выявление и систематизация того, что есть «непривычным» для понимания как сторонников хозяйственно правовой концепции, так и цивилистов, а также сравнение с тем, что является «привычным» при анализе и изучении



правовых явлений для каждого из них. Второй шаг должен быть направлен на приведение в соответствие «непривычного» или «чуждого» пониманию одной из сторон с являющимся для этой стороны понятным, традиционным. Можно предположить, что, найдя такую точку опоры, мы сможем перевернуть мир и понять друг друга.

Первоначально для поиска единых критериев необходимы концептуальные понятия, от которых можно оттолкнуться. Осознание того, что все нормы права находятся в системной взаимосвязи и взаимозависимости, т. е. входят в соответствующую систему, является для юристов аксиомой. Всякой системе, не зависимо от того, какие объекты или явления составляют ее содержание, свойственна определенная структура, и это также оспариванию не подлежит. Кодификационный нормативно-правовой акт в этом смысле не есть исключение. Проведя глубокий теоретический анализ юридической систематизации законодательства, кодификации, создания Свода законов, А. Чашин приходит к выводу о том, что кодификационный нормативный правовой акт должен обладать следующими признаками: 1) высокой целостностью и внутренней согласованностью; 2) иметь структурное деление на части, среди которых обязательно выделяется общая часть; 3) для него должна быть характерна внешняя стабильность; 4) он должен быть наделен приоритетом в структуре законодательства того же уровня [4, с. 63].

Исследуя ХК Украины через призму указанных критериев, присущих только кодифицированному нормативно-правовому акту, можно констатировать отсутствие в нем высокой целостности и внутренней согласованности, а также структурного деления на общую и особенную части. Критерии внешней стабильности и приоритета также далеки от идеала. В связи с чем, этот нормативный документ нельзя назвать кодексом.

Обобщенное мнение практикующих юристов сводится в целом к высказыванию – ХК Украины представляет собой атавизм на теле правосудия. Более того, он характеризуется изобилием бланкетных норм, отсылающих к специальному законодательству, и в этом смысле является бесполезным,

мертвым нормативным актом. По мнению отечественных цивилистов, ХК Украины, не просто не эффективен, он вреден [5, с. 55–60].

При этом противников деятельности по систематизации создаваемого обществом нормативного материала среди цивилистов нет. Процесс систематизации национального законодательства продолжается. Деятельность по систематизации законодательства занимает не последнее место в государственной политике (ст. ст. 85, 92 Конституции Украины). Систематизация законодательства представляет собой деятельность, направленную на упорядочение и усовершенствование нормативно-правовых актов, соединение их в определенную внутренне согласованную систему. Систематизация нормативно-правовых актов предполагает использование разнообразных приемов и способов законодательной техники. Комбинации из приемов и способов, присущих юридической технике, позволяют выделить несколько видов систематизации: 1) инкорпорация, консолидация и кодификация; 2) инкорпорация и кодификация, при этом консолидация рассматривается как высший уровень инкорпорации; 3) инкорпорация, консолидация, кодификация и учет нормативных актов. Исследуя на теоретическом уровне юридическую систематизацию, анализируя точки зрения ученых по данному вопросу, А. Чашин приходит к следующему выводу: «Среди указанных точек зрения относительно количества видов систематизации верной необходимо признать позицию группы авторов, классифицирующих систематизацию с выделением в качестве ее видов учета правовых актов, инкорпорации, консолидации и кодификации. Верность такой позиции убедительно доказана рядом научных исследований сторонников этой точки зрения» [4, с. 35].

Можно было бы предположить, что сторонники хозяйственно-правовой концепции являются приверженцами иной классификации, которая включает в себя деление на два вида: кодификацию и инкорпорацию. Однако эта гипотеза не находит своего подтверждения, т. к. в учебнике «Хозяйственное право» изложена позиция о том, что общепризнанной является классификация видов систематизации, включа-

ющая кодификацию, инкорпорацию и консолидацию, а также упоминается учет нормативных актов как самостоятельный вид (форма) систематизации [6, с. 53].

В таком случае, ставя перед собой цель, направленную на упорядочение и совершенствование правовых норм, т. е. проведение систематизации, и выбор среди существующих видов кодификацию, разработчики ХК Украины должны были учитывать ее существенные признаки, ограничивающие ее от иных видов систематизации: учета, инкорпорации и консолидации. «Кодификация, – по мнению известного ученого Д. Керимова, – предполагает такое упорядочение законодательного материала, которое направлено на его переработку путем исключения вторичных, противоречий, восполняет пробелы, преобразования характера и направленности материала. Тем самым в максимальной мере обеспечивается внутренняя согласованность, целостность, системность и полнота правового регулирования соответствующих общественных отношений» [7, с. 84]

Произведя анализ существенных отличий кодификации от прочих видов систематизации, А. Чашин дает следующую дефиницию кодификации, как вида «... систематизации законодательства, в процессе которого нормотворческий орган все выбранные внешне и внутренне обработанные нормативные правовые акты заменяет одним новым с одновременной возможностью кардинального изменения правовой материи путем изменения норм права», далее – «значение кодификации заключается в достижении целей систематизации законодательства на качественно новом уровне» [4, с. 51].

По мнению цивилистов, ХК Украины кардинально ничего не изменил, т.к. не вышел на качественно новый уровень, не добился концентрации правовых предписаний и системообразующих начал кодифицируемых институтов, а соответственно, не решил задачи, стоящие перед кодификацией.

Настоящая статья является еще одним исследованием в развитии этого положения, в рамках которой представляется возможным рассмотреть лишь некоторые моменты, связанные с регулированием отдельных видов хозяйственных обязательств, являющихся,



на наш взгляд, ярким примером всего вышесказанного.

ХК Украины содержит раздел IV, посвященный регулированию хозяйственных обязательств и имеющий соответствующее название – «Хозяйственные обязательства». В него входят главы, которые озаглавлены таким образом: глава 19 «Общие положения о хозяйственных обязательствах», глава 20 «Хозяйственные договоры», глава 21 «Цены и ценообразование в сфере хозяйствования», глава 22 «Исполнение хозяйственных обязательств. Прекращение обязательств» и глава 23 «Признание субъекта предпринимательства банкротом». Следующий раздел V посвящен «Ответственности за правонарушения в сфере хозяйствования».

Подробное описание названий раздела IV и входящих в него глав, призванных регулировать хозяйственные обязательства, является для цивилиста частично не совсем понятным с точки зрения структуры ХК Украины. Те отношения, которые урегулированы нормами права и нашли свое отражение среди отдельных видов обязательств, ХК Украины вообще не содержит. Однако такие договорные обязательства, как поставка, контрактация сельскохозяйственной продукции, страхование и иные, отнесены законодателем в раздел VI «Особенности правового регулирования в отдельных отраслях хозяйствования». Если следовать логике разработчиков ХК Украины, то все, что касается обязательств, нашло свое закрепление в главе IV «Хозяйственные обязательства». Однако и на этом этапе возникает непонимание, а вслед за ним масса вопросов. Одним из таковых можно считать вопрос о месте правовых норм, регламентирующих институт неплатежеспособности (банкротства), в структуре норм ХК Украины в целом как кодификационного нормативно правового акта, так и института обязательства в частности. Исследование института неплатежеспособности (банкротства) и непосредственно его структуры, представленное в ХК Украины, возможно, поможет найти ответ на поставленный вопрос.

Глава 23 «Признание субъекта предпринимательства банкротом» в ХК Украины представлена семью статьями (ст. ст. 209–215), семь из которых

имеют статус бланкетных норм. Специальным законом применительно к данному виду правоотношений является Закон Украины «Про восстановление платежеспособности должника или признание его банкротом» в редакции от 22.12.2011 г.

Философия этого нормативного акта четко сформулирована в его названии. Законодатель, устанавливая порядок и условия восстановления платежеспособности должника, отдает пальму первенства непосредственно восстановлению платежеспособности субъекта хозяйственной деятельности путем применения соответствующих мер, направленных на сохранение «жизнедеятельности» должника, способного выполнить обязательства перед кредиторами. Если предпринятые меры, которые были направлены на восстановление платежеспособности должника, не достигли своего результата, только в таком случае законодатель ставит вопрос о том, что должник может быть признан банкротом. Только тогда его имущественные активы подлежат полной распродаже с целью удовлетворения требований кредиторов. Следовательно, закон имеет своей целью сохранение субъекта хозяйственной деятельности и восстановление его платежеспособности для продолжения стабильного функционирования экономики.

Философия ХК Украины проявляется также в названии главы 23 – «Признание субъекта предпринимательства банкротом», которое явно свидетельствует о том, что ХК Украины имеет своей целью ликвидацию должника в процедуре банкротства. Специальный закон первоочередное внимание уделяет не собственно банкротству, а выплатам кредиторам, провозглашая принцип «равного отношения к кредиторам» (“the principle of equal treatment between the creditors”). В этом смысле важным является понимание логики законодателя, которая свидетельствует о различных целях двух связанных между собой нормативно-правовых актов. Цель – категория, характеризующая сознательную деятельность людей. В случае, когда цели не совпадают, это влечет к разрыву в системе правовых норм разных уровней, отсутствию взаимосвязи между ними.

Такое несовпадение целей ХК Украины и Закона Украины «Про восстанов-

ление платежеспособности должника или признание его банкротом» имеет под собой историческую подоплеку. Первое нормативное закрепление такого рода отношений произошло в 1992 г., в связи с принятием Закона Украины «О банкротстве». В нем законодатель установил специальную процедуру рассмотрения дел финансово несостоятельных предприятий. Суть этого Закона сводилась к ликвидации предприятий. Он не решал вопросов финансового оздоровления предприятий. Его задачей было понудить должника рассчитаться с кредиторами по принципу «цель оправдывает средства», даже в ущерб производству. Закон был не идеален и неэффективен, поэтому в 1999 г. был принят новый Закон Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом». Основной идеей нового Закона явилось сохранение хозяйствующего субъекта путем применения к нему специальных реабилитационных процедур.

Исторический экскурс может что-то прояснить, однако не может оправдать уровень законотворческой культуры разработчиков ХК Украины, важнейшим элементом которой является язык. В своей работе «Правотворчість: теоретичні та логічні засади» В. Ковальский и И. Козинцев пишут: «Слово – исходный «строительный» материал законотворчества и нормотворчества в целом. Оно выступает как способ передачи мысли, идей законодателя. С помощью слов создается текст права, материализуясь в определенную форму и правовые нормы. Лингвистическая наука особенно предостерегает от неточного или ошибочного словоупотребления в правовых предписаниях» (перевод наш – Л. П.) [8, с. 46]. На наш взгляд, свое веское слово относительно законодательного языка высказал Д. Керимов: «Не менее важным требованием, предъявляемым к законодательному языку, является его точность, вследствие чего достигается максимальная четкость выражения мысли, позиции и цели законодателя. Это то специфическое требование, которое является предпосылкой выполнения велений закона, исключаящее его произвольное толкование и реализацию. Едва будет преувеличением сказать, что точность законодательного текста



отнодь не менее, а скорее более важна, чем даже в сфере точных наук. Закон должен выражать мысль, идею, устремления законодателя максимально точно, исключать двусмысленность и искажения. В тексте закона каждая фраза должна быть отчеканена с абсолютной определенностью» [7, с. 68]. Следовательно, устремления разработчиков ХК Украины, их мысли и идеи были и остаются сосредоточенными на ликвидации субъектов хозяйствования, в отличие от специального закона. Цели двух правовых актов направлены в диаметрально противоположные стороны, что свидетельствует об отсутствии единства и логики между «общими», но, по сути, бланкетными нормами ХК Украины и специальным Законом «Про восстановление платежеспособности должника или признания его банкротом». Этот факт изначально подчеркивает ущербность ХК Украины, а следовательно, и его антиэффективность.

При более детальном изучении норм специального закона и норм ХК Украины применительно к рассматриваемому нами институту восстановления платежеспособности или признания банкротом создается полное ощущение механического использования норм, содержащихся в специальном законе, для нужд ХК Украины. Механистический подход предусматривал дублирование норм специального закона в соответствующей главе ХК Украины без какой-либо определенной системы. Дублирование норм, с одной стороны, никоим образом не повышает эффективность правового регулирования соответствующих отношений, с другой – еще раз свидетельствует об отсутствии какой бы то ни было систематизации и структуры.

Применение системного подхода является не простой формализацией, а научным базисом, синтезом достигнутых знаний. Главное назначение системного подхода заключается в построении целостной картины для понимания института банкротства, в отыскании общих принципов функционирования данного института, в степени упорядоченности правовых норм и устранения пробелов. Применяя такую научную основу, возрастает качество эффективности правовых норм. «Кодификация, – пишет Д. Керимов, – является тем же самым законот-

ворчеством. Но в отличие от текущего законодательства, создающего отдельные законодательные акты по тем или иным проблемам, кодификация упорядочивает значительную часть уже существующего и действующего законодательства, как правило, его изменяя, дополняя и преобразуя» [7, с. 84]. Преобразования в процессе кодификации правовых норм, регулирующих условия и порядок восстановления платежеспособности должника или признания его банкротом и применения ликвидационной процедуры с целью полного или частичного удовлетворения требований кредиторов, должны строиться на научно выверенных признаках, с учетом того, что кодификация считается наиболее сложной и совершенной формой систематизации.

ХК Украины не упорядочил существующее законодательство, регулирующее институт неплатежеспособности, и не преобразовал его, не вывел из него определенную систему и не построил соответствующую структуру. В свою очередь, Закон Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом» имеет такие особенности, на которые должны были бы обратить внимание разработчики Кодекса.

Своеобразие Закона определяется, прежде всего, тем, что в него включены нормы как материального, так и процессуального права, что делает этот Закон особенным. По мнению Б. Полякова, «это ведет к тому, что нереально отделить одну норму от другой» [6, с. 528]. Следовательно, разработчики должны были ставить первоначально перед собой вопрос о возможности и допустимости включения такого специфического института неплатежеспособности, в котором сосуществуют нормы и материального, и процессуального права, которые практически невозможно отделить одну от другой, в рамки ХК Украины, содержащего нормы материального права.

Таким образом, размещение норм, которые неразрывно включают в себя нормы как материального, так и процессуального права, присущие институту неплатежеспособности, среди норм ХК Украины, тем более среди норм ХК Украины, тем более среди обязательств вносит определенные искажения правовой действительности и создает псевдопонимание этого инсти-

тута. Институт неплатежеспособности, с присущими ему материально-процессуальными особенностями, не вписывается в систему ХК Украины как кодекса, содержащего нормы материального права, ни с точки зрения логики, ни с точки зрения практики.

Сторонники цивилистической концепции стоят на позициях понимания системы законодательства через общее и специальное. Следовательно, общей нормой выступает ГК Украины, а специальной – Закон Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом». ГК Украины предусматривает общую процедуру ликвидации юридического лица по инициативе собственника. Причем, структурно в ГК Украины эта статья расположена в общей части гражданского права, в подразделе 2 «Юридическое лицо», в главе 7 «Общие положения о юридическом лице», в ст. 110 «Ликвидация юридического лица». Специальное законодательство применяется в случае, если стоимость имущества юридического лица является недостаточной для удовлетворения требований кредиторов. В таком случае юридическое лицо осуществляет все необходимые действия, установленные законом, о возобновлении платежеспособности или признании банкротом. Корреспондирующую норму содержит и Закон Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом», в частности ст. 95, которая регламентирует дальнейшие действия должника. Такое сочетание общего и специального демонстрирует понятное и эффективное сочетание норм. При этом нормы ХК Украины не используются на практике, остаются лишними, ненужными, а значит неэффективными.

Практика, являющаяся критерием истинности, подтверждает наши гипотезы. В своем информационном письме от 28.03.2013 г. № 01-06/606/2013 Высший хозяйственный суд Украины (ВХСУ), в связи с вступлением в силу Закона Украины «О внесении изменений в Закон Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом» от 22.12.2011 г., в котором изложен в новой редакции Закон Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его бан-



кромом», обращая внимание на новые положения Закона, ни разу не сослался на ХК Украины. Подтверждением этому могут служить многочисленные решения хозяйственных судов, в которых отсутствуют ссылки на ХК Украины. Перечисление таких решений не оправдано в рамках статьи, однако достаточно, если зайти в единый государственный реестр судебных решений.

Вышеизложенное показывает еще одну черту, подчеркивающую своеобразие Закона, которая заключается в том, что Закон «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом» имеет *приоритет* перед иными законодательными актами Украины в регулировании отношений, связанных с банкротством субъектов предпринимательской деятельности. Это положение содержится в ч. 2 ст. 2 Закона Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом», где сказано, что Закон имеет приоритет перед иными законодательными актами при регулировании вопросов, связанных с банкротством субъектов предпринимательской деятельности, кроме случаев, предусмотренных самим Законом. Высший хозяйственный суд Украины в своем информационном письме от 28.03.2013 г. № 01-06/606/2013 прокомментировал это положение Закона таким образом, что в случае, когда при рассмотрении дела будет установлено, что нормами отдельных законодательных актов соответствующие правоотношения урегулированы по-иному, чем в Законе, то применению подлежит нормы Закона. Исключения из этого правила устанавливаются самим Законом, например, банкротство банков, эмитентов ипотечных облигаций.

В тексте Закона Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом» встречаются ссылки на такие законодательные акты, как Хозяйственно-процессуальный кодекс Украины – 12 раз, Налоговый кодекс Украины – 3 раза, Закон Украины «Об оценке имущества, имущественных прав и профессиональную оценочную деятельность в Украине» – 5 раз, Земельный кодекс Украины – 2 раза, Закон Украины «О предотвращении и противодействии коррупции» – 2 раза, Закон Украины «О банках и банковской

деятельности», Закон Украины «Об ипотечных облигациях», Закон Украины «О введении моратория на принудительную реализацию имущества», Закон Украины «О государственной регистрации физических лиц и юридических лиц-предпринимателей», Закон Украины «О международном частном праве», Закон Украины «Об акционерных обществах», Закон Украины «Об исполнительном производстве», Закон Украины «О судебном сборе», Закон Украины «О лицензировании отдельных видов хозяйственной деятельности», Закон Украины «О страховании», Закон Украины «О мерах, направленных на обеспечение устойчивого функционирования предприятий топливно-энергетического комплекса», Закон Украины «О государственной тайне», Закон Украины «О Государственном бюджете», Гражданско-процессуальный кодекс Украины – 1–2 раза, упоминается законодательство о труде и занятости населения. Учитывая приоритетное положение Закона и тот факт, что ХК Украины все же содержит нормы, касающиеся института неплатежеспособности, Закон в своих конечных и переходных положениях внес изменения в ч. 1 ст. 210 ХК Украины, таким образом, упомянув ХК Украины. Сторонники хозяйственно-правовой концепции могут мотивировать этот факт приоритетным положением норм Закона, по соотношению с иными законами, но не с ХК Украины, имеющих статус (по их мнению) общих норм. Однако, используя в своем арсенале взятые и продублированные из Закона нормы, ХК Украины отсылает обратно к Закону. При условии, если ГК Украины является общей нормой и это, как мы видели выше, подтверждается законодателем, а Закон является специальным актом, такое дублирование с отсылкой, какое содержится в ХК Украины, с демонстрацией своего кодификационного преимущества перед Законом, напоминает детскую игру в «испорченный телефон» и выглядит не убедительно.

Глава 23 ХК Украины, не имея основ, принципов, т. е. главного применительно к институту неплатежеспособности, представляется набором какой-то информации. Исходя из положений Закона «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом» такие спе-

циальные принципы, присущие институту неплатежеспособности, вывести можно, а именно: сохранение хозяйствующего субъекта при возможности восстановления платежеспособности, ликвидация имущества должника при невозможности сохранения субъекта хозяйствования с целью справедливого и организованного погашения требований кредиторов, государственное регулирование процедуры банкротства и т. п.

Действительно, минимальным условием для понимания тех или иных общественных отношений является осознание цели этих общественных отношений, а наиболее полным пониманием можно считать осознание принципов, которые ведут к воплощению этой цели. Принципы права как особые юридические конструкции могут фиксироваться в действующем законодательстве как прямо в виде норм-принципов, так и опосредованно – отражая принципы-идеи [9, с. 245]. Концептуальное видение института банкротства в свое время предложил для будущего ХК Украины известный правовед Б. Поляков: «В таком кодексе структура института банкротства выглядела бы так: общие положения – цели и задачи, основы и принципы; участники; основания инициирования процедуры банкротства; правовые последствия процедуры банкротства; удовлетворение требований кредиторов; процедура распоряжения имуществом; процедура восстановления платежеспособности должника – санация и мировое соглашение; процедура ликвидации; правовые последствия признания должника банкротом; ликвидация имущества должника; основания прекращения процедуры банкротства...» [6, с. 529–530]. К сожалению, мнение специалиста высоко класса осталось без внимания.

И сегодня нормы, посвященные институту неплатежеспособности, зафиксированные в ХК Украины, напоминают отдельные детали конструктора, не имеющие инструкции по сборке. Они не направлены на достижение результата. Они лишь отсылают к инструкциям, содержащимся в других конструкторах, в которых есть свои детали, а эти – являются лишними, а значит, неэффективными.



Вообще, когда речь идет об эффективности, следует различать понятия эффективности и эффекта, содержание которых часто смешивают. Эффектом обладает любое взаимодействие, как материальное, так и информационное. Эффектом является результат этого взаимодействия, изменение в структуре систем после их взаимодействия. Эффективностью же обладает не всякое взаимодействие, а лишь целенаправленное, т. е. деятельность субъектов, направленная на достижение цели. ХК Украины, создав определенный эффект в обществе, эффективностью при этом не обладает, так же как, например, пожар является не эффективным, в отличие от поджога.

Остановимся еще на одном моменте, а именно ст. 215 ХК Украины «Ответственность за нарушение законодательства о банкротстве». Она касается фиктивного банкротства, сокрытия банкротства и доведения до банкротства. Указанная статья дает определения перечисленным действиям и предусматривает уголовную ответственность за такие действия, со ссылкой на закон. При этом 15.11.2011 г. Верховная Рада Украины приняла Закон Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно гуманизации ответственности за правонарушения в сфере хозяйственной деятельности», в силу которого часть статей, содержащихся ранее в Уголовном Кодексе Украины, были перенесены в Кодекс Украины про административные правонарушения, а также были изменены санкции этих статей. Это касается фиктивного банкротства и незаконных действий в случае банкротства. В Уголовном кодексе осталась ст. 219 «Доведение до банкротства». На первый взгляд обычная ситуация. Примечательно в данном случае то, что сам законодатель, внося изменения в нормативно-правовые акты, обычно приводит иные акты в соответствие с принятыми. Акцент, в первую очередь, делается на кодификационных нормативных актах. Законодатель не внес в ХК Украины соответствующие изменения, поэтому он до сих пор предусматривает уголовную ответственность за сокрытие банкротства и фиктивное банкротство. Данный факт, на наш взгляд, красноречиво показывает об отсутствии у законодателя

мотивов вносить изменения в нормативный документ, который не регулирует такие общественные отношения.

Выводы. В заключении можно отметить, что такие «многообещающие» нормы, содержащиеся в ХК Украины, в рамках института неплатежеспособности не являются, в конечном счете, серьезно обоснованными. И речь в данном случае не идет о том, чтобы защищать определенный круг людей, с присущими им цивилистическими традициями. Экономические процессы – естественные явления действительности. Экономическое законодательство при этом призвано обеспечивать необходимый уровень рыночных отношений через универсальность и единство всей совокупности гражданских правоотношений в разных сферах деятельности, в том числе и хозяйственной (предпринимательской). Поиск системы, способной обеспечить наибольшее благополучие для всех, увенчался принятием Гражданского кодекса Украины, который консолидировал нормы, ранее разбросанные в разнообразных нормативных актах. Гражданский кодекс Украины имеет свою структуру, и, благодаря ей, у правоприменителей не возникает глобальных вопросов. Нормы систематизированы и выполняют свою функцию по регулированию общественных отношений. Именно этим требованиям не отвечает Хозяйственный кодекс Украины. Анализ предложенного правового института убедительно подтверждает данный вывод. Содержащиеся в Хозяйственном кодексе Украины нормы являются декларативными, они не отвечают требованиям ни с точки зрения оптимальности ее применения на практике, ни с точки зрения высокого уровня правосознания. В свою очередь, это говорит о неэффективности таких норм. Таким образом, речь идет о том, что право должно быть, прежде всего, «юридически экономичным», а не «экономически юридическим».

Список использованной литературы:

1. Мамутов В.К. Хозяйственно-му кодексу Украины – десять лет / В.К. Мамутов // Международная научно-практическая Интернет-конференция «Экономико-правовые исследова-

ования в XXI веке» [Электронный ресурс]. – Режим доступа : hozpravo.com.ua/conferences/uchastnik/index.php?ELEMENT_ID=666;

2. Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. проф. А. Довгерта. – К. : Український центр правничих студій, 2000. – 336 с.

3. Рабінович П. Ефективність юридичних норм: загальнотеоретично-поняттєвий інструментарій дослідження / П. Рабінович // Вісник Академії правих наук України. – 2008. – № 1 (52). – 309 с.

4. Чашин А.Н. Теория юридической систематизации / А.Н. Чашин. – М. : Дело и Сервис, 2010. – 208 с.

5. Спасибо-Фатеева И.В. Последняя попытка расшифровать «код Да Винчи», т. е. Хозяйственный кодекс Украины / И.В. Спасибо-Фатеева // Юридичний радник. – 2006. – № 2. – С. 55–60.

6. Хозяйственное право : [учебник] / [В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, К.С. Хахулин и др.] ; под ред. В.К. Мамутова. – К. : Юриком Интер, 2002. – 912 с.

7. Керимов Д.А. Законодательная техника : [научно-методическое и учебное пособие] / Д.А. Керимов. – М. : НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА), 2000. – 127 с.

8. Ковальський В.С. Правотворчість: теоретичні та логічні засади / В.С. Ковальський, І.П. Козінцев. – К. : Юриком Інтер, 2005. – 192 с.

9. Кузнецова О.А. Нормы-принципы российского гражданского права / О.А. Кузнецова. – М. : Статут, 2006. – 269 с.



ФОРМА ДОГОВОРА НАЙМА ЗДАНИЯ ИЛИ ДРУГОГО КАПИТАЛЬНОГО СООРУЖЕНИЯ

Илья ПОЗОВ,

ассистент кафедры гражданского права
Национального университета «Одесская юридическая академия»

Summary

The thesis is devoted to the research of the form of contract of lease a building or other capital facility. In this thesis on the ground of the current legislations and practice of its application the attitudes are analysed, which arise at the concluding, fulfilment and discontinuance of the lease arrangements. The author gives the definition of the object of this contract, defines building and other capital facilities. The concept of a subject and object of the agreement is clarified; the contents and legal nature of the contract of lease, their essential conditions, legal status of the participants of contractual legal relationships, responsibility of the parties for default or inadequate fulfilment of the lease arrangements of state and municipal property are analysed. The author has revealed the disadvantages in the legal regulation of the contract of lease a building or other capital facility and has formulated some propositions on elimination and perfection of civil legislation in this field.

Key words: contract of lease a building or other capital facility, lease, lease obligation, lessor, lessee.

Аннотация

Статья посвящена исследованию формы договора найма здания или другого капитального сооружения. Определяются особенности нотариального удостоверения договора найма здания или другого капитального сооружения, а также государственной регистрации прав на недвижимое имущество, из него возникающих. Выявлены недостатки в правовом регулировании договора найма здания или другого капитального сооружения, внесены предложения по их устранению и совершенствованию действующего законодательства, регулирующего общественные отношения в этой области.

Ключевые слова: договор найма здания или другого капитального сооружения, аренда, арендное обязательство, наймодатель, наниматель.

Постановка проблемы. В современных условиях хозяйствования аренда здания или другого капитального сооружения (их отдельной части) получила широкое распространение в имущественных отношениях субъектов хозяйствования. Это связано с быстрым развитием субъектов малого и крупного предпринимательства, для которых приобретение в собственность помещения для размещения собственного бизнеса является невозможным в связи с высокими ценами на недвижимое имущество и невозможностью обеспечения кредита на его приобретение. Поэтому аренда здания или другого капитального сооружения для субъектов хозяйствования является оптимальным вариантом получения недвижимости для осуществления хозяйственной деятельности.

Следует отметить, что нормативно-правовые акты, регулирующие отношения, возникающие из договора найма здания или другого капитального сооружения (далее – договор найма здания (сооружения)), нуждаются в совершенствовании. В частности, о возможности распространения норм о найме зданий (сооружений) на отношения по аренде нежилых помещений, находящихся

внутри здания (сооружения), распространение правовых норм по найму зданий (сооружений) на отношения по аренде объектов незавершенного строительства, регулирования государственной регистрации прав, возникающих из договоров найма зданий (сооружений). Вышеизложенным обусловлены актуальность и целесообразность данного исследования.

Теоретической основой исследования являются труды Д.И. Мейера, В.А. Умова, К.П. Победоносцева, К.В. Змирлова, Е.Д. Шершеневича, И.Б. Новицкого, М.И. Брагинского, В.В. Витрянского, А.В. Дзеры, О.С. Иоффе, А.А. Красавчикова, Е.А. Суханова, Ю. К. Толстого, А.П. Сергеева, А.Г. Дорошковой, А.В. Ерш, Л.Т. Кокоевой, М.Е. Мещеряковой, Е.О. Харитонова, Н.М. Хуторян и др.

Актуальность темы. Научные исследования по вопросам договора найма зданий (сооружений) осуществлялись представителями науки гражданского права – М.И. Брагинским, В.В. Витрянским, А.В. Ерш, В.В. Луцем, В.В. Мусиенко, И.С. Перетерским и др. В работах указанных исследователей рассматривались отдельные вопросы ис-

следуемой темы, однако комплексное исследование договора найма зданий (сооружений) не осуществлялось.

Целью статьи является определение особенностей формы договора найма зданий (сооружений), а также формулирование предложений по совершенствованию правового регулирования договора найма здания (сооружения) по действующему Гражданскому кодексу Украины (далее – ГК Украины) и рекомендаций по устранению проблем в правоприменительной практике.

Изложение основного материала исследования. В соответствии с ч. 4 ст. 203 ГК Украины, сделка должна совершаться в форме, установленной законом. Договор найма здания или другого капитального сооружения (их отдельной части) заключается в письменной форме (ч. 1 ст. 793 ГК Украины). Договоры, которые должны заключаться в письменной форме, могут заключаться, в частности, путем обмена письмами, телеграммами, телетайпограммами, телефонограммами, радиogramмами, средствами электронной связи и т. д. с подписями сторон, которые их отправляют. Если другой стороной отрицается



получение ею соответствующего документа, заинтересованная сторона обязана подать соответствующие доказательства его направления по почте или другим предусмотренным законом или договором средством связи; в случае непредставления таких доказательств у суда отсутствуют основания для вывода о соблюдении сторонами письменной формы договора. В случае несоблюдения сторонами письменной формы сделки для выяснения факта ее заключения и содержания следует исходить из предписаний ч. 2 ст. 205 ГК Украины; поведение сторон, свидетельствующее о направленности их воли на наступление соответствующих правовых последствий, может подтверждаться письменными доказательствами и объяснениями сторон. Нарушение требований закона о заключении сделки в письменной форме является основанием для признания ее недействительной лишь в случае, когда это прямо предусмотрено законом, в частности ст. ст. 547, 719, 981, 1055, 1059, 1107, 1118 ГК Украины и др. (п. 12 Постановления Пленума Верховного Суда Украины «О судебной практике рассмотрения гражданских дел о признании сделок недействительными» [1] от 06.11.2009 р. № 9).

Следует иметь в виду, что с 01.01.2013 г. вступили в силу изменения в ГК Украины, внесенные Законом Украины «О внесении изменений в Закон Украины «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и их ограничений» и другие законодательные акты» [2] № 1878-VI (1878-17) (далее – Закон № 1878-VI (1878-17)). Данным Законом № 1878-VI (1878-17), в частности, в новой редакции изложена ч. 3 ст. 640 и ст. 794 ГК Украины, в соответствии с которой договор найма здания или другого капитального сооружения (их отдельной части) подлежит нотариальному удостоверению, является заключенным со дня такого удостоверения, а государственной регистрации подлежит право пользования недвижимым имуществом, которое возникло на основании договора найма здания или другого капитального сооружения (их отдельной части).

Договор найма здания или другого капитального сооружения (их отдельной части) сроком на три года и более подлежит нотариальному удостоверению (ст. 793 ГК Украины). Установленное в ст. 793 ГК Украины правило относительно обязательности нотариального удостоверения договора найма здания (сооружения), который заключен на срок от трех лет, является новым для гражданского законодательства Украины. В ГК УССР 1963 г. имели место положения об обязательном нотариальном удостоверении лишь определенных видов договоров, объектом которых выступала недвижимость. Обязательное нотариальное удостоверение предполагалось по договору купли-продажи жилого дома (части дома) (ст. 227 ГК УССР 1963 г.), договора дарения жилого дома (ст. 244 ГК УССР 1963 г.), а также пожизненного содержания (ст. 426 ГК УССР 1963 г.). Кроме того, обязательная нотариальная форма договоров была предусмотрена в отношении приватизации индивидуально-определенных объектов недвижимости (ст. 29 Закона Украины «О приватизации государственного имущества» [3] от 04.03.1992 г., ст. 20 Закона Украины «О приватизации небольших государственных предприятий (малой приватизации)» [4] от 06.03.1992 г.) и др.

Удостоверение договоров найма здания (сооружения) производится по местонахождению имущества или по месту регистрации одной из сторон договора (абз. 1 подпункта 3.2 п. 3 гл. 5 раздела II Порядка совершения нотариальных действий нотариусами Украины [5] (далее – Порядок).

При удостоверении договора о найме зданий, других сооружений (их частей), принадлежащих физическим и юридическим лицам на праве собственности, нотариус требует для осмотра правоустанавливающий документ о принадлежности наймодателю имущества, сдаваемого в найм (подпункт 3.3 Порядка).

По желанию сторон в тексте договора найма здания (сооружения) указываются размер земельного участка, который передается нанимателю (пользователю), и условия

пользования им. В подтверждение права собственности нотариус может потребовать у наймодателя правоустанавливающий документ на земельный участок (подпункт 3.4 Порядка). Заверяя договора о найме здания, другого капитального сооружения (их отдельных частей), нотариус разъясняет сторонам содержание ст. 796 ГК Украины о необходимости государственной регистрации прав на объект недвижимого имущества в соответствующем органе государственной регистрации по месту расположения такого объекта (подпункт 3.5 Порядка).

При заключении упомянутых договоров наймодатель (арендодатель) обязан сообщить нанимателя (арендатора) про все права третьих лиц на имущество, передаваемое в аренду (подпункт 3.6 Порядка).

Если договор подписывается руководителем юридического лица, необходимо также предоставить решение собственников о назначении лица руководителем, а также паспорт для удостоверения личности руководителя. Если такой договор подписывается представителем юридического лица, такое лицо должно иметь соответствующую доверенность. Доверенность на подписание договоров найма, которые подлежат нотариальному удостоверению, также должна быть нотариально заверена, независимо от того, что она выдается от имени юридического лица (ст. 245 ГК Украины).

В соответствии с ч. 3 ст. 640 ГК Украины, договор, подлежащий нотариальному удостоверению, является заключенным со дня такого удостоверения. Таким образом, закон не связывает действие договора найма здания (сооружения) с фактом государственной регистрации права пользования недвижимым имуществом, которое возникает на основании договора найма здания или другого капитального сооружения.

Несоблюдение требований закона о нотариальном удостоверении договора приводит к тому, что договор признается ничтожным (ст. 220 ГК Украины), то есть недействительность установлена законом и признавать его недействительным через суд не требуется (ст. 215 ГК



Украины). Недействительность такого договора влечет за собой возврат сторон к состоянию, предшествовавшему заключению договора, а в случае невозможности такого возврата – возмещение стоимости полученного по договору по ценам, существующим на момент такого возмещения.

Договор найма здания (сооружения) с меньшим сроком заключается в письменной форме без обязательного нотариального удостоверения.

Право пользования недвижимым имуществом, которое возникает на основании договора найма здания (сооружения), заключенного на срок не менее трех лет, подлежит государственной регистрации в соответствии с законом (ст. 794 ГК Украины).

Права на недвижимое имущество и их обременения, которые подлежат государственной регистрации, возникают с момента такой регистрации (ч. 3 ст. 3 Закона Украины «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и их ограничений» [6]). Так, в соответствии с письмом Министерства юстиции Украины от 20.04.2011 г. № 248-0-2-11, следствием отсутствия осуществления обязательной регистрации права на недвижимость или ее отдельные части будет отсутствие прав пользования такой недвижимостью.

В соответствии с п. 2.10 Постановления Пленума Высшего хозяйственного суда Украины «О некоторых вопросах практики применения законодательства об аренде (найме) имущества» от 29.04.2013 г. № 12 (далее – Постановление № 12), предписания ч. 2 ст. 220 ГК Украины не применяются к сделкам, которые подлежали и нотариальному удостоверению, и государственной регистрации, поскольку момент совершения таких сделок, в соответствии со ст. ст. 210 и 640 ГК Украины (в редакции, действующей до 01.01.2013 г.), связывался с государственной регистрацией; соответствующие сделки не являются заключенными и не создают прав и обязанностей для сторон. После отмены требования государственной регистрации сделок (с 01.01.2013 г.) договор най-

ма здания (сооружения) вступает в силу с момента его нотариального удостоверения (при условии, если он заключен на три и более года), а вещные права на недвижимое имущество, которые являются предметом договора, возникают с момента их государственной регистрации.

Однако в некоторых судебных решениях кассационной инстанции отмечается, что договор аренды государственного и коммунального имущества считается заключенным с момента достижения договоренности по всем существенным условиям и подписания сторонами текста договора (ч. 1 ст. 12 Закона Украины «Об аренде государственного и коммунального имущества» [7]) и предписания вышеприведенных статей ГК Украины на правоотношения аренды государственного или коммунального имущества не распространяются; в других – если договор аренды государственного или коммунального имущества подлежит нотариальному удостоверению и государственной регистрации (в частности договор найма здания или другого капитального сооружения (их отдельной части), заключенный на три года и более), то такой договор считается заключенным с момента его государственной регистрации.

Правовую позицию относительно определения договора аренды незаключенным из-за отсутствия нотариального удостоверения и государственной регистрации и правовой невозможности применения реституции как способа защиты гражданских прав в отношении несостоявшейся сделки высказано Высшим хозяйственным судом Украины в Постановлении от 11.05.2010 г. № 5020-1/071-10/015. Суд кассационной инстанции отметил, что реституция применяется только при наличии заключенного договора, который является ничтожным или признанным недействительным, а поскольку договор аренды является незаключенным, то истец не лишен права обратиться с требованиями на основании гл. 83 ГК Украины [8].

Вместе с тем по делу № 5002-25/139-2011 (по иску прокурора города в интересах государства в лице

поселкового совета к физическому лицу-предпринимателю о признании недействительным договора аренды коммунального имущества от 01.03.2008 г. и обязанности ответчика освободить и вернуть помещение) Высший хозяйственный суд Украины в Постановлении от 16.08.2011 г. указал, что в силу положений ч. 1 ст. 210, ч. 3 ст. 640 ГК Украины договор, который подлежит нотариальному удостоверению и государственной регистрации, считается заключенным с момента государственной регистрации, а при их отсутствии договор аренды подлежит признанию недействительным [9].

В ряде постановлений суда кассационной инстанции прослеживается иная правовая позиция, согласно которой, если договор аренды государственного или коммунального имущества сроком более трех лет нотариально не удостоверен и отсутствует его государственная регистрация, но выполняется сторонами в течение определенного срока (имущество было передано по акту приема-передачи, уплачивается арендная плата, производится текущий ремонт помещений), то он не может считаться незаключенным, поскольку, в соответствии с положениями ч. 8 ст. 181 ГК Украины, договор считается незаключенным (несостоявшимся) только в случае, если стороны не достигли согласия по всем существенным условиям хозяйственного договора, поэтому вопрос относительно незаключения договора должен решаться только на стадии заключения хозяйственного договора в случае, если стороны не достигли согласия по всем его существенным условиям, а не по результатам выполнения этого договора сторонами. К тому же положениями специального Закона Украины «Об аренде государственного и коммунального имущества» не предусмотрена обязанность нотариального удостоверения и государственной регистрации договоров аренды, а п. 1 ч. 1 ст. 12 указанного Закона определено, что договор аренды считается заключенным с момента достижения договоренности по всем существенным условиям и под-



писания сторонами текста договора [10]. Также по делу № 5020-6/068 в постановлении от 20.07.2011 г. суд кассационной инстанции указал на правомерность отмены судом апелляционной инстанции решения суда первой инстанции, которым был удовлетворен иск фонда коммунального имущества городского совета к частному предприятию о взыскании задолженности за фактическое пользование имуществом и обязательстве освободить помещение на основании ст. 1212 ГК Украины. Учитывая, что судом апелляционной инстанции установлен факт достижения сторонами согласия по всем существенным условиям договора и его исполнение не отрицается, суд кассационной инстанции указал, что апелляционным хозяйственным судом верно опровергнуты доводы местного хозяйственного суда по его незаконности, поскольку действия сторон (договор и акт приема-передачи имущества подписаны, осуществлена частичная оплата ответчиком арендной платы и других платежей) направлены на наступление реальных правовых последствий, а потому и отсутствуют правовые основания для применения ст. 1212 ГК Украины [11, с. 12].

При осуществлении регистрации прав на недвижимое имущество следует учесть, что моментом возникновения прав на недвижимое имущество, которые подлежат государственной регистрации, является момент их регистрации (регистрации заявления) в Государственном реестре вещных прав на недвижимое имущество. При этом для осуществления регистрации заинтересованное лицо должно подать в орган государственной регистрации прав заявление вместе с документами, подтверждающими возникновение, переход, прекращение соответствующих прав. В соответствии с п. 6 Порядка государственной регистрации прав на недвижимое имущество и их ограничений и Порядка предоставления информации из Государственного реестра прав на недвижимое имущество [13] от 17.10.2013 г. № 868 (далее – Постановление № 868), документы, которые подаются для проведения государствен-

ной регистрации прав, постановки на учет бесхозного недвижимого имущества, должны соответствовать требованиям, установленным законом, настоящим Порядком и другими нормативно-правовыми актами. Также следует отметить, что не подлежат государственной регистрации вещные права и их ограничения на полезные ископаемые, растения, а также на малые архитектурные формы, временные, некапитальные сооружения, расположенные на земельном участке, перемещение которых невозможно без их обесценивания и изменения назначения (абз.7 п. 4 Постановления № 868).

Итак, гражданские права и обязанности в отношениях найма здания (сооружения) возникают на основании соответствующего договора, а потому определенные негативные правовые последствия у сторон таких правоотношений могут возникать как в связи с заключением договора (в частности несоблюдение письменной формы, нотариального удостоверения договора и т. п.), так и в связи с ненадлежащим исполнением (просрочка оплаты за пользование имуществом и т. п.), однако не в связи с отсутствием государственной регистрации такого вещного права [14].

Государственная регистрация прав является обязательной. Информация о праве на недвижимое имущество и его обременении подлежит внесению в Государственный реестр прав (ч. 1 ст. 3 Закона № 1952-IV). Государственная регистрация права пользования (найма, аренды) зданием или другими капитальными сооружениями, их отдельными частями является дополнительной гарантией защиты прав и законных интересов, которые возникают на основании заключенных договоров как в отношениях между сторонами таких правоотношений, так и в отношениях с третьими лицами, в том числе с органами власти [15].

Следует, однако, отметить, что, в отличие от ГК Украины, положения Хозяйственного кодекса Украины (далее – ХК Украины) не требуют нотариального удостоверения и государственной регистрации права пользования недвижимым имуще-

ством, которое возникает на основании договора найма здания (сооружения), независимо от срока, на который заключается договор. Однако в ч. 6 ст. 283 ХК Украины установлено, что «к отношениям аренды применяются соответствующие положения ГК Украины с учетом особенностей, предусмотренных этим Кодексом». Именно эта норма означает, что при заключении субъектами хозяйствования договоров аренды здания (сооружения) на 3 и более года все же следует соблюдать требования ГК Украины относительно нотариального удостоверения таких договоров и государственной регистрации прав.

В связи со сроком, предусмотренным в ст. 794 ГК Украины, для обязательной государственной регистрации прав по договору аренды здания (сооружения) важно отметить некоторые моменты. Так, в случае если договор заключен на срок менее трех лет, но в тексте договора есть слова о том, что если от одной из сторон за определенный срок до окончания срока действия договора аренды не поступит письменного заявления об окончании срока действия договора аренды, то он автоматически пролонгируется (продлевается) на тот же срок, такой договор не считается заключенным на срок более трех лет. Судебная практика считает такой договор заключенным на срок менее трех лет, срок действия которого заканчивается в срок и возобновляется каждый раз заново. Таким образом, права из такого договора не подлежат государственной регистрации.

Аналогичная позиция по этому вопросу высказывается в Постановлении № 12, в котором, в частности, отмечается, что в случае, когда по истечении срока договора найма здания или другого капитального сооружения (их отдельной части) его действие было продлено, что привело к увеличению общего срока пользования арендованным имуществом, который составляет более трех лет, это не может быть основанием для признания такого договора ничтожным в связи с отсутствием его нотариального удостоверения и государственной регистрации, если в



момент заключения такого договора он, в соответствии с ч. 2 ст. 215 ГК Украины, отвечал требованиям ч. 2 ст. 793 и ст. 794 ГК Украины.

В случае, если в результате внесения изменений в договор такое его существенное условие, как срок его действия, сторонами определен больше чем три года (а именно, если дополнительным соглашением соответствующим образом изменяется пункт договора, который предусматривал менее трехлетнего срока), то, по общему правилу, предусмотренному ст. 654 ГК Украины, соответствующая дополнительное соглашение или договор в редакции такой сделки подлежат нотариальному удостоверению, если иное не установлено договором. Таким образом, в случае неоднократной пролонгации договора аренды здания или другого капитального сооружения (их отдельной части) на основании ст. 764 ГК Украины или ч. 2 ст. 17 Закона Украины «Об аренде государственного и коммунального имущества» (срок действия которого меньше трех лет) нет оснований для его нотариального удостоверения и государственной регистрации (п. 2.9 Постановления № 12).

Выводы. Особым образом регулируется форма договора аренды, предусматривающего переход в последующем права собственности на это имущество к арендатору (ст. 705 ГК – договор найма-продажи). Такие договоры должны заключаться в форме, предусмотренной для договора купли-продажи соответствующего имущества. Суть этих требований сводится к тому, что договор аренды недвижимости заключается в письменной форме путем составления единого документа, подписанного сторонами. Переход права собственности на недвижимость по договору продажи недвижимости к покупателю подлежит государственной регистрации.

Список использованной литературы:

1. Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними : Постанова Пленуму Верховного Суду України від

06.11.2009 р. № 9 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09>.

2. Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та інших законодавчих актів України : Закон України від 11.02.2010 р. № 1878–VI // Відомості Верховної Ради України. Офіційне видання. – 2010. – № 18. – С. 549. – Ст. 141.

3. Про приватизацію державного майна : Закон України від 04.03.1992 р. № 2163–XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 24. – Ст. 348.

4. Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію) : Закон України від 06.03.1992 р. № 2171–XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 24. – Ст. 350.

5. Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : Наказ Мін'юсту України від 22.02.2012 р. № 296/5 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 17. – С. 66. – Ст. 632.

6. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень : Закон України від 01.07.2004 р. № 1952–IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 553.

7. Про оренду державного та коммунального майна : Закон України від 10.04.1992 № 2269–XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 30. – Ст. 416.

8. Постанова Вищого господарського суду України від 11.05.2010 № 5020-1/071-10/015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>.

9. Постанова Вищого господарського суду України від 16.08.2011 р. № 5002-25/139-2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>.

10. Постанови Вищого господарського суду України у справах № 5020-3/178, № 5020-6/068 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>.

11. Постанова Вищого господарського суду України від 20.07.2011 р. у справі № 5020-6/068 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>.

12. Постанова Вищого господарського суду України від 20.07.2011 р. у справі № 5020-6/068 [Електронний

ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>.

13. Порядок державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обмежень і Порядок надання інформації з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно : Постанова Кабінету Міністрів України від 17.10.2013 р. № 868 // Урядовий кур'єр. – 2013. – № 229.

14. Лист Міністерства юстиції України від 18.10.2010 р. № 12873-0-26-10-19 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/>.

15. Щодо надання роз'яснення деяких питань законодавства, пов'язаних з державною реєстрацією прав : Лист Міністерства юстиції України від 18.10.2010 р. № 12873-0-26-10-19 // Все про бухгалтерський облік. – 2011. – № 22. – С. 35.



ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВ РЕБЕНКА В УСЛОВИЯХ ВООРУЖЕННОГО КОНФЛИКТА: СОВРЕМЕННЫЕ ВЫЗОВЫ ДЛЯ ОРГАНОВ ВЛАСТИ УКРАИНЫ

Алина ПШЕНИЧНАЯ,
соискатель

Государственного научно-исследовательского института МВД Украины

Summary

The article examines problems of security provided by the 1989 Convention of rights of child in armed conflict. Defined and classified most significant challenges in this area assigned to bodies of state power of Ukraine in connection with carrying out in the territory of Donetsk and Lugansk regions of anti-terrorist operations. Specific examples of attention is focused on violation of such rights as right of child to life, survival and development; the right to protection and care; the right to education. Specific proposals regarding the improvement of mechanism of protection of rights of child in situation, in particular, administrative and legal means.

Key words: child, children's rights, the Convention on rights of child, child rights, armed conflict, anti-terrorist operation.

Аннотация

В статье исследуется вопрос о проблемах обеспечения, предусмотренных Конвенцией 1989 года прав ребенка в условиях вооруженного конфликта. Определены и классифицированы наиболее существенные проблемы и вызовы в указанной сфере, поставленные перед органами государственной власти Украины в связи с проведением на территории Донецкой и Луганской областей антитеррористической операции. На конкретных примерах акцентировано внимание на нарушении таких прав, как право ребенка на жизнь, выживание и здоровое развитие; право на защиту и заботу; право на образование. Сформулированы конкретные предложения относительно усовершенствования механизма защиты прав ребенка в сложившейся ситуации, в частности, административно-правовыми средствами.

Ключевые слова: ребенок, права ребенка, Конвенция о правах ребенка, обеспечение прав ребенка, вооруженный конфликт, антитеррористическая операция.

Постановка проблемы. В условиях современных вооруженных конфликтов в мире ежедневно гибнут и получают увечья тысячи гражданских лиц, в том числе дети, т. е. лица, не достигшие 18-летнего возраста. Из-за особенностей ведения нынешних войн количество смертей некомбатантов превышает количество смертей комбатантов [1]. В соответствии с данными Детского фонда ООН, за последние десять лет по причине вооруженных конфликтов (как из-за боевых действий, так и из-за голода и болезней, спровоцированных последними) около 2 миллионов детей погибли, 6 миллионов были покалечены, около 20 миллионов стали переселенцами и беженцами, не менее 1 миллиона детей осиротели. Неизвестными остаются данные относительно количества детей, удерживаемых в качестве заложников, и тех, которые были похищены или проданы в экономическое или сексуальное рабство. Кроме того, на данный момент около 300 тысяч детей участвуют в вооруженных конфликтах в качестве солдат [2]. Помимо создания атмосферы катастрофы «здесь и сейчас», любой вооруженный конфликт продлевается такими асоциальными явлениями, как нарушение нормаль-

ного хода жизни, разрыв привычных социальных связей, дезинтеграция сообществ, распад семей, то есть, имеет место значительное ухудшение среды пребывания ребенка. Негативными последствиями вооруженного конфликта длительного характера, как правило, являются: физическая и психологическая травматизация значительной части населения, в т. ч. детей; уничтожение семейных и социальных связей; падение уровня жизни; снижение качества образования и здравоохранения; развитие культа оружия, что в последующем может повлечь возникновение новых конфликтов.

До 2014 года обозначенные проблемы не касались Украины. Международно-правовые нормы гуманитарного права работали в правовом поле Украины исключительно в контексте выполнения ею обязательств относительно защиты прав детей-беженцев и детей, ищущих убежища, не являющихся гражданами Украины. Однако, последствия политического и финансово-экономического кризиса, обусловленного проведением антитеррористической операции (АТО) на территории Донецкой и Луганской областей (по сути – вооруженного конфликта) ныне значительно влияют на

проводимую политику в сфере охраны детства, обуславливая приоритетность вопросов сохранения жизни и здоровья детей. Актуальность данной статьи обусловливается необходимостью анализа проблем, связанных с соблюдением прав ребенка в период вооруженных конфликтов, с целью усовершенствования механизма защиты прав ребенка в Украине.

Актуальность темы исследования. Разработчиками общей доктрины действия норм международного гуманитарного права применительно к детям сегодня признаются: Джеральдина ван Бьюрен [3], М.А. К.М. Аль-Нсур [4], Е.И. Вингловская [5], О.М. Старовойтов [6]. Над осмыслением проблематики защиты прав ребенка, как в широком контексте, так и в период вооруженного конфликта, ныне активно работает Н.Н. Крестовская [7]. Высокой степенью аналитичности проблем обеспечения прав ребенка в современных условиях отличается исследовательский материал Е.А. Кочемировской [8]. Однако акцентируем внимание на крайне незначительном количестве научных публикаций по проблематике защиты прав детей в условиях вооруженного конфликта, написанных по материалам реальных событий в Украине.



Цель статьи – обозначить проблемы и вызовы, стоящие перед органами власти Украины в сфере обеспечения прав ребенка в условиях проведения на территории Донецкой и Луганской областей антитеррористической операции (военного конфликта); акцентировать внимание на наиболее значимых проявлениях нарушений данной ситуации, предусмотренных Конвенцией 1989 года прав ребенка; сформулировать конкретные предложения относительно усовершенствования защиты прав детей юридическими, в частности, административно-правовыми средствами.

Изложение основного материала исследования. Анализ источников, в частности, результатов международных и национальных мониторингов гуманитарных проблем на Востоке Украины, дают основания оценить ситуацию с реализацией прав детей в этом регионе, как несоответствующую нормам международного гуманитарного права и требующую активизации усилий со стороны соответствующих органов. В соответствии с оценками специалистов в сфере защиты прав детей, вооруженный конфликт на Востоке Украины резко ухудшил состояние дел во всех сферах охраны детства [9]. Если на конец 2013 года, по оценкам Комитета ООН по делам детей, Украина достигла значительных успехов в вопросах охраны детства (в частности, были зафиксированы: фактическое преодоление беспризорности; рост тенденций усыновлений и создания приемных семей; снижение детской смертности и количества отказов от новорожденных; эффективно заработала система поддержки матерей и детей, попавших в сложную жизненную ситуацию и т. д.), то 2014 год практически нивелировал подвижки Украины в данной сфере.

Проблемы обеспечения прав ребенка в условиях вооруженного конфликта на Востоке Украины представляется возможным рассматривать по нескольким направлениям. Первой по значимости, на наш взгляд, выступает проблема обеспечения личных прав ребенка, а именно права на жизнь, выживание и здоровое развитие, а также поддержание его психического и эмоционального уровня (ст. 4, 9, 24 Конвенции о правах ребенка)

[10]. В соответствии с официальной статистикой ООН, вооруженный конфликт на Востоке Украины унес жизни около 5 тысяч человек. По утверждению

Уполномоченного Президента Украины по правам ребенка Николая Кулебы, на конец февраля в этом конфликте погибли 60 детей, 127 получили ранения. При этом ООН приводит еще большую цифру раненых детей – 159. Сегодня в лечебных учреждениях украинских городов лежат десятки детей разного возраста с контузиями и ранениями, и эта статистика не учитывает нуждающихся в психологической помощи [11, с. 10].

По данным Агентства ООН по делам беженцев на конец февраля 2015 года из-за войны на Донбассе более 980 тысяч человек стали внутренними переселенцами и еще около 600 тысяч находятся на территории других государств. Каждый четвертый из этого количества – ребенок [12]. Более 60% детей из зоны АТО стали очевидцами насилия, получив, таким образом, психологическую травму, это при том, что факт перемещения, даже с семьей, а тем более отдельно от нее, воспринимается ребенком, как стрессовая ситуация [13]. Военные действия способствуют распространению социально опасных и инфекционных заболеваний, сокращению программ иммунизации, усложняют или делают невозможным доступ к медицинской помощи. Во время активной фазы военных действий неоднократно фиксировались факты нападения боевиков на учреждения здравоохранения, автомобили скорой помощи. Больницы закрывались или были разграблены, существовала острая нехватка медицинского оборудования и лекарств, имели место факты нападений на медицинских работников и пациентов. Как отмечается в докладах представителей международных организаций, насилие относительно медицинских работников имеет значительный кумулятивный эффект, поскольку увеличивает смертность среди пациентов. Невозможность получить медицинскую помощь несоразмерно влияет на наиболее уязвимые группы, прежде всего – на детей, кормящих матерей и инвалидов [1].

Условия вооруженного конфликта существенно усложняют реализацию права ребенка на защиту и заботу, которые наилучшим образом учитывали бы интересы ребенка. В условиях военных действий резко возрастает риск социального сиротства. Управление Верховного комиссара ООН по правам человека в качестве современной проблемы Украины называет запрет поддерживающих

«ДНР» и «ЛНР» мужей покидать зону конфликта своим женам, в т. ч., матерям, имеющим малолетних детей [14]. Боевики запрещают кому-либо перемещать детей за пределы контролируемых ими территорий Донецкой и Луганской областей, кроме Российской Федерации [9]. Широкий резонанс получили события, связанные с похищениями украинских детей, совершенные гражданами страны-оккупанта [7]. До сих пор не представляется возможным получение достоверной информации о том, не вовлечены ли вывезенные за пределы страны украинские дети в экономическую или сексуальную эксплуатацию, в теневой рынок трансплантации человеческих органов. Кроме того, в зоне АТО остаются дети-сироты и дети, лишенные родительской опеки. В связи с обострением ситуации в зоне конфликта, начиная с 24 января 2014 года, Министерство социальной политики Украины ежедневно осуществляет мониторинг эвакуации детей из социальных учреждений Донецкой и Луганской областей, и их временного размещения на безопасной территории. По данным Донецкой и Луганской военно-гражданских администраций, ныне эвакуировано 2 136 детей. В то же время на неконтролируемой украинскими властями территории в заведениях интернатного типа еще остается несколько сотен детей, в т. ч. детей с особыми потребностями. Сегодня не представляется возможным определить количество детей, оставшихся без присмотра – информация о них от служб по делам детей не поступает. «Детский омбудсмен» Николай Кулеба существенной проблемой назвал невозможность для ребенка на оккупированной территории получить статус сироты, поскольку для этого нужен либо документ о смерти родителей, либо признание родителей без вести пропавшими, либо решение суда о лишении родительских прав. Однако из-за разрушения целостности системы государственных органов, определяющих соответствующий статус ребенка, такие документы получить невозможно [11]. Как следствие – в зоне АТО прекращено усыновление детей, не обеспечивается право детей-сирот и детей, лишенных родительского попечительства, временно вывезенных из зоны АТО на оздоровление – т. е., имеет место несоблюдение предусмотренного ст. 20 Конвенции права ребенка, лишившегося семьи, на альтернативное попечение.



В свете вышеизложенного возникает вопрос о внедрении в Украине соответствующего механизма, который позволил бы упростить процедуру усыновления или устройство в семьи детей, осиротевших или оставшихся без родительского попечительства в результате боевых действий. Представляется необходимым создание на местах подведомственных Министерству социальной политики мультидисциплинарных команд специалистов, действия которых должны быть направлены на защиту прав перемещенных внутрь страны и оставшихся в зоне АТО детей. Также требуется изменение Закона Украины «Об охране детства», в частности, путем внесения таких понятий, как «ребенок, пребывающий в зоне вооруженного конфликта», «ребенок, требующий дополнительной защиты», «ребенок, разлученный с семьей». Специалисты справедливо считают необходимым скорейшее определение стандартов и нормативов социальной защиты таких категорий детей, а также закрепление перечня органов государственной власти, ответственных за обеспечение прав и наилучших интересов названных категорий детей [8].

Важным по значимости представляется комплекс проблем, связанных с реализацией культурных прав ребенка, прежде всего, права на образование, а также права на игры, отдых и досуг. Не подлежит сомнению губительность последствий непосещения ребенком из-за военных действий образовательных учреждений, в частности, школы. В современном мире образование рассматривается, как сфера, имеющая исключительное значение для стабильности мира, как способ изучения и распространения ценностей милосердия и противодействия нетерпимости, как средство снижения остроты конфликта [там же]. Тем не менее, в периоды вооруженных конфликтов школы зачастую становятся объектами нападений, занимаются военными под казармы или склады. Учителя нередко становятся жертвами насилия, вследствие чего учебный процесс прекращается. К сожалению, в чрезвычайных ситуациях образование становится второстепенной потребностью, или же используется противоборствующими сторонами в своих целях. Так, по сообщениям Антикоррупционного комитета по противодействию коррупции в органах власти, на территориях, подконтрольных «ДНР» и

«ЛНР», в учебных заведениях набирает обороты искоренение украинского языка и других ценностей историко-культурного наследия украинского народа. Содержательное наполнение концептуализируется в соответствии с основами «Конституции ДНР», а именно: восстановление единого культурно-цивилизационного пространства Русского Мира на основе его традиционных религиозных, социальных, культурных и моральных ценностей, с перспективой вхождения в состав Большой России как ореола Русского Мира» [15]. Соответственно, содержательным контентом учебного процесса является русификация, причем речь идет не только о самом языке, а о системном уничтожении в дискурсе школьного образования всех «маркеров» украиноведения. Таким образом, имеет место нарушение ст. 29 Конвенции, содержащей норму о необходимости воспитания ребенка в духе уважения к правам человека и основным свободам, а также в духе уважения к национальным ценностям страны, в которой ребенок проживает. Следует заметить, что международное сообщество на данный момент имеет в своем расположении инструмент, способствующий защите школ и школьного дела от использования их вооруженными силами и вооруженными группами в своих целях, а именно – проект лютеранских руководящих принципов (2010 года) [16]. На данный момент проблема состоит в том, что это соглашение не слишком известно и остается вне внимания специалистов в образовательной и военной сфере, что, безусловно, ухудшает ситуацию с общеобразовательным процессом на Востоке Украины.

Однако, наиболее вопиющим нарушением, имеющим место на территории, подконтрольной сепаратистам из «ДНР» и «ЛНР», является нарушение международных норм о запрещении привлечения детей к участию в вооруженных конфликтах (ст. 38 Конвенции). За время существования вооруженного конфликта на Донбассе достоянием общественности стали многочисленные факты использования боевиками детей в своих целях в разном качестве. К примеру, в докладе Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека Валерии Лутковской «25 лет Конвенции ООН по правам человека: состояние реализации в Украине» имеется утверждение о том, что «дети Донбасса не имеют защиты и

лишены своих прав, а боевики используют их в своих целях как живой щит, а также в пропагандистских целях» [17]. В имеющихся место на Востоке Украины событиях также зафиксированы случаи использования боевиками детей в качестве комбатантов. Украинские и зарубежные СМИ предоставляют множество материалов об организованной системе подготовки боевиками «ДНР» и «ЛНР» детей для непосредственного участия в военных действиях. В частности, в ноябре 2014 года в г. Мариуполь правоохранительные органы выявили группу подростков, которые по требованию террористов готовили диверсии на территории города. В феврале 2015 года в том же Мариуполе СБУ задержала женщину, пособницу «ДНР», которая организовала разведывательную сеть, состоящую, преимущественно, из подростков. Не вызывая подозрений, дети беспрепятственно передвигались и фиксировали места дислокации украинских военных подразделений. Собранную информацию организатор передавала своим кураторам [18]. Не подлежит сомнению, что такие действия должны классифицироваться, как создание террористической группы или организации, и как вовлечение детей в военные действия. Кроме юридической оценки, подобное отношение к детям должно восприниматься, как аморальное и глубоко циничное. Но в среде самих террористов и их пособников так не считают. Наоборот, недавно телеканал «Россия» продемонстрировал пропагандистский сюжет о малолетних боевиках батальона «Восток», один из которых, десятиклассник Андрей, имеет воинское звание старшего лейтенанта и возглавляет отдел обеспечения батальона. А второй «герой» сюжета, подросток с позывным «Старк», хвастается тем, что «расстается со своим АКМ только тогда, когда едет домой». Анализ источников и литературы приводит к выводу о том, что вовлечение детей в боевые действия со стороны террористов имеет массовый характер. Не так давно, со слов начальника службы по делам детей г. Донецк Веры Сагайдак, выпускники одного из колледжей вместо обещанных дипломов получили «благодарственные» представители властей «ДНР» на участие в боевых действиях по защите новоявленной «республики». Во время Дня студента в донецком колледже промышленной автоматике «премьер-министр ДНР»



Александр Захарченко говорил о том, что под его командованием в отряде «Оплот» пребывают несколько несовершеннолетних бойцов, некоторым едва исполнилось 14 лет, но они уже имеют награды за участие в боевых действиях. Со слов Захарченко, самому младшему в ходе боев за Саур-Могила было 15 лет, и он «героически вызвал огонь на себя». Еще один представитель террористической организации «ДНР», Дмитрий Скакун, подал информацию о том, что «в отряде боевика Моторолы очень много молодежи, многим менее 17 лет. Они идут на войну сознательно, и за это им честь и хвала». Также стало известно, что в свои ряды боевики привлекали подростков, отбывающих наказание в колониях, находящихся на территории «ДНР», и заставляли их кровью искупать свою вину [19]. Обозначенное выше обуславливает необходимость дополнения криминального законодательства Украины, в частности, внесение в КК Украины нормы о запрете вербовки и вовлечения детей в вооруженные конфликты и применение экстерриториальной юрисдикции относительно военных преступлений по привлечению и рекрутированию детей для участия в военных действиях. В данный момент перед органами власти Украины стоит требующая максимально быстрого разрешения триединая задача, а именно: организация превенции привлечения детей к участию в вооруженном конфликте через усиление ответственности за указанные действия; недопущения случаев участия детей в военизированных формированиях, программах и мероприятиях, связанных с овладением оружием и несением воинской службы; выявления фактов участия детей в боевых действиях в зоне проведения АТО, и в случае наличия таковых – привлечение виновных к ответственности и применение к детям программ реинтеграции.

Заданные рамки исследования не позволяют детально остановиться на других проблемах в обеспечении прав детей, имеющих место в связи с военными действиями на Востоке Украины. Таковыми, в частности, называются трудности с системой регистрирования новорожденных детей, невыплата детских пособий, снижение программ иммунизации и оздоровления, выпадение из системы профилактической работы административного надзора категории детей, требующих таких мер воздействия и т. д.

Выводы. В современных условиях дети, несмотря на усилия мирового сообщества, остаются особенно уязвимыми в условиях вооруженных конфликтов. В 2014 году Украина столкнулась с необходимостью отражения действий террористических организаций, с применением военной силы выступающих против территориальной целостности Украины. Сложившаяся ситуация вооруженного конфликта поставила перед органами государственной власти Украины новые вызовы, а именно – эффективное противодействие нарушению прав жертв военного конфликта, в частности, детей. Результатом проведенного исследования является определение и классификация наиболее существенных проблем в обеспечении прав ребенка в условиях проведения антитеррористической операции на Востоке Украины (в частности, права на жизнь, выживание и здоровое развитие, права на защиту и заботу, права на образование) с целью создания институциональной и организационной основы для защиты «детей войны», прежде всего, административно-правовыми способами, и обеспечения соблюдения международных норм в сфере прав ребенка и международного гуманитарного права. В качестве стратегического задания перед органами государственной власти Украины возникает необходимость создания национальной системы предупреждения и противодействия вовлечения детей в вооруженные конфликты, составными частями которой должны стать следующие нормы: дети ни при каких обстоятельствах не принимают участия в вооруженных конфликтах и гарантированно получают защиту от потенциального вреда вооруженного конфликта; дети-участники и дети-жертвы вооруженного конфликта получают необходимую социально-психологическую реабилитацию; государство способствует воссоединению семей, разлученных с детьми вследствие вооруженного конфликта.

Список использованной литературы:

1. Ежегодный доклад специального представителя Генерального секретаря по вопросу о детях и вооруженных конфликтах Лейлы Зерруги (A/HRC/25/46) 26 декабря 2013 г. [Электронный документ]. – Режим доступа: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session25/Documents/A-HRC-25-46_ru.doc.

2. Руководство ЕС по проблеме детей в вооруженных конфликтах. [Электронный документ]. – Режим доступа : http://eeas.europa.eu/human_rights/guidelines/children_armed_conflict/docs/10019_08_ru.pdf.

3. Б'юрен Дж. Міжнародне право в галузі прав дитини / пер. з англ. Г.Є. Краснокутського; наук. ред. М.О. Баймуратов. – О. : БАХВА, 2006. – 526 с.

4. Аль-Нсур М.А.К.М. Міжнародно-правовий захист прав жінок і дітей у період кризових ситуацій: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.11. – «Міжнародне право». – О., 2002., – 16 с.

5. Вінгловська О.І. Імплементация міжнародних стандартів прав дитини в національному законодавстві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.11. – «Міжнародне право». – К., 2000. – 20 с.

6. Старовойтов О.М. Защита детей в период вооруженных конфликтов/ О.М. Старовойтов // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 1999. – № 3. – С. 20-24.

7. Крестовська Н.М. Права дитини під час збройного конфлікту: сучасні українські реалії. [Електронний документ]. – Режим доступа : <http://www.academia.edu/997209>.

8. Кочемировська О.О. Щодо дотримання Україною міжнародних стандартів захисту прав дітей у збройних конфліктах : Аналітична записка. [Електронний документ] / Національний інститут стратегічних досліджень при Президенті України. – Режим доступа : www.niss.gov.ua/articles/1660/.

9. За 9 місяців 2014 року до омбудсмена вже надійшло 800 звернень або повідомлень про порушення прав дітей в Україні. [Електронний ресурс]. – Режим доступа: http://www.ombudsman.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=4104:-9-2014-800-&catid=14:2010-12-07-14-44-26&Itemid=75.

10. Конвенция о правах ребенка (одобрана Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_021.



11. Заложники взрослых решений // Аргументы недели. – № 12 (332), 27 марта 2015 года.

12. По материалам сайта ЮНИСЕФ. – Режим доступа : <http://www.unhcr.org/54d4a2889.html>.

13. ЮНЕСКО: понад 60% дітей із зони АТО отримали психологічну травму / Українська правда. ua. 2 грудня 2014 року. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.pravda.com.ua/news/2014/11/22/7045112/>.

14. Сексуальне та гендерне насильство у військовому конфлікті в Україні. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://womenunion.org.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=107:2014-10-20-12-09-10&catid=1:latest-news&Itemid=55.

15. В школах «ДНР/ЛНР из детей пытаются сделать адептов Путина и «Русского мира». [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://antikor.com.ua/articles/28825-v_shkolah_dnrlnr_iz_detej_pytajutsja_sdelatj_adeptov_putina_i_russkogo_mira.

16. Draft Lucens Guidelines for Protecting Schools and Universities from Military Use during Armed Conflict (edition 22 October 2014). [Электронный документ]. – Режим доступа : <http://www.protectingeducation.org/draft-lucens-guidelines/>.

17. По материалам сайта Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.lombudsman.gov.ua/ru/index.php?option=com_content&view=article&id=4288:2014-11-26-07-45-53&catid=14:2010-12-07-14-44-26&Itemid=75.

18. По материалам сайта : <http://tsn.ua/video/video-novini/sbu-zatrimali-aktivnu/>.

19. Як у «ДНР» та «ЛНР» з дітей вирощують бойовиків // Национальный антикоррупционный портал. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://antikor.com.ua/articles/19459-jak_u_dnr_ta_lnr_z_ditej_viroshchujut_bojovikiv.

ПРАВОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ СОЗДАНИЯ БАРЬЕРОВ ОТТОКУ КАПИТАЛОВ ЗА РУБЕЖ В СВЯЗИ С РАСШИРЕНИЕМ БАЗЫ НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ НАЛОГА НА ДОХОДЫ ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ В УКРАИНЕ

Валерия РЯДИНСКАЯ,

кандидат юридических наук, старший научный сотрудник,
начальник научно-организационного отдела

Государственного научно-исследовательского института МВД Украины

Summary

The article analyzes the state of the right to ensure the creation of barriers outflow of capital from Ukraine abroad in connection with the expansion of the tax base of the tax on personal income in Ukraine through taxation of income obtained by illegal means. Comparing the legal regulation of the control of the placement of individuals income in other states in the US and Ukraine, it is proved that in Ukraine there are no legal barriers to the actual outflow of capital abroad, which arise in connection with the desire of the legislator to expand the tax base of the tax on personal income in Ukraine at the expense of illegal income.

Key words: illegal profits, taxation, international co-operation, control, capital outflows.

Аннотация

В статье анализируется состояние правового обеспечения создания барьеров оттоку капиталов из Украины за рубеж в связи с расширением базы налогообложения налога на доходы физических лиц в Украине путем налогообложения доходов, полученных незаконным путем. С помощью сравнения правового регулирования осуществления контроля за размещением физическими лицами доходов на территории других государств в США и Украине доказано, что в Украине фактические отсутствуют правовые барьеры оттоку капиталов за рубеж, который возникнет в связи со стремлением законодателя расширить базу налогообложения налога на доходы физических лиц в Украине за счет незаконных доходов.

Ключевые слова: незаконные доходы, налогообложение, международное сотрудничество, контроль, отток капиталов.

Постановка проблемы. В последнее время законодательная инициатива в Украине полна предложений о налогообложении незаконных доходов физических лиц. Стремясь расширить базу налога на доходы физических лиц, опираясь на зарубежный опыт (в первую очередь опыт США), выдвигаются различные законопроекты, где предлагаются схемы обложения налогом доходов физических лиц – резидентов Украины, которые получены с нарушением законодательства [1].

Актуальность темы. Оставляя вне рассмотрения этичность такого налогообложения, проблемы правового регулирования, которые возникают в связи с внедрением механизма налогообложения незаконных доходов, соотношения норм налогового, уголовного, уголовно-процессуального и гражданского права, на которых останавливались в своих работах Л.П. Брич, В.О. На-

вроцкий, Н.П. Кучерявенко, А.А. Головашевич, Р.В. Гречанюк, О.О. Дудоров, А.І. Лукашов и другие ученые, хотелось бы сосредоточить внимание на следующем аспекте. Исходя из зарубежного опыта, главной проблемой, с которой сталкиваются власти, применяя налогообложение незаконных доходов, является отток капиталов за рубеж, с целью их сокрытия для уклонения от уплаты налогов, поэтому считаем целесообразным проанализировать, каким образом Украина готова к противостоянию этому негативному явлению и какие барьеры украинским законодателем возведены для того, чтобы не допустить массового оттока средств физических лиц в банки зарубежных государств и оффшорных зон.

Целью статьи является анализ состояния правового обеспечения создания барьеров оттоку капиталов из Украины за рубеж в связи с расширением базы



налогообложения налога на доходы физических лиц в Украине путем налогообложения доходов, полученных незаконным путем.

Изложение основного материала исследования. Изучая опыт США в этом вопросе, мы выяснили, что американский законодатель уже более 50 лет ведет борьбу с сокрытием доходов своими физическими лицами в других государствах. Во-первых, правительство этой страны планомерно и последовательно использует при заключении международных договоров с другими государствами Типовой договор об устранении двойного налогообложения и борьбе с уклонением от уплаты налогов, разработанный в 1976 г. [2], в соответствии с которым резиденты США, признанные таковыми согласно законодательству США, уплачивают налоги на территории США. Все международные договоры, заключенные США с другими государствами, предусматривают, что резиденты США, получая доходы в государствах, с которыми заключены такие договоры, налоги с этих доходов платят в США, для обеспечения чего компетентные органы этих государств должны направлять информацию в налоговые органы США – Службу внутренних доходов США (Internal Revenue Service – IRS) – о суммах, полученных резидентами США, доходов [3, с. 66]. Во-вторых, присоединившись одной из первых (в 1989 г.) к Конвенции о взаимной административной помощи по налоговым вопросам, разработанную Советом Европы и Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) от 25 января 1988 г. [4], США стало активно сотрудничать с государствами-партнерами по данной Конвенции с целью обмена информацией, которая может оказаться полезной для установления размера полученных доходов, а также расходов, понесенных резидентами США на территории таких государств. Кроме того, США активно использовало свое влияние на международной арене для того, чтобы принудить другие государства и оффшорные зоны к подписанию вышеуказанной Конвенции, в чем значительное содействие оказывал Совет Европы. Существенным достижением считается присоединение к данной Конвенции Швейцарии (2013 г.), Каймановых островов (2014 г.), Бер-

мудских и Британских Виргинских островов (2014 г.), Кипра (2014 г.) и некоторых других оффшорных зон, где прятать доходы от налогообложения стало почти традиционным. В третьих, со Швейцарией, ратифицировавшей Конвенцию о взаимной административной помощи по налоговым вопросам с оговоркой, в соответствии с которой эта страна предоставляет странам-партнерам Конвенции информацию об иностранных резидентах-вкладчиках в банковские учреждения Швейцарии по системе «Рубик», по которой невозможно определить личные данные такого вкладчика [5], у США подписано особое соглашение, разработанное на основе Закона США «О налогообложении иностранных счетов» от 01 января 2013 г. (Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA), в соответствии с которым иностранные финансовые учреждения должны пройти регистрацию в IRS, получить статус «полного участника» (Participating FFI) и предоставлять информацию о банковском счете, принадлежащем гражданину или резиденту США, сообщать его имя, адрес, индивидуальный налоговый номер, сумму средств на счету, движение по счету и т. д. [6].

Таким образом, США возводит барьеры оттоку капиталов своих резидентов путем создания правовой базы для отслеживания средств, которые они размещают в других государствах, с целью их налогообложения, для чего проводит целенаправленную и единообразную политику, не стесняясь, использует свое положение на международной арене.

В Украине дела обстоят совершенно иначе. Согласно ст. 13 Налогового кодекса Украины [7], доходы, полученные физическим лицом-резидентом Украины из источников происхождения за пределами Украины, включаются в состав общего годового налогооблагаемого дохода, кроме доходов, не подлежащих налогообложению в Украине, в соответствии с положениями Налогового кодекса Украины или международного договора, согласие на обязательность которого дано Верховной Радой Украины.

На сегодняшний день Украиной заключены 65 международных соглашений (договоров/конвенций) с различными странами об избегании двойного

налогообложения и уклонении от уплаты налогов, часть из которых закрепляет принцип территориальности налогообложения (согласно которому доходы, полученные на территории страны, облагаются налогом в стране – источнике получения дохода), часть – принцип резидентства налогообложения (согласно которому доходы, полученные резидентом, облагаются в стране его резидентства), при этом критерии резидентства или определяются национальным законодательством договаривающихся стран, или закрепляются в заключаемой конвенции. Кроме того, некоторые из таких соглашений (договоров/конвенций) для различных видов доходов предусматривают разные принципы налогообложения (например, доходы, полученные от предоставления профессиональных услуг, облагаются налогами по принципу территориальности, то есть в стране, в которой такие услуги оказаны, а роялти – по принципу резидентства, то есть в стране резидентства физического лица).

Таким образом, если физическое лицо-резидент Украины получает доходы в стране, с которой заключен международный договор (соглашение/конвенция) или заключен международный договор (соглашение/конвенция), по которому закреплен принцип резидентства налогообложения, то физическое лицо-резидент Украины должен включать полученные доходы в состав общего годового налогооблагаемого дохода путем заполнения декларации и уплатить с них соответствующие налоги согласно законодательству Украины. Итак, если физическое лицо добровольно задекларирует полученные за рубежом доходы, можно будет сделать вывод о наличии у физического лица капиталов (средств, имущества и т. п.) за рубежом. Если же физическое лицо-резидент Украины получает доходы в стране, с которой заключен международный договор (соглашение/конвенция), в которой закреплен принцип территориальности налогообложения, то налоги и сборы с этих доходов оно будет платить в стране-источнике получения дохода, а, в соответствии с п. 13.4 ст. 13 Налогового кодекса Украины, суммы налогов и сборов, уплаченные за пределами Украины, зачисляются при расчете налогов и сборов в Украине. Механизм зачисления уплаченных



за пределами Украины налогов и сборов следующий: 1) налогоплательщик получает от государственного органа страны-источника получения дохода справку по сумме уплаченного налога или сбора, объекте и базе налогообложения, которая подлежит легализации в соответствующей стране, соответствующем заграничном дипломатическом учреждении Украины (п. 13.5 ст. 13 Налогового кодекса Украины); 2) налогоплательщик заполняет декларацию, в которой указывает полученные за рубежом доходы, и подает ее в органы Государственной фискальной службы Украины вместе с заявлением об освобождении/уменьшении от налогообложения доходов, полученных из источников в зарубежном государстве, или о возмещении уже уплаченных налогов на территории зарубежного государства по соответствующей форме с переводом на украинский язык, заполненную в соответствии с требованиями Приказа Государственной налоговой администрации Украины «О подтверждении статуса налогового резидента Украины» от 12 апреля 2002 г. № 173 [8]. Итак, в обоих случаях информация о полученных за рубежом доходах физическими лицами, на основании которой можно сделать вывод о наличии у физического лица капиталов (имущества, средств и т. п.), поступает в фискальные органы Украины только при условии добросовестности налогоплательщика. То есть, если физические лица Украины будут прибегать к сокрытию незаконно полученных доходов за границей, то узнать о таких доходах можно будет только при условии, если они задекларируют доходы, получаемые ими на территории зарубежных стран, и то косвенным методом (если в декларации, например, определяться как доходы проценты от депозитных вкладов в банковских учреждениях других стран).

Н.М. Шмыголь, А.И. Кормышова, А.А. Антонюк [9, с. 102], анализируя проблемы налогообложения доходов физических лиц, полученных за рубежом, указывают на массовые игнорирование требования о декларировании иностранных доходов со стороны физических лиц-резидентов Украины, причиной чего считают не столько стремление физических лиц избежать налогообложения или скрыть

полученные доходы, сколько обременительную процедуру, разработанную законодателем (получение справки об уплаченных за рубежом налогах у компетентных органов других государств в некоторых случаях невозможно без нарушения миграционного законодательства, легализация такой справки, как и перевод ее на украинский язык, требует дополнительных затрат времени, средств и сил и т. д.). То есть, физические лица-резиденты Украины, получающие доходы за рубежом, массово не декларируют их из-за несовершенства процедуры такого декларирования. Что же тогда говорить о декларировании доходов от незаконных капиталов? На наш взгляд, не стоит рассчитывать, что лица, которые прибегнут к сокрытию незаконных доходов в зарубежных странах, станут добровольно декларировать их, соблюдая сложные и обременительные процедуры, сопровождающих такое декларирование. Исходя из этого, возникает вопрос: каким образом обеспечить контроль за получением физическими лицами-резидентами Украины доходов, приобретением имущества в других странах, а также возложением средств в зарубежные финансовые учреждения?

Конвенцию о взаимной административной помощи в налоговых вопросах Украина ратифицировала в 2004 г., однако ее нормы были имплементированы в национальное законодательство только в 2013 г. [10]. Благодаря этому, органы фискальной службы Украины получили возможность получать информацию о доходах и расходах своих резидентов на территории стран-партнеров Конвенции. Однако эти возможности пока остаются исключительно теоретическими.

Автоматический обмен налоговой информацией между фискальными органами Украины и компетентными органами стран-партнеров Конвенции о взаимной административной помощи в налоговых спорах не осуществляется, так как процедура такого обмена должна быть закреплена в меморандумах о взаимопомощи (MoU), заключаемых между странами-партнерами вышеуказанной Конвенции, а Украина такие меморандумы с другими странами не заключала, поскольку в ней нет ни единой системы автоматического обмена информацией, которая бы отвечала

разработанным ОЭСР стандартам автоматического обмена информацией, не определен порядок перевода налоговой информации в электронный вид, на иностранный язык, интеграции в национальные базы данных компетентных органов стран-партнеров Конвенции и т. д.

Обмен налоговой информацией по письменным запросам в Украине регулируется Приказом Министерства финансов Украины «Об утверждении Порядка обмена налоговой информацией по специальным письменным запросам с компетентными органами иностранных государств» от 30 ноября 2012 г. № 1247 [11]. Данный Приказ предусматривает сложную процедуру составления специального запроса о получении информации, который направляется в компетентный орган иностранного государства, требует детальной описи информации, являющейся предметом этого запроса, перечисления оснований, указывающих на наличие информации в государстве, в которое направляется запрос, и т. д. То есть, порядок составления специального запроса о получении налоговой информации, который направляется в компетентный орган зарубежных стран, непростой и требует от сотрудников Государственной фискальной службы Украины знаний и навыков, которыми не каждый сотрудник обладает, а так же значительных затрат времени для его оформления и согласования. Исходя из этого, можно прогнозировать, что подобные запросы не часто будут направляться в компетентный орган зарубежных стран. Указанный вывод подтверждается статистикой: по данным Государственной фискальной службы Украины, в 2014 г. данными органами было подготовлено и направлено 3 запроса о получении налоговой информации [12]. По всей видимости, можно согласиться с мнением Ю.В. Морозова [13], который считает, что обмен налоговой информацией фискальными органами Украины с соответствующими органами стран-партнеров Конвенции о взаимной административной помощи в налоговых спорах просто имитируется.

Фактически, органы Государственной фискальной службы Украины не в состоянии обеспечить надлежащий контроль даже за доходами физических лиц-резидентов Украины, получаемы-



ми ими на территории других стран, тем более не смогут они проконтролировать незаконные доходы, которые физические лица будут скрывать от налогообложения в других странах. Отсутствие контроля приведет к фактической декларативности норм о налогообложении незаконных доходов физических лиц, поскольку надеяться, что лица, которые будут скрывать незаконно полученные доходы в оффшорных зонах, укажут их в декларациях, по нашему мнению, не стоит.

Выводы. Таким образом, несмотря на значительный пласт международных договоров (соглашений/конвенций), заключенных Украиной с другими странами для устранения двойного налогообложения и борьбы с уклонением от уплаты налогов, а также ратификацию Конвенции о взаимной административной помощи в налоговых спорах, на сегодняшний день в Украине фактически отсутствуют барьеры предотвращения оттока незаконных доходов физических лиц за границу, который обязательно возникнет при введении налогообложения таких доходов. Подытоживая изложенное, констатируем, что попытки законодателя облагать незаконные доходы физических лиц в Украине, основываясь на позитивном опыте США, является неверным шагом, который приведет к оттоку средств из страны и ухудшению ее экономического состояния.

Список использованной литературы:

1. Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законів України (щодо податкової реформи) : Проект Закону від 28 грудня 2014 року № 71-VIII року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53072.
2. Model Agreement (model) for the avoidance of double taxation USA 1976 // UNCITRAL, doc, № 6/15. – 5.06.82.
3. Козырин А.Н. Налоговые преступления и проступки: опыт зарубежных стран / А.Н. Козырин. – М. : МЦППИ, 2009. – 182 с.
4. Совместная конвенция совета Европы и ОЭСР об оказании взаимного административного содействия по налоговым вопросам от 25 января 1988 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.yurclub.ru/docs/tax/act1.html>.
5. Что выберет Европейский Союз – «соглашение Рубика» или FATCA [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://largo.ru/blog/legal/post/chto_vyberet_evropeyskiy_soyuz_soglashenie_rubik.
6. FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act): американская инициатива предотвращения уклонения от налогов будет финансироваться остальной частью мира [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.cmslegal.ru/newsmedia/newsletters/newsletterdetail/pages/default.aspx>.
7. Податковий кодекс України : Закон України від 02 грудня 2010 року № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № № 13–14, 15–16, 17. – Ст. 112.
8. Про підтвердження статусу податкового резидента України : Наказ Державної податкової адміністрації України від 12 квітня 2002 року № 173// Офіційний вісник України. – 2002. – № 18. – Ст. 951.
9. Шмиголь Н.М. Уникнення подвійного оподаткування: теорія та практика ефективного використання / Н.М. Шмиголь, А.І. Кормишова, А.А. Антонюк // Держава та регіони. Серія «Економіка та підприємництво». – 2013. – № 5. – С. 98–104.
10. Про ратифікацію Конвенції про взаємну адміністративну допомогу в податкових справах : Закон України від 17 грудня 2008 року № 677-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2009. – № 15. – Ст. 193.
11. Про затвердження Порядку обміну податковою інформацією за спеціальними письмовими запитами з компетентними органами іноземних країн : Наказ Міністерства фінансів України від 30 листопада 2012 року № 1247 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z2171-12>.
12. Звіт про виконання Плану роботи Міністерства фіскальної служби за I півріччя 2014 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://sfs.gov.ua/pro-sfs-ukraini/struktura-spetsializovan-departament>.
13. Морозов Ю.В. Уклонение от уплаты налогов, меры и методы борьбы с неплательщиками на-



УСЛУГИ ПО ВРЕМЕННОМУ РАЗМЕЩЕНИЮ КАК СОСТАВЛЯЮЩАЯ ТУРИСТИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Марина СЕМЕНОВА,

директор

частного предприятия «Юридическая фирма «Семенова и Партнеры»

Summary

Article is devoted to research of questions arising in sphere of legal regulation of activity of subjects of managing, rendering services in time placing, definition of concepts of this field of activity. The attention is paid to formulation of such base concept as «services in time placing» and to definition of essential signs of such service.

Key words: tourism, hotel service, tourist's activity, services in time placing.

Аннотация

Статья посвящена исследованию вопросов, возникающих в сфере правового регулирования деятельности субъектов хозяйствования, оказывающих услуги по временному размещению, определению понятий в этой сфере деятельности. Уделено внимание формулировке такого базового понятия, как «услуги по временному размещению» и определению существенных признаков такой услуги.

Ключевые слова: туризм, гостиничная услуга, туристическая деятельность, услуги по временному размещению.

Постановка проблемы. Услуги по временному размещению посетителей страны или региона являются важной составляющей сферы туристической деятельности. Услуги краткосрочного размещения считаются столь важными для сферы туризма, что многие страны рассматривают заведения, предоставляющие эти услуги, а также заведения, предоставляющие услуги общественного питания, и бюро путешествий, как образующие всю индустрию туризма страны [1]. Однако анализ нормативно-правовых актов, регулирующих деятельность субъектов, занимающихся оказанием услуг по краткосрочному размещению, свидетельствует о том, что в Украине нет единого определения таких услуг, отвечающего требованиям международного законодательства, что приводит к отсутствию надлежащего правового регулирования деятельности таких субъектов в связи с правовой неопределенностью предмета регулирования.

Актуальность темы исследования. Некоторые вопросы, связанные с временным размещением, освещаются в работах таких отечественных ученых, как: И.М. Минич [2, с. 8, 9, 11-13], Н.В. Чорненькой [3, с. 72, 73], И.Б. Андренко [4, с. 3, 7], М.К. Ильясовой [5, с. 7, 8, 13] и др. Вместе с тем вопросы хозяйственно-правового регулирования деятельности, связанной с оказанием услуг по временному размещению, остаются недостаточно исследованными.

Целью и задачей статьи является исследование и разработка правового понятия, наиболее полно отображающего сущность услуги по краткосрочному размещению посетителей страны или региона, что позволит разработать механизм хозяйственно-правового регулирования деятельности субъектов, предоставляющих места для краткосрочного размещения.

Изложение основного материала. Услуги по размещению туристов нашли свое отражение в ряде международных правовых актов. Так, раздел I Международной стандартной отраслевой классификации всех видов экономической деятельности (МСОК Rev. 4) охватывает услуги по кратковременному размещению туристов и других совершающих поездки лиц. Под кратковременностью понимается предоставление мест для временного проживания на посуточной или недельной основе. Сюда включается предоставление меблированных однокомнатных и многокомнатных номеров или полностью независимых жилых единиц с кухней, с предоставлением или без предоставления ежедневных или с иными интервалами услуг по уборке помещения, и часто с ассортиментом дополнительных услуг, таких как питание и напитки, автостоянки, услуги прачечной, плавательные бассейны и спортивные залы, места для отдыха или проведения конференций. Указанный раздел не включает услуги по предоставлению мест для длительного про-

живания в качестве основного места жительства в таких помещениях, как квартиры, сдаваемые внаем посуточно или на годовой срок, которые относятся к операциям с недвижимым имуществом [6, с. 202, 203]. В Директиве Европейского парламента и Совета о пакетном путешествии и организованных туристических услугах, вносящей изменение в Технический регламент (ЕС) № 2006/2004, Директиву 2011/83EU и отменяющей Директиву Совета 90/314EE С, также указывается на то, что к туристической услуге относится только размещение в гостинице иное, чем в целях постоянного проживания [7].

У 1993 г. Статистической комиссией ООН был принят комплекс рекомендаций (РСТ-1993), подготовленных Всемирной туристической организацией (UNWTO). В соответствии с указанными рекомендациями средства размещения, предназначенные для размещения туристов, разделялись на: 1) коллективные: а) гостиницы и аналогичные заведения; б) специализированные заведения, лагеря труда и отдыха, общественные средства транспорта, конгресс-центры; в) прочие коллективные заведения – собственные жилища, предназначенные для отдыха, площадки для кемпинга, прочие коллективные заведения; 2) индивидуальные средства размещения: а) собственные жилища; б) арендуемые комнаты в семейных домах; в) жилища, арендуемые у



частных лиц или агентств; г) размещение, предоставляемое бесплатно родственниками или знакомыми; д) прочее размещение на индивидуальной основе. У 2008 г. Статистической комиссией ООН были приняты новые Международные рекомендации по статистике туризма [8], в которых был произведен пересмотр классификации видов размещения и указано, что в настоящее время требуется пересмотр стандартной классификации средств размещения туристов, приведенной в Рекомендациях 1993 года в связи с последним пересмотром международных классификаций видов деятельности и продуктов (МСОК Rev. 4 и СРС Версия 2), которые в настоящее время являются основой для составления перечней характерных для туризма продуктов и видов деятельности в целях анализа услуг по размещению туристов. Таким образом, в документах ООН прослеживается, что нормы, касающиеся услуг, связанных с временным размещением туристов, не являются статичными и находятся в стадии разработки оптимального варианта, который может быть имплементирован в национальное законодательство стран, для которых развитие туризма имеет существенное значение.

Анализ законодательства Украины и ряда европейских стран позволяет сделать вывод о том, что в нормативно-правовых актах, регулирующих сферу туризма, отсутствует единое понятие, раскрывающее суть услуги по временному размещению. Так, в Законе Литовской Республики «О туризме» от 19.03.1998 г. № VIII-667 используется понятие услуги по размещению. Такие услуги могут быть предоставлены в объектах, соответствующих определенным стандартам. Указанным Законом определена классификация объектов размещения, например, объекты сельского туризма, коллективные средства размещения, Bed&Breakfast, частное размещение, отель [9]. В свою очередь, Закон Республики Польша «О туристических услугах» от 29.08.1997 называет услуги по временному размещению гостиничными услугами и относит к ним кратковременную аренду домов, квартир, комнат, спальных мест, мест для установки палаток или автомо-

бильных прицепов, услуги по размещению в гостиницах и иных объектах, соответствующих минимальным требованиям, а также услуги, непосредственно связанные с такой арендой [10].

ДСТУ 4269:2003 Национальный стандарт Украины. Услуги туристические. Классификация гостиниц определяет гостиничные услуги, как деятельность по размещению и предоставлению временного проживания потребителям в средствах размещения, а также иную деятельность, связанную с размещением и временным проживанием. ДСТУ 4268:2003 Национальный стандарт Украины. Услуги туристические. Средства размещения. Общие требования. Определяет средства размещения, как любые объекты, в которых регулярно или время от времени предоставляют услуги размещения для ночлега.

При рассмотрении понятий гостиничного обслуживания в современных условиях, например, в ст. 1 Проекта Закона Украины «О туризме» от 24.02.2014 г. № 4224, которое некоторое время был зарегистрированным в Верховной Раде Украины, понятие «гостиничная услуга» отсутствует, и вместо него используется понятие «услуги по временному размещению (проживанию)», под которыми понимается деятельность юридического и физического лица по предоставлению мест для ночевки в средствах размещения за плату, а также иная деятельность, связанная с временным размещением (проживанием), предусмотренная законом. Под средством временного размещения (проживания) в ч. 1 ст. 52 обозначенного проекта понимается объект (здание, часть здания, оборудование и другое имущество), предназначенные для оказания услуг по временному размещению (проживанию) (далее – средство размещения) [11]. Аналогичная формулировка содержится в п. 3 постановления Кабинета Министров Украины «Об утверждении Порядка предоставления услуг по временному размещению (проживанию)» № 297 от 15.03.2006 г. (далее – Порядок № 297-КМ).

Из анализа указанных нормативных актов следует, что для определения по сути одной и той же услуги –

временное размещение – используются разные понятия.

В Законе Украины «О туризме» от 15.09.1995 г. № 324/95 ВР (далее – Закон «О туризме») содержится понятие гостиничная услуга, под которой понимается исключительно размещение в таком средстве размещения, как гостиница.

Если обратиться к научным источникам, то можно отметить, что некоторые авторы, например, Н.И. Кабушкин, Г.А. Бондаренко считают, что гостиничная услуга – это комплекс услуг, важнейшей из которых, (комплексобразующей) в равной степени, является услуга размещения и питания. Указанные ученые подчеркивают обязательность наличия в гостиничной услуге двух главных услуг – размещения и питания, отмечая при этом, что их соотношение между собой может сильно отличаться [12, с. 20]. Ю.Я. Опанащук указывает на то, что гостиничная услуга выступает особым объектом и является составляющей совокупного продукта гостиничной индустрии, она характеризуется наличием полезного эффекта, удовлетворяет личные потребности, выступает в форме товара и реализуется исключительно посетителю гостиницы. Анализируя разнообразие услуг объектов гостиничного хозяйства, Ю.Я. Опанащук обосновывает четыре основные группы гостиничных услуг: размещение, питание, развлечение, бытовое обслуживание, выделяя услуги основные, дополнительные и сопутствующие [13, с. 18, 19]. Таким образом, в отечественной научной литературе понятие «гостиничная услуга» используется, в основном, в качестве определения услуги, предоставляемой именно гостиницей, и не охватывает остальные объекты, места в которых предоставляются для временного проживания.

Полагаем, что формулировка «гостиничная услуга», содержащаяся в действующей редакции Закона Украины «О туризме», не позволяет дифференцировать объекты размещения (гостиницы значительно отличаются от других средств временного размещения) и законодательно закрепить механизм государственно-правового регулирования деятельности субъектов, оказывающих услуги по разме-



шению. На наш взгляд, более полным и отвечающим современным тенденциям реформирования законодательства, регулирующего туристическую деятельность, является понятие услуги по временному размещению.

На основании анализа национального и международного законодательства можно сделать вывод о том, что услуга по временному размещению представляет собой совокупность услуг, ключевое место среди которых занимает услуга по временному проживанию потребителя в специальном заведении, соответствующему определенным требованиям.

Из содержания ст. 5 Закона «О туризме» и п. п. 5-7 Порядка № 297-КМ следует, что услуги по временному размещению могут оказывать следующие субъекты: юридические лица, физические лица-предприниматели, физические лица без государственной регистрации в качестве субъектов предпринимательской деятельности.

На наш взгляд, возможность осуществления туристической деятельности, одной из сфер которой является деятельность, связанная с оказанием услуг по временному размещению, физическим лицом, лицом, не зарегистрированным в качестве предпринимателя, противоречит сущности отношений, возникающих при оказании таких услуг.

В соответствии с п. 3 Порядка № 297-КМ услуги по временному размещению (проживанию) – это деятельность юридического и физического лица по предоставлению места для ночлега в средстве размещения за плату, а также иная деятельность, связанная с временным размещением (проживанием), предусмотренная законом. Пунктом 4 Порядка № 297-КМ прямо предусмотрено, что к услугам по временному размещению (проживанию) не относятся: размещение юридических лиц своих работников в средстве размещения, принадлежащем ему; размещение лиц, с которыми заключается договор о найме жилья на срок, превышающий один месяц (для курортов срок определяется местными органами исполнительной власти); размещение лиц, обучающихся в учебном заведении, в средстве размещения, принадлежащем этому учреждению; бесплатное размеще-

ние физическим лицом членов своей семьи или других лиц. Из предусмотренных Порядком № 297-КМ определений следует, что деятельность по предоставлению услуги по временному размещению (проживанию) является самостоятельной, инициативной, систематической, осуществляемой на собственный риск за плату с целью получения прибыли. Таким образом, можно сделать вывод о том, что по своей сути деятельность по временному размещению (проживанию) является предпринимательской деятельностью.

Под предпринимательством в Хозяйственном кодексе Украины понимается хозяйственная деятельность, осуществляемая субъектами хозяйствования. Наличие такого определения предпринимательства создает условия, при которых предпринимательская деятельность по временному размещению (проживанию) осуществляется физическими лицами без регистрации их в качестве субъектов предпринимательской деятельности.

А.В. Бигняк указывает, что признак государственной регистрации субъекта предпринимательской деятельности не является характерным признаком предпринимательства, внутренней составляющей понятия предпринимательской деятельности, как экономической (хозяйственной) деятельности, а является юридическим требованием, которое выдвигается к субъектам предпринимательской деятельности. То есть государственную регистрацию следует считать не признаком предпринимательства, а необходимым условием законности вхождения субъектов предпринимательства в хозяйственный оборот (легитимацией). Одним из центральных признаков предпринимательской деятельности в контексте легального определения А.В. Бигняк указывает направленность на получение прибыли [14, с. 8, 11]. Т.С. Осадчая, анализируя деятельность в системе сельского туризма, приходит к выводу, что деятельность субъектов хозяйствования в сфере сельского туризма, в том числе, связанная с временным размещением, может осуществляться субъектами только при условии обязательной государственной регистрации [15, с. 13]. Но

на наш взгляд, в период становления туристической деятельности в Украине и предоставления физическими лицами в отдельных населенных пунктах, а тем более в сельской местности, услуг по временному размещению, возможно следует допустить к размещению туристов физических лиц, которые не являются предпринимателями, при условии заключения договора аренды, агентского или иного договора с туристическим оператором или туристическим агентом, в котором должны быть урегулированы вопросы предоставления таких услуг путешествующим лицам, в том числе порядок соблюдения требований к средствам размещения.

Выводы. Учитывая вышеизложенное, можно дать перечень существенных признаков правового понятия «услуги по временному размещению»: 1) деятельность, как правило, юридического или физического лица-предпринимателя; 2) услуга по предоставлению места для размещения туриста или другого, совершающего поездку лица; 3) услуга включает в себя размещение и одну или несколько дополнительных услуг, связанных с обслуживанием лица, потребляющего услугу; 4) услуга охватывает короткий период, до одного месяца, и предоставляется на посуточной или понедельной основе; 5) услуга предоставляется ограниченному кругу лиц – туристам и другим, совершающим поездки лицам; 6) услуга может быть предоставлена только в специализированном средстве размещения, отвечающему определенным требованиям; 7) услуга включает размещение и одну или несколько дополнительных услуг, связанных с обслуживанием лица, потребляющего такую услугу, как правило, оказываемая юридическим лицом или

Таким образом, более верным, на наш взгляд, будет следующее определение услуги по временному размещению – услуга по предоставлению места для размещения туриста или другого, совершающего поездку лица, в специализированном средстве размещения на срок не более одного месяца, включающая в себя размещение и одну или несколько дополнительных услуг, связанных с обслуживанием лица, потребляющего такую услугу, как правило, оказываемая юридическим лицом или



физическим лицом-предпринимателем на посуточной или понедельной основе.

Список использованной литературы:

1. International Recommendations for Tourism Statistics 2008. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesM/seriesm_83rev1e.pdf.

2. Мініч І.М. Соціальні чинники і функції інфраструктури туризму: соціологічний аналіз: Автореф. дис. ... канд. соціол. наук: 22.00.04 / І.М. Мініч; НАН України. Ін-т соціології. – К., 2002. – 18 с. – укр. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis64r_81/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=ARD&P21DBN=ARD&Z21ID=&Image_file_name=DOC/2002/02mimtsa.zip&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1.

3. Чорненко Н.В. Організація туристичної індустрії: навч. посіб. / Н.В. Чорненко. – К. : Атіка, 2006. – 264 с.

4. Андренко І.Б. Організаційно-економічні аспекти розвитку готельного господарства регіону : Автореф. дис. ... канд. екон. наук : 08.10.01 / І.Б. Андренко ; Харк. держ. акад. міськ. госп-ва. – Х., 2003. – 20 с. : рис. – укр. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis64r_81/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=ARD&P21DBN=ARD&Z21ID=&Image_file_name=DOC/2003/03aibggr.zip&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1.

5. Ільясова М.К. Удосконалення механізму регулювання регіонального ринку готельних послуг (на прикладі Автономної Республіки Крим) : автореф. дис. ... канд. екон. наук: 08.00.05 / М.К. Ільясова; ДВНЗ «Ужгород. нац. ун-т». – Ужгород, 2009. – 20 с. – укр. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis64r_81/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=ARD&P21DBN=ARD&Z21ID=&Image_file_name=DOC/2009/09imkark.zip&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1.

6. International Standard Industrial Classification of All Economic Activities Revision 4. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://unstats.un.org/unsd/publication/seriesM/seriesm_4rev4e.pdf.

7. Proposal for a Directive of the European parliament and of the council on package travel and assisted travel arrangements, amending Regulation (EC) № 2006/2004, Directive 2011/83/EU and repealing Council Directive 90/314/EEC /* COM /2013/0512 final – 2013/0246 (COD) */ [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?qid=1421151588816&uri=CELEX:52013PC0512>.

8. International Recommendations for Tourism Statistics 2008. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesM/seriesm_83rev1e.pdf.

9. Lietuvos Respublikos turizmo įstatymas 1998 m. kovo 19 d. № VIII-667 Vilnius [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.infolex.lt/ta/64687>.

10. USTAWA z dnia 29 sierpnia 1997 г. o usługach turystycznych. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19971330884>.

11. Про туризм. [Электронный ресурс] : проект закона Украины от 24.02.2014 г. № 4224. – Режим доступа : Информац.-прав. система ЛІГА : ЗАКОН.

12. Кабушкин Н.И. Менеджмент гостиниц и ресторанов: Учеб. пособие. – 2-е изд. / Н.И. Кабушкин, Г.А. Бондаренко – Мн.: Новое знание, 2001. – 216 с. – (Экономическое образование).

13. Опанашук Ю.Я. Формування системи послуг у готельному господарстві України: автореф. дис. ... канд. екон. наук: 08.00.04 / Ю.Я. Опанашук; Укоопспілка, Львів. комерц. акад. – Д., 2009. – 21 с. – укр. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=ARD&P21DBN=ARD&Z21ID=&Image_file_name=DOC/2009/09ouyggg.zip&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1.

14. Бигняк О.В. Підприємництво як предмет правового регулювання в Україні : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. [Электронный ресурс] / О.В. Бигняк; НАН України. Ін-т екон.-прав. дослідж. – Донецьк, 2007. – 17 с. – укр. – Режим доступа : <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2007/07bovrpu.zip>.

15. Осадча Т.С. Організація обліку і контролю діяльності в системі сільського туризму (на прикладі суб'єктів господарювання Південного

регіону України та АР Крим): автореф. дис. ... канд. екон. наук: 08.00.09 / Т.С. Осадча; Держ. вищ. навч. закл. «Київ. нац. екон. ун-т ім. В. Гетьмана». – К., 2007. – 21 с. – укр. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis64r_81/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=ARD&P21DBN=ARD&Z21ID=&Image_file_name=DOC/2007/07otsruk.zip&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1.



QUANTITY AND DENSITY OF POPULATION IN THE INFLUENCE ON CRIME

Pavel SERDIUK,

Doctor of Law, Associate Professor,
Professor of the Department of Criminal Law, Criminology and Penitentiary Law
of the National Academy of the Public Prosecutor's Office of Ukraine

Summary

The article presents arguments in favor to the fact that the measurement of crime in criminology does not properly address the universal quantitative laws that are inherent in all natural systems. At the same time there is a paradox, which is characteristic of the human population. For some unknown cause, the population density does not affect the quantitative condition of crime. Traditional view on this question is rejection. Traditional error linked with the fact that the researchers used an incorrect method to verify the presence of correlation between population density and the number of crimes committed.

Key words: analytical unit, correlation, population, population density, crime.

Аннотация

В статье представлены доводы в пользу того, что в криминологии при измерении преступности должным образом не учитываются универсальные количественные закономерности, которые присущи всем природным системам. В то же время отмечается парадокс, который характерен для человеческой популяции. По неизвестной причине плотность населения не влияет на количественные показатели преступности. Опровергается традиционный взгляд на этот вопрос. Традиционная ошибка связана с тем, что исследователи применяли некорректный метод для верификации наличия корреляции между плотностью населения и количеством совершенных преступлений.

Ключевые слова: аналитическая единица, корреляция, популяция, плотность населения, преступность.

The statement of the problem. It is important that researchers human's society understand, that our species is characterized by the same patterns of population phenomena, as for the other animals. Those who research socio-demographic characteristics of our species have many difficulties. But researchers by population characteristics of other animals have are no less difficulties. In particular, they have to use indirect methods of counting individual, ranging from the number of eggs to the excrements or dead animals a certain type per hectare or square kilometer, as well as the fact that it is difficult to counts the frogs in the swamp. The animal does not have to register; it does not need documents to participate in public relations. But it is studying of social phenomena in human society also characterized by difficulty understanding. Conducted the census and maintaining public and private accounting of the population, consumers, etc. facilitate research, but, unfortunately, do not deprive deep-rooted misconceptions.

Statistical science gives us the opportunity to learn not seen anything about a large number of animals, while we have the opportunity to watch the very small number of samples [1, p. 45]. Indeed, the correct analysis of quantitative characteristics of the population is very important for accurate conclusions about what takes place in the social life of

the species. For example, we estimate the absolute and relative indicators of population and determine its boundaries. Humans have for this is the so-called "statistical regions", and to study the characteristics of other populations, science uses the natural boundaries of this species.

One of the masterminds of the institution of criminal statistics in France and the publication in 1827 of the first official report on crime is Andre-Michel Guerry called statistics by biological because that reflect the deep elements of population in its various states, referring to the contemporary him English statistics [2, p. 53]. It is clear that the taking into account of the number of population is directly related to the assessment and forecast of the desired demonstrations of social activity in the population.

However, that no matter how insulting it sounded for social statisticians, analysts animal populations is much less committing serious errors in method accounting of population. In particular, to determine the absolute and relative characteristics of the population, they use another kind of animal for relative measurement, such as predators and prey, symbiotic species, parasites and "owners" and others. In any case, this approach is more productive in conditions of taking into account socio-biological, mathematical, and other laws of life of the species. Assessment of the facts based on

its representation at 100,000 individuals, exists only in our imagination [3, p. 28]. In real life, these speculative 100,000 do not play the socio-demographic role, since social and other relationships exist in the population within its habitat and quantitative real representation. This is only an analytical alignment, which is actually a fully speculative. Using the relative analogue, we thus aim to give our vision orderly, but we forget that the reality we do not forgive it.

The idea of proportional metering population with reference to the proportional counting objects habitat is a very good idea, which allows for a much smaller error in measurement. Such a correct comparison shows an example of how to take into account the number of people in the region in order to adequately assess its activity, not based on some artificial analytical unit, which does not take into account the factor of the number of social relationships, competition, and so on.

The purpose of the article. The purpose of this article is to present the results of my research, which, contrary to the prevailing dogma in criminology, prove quantitative influence the number of population on characteristics of crime, as well as refute the correlation between population density and crime.

The main material. There is nothing wrong in the fact that we, for example,



count the number of deaths per 1,000 or 100,000 people, but the bad thing is that we have compare this 1,000 or 100,000 with other populations in which the habitat and population density are different, especially when essential. If we study some characteristic of the population, in particular, adaptation of the population as a whole, the accounting should be taken not only the characteristics of the environment, but also the number of all groups within the population. The specific dependence of the adaptation from the population size and parameters of the environment is what is called the "law of nature" [4, p. 26]. It is known that for many species characteristic of the so-called "territorial" when the animals in advance reduce their numbers, received signals that it is close to the limit. In humans, the territorial programs are not completely destroyed. People do the isolated group and defend their territory very active [5, p. 9].

In large groups feel at ease "liars", that is a selfish, parasitic on altruism another individuals [6, p. 351]. On the contrary, in small communities, a large number of egoists survive much harder, so it is natural when a lesser population will be much smaller proportion of social parasites, to which, of course, can be attributed to the criminals.

We can, for example, to compare the fertility rate among people in different regions. For example, in the Ukrainian regions, whose population differs quantitatively to 3 million people, less on the number of the region's population is born to 446 more children, based on the relative unit born per 100,000 populations. But this figure gives us a little, because we do not taking into account the situation related to increasing competition in the populous region. In the animal world, it causes a reduction in the population in this habitat due to births and deaths. Additionally, at experimental studies it is known that in a population of animals, even provided with an abundance of nutrition, fertility starts to decline after a population adds significant amount. Initially, when the population is still relatively high, the sizes of the adrenal glands in individuals are normal, but with the increase in population size adrenal glands are rapidly increasing in volume. This in turn affects the production of hormones and affects the dynamics of

fertility. The aforesaid mechanism is well studied in mammals, but, unfortunately, it is not known whether similar studies conducted on humans. In any case, only arrogance makes people think that their biological instincts and mechanisms of biological regulation are above all the wildlife and these mechanisms do not apply. But, obviously, it is not that. It is these mechanisms account for this difference in fertility. The above-mentioned areas are really quite difference in population density. In the area in which the higher proportion of the population density, the population is almost twice as high, and therefore fertility in there.

World literature is rich in studies depending on population density and its dynamics. In this sense, an interesting model that takes into account the presence of feedback that suggested by the Belgian mathematician Pierre François Verhulst, calling it the logistic model. This model has an exponential part describing the rapid growth of low population density, and slowing population growth with increasing population density. The logistic curve is well described the growth of population in the United States at the beginning of 1900s. But in later years the US population grew much faster than one would expect on the basis of a logistic curve [7, p. 91].

But why this should not affect the crime rate? At low population density intraspecific competition is reduced, and the birth rate exceeds the death rate, while increasing the density, on the contrary. Does this mean that the population density and the estimated degree of intraspecific competition will affect, for example, to crime? The population density affects all social conflicts positively. But this position is disputed, claiming that the increase in population density for 1 person/km² leads to a decrease in crime by 1.82 units. The question arises, rather than whether the researchers have made a mistake in the approach? The irony is that they rightly emphasized the primary reason for the contradictory results of some criminological analysis that is divorced from his statistical analysis based on modern means of summarizing information [8, p. 49, 51]. Although the authors claimed that used cluster analysis, the accuracy of their findings is questionable, but do not expect that the correlation between population density

and the current crime will always work. The data presented further evidence that the greater or lesser density of human population does not directly affect the recorded crime. It may be higher in sparsely populated cities and in densely populated cities below. In this case, more important is the sheer number of the population is in effect on the crime rate, rather than the population density of the city. Probably, it is fact that density of population not affects the crime, but the number of individuals in the population it is.

In the mid and late 1970s in the Soviet Union on this issue said with a sure voice, because without a doubt was noted that the increase in the number of young men, or an increase in population density, alas, no visual evidence, are the conditions that contribute to an increase in the number of crimes committed. Conversely, among the most significant factors influencing the urban crime is not allocated the amount of population and higher population density compared to smaller cities or rural areas.

There was a unique argument that low population density reduces the frequency of social contacts, and leads to a weakening of social control [9, p. 76]. Far-reaching assumption, if we forget that in the cities, especially large ones, where high population density, informal social control, and it was he who played a leading role, is reduced, but the frequency of social contacts is high, which increases the likelihood of conflicts.

This situation, in which the density of the population does not show an increase crime, as well-known manifestations of conflicts over resources, should give rise to justifiable doubts. There is a temptation to fend off the good old argument about the "dark figure" of crime. However, the bright figure should respond to this factor. Apparently, we have a puzzle. Here it would be appropriate to bring the claim that fluctuations in the number of human population does not represent a rigorous, mathematically precise cycles. Rather, they seem to have quite widely varying around a mean value. This pattern would be expected, because human societies are complex dynamical systems, many parts of which are cross-linked to each other by non-linear feedback [10, p. 15]. Perhaps under a cross-fire hit and the population density in the impact on crime, and the obvious fluctuations between dispersion



mathematically expected number of delicts and crimes.

There is a possibility that this result was due to use by researchers a coefficient crime in the region, rather than absolute quantity of crimes. If researchers ignore this law, then they take as a basis the number of population, which exists as a result of analytic alignment. Without taking into account the specific characteristics of life, which are due to the size of the habitat and the number of individuals who come in contact, living, acting, in general, giving figures for the statistics.

I think it did that researcher who cites most other exploring the issues of regional crime. Armed with census data and reports on the rate of crime in St. Petersburg and Leningrad Region (Russian Federation) for 1989 and, using correlation analysis, emphasized the close link population density and crime in the region from 0.63 to 0.80, which indicates a strong degree of correlation [11, p. 202]. This result in under suspicion, because if the effect of population density on crime plays a role, this effect should be supported in all social systems and states.

If you take the trouble to re-check the correlation using the method of correlation analysis in any country, for whatever year, you will find often a strong correlation or high correlation, or, less frequently, and a weak correlation. I did so. Took data on the countries studied, and calculated according to the formula, the correlation coefficient (r) between the population density in the regions and the number of registered crimes in countries.

To recognize the existence of at least a weak positive relationship between the variables (r), the coefficient should be from 0.00 to 0.24.

Take the graphics data for the Republic of Poland (2012). The correlation between population density and crime is obvious even graphically. Why it has happened:

$$r = \frac{16 \times 184228367 - 1119803 \times 2075}{\sqrt{16 \times 105480748165 - 1119803^2} \times \sqrt{16 \times 357247 - 2075^2}} = 0,797$$

But graphics for other countries are not as promising, and most of those. A similar result was released in the United Kingdom – $r = 0.792$, and in Germany – 0.732 , and in the Czech Republic – 0.826 , and in Finland – 0.735 , and in Russia – 0.613 . There is an example and a weak correlation (Canada, 2012):

$$r = \frac{13 \times 16234364 - 2235325 \times 86.86}{\sqrt{13 \times 868319566053 - 2235325^2} \times \sqrt{13 \times 1319.26 - 86.86^2}} = 0,068$$

What it can speak? The fact that the correlation analysis method is not suitable for the calculation of the effect of population density on the number of crimes committed, as estimated in the coefficients do not correspond to the results shown in the graphs. In the graphs can be observed that the proportion of the population density does not always affect the crime rate compared to other regions, it has a large population density does not mean that the number of reported crimes is greater than the number of crimes in the comparison area. Not uncommon in the region with much greater population density is recorded slightly more crimes than in the comparison region with much lower density. This is probably due to the fact that the coefficient of correlation yields averaged results over all regions, and more importantly, in this situation, a greater importance is not in itself the population density and the number of the population. This averaging repays fluctuations that may exist in reality, and, in fact, may be sensitive mainly to the most dramatic indicators of population density and crime. This deprives the method of correlation analysis in assessing the effect of population density on the crime of its appeal, but gives confidence that the independent correlates role here still plays a number of populations. Therefore, with a population density turns out that equal proportions does not happen often, and this is evident in the absence of painting, which would have been the population density column is equal the column number of registered crimes. However, there is no strict relationship between population density and the number of reported crimes. Here, as with changes in the number of population, direct proportion had not expected. Here dominate fluctuations. But the force is maintained just at the number of people, and not from its density.

This approach of it supporters who saw strong correlation can be understood. But as you can see, their result is based on an error. Their arguments boil down to the fact that under the conditions of the territory with a high degree of urbanization, population density expresses the closeness of the social environment. The population density is having an impact on criminal behavior is not in itself, it is only

a condition that leads to the deterioration of living space, and contributes to the possibility of increasing the frequency of social contacts [11, p. 202]. It's a great guess, which, among other things, is also confirmed by computer models. But in real life, a phenomenon more frequent contacts, oddly enough, is not due to the density of living of the population, but with the absolute number of people in the region. Here is a contradiction dropped us.

For the properly assess the impact of population density on the number of recorded crimes, you need to compare regions with the same number of people. Because within the same country to find regions with the same number of population is highly unlikely, it is necessary to try to compare regions with similar population size, the difference in rankings from 2,000 to 20,000 people. It is obvious that not all states can find a quantitative affinity. In those countries where more regions, there is a good chance to find the required number of such regions. However, there is no city administrative value. In such a case is always difficult to know the statistics of crime in the cities.

In the many cities of different countries can be seen that there is not always a correlation between high population density and a large number of reported crimes in cities with similar population size. It happens when the city with a much higher population density number of reported crimes significantly less than in the city with lower population density. But in many cases, if not to say that most, the opposite happens. However, quantitative preponderance of reported crimes under these conditions shows small differences. Often the quantitative advantage can be seen when the difference in population density in cities close to his number is 50% or higher. It is likely that not all overweight population density can have a significant impact on socially significant figures. In addition, it is obvious that crime, and therefore its registration and, subject to significant fluctuations depending on many factors, but still remains within the mathematically expected number, and is subject to disperse influence. Thus, cannot be considered conclusive arguments of those researchers who argue that population density have the opposite effect on the growth of registered crimes.



Nature is very sensitive to the quantitative characteristics of the population. There are survival strategies that are directly used quantitative laws populations in natural interaction. For example, an amazing, survival strategy that uses three kinds of periodical cicadas belonging to the genus *Magicicada*. They use a 13-year-old and 17-year life cycle and reproduction. Accordingly, 13 or 17 years as larvae live under the ground, and on the 13th or 17th year, crawl out of the ground and the area of the event is going through the whole invasion of tens or even hundreds of millions of periodical cicadas that envelop their own marriage trills. Presumably, the biological significance of this phenomenon lies in the fact that potential predators or parasites were few in number compared to the cicadas during their invasion, and in the intervals between the invasions, would starve [12, p. 119–120]. This allows controlling the population of predators, because without an abundance of food they multiply so intensively. In addition, during the invasion of numerically small predators and parasites cannot cope with the entire colony of cicadas, and they can leave more offspring. We see that in this strategy the main idea is that the amount determined by the possibility of the population to survive in the risks associated with predators and parasites.

If you move this strategy in the human population, the predators and parasites usually considered as the criminals. While this is not quite true, because to social parasites can be attributed not only to those who are in trouble with the law. A large population within the habitat, such as the city, will mean that predators and parasites will be more because the entire population of the city is not hidden for years under the ground, and then appear to the Sun and Moon for a short period of time. This intraspecific relationship, so mankind uses other strategies. Nevertheless, the number of pattern in the human population has a direct role for the number of social parasites and predators. Of course, I do not mean that they are born, incorrigible predators or parasites, at least, those who commit crimes. There is not even appropriate the word “incorrigible” as a crime and parasitism are natural coping strategies for people, even though they seem to be less effective.

Conclusions. Population size continues to play a role in the dynamics of

social phenomena. Such as intraspecific struggle for survival, this is manifested not least in the parasitic behavior of individuals. And therefore, the taking into account number of the population in a particular habitat, such as a city, district, region relevant for the determination of the quality indicators of social activity of the inhabitants. Therefore, the relative measurement, such as we know it, distorts the objective laws of social life. We can compare one species to another in their interactions or in isolation, and it will be adequate for measuring, but if we compare one species, then we have to consider the scope of its habitat and the number of individuals in it, rather than analytical unit of 10,000 or 100,000. Such an adequate measurement in social and biological sense allows the take into account the dynamics of social relations, which have a decisive impact on the manifestation of social facts. Therefore it is so important to account of the specific amount of the population, inhabiting a certain areal, because it is the number of the population gives rise to a known and an unknown number of accidents in it.

References:

1. Dawkins M.S. *Observing Animal Behaviour Design and Analysis of Quantitative Data* / Marian Stamp Dawkins. – Oxford: Oxford University Press, 2007. – 168 p.
2. Герри А.-М. История приложения чисел к наукам нравственным / А.-М. Герри / *Криминология. Тексты XIX – начала XX вв. (история социологии преступности)* : [хрестоматия для студентов юридич. и социол. специальностей вузов] : в 4 т. / сост. и предисл. докт. социол. наук, проф. И.П. Рущенко. – Х. : Харьк. нац. ун-т внутр. дел, 2009. – Т. 1 : Уголовно-статистические исследования / под общ. ред. докт. юрид. наук, проф. А.М. Бандурки. – 2009. – С. 43–56.
3. Коли Г. Анализ популяции позвоночных / Г. Коли ; пер. с англ. Е.П. Крюковой ; под ред. канд. физ.-мат. наук А.Д. Базыкина. – М. : Мир, 1979. – 362 с.
4. Динамическая теория биологических популяций / под ред. Р.А. Полуэктова. – М. : Наука, Главная редакция физико-математической литературы, 1974. – 456 с.

5. Дольник В.Р. Существуют ли биологические механизмы регуляции численности людей? / В.Р. Дольник // *Природа*. – 1992. – № 6. – С. 3–16.

6. Марков А. *Эволюция человека* : в 2 кн. / А. Марков. – М. : Астрель : CORPUS, 2011. – Кн. 2 : Обезьяны, нейроны и душа. – 2011. – 512 с.

7. Гиляров А.М. *Популяционная экология* : [учеб. пособ. для студ. биолог. спец. ун-тов] / А.М. Гиляров. – М. : Изд-во МГУ, 1990. – 190 с.

8. Ведяхин В.М., Рябцев В.М. Многофакторный регрессионный анализ причин территориальной дифференциации преступности / В.М. Ведяхин, В.М. Рябцев // *Государство и право*. – 2000. – № 7. – С. 49–54.

9. Кулапина Т.И. Некоторые вопросы методики регионального исследования отклоняющегося поведения населения / Т.И. Кулапина // *Теоретические проблемы изучения территориальных различий преступности. Труды про криминологии // Учёные записки Тартуского государственного университета*. – Тарту, 1985. – Выпуск 725. – С. 64–84.

10. Turchin P. Long-term population cycles in human societies / Peter V. Turchin / *The Year in Ecology and Conservation Biology, 2009 // Annals of the New York Academy of Sciences*. – 2009. – Vol. 1162. – P. 1–17.

11. Ростов К.Т. *Методология регионального анализа преступности в России* : дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 / К.Т. Ростов ; МВД России. Санкт-Петербургская академия. – Санкт-Петербург, 1998. – 422 с.

12. Докинз Р. *Расширенный фенотип: длинная рука гена* / Р. Докинз ; пер. с англ. А. Гопко. – М. : Астрель : CORPUS, 2010. – 512 с.



ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА УЩЕРБ, ПРИЧИНЕННЫЙ МАЛОЛЕТНИМИ ФИЗИЧЕСКИМИ ЛИЦАМИ

Александра СОРОКА,

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского, хозяйственного и уголовного права
Открытого международного университета развития человека «Украина»

Summary

The necessity of research and thorough analysis of essence of civil liability for damage caused by juvenile physical persons and reasons to be indemnified is conditioned by inconclusive status of methodological problems of this liability and leads to outrage of members' civil relations.

The purpose of this publication is to analyze features and order damages caused to young. Identify legal problems caused by separation of liability and minors and their representatives for injury. Identify gaps and suggest ways to address them. Study the following notions: „damage” (its criteria and forms), „legal capability”, „liabilities”. Test reasons and caps on liability of juvenile and disabled criminals.

Key words: juvenile, wine, parents, recourse obligation.

Аннотация

Необходимость исследования и всестороннего анализа сущности гражданско-правовой ответственности за ущерб, причиненный малолетними физическими лицами, и оснований, что от нее освобождают, обусловлена недостаточностью разработанности методологических проблем такой ответственности, и приводит к нарушению прав участников гражданских отношений.

Целью публикации является анализ особенности и порядка возмещения вреда, причиненного малолетними. Определить правовые проблемы разграничения вины и ответственности малолетних и их представителей при причинении вреда. Выявить пробелы и предложить способы их устранения. Изучить следующие понятия: «вред» (его признаки и формы), «дееспособность», «виды ответственности». Провести анализ оснований и пределов ответственности несовершеннолетних и недееспособных преступников.

Ключевые слова: малолетний, деликтоспособность, вред, вина, родители, усыновители, регрессные обязательства.

Постановка проблемы. Одним из древнейших видов гражданских правоотношений являются обязательства по возмещению вреда. Участниками этих обязательств есть физические лица, юридические лица и государство. Каждый из этих субъектов может выступать как на стороне причинителя вреда (делинквента), так и потерпевшего. Но участие в этих правоотношениях физических лиц не одинаково. И зависит, в первую очередь, от наличия или отсутствия определенного юридического статуса. Такой статус устанавливается как возрастными, так и другими признаками, например, наличием определенного имущества и тому подобное. Порядок возмещения вреда, причиненного малолетними лицами, требует пристального внимания в силу специфичности их правового положения в деликтных обязательствах.

Актуальность темы исследования. Актуальность темы определяется необходимостью исследования и всестороннего анализа сущности гражданско-правовой ответственности за причиненный ущерб малолетними, обусловлена недостаточностью разработанности методологических

проблем такой ответственности и приводит к нарушению прав участников гражданских отношений.

Научный анализ проблемы ответственности за ущерб, причиненный малолетними физическими лицами, осуществляется многими учеными. Среди них следует назвать М.В. Антокольского, А.П. Сергеева, Е.А. Суханова, В.А. Борисова, А.И. Дмитриева.

Целью и задачей статьи является исследование особенностей возмещения вреда, причиненного малолетними. Главной задачей является определение правовых проблем разграничения вины и ответственности малолетних и их представителей за причиненный вред.

Изложение основного материала исследования. В соответствии со ст. 31 Гражданского кодекса (далее – ГК) малолетним признается физическое лицо, не достигшее 14 лет [1]. Но так было не всегда. Так, по нормам ГК УССР, 1963 г., градация по возрастному признаку выделяла лиц, не достигших 15 лет. В литературе тех лет неоднократно высказывалось мнение о том, что дети в возрасте до 15 лет являются полностью недееспособными [2]. Такой вывод, однозначно, опирался на нормы

законодательства тех лет. Однако согласиться с такой точкой зрения нельзя, поскольку закон признавал и признает в этой категории физических лиц определенную, хотя и незначительную дееспособность.

Итак, более справедливым для малолетних есть установка «частичной» дееспособности, на которую указывает новый Гражданский кодекс Украины в ст. 31. Указанная дееспособность имеет частичный характер, поскольку предоставляет детям до 14 лет достаточно узкую сделкоспособность и не признает за ними возможности нести ответственность за причиненный ущерб.

В современном праве Украины правовое положение физических лиц в гражданских правоотношениях раскрывается через категории правоспособности и дееспособности.

Гражданская правоспособность – это признаваемая государством за гражданином возможность иметь любые допустимые законом гражданские права и нести гражданские обязанности.

Итак, правоспособность – это лишь общая, абстрактная возможность иметь права или обязанности [3, 112]. Право-



способность не зависит от возраста, жизнеспособности человека, состояния здоровья, возможности осуществления прав и обязанностей. Хотя в случаях, предусмотренных законом, возможность иметь гражданские права и обязанности может быть связана с достижением определенного возраста.

Для того чтобы иметь возможность самостоятельно создавать для себя гражданские права и обязанности, физическое лицо должно быть не только правоспособным, но и дееспособным. Согласно ст. 30 ГК Украины, дееспособность физического лица – это его способность своими собственными действиями приобретать для себя гражданские права и самостоятельно их осуществлять, а также способность своими действиями создавать для себя гражданские обязанности, самостоятельно их выполнять и нести ответственность в случае их невыполнения. Именно дееспособность юридически обеспечивает активное участие личности в гражданском обороте, реализацию своих имущественных и личных неимущественных прав. Но не любой делинквент может быть стороной в правоотношениях по возмещению вреда. Так, в сфере причинения вреда возможна ответственность за чужие действия, но только при наличии собственной вины, например, ответственность родителей за действия несовершеннолетних и тому подобное. Деликтивная ответственность возлагается на лиц, которые являются полностью дееспособными. Однако на практике довольно часто имеют место случаи, когда вред наносится лицами, которые не обладают полной гражданской дееспособностью, или которые, в зависимости от различных обстоятельств, не могут в полном объеме осознавать значение своих действий и руководить ими. Поэтому гражданским законодательством предусмотрен особый порядок возмещения вреда, причиненного такими лицами. Эти виды обязательств называют «обязательствами с так называемым дефектным субъективным составом» [4]. К ним относится возмещение вреда, причиненного:

- 1) малолетним;
- 2) несовершеннолетним лицом;
- 3) недееспособным лицом;
- 4) лицом, гражданская дееспособность которого ограничена.

Одним из обязательных элементов дееспособности физического лица, как правило, признается деликтоспособность [6, с. 70]. Возникновение деликтоспособности в украинском законодательстве связывается с наличием определенных условий, в частности: достижение 14 или 18 лет в момент совершения правонарушения.

По нормам действующего украинского законодательства полностью недееспособными считаются дети в возрасте до 14 лет и лица, признанные судом недееспособными в установленном законом порядке.

В соответствии с ч. 1 ст. 1178 ГК Украины вред, причиненный малолетним лицом, возмещается его родителями или опекуном, или другим физическим лицом, которое на правовых основаниях осуществляет воспитание малолетнего лица, если они не докажут, что вред не является следствием недобросовестного осуществления или уклонения ими от осуществления воспитания и надзора за малолетним. Как указывает судебная практика, в этом случае под следствием следует понимать неосуществление надлежащего ухода за малолетними в момент причинения ими вреда или безответственное отношение к их воспитанию, неправомерное использование родительских прав, отсутствие к детям внимания и тому подобное. Поэтому указанные ответственные лица не могут быть освобождены от возмещения вреда, пытаясь доказать свою невиновность, ссылаясь на такие обстоятельства, как отсутствие их дома во время причинения несовершеннолетними вреда или проживание отдельно от ребенка (если брак между родителями расторгнут). Так же, как и родители, отвечают и усыновители, поскольку в соответствии со ст. 207 СК они уравниваются в правах и обязанностях с родственниками по происхождению. В соответствии со ст. 141 СК Украины мать и отец имеют равные права и обязанности в отношении своих детей, независимо от того, находились ли они в браке между собой, поэтому к ответственности привлекаются оба родителя ребенка [8].

То, что касается вины непосредственного причинителя вреда, то их незрелый возраст не позволяет говорить об их вине, несмотря на то, что субъективная сторона их поведения,

мотивы (поиграть, отомстить) могут также учитываться при ее возмещении. Говорить о наличии вины нельзя, если по объективным причинам один из родителей никакого участия в воспитании не брал, например, вследствие длительного лечения, пребывания на службе в Вооруженных Силах Украины и т. д., поскольку фактическая связь с малолетним была полностью прекращена из-за независимых от него обстоятельств.

В ч. 2 ст. 1178 ГК Украины содержится перечень учреждений, обязанных осуществлять надзор за малолетними: учебные учреждения, учреждения здравоохранения или другие учреждения, в том числе частные школы, специальные учебные заведения. Последние несут ответственность за вред, причиненный малолетними, если не докажут отсутствие своей вины. На практике под виной учебных, воспитательных и лечебных учреждений понимается только неосуществление ими должного надзора за детьми в момент причинения вреда [9].

В Гражданском кодексе перечень физических и юридических лиц, которые несут ответственность за вред, причиненный несовершеннолетними в возрасте до пятнадцати лет (сейчас – до 14 лет), является исчерпывающим и распространенному толкованию не подлежит. Именно поэтому можно согласиться с мнением некоторых авторов, которые справедливо отмечают, что не может быть возложена обязанность возместить причиненный ущерб на учреждения дошкольного образования детей. То есть, на заведение, где дети находятся лишь незначительное время.

Лица, осуществляющие воспитание ребенка на основании патронажного договора (ст. 252 СК Украины) обязаны отвечать за вред, причиненный малолетними. Порядок установления над малолетними лицами, лишенными родительского попечительства, опеки, регламентируется главой 6 ГК, ст. 248 и др. СК Украины. В случае невозможности устройства малолетнего ни в семью, ни в детское учреждение исполнение обязанностей его опекуна возлагается на органы опеки и попечительства (ст. 65 ГК). Последние, как и опекун, несут ответственность за вред, причиненный такими малолетними.



Если ущерб был причинен как по вине родителей (опекунов), так и по вине учебных, воспитательных или лечебных учреждений, или лица, которое обязано осуществлять надзор за малолетним, то возмещение осуществляется по принципу долевой ответственности в зависимости от степени вины каждого (ч. 4 ст. 1178 ГК).

Закон специально регулирует вопросы ответственности родителей, лишенных родительских прав. Так, родители, лишенные родительских прав, обязаны возместить вред, причиненный их ребенком в течение трех лет после лишения их родительских прав с даты вступления судебного решения о лишении родительских прав в законную силу (ст. 1183 ГК Украины). Такое правило свидетельствует о намерении дополнительного воздействия на неисправную категорию родителей, в том числе, гражданско-правовых санкций. Лица, лишенные родительских прав, теряют не только право на личное воспитание своих детей, а также все другие права, вытекающие из факта родства с ребенком. Однако некоторые обязанности за ними сохраняются, такие как: наказание за содеянное и дополнительное отягощение, обязанность содержать своего ребенка (ч. 2 ст. 166 СК), а также возместить вред, причиненный их детьми.

Таким образом, на родителей возлагается дополнительное бремя за ненадлежащее воспитание ребенка, отсутствие какого-либо надзора за ребенком, заботы о его жизненно необходимых потребностях. Так, ненадлежащим исполнением родительских обязанностей являются: безответственное отношение к воспитанию своих детей в форме уклонения родителей от обязанности заботиться о здоровье ребенка, его физическом, духовном, умственном и нравственном состоянии и развитии; применение физических и других видов наказаний, унижающие человеческое достоинство ребенка, а также безнравственное, антиобщественное поведение родителей, которое оказывает негативное влияние на детей.

Правила ст. 1183 ГК применяются ко всем случаям ущерба малолетними, независимо от места их нахождения после вынесения решения судом о лишении родительских прав.

Родители, лишенные родительских прав, несут ответственность за вред, причиненный их детьми, если не докажут, что этот вред не является следствием невыполнения ими своих родительских обязанностей. Гражданским кодексом установлена презумпция причинной связи между противоправным поведением неисправных родителей и вредом, причиненным малолетним. Вина является субъективным основанием ответственности родителей, лишенных родительских прав. Поскольку малолетний не может быть виновным в причинении вреда, а ответственность родителей (опекунов) и других лиц – это ответственность за свою вину, то малолетний не несет ответственности по достижении совершеннолетия (18 лет) по возмещению вреда. Исключения из этого правила предусмотрены ч. 5 ст. 1178 ГК. На непосредственного делинквента после достижения им совершеннолетия может быть возложена обязанность частично или в полном объеме возместить вред, причиненный им в возрасте до 14 лет, при наличии следующих обстоятельств:

1) вред был причинен жизни или здоровью потерпевшего;

2) ответственным за причиненный ущерб является не юридическое лицо – учреждение или заведение, а родители (усыновители), опекуны или другое физическое лицо, которое на правовых основаниях осуществляло воспитание малолетнего лица;

3) последние являются неплатежеспособными или умерли;

4) делинквент имеет достаточные для этого средства (наличие другого имущества не учитывается).

Для решения вопроса об ответственности бывшего несовершеннолетнего необходимо наличие совокупности всех указанных выше обстоятельств.

Совместное причинение ущерба имеет место в том случае, если его возникновение связано с противоправными действиями каждого из причинителей вреда. Но при этом совершенно не обязательно, чтобы причинители вреда действовали одновременно. Важно лишь, что возник ущерб, то есть неделимый результат действий этих лиц. По общему правилу, в соответствии со ст. 1190 ГК, лица, совместными действиями или бездействием которых был на-

несен ущерб, несут солидарную ответственность перед потерпевшим.

Если вред причинен несколькими малолетними лицами, то существуют специальные правила возмещения вреда, закрепленные в ст. 1181 ГК.

Поскольку лица в возрасте до 14 лет являются не деликтоспособными, то ответственность за их действия в любом случае несут другие лица, перечисленные в ст. 1181 ГК: родители (усыновители), опекуны, учреждения, которые по закону осуществляют в отношении малолетнего функции опекуна. Перечень этих лиц не включает воспитательные, лечебные и другие учреждения и заведения. В данном случае применяется принцип долевой ответственности, поскольку родители (усыновители), опекуны и учреждения, осуществляющие функции опекуна, не являются лицами, которые непосредственно нанесли ущерб, несмотря на создание своим поведением (ненадлежащим воспитанием, отсутствием надзора за детьми и т. п.) необходимых условий для ущерба.

Список использованной литературы:

1. Цивільний кодекс України [Текст] : Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
2. Иоффе О.С. Советское гражданское право [Текст] : підручник / О.С. Иоффе. – М., 1967.
3. Цивільне право України: Загальна частина [Текст] : підруч. / І.А. Бірюков, О.Ю. Заїка, С.С. Бичкова; за ред. І.А. Бірюкова, О.Ю. Заїки. – 3-те вид., змін. та доповн. – К. : Алерта, 2014. – 510 с.
4. Цивільне право [Текст] : підручник : у 2 т. / Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого»; за ред.: В.І. Борисова, І.В. Спасиби-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. – Х. : Право, 2014 – Т. 2. – 816 с.
5. Цивільне законодавство України [Текст] : навч. посіб. / Є.О. Харитонов [та ін] ; за заг. ред. Є.О. Харитонova, К.Г. Некіт ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». – Одеса : Юрид. літ., 2013. – 388 с.
6. Иванов Ю.Ф., Иванова М.В. Семейное право Украины [Текст] : посібник. / Ю.Ф. Иванов, М.В. Иванова. – К. : Вид. А.В. Паливода, 2013. – 160 с.



7. Про практику застосування судами України законодавства про відшкодування матеріальної шкоди, заподіяної злочином, і стягнення безпідставно нажитого майна : постанова Пленуму Верховного Суду УРСР від 31 березня 1989 р. № 3 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України – 2004. – № 12.

8. Цивільний кодекс України [Текст]: науково-практичний коментар [Текст] / За ред. проф. І.В. Спасибо-Фатєєвої. – Серія «Коментарі та аналітика». – Х.: ФО-П Лисяк.

9. Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди : постанову Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р. № 6 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2008. – № 5.

СТАТУС ТРЕТЬИХ ЛИЦ, НЕ ЗАЯВЛЯЮЩИХ САМОСТОЯТЕЛЬНЫХ ТРЕБОВАНИЙ ОТНОСИТЕЛЬНО ПРЕДМЕТА СПОРА, В ХОЗЯЙСТВЕННОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Татьяна СТЕПАНОВА,

кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры административного и хозяйственного права
Одесского национального университета имени И.И. Мечникова

Summary

The theoretical investigation of the essential features of the legal status of the intervener with one of litigants at the commercial court procedure has been fulfilled. The analyze of the legal works on the issues of the definition of intervener, kinds of interveners, criteria of classifications of interveners as well as specific features of the interveners has been kept. The idea that a participation of the intervener with one of litigants at the court trial is stipulated by their legal nexus was substantiated. The rights and obligations of the interveners at the commercial court procedure as well as issues of the compensation of court fees and legal costs of the interveners have been analyzed. The proposals for the improvement of the rules of the Code of Commercial Procedure related to the issues mentioned above have been made.

Key words: commercial court procedure, interveners, court fees, kinds of interveners.

Аннотация

В статье проводится теоретическое исследование особенностей правового статуса третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора, в хозяйственном процессе. Осуществляется анализ юридической литературы по исследованию понятия третьих лиц, их видов, критериев их классификации, характерных черт. Обосновано, что участие третьего лица без самостоятельных требований обусловлено правовой связью третьего лица и лица, на стороне которого вступает в дело такое третье лицо. Проанализированы права и обязанности третьих лиц в хозяйственном процессе Украины. Исследованы вопросы возмещения судебных расходов, возникших в связи с участием третьих лиц в процессе. Предложено усовершенствовать положения Хозяйственного процессуального кодекса Украины по рассмотренным вопросам.

Ключевые слова: хозяйственный процесс, третьи лица, судебные расходы, виды третьих лиц.

Постановка проблемы. Тема исследования не является новой, поскольку вопросом участия третьих лиц в процессе посвящались работы многих процессуалистов. Несмотря на значительное количество теоретических исследований данной темы, на практике возникают проблемы в восприятии и толковании этого института, которые до последнего времени не имеют своего научного решения.

Актуальность темы обусловлена необходимостью решения теоретических и практических вопросов, возникающих в связи с участием третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, в хозяйственном процессе. Участие третьих лиц в хозяйственном деле позволяет сократить время рассмотрения взаимосвязанных споров между участниками спорных отношений и комплексно их решить.

Большое значение для современного восприятия третьих лиц в искомом производстве в Украине имеют работы М.О. Абрамова, И.В. Балюк, В.Е. Беляевича, О.В. Бобровника, В.Н. Гапеева, И.Г. Побирченко, О.П. Подцерковного, Д.М. Притыки, М.И. Титова, М.О. Штефана, В.С. Щербины, В.В. Яркова и др. Однако исследование особенностей правового статуса третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, в хозяйственном процессе в настоящее время не осуществлялось.

Целью статьи является исследование статуса третьих лиц, не заявляющих требований относительно предмета спора, в хозяйственном процессе.

Изложение основного материала исследования. Общеизвестно, что, в зависимости от проявления материаль-



но-правовой заинтересованности, третьи лица могут быть двух видов: третьи лица, заявляющие самостоятельные требования относительно предмета спора; третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований относительно предмета спора, что регулируется соответственно ст. ст. 26 и 27 Хозяйственного процессуального кодекса Украины (далее – ХПК Украины). Несмотря на близкие по звучанию названия, указанные лица имеют существенные различия. И если третьи лица, заявляющие самостоятельные требования относительно предмета спора, по статусу близки к истцам и даже пользуются всеми правами и обязанностями истца, согласно ст. 26 ХПК Украины, то третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований относительно предмета спора, занимают особое место в хозяйственном судопроизводстве. В соответствии со ст. 27 ХПК Украины, такие лица пользуются правами и обязанностями сторон по делу. Но попробуем определить, являются ли они стороной по делу? Согласно ст. 21 ХПК Украины, сторонами в судебном процессе законодатель признает истца и ответчика. Однако статус третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, нельзя приравнять к статусу сторон по делу. Попробуем обосновать это, опираясь на место и роль таких третьих лиц в хозяйственном процессе.

Критерием допуска третьих лиц к участию в хозяйственном деле является правовая связь со спорным материальным правоотношением, с предметом спора. При этом такие лица находятся в определенных отношениях со сторонами и/или имеют определенные права на предмет спора, что приводит к их вступлению в начатое дело, решение по которому может повлиять на их права и обязанности.

Следует заметить, что третьи лица, заявляющие самостоятельные требования относительно предмета спора, всегда имеют требования, не совместимые с требованиями обеих или хотя бы одной из сторон, а третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований, – только заинтересованность в разрешении хозяйственного спора в пользу участника, на стороне которого они выступают.

Д. Джалилов выделяет следующие критерии классификации третьих лиц

на два вида: 1) основания возникновения их правоотношений с судом; 2) содержание их правоотношений с судом; 3) воздействие решения суда на права и обязанности третьих лиц [1, с. 8]. Представляется, что указанные критерии требуют дополнительного обоснования и корректировки. Так, первый критерий более правильно сформулировать как «основания привлечения в процесс», поскольку при подаче иска третьим лицом, заявляющим самостоятельные требования относительно предмета спора, и при подаче заявления или ходатайства о привлечении к участию в деле третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, основанием возникновения права на участие в деле будет определение хозяйственного суда. Однако основания для привлечения в процесс у разных видов третьих лиц будут разными.

Относительно содержания правоотношений с судом, то Д. Джалилов наверняка имеет в виду то, что третьи лица, заявляющие самостоятельные требования, имеют отдельные требования относительно предмета спора, которые должны быть рассмотрены судом, а третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований, – нет. Однако указанное является лишь предположением, а формулировка второго критерия требует уточнения.

Последний критерий, по нашему мнению, вообще не является критерием классификации, поскольку решение хозяйственного суда может повлиять на права и обязанности третьих лиц обоих видов.

Отличие в правах и обязанностях третьих лиц в качестве критерия разделения их на виды называет В. Гапеев [2, с. 26]. Однако, по нашему мнению, с ним нельзя согласиться, ведь разный состав прав и обязанностей третьих лиц является скорее следствием, чем причиной. Различная суть, различные характерные особенности разных видов третьих лиц вызывают различный объем прав и обязанностей, возникающих у них.

В. Комаров критерием классификации третьих лиц считает степень их юридической заинтересованности в исходе дела [3, с. 456]. Однако и здесь невозможно полностью согласиться, ведь отличие третьих лиц не в степени (что

является количественной характеристикой), а именно в характере этой заинтересованности (что является качественной характеристикой). Третьи лица, заявляющие самостоятельные требования, по своей сути являются вторыми истцами, поскольку они обязательно имеют материально-правовой интерес и, по сути, вступают в процесс с иным, самостоятельным иском, который может противоречить как иску истца, так и требованиям (встречному иску) ответчика, т. е. позиции обеих сторон спора. Третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований, всегда имеют косвенное отношение к делу, а их вступление и требования не носят конкретного «искового» характера.

При этом нельзя сказать, что третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований, не имеют вовсе материального интереса в деле. Такая позиция в юридической литературе достаточно распространена: третьи лица без самостоятельных требований имеют лишь процессуально-правовой интерес в деле. Однако с этим сложно согласиться, ведь таких лиц чаще всего интересует, чтобы решение дела тем или иным образом не ограничило их права, в частности не повлияло на материальное положение. Судебное решение может как установить определенные материальные обязанности для третьих лиц, так и отменить определенные права. Поэтому определенная материально-правовая заинтересованность у третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, имеется.

Следует согласиться с мнением Н. Абрамова, что третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований, не предъявляя притязаний на предмет спора, в то же время, состоя в определенных правоотношениях с одной из сторон, заинтересованы в правильном разрешении дела, так как решение суда может породить для них в преюдициальном порядке неблагоприятные последствия во взаимоотношениях с этой стороной [4, с. 65].

В отличие от третьих лиц, заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора, третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований, не являются основным участником хозяйственного дела, их интерес опосредованный. Поэтому, по



нашему мнению, их самостоятельность является неполной и носит относительный характер, ориентируется на участника, на стороне которого третье лицо вовлечено в процесс. Действительно, следует согласиться с В. Ярковым, что третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, характеризует более опосредованная связь с истцом или ответчиком [5, с. 67].

Подытоживая все вышеизложенное, можно привести следующие отличительные черты третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, от третьих лиц, заявляющих самостоятельные требования:

– вступают в процесс, в котором уже имеются две стороны – истец и ответчик, и определен предмет спора;

– участвуют в деле на стороне истца или ответчика;

– имеют связь со спорным материальным правоотношением, с предметом спора, а также с участником процесса, на стороне которого третье лицо выступает;

– отсутствие самостоятельных требований на предмет спора, т. е. отличного от первоначального иска (их интерес косвенный, опосредованный);

– имеют не только процессуально-правовую, но и материально-правовую заинтересованность в разрешении хозяйственного спора в пользу участника, на стороне которого они выступают (поскольку решение хозяйственного суда может породить для них в преюдициальном порядке неблагоприятные последствия во взаимоотношениях с этой стороной).

Часть 4 ст. 27 ХПК Украины устанавливает, что третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований, пользуются процессуальными правами и несут процессуальные обязанности сторон, кроме права на изменение основания и предмета иска, увеличение или уменьшение размера исковых требований, а также на отказ от иска или признание иска. Однако права на изменение основания и предмета иска, увеличение или уменьшение размера исковых требований, а также на отказ от иска являются особыми правами истца, а признание иска – особым правом ответчика, которые не установлены ч. ч. 1–3 ст. 22 ХПК Украины. Поэтому ука-

занное положение, по нашему мнению, сформулировано некорректно. Часть 4 ст. 27 ХПК Украины следует изложить следующим образом: «Третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований, пользуются процессуальными правами и несут процессуальные обязанности сторон».

При этом верным представляется мнение, что статус третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований, следует считать производным от сторон судебного процесса [6]. Именно поэтому уместно отделить права третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, от общих прав сторон и оставить среди таких прав только те, которые не влияют на ход хозяйственного дела. Однако неверным представляется и существенное ущемление их прав.

Указанное невозможно сделать без системного изменения правового регулирования статуса других участников хозяйственного процесса. В частности, в соответствии со ст. ст. 91, 107 ХПК Украины, лица, не участвовавшие в деле, если хозяйственный суд решил вопрос об их правах и обязанностях, имеют право на обжалование таких судебных актов. Однако целесообразным представляется «обобщить» такого участника как лица, в отношении прав и обязанностей которого хозяйственный суд решил вопрос. К таким лицам следует относить лиц, принимавших участие в деле, и лиц, не принимавших участия в деле. В таком случае третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований относительно предмета спора, должны будут доказывать свою заинтересованность в пересмотре судебного акта и личную неудовлетворенность им.

Также такие третьи лица не могут требовать повторения для них тех процессуальных действий, которые были совершены сторонами и иными лицами, участвующими в деле, до их вступления в процесс. В доказательственной деятельности третье лицо действует независимо от стороны.

Актуальна также проблема возмещения третьим лицам, заявляющим самостоятельные требования относительно предмета спора, судебных расходов в хозяйственных судах. Некоторые исследователи отстаивают

позицию, что «судебные расходы возмещаются только сторонам и третьим лицам, заявляющим самостоятельные требования относительно предмета спора, но никак не третьим лицам, не заявляющим самостоятельных требований относительно предмета спора» [7, с. 22–26]. Другие считают, что, поскольку третьи лица являются лицами, участвующими в деле, то «теоретически из содержания указанной статьи усматривается возможность возмещения расходов, понесенных и вышеназванными лицами» [8].

Н. Болдырева уместно обращает внимание, что порядок вступления в процесс третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, может быть различным. В связи с этим, она предлагает «именно порядок вступления в процесс третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, назвать квалифицирующим признаком, дающим возможность наделения их правом на возмещение судебных расходов» [9].

Исследовательница указывает, что если третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований относительно предмета спора, привлекаются в процесс по ходатайству стороны, то нести судебные расходы им приходится. Поскольку такие третьи лица были вовлечены в процесс по ходатайству стороны против своей воли, их участие в процессе было признано необходимым в том смысле, что данные лица не могут не участвовать в таком процессе. Привлеченные к участию в процессе третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований относительно предмета спора, не по своей воле поставлены в ситуацию, при которой они обязаны осуществлять действия по защите своего интереса, а значит, и нести судебные расходы. В данном случае понесенные ими судебные расходы связаны с необходимостью их участия в процессе. Причем эта необходимость вызвана не потребностью третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, в защите собственных интересов, а тем, что закон в данном случае подчиняет интересы такого лица интересам того лица, участвующего в деле, на сторону которого названное лицо привлекается. При таких условиях возложение на них



бремени несения судебных расходов, связанных с необходимостью участия в процессе, означает принуждение к защите за собственный счет, что принципиально недопустимо [9].

Из вышеуказанного Н. Болдырева делает вывод, что «третьим лицам, не заявляющим самостоятельных требований относительно предмета спора, привлеченным к участию в деле по ходатайству стороны, должны компенсироваться судебные расходы, понесенные ими в связи с необходимостью участвовать в процессе, за счет лица, участвующего в деле, на чью сторону они были привлечены, вне зависимости от исхода процесса» [9].

В целом, соглашаясь с позицией о необходимости переноса бремени расходов по участию третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, следует отметить, что, по нашему мнению, важно то, кто привлек в процесс данного участника, а не то, на чью сторону он был привлечен. Предположим, ответчик по делу уверен в своей правоте и не считает необходимым сообщать, например, всем своим десяти арендаторам о процессе. Повлиять на судьбу процесса в ходе рассмотрения дела в первой инстанции, по его мнению, они не смогут, а возможность изменения арендодателя может их подтолкнуть к поиску нового объекта аренды. При этом не следует забывать, что за такими лицами всегда сохраняется право подать апелляционную и кассационную жалобу, если решение по делу коснется их прав и обязанностей. А истец по каким-то своим соображениям предлагает хозяйственному суду привлечь в дело всех этих арендаторов. Суд, поскольку не несет расходы, вытекающие из такого вовлечения в процесс, может удовлетворить ходатайство истца. И в этом случае возложение соответствующих расходов на указанных третьих лиц независимо от результата процесса на ответчика представляется необоснованным.

С другой стороны, если ответчик сам будет заинтересован в привлечении к участию в деле на его стороне таких третьих лиц (арендаторов), например, если они обладают информацией, необходимой и важной для рассмотрения хозяйственного дела и принятия решения, то сам пойдет на такие расходы и

заявит ходатайство о привлечении их в дело.

В обоснование данной позиции приведем дело № 916/4903/14 по иску Общества с ограниченной ответственностью «Черкасский химический завод «СИНТЕЗ» к Воинской части А3073 о взыскании 131 435,13 грн. Интересным по указанному делу является то, что определением хозяйственного суда Одесской области от 19.01.2015 г. было удовлетворено ходатайство истца о привлечении к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, на стороне ответчика Воинской части А2951.

Учитывая особенности реализации хозяйственной правосубъектности воинскими частями, сложно представить себе возможность затрагивания интересов другой воинской части при вынесении решения имущественного характера. Скорее всего, представитель указанной воинской части привлекался для предоставления пояснений по сути дела, т. е. фактически мог быть привлечен в дело на основании ст. 30 ХПК Украины.

Рассмотренный пример, которых немало в судебной практике хозяйственных судов, выявляет недостатки предложения о возложении судебных расходов, связанных с привлечением третьего лица в процесс, на участника, на стороне которого оно выступает. Считаем, что в рассматриваемом случае расходы должны быть возложены на истца, инициировавшего привлечение Воинской части А2951 в процесс. А в общем виде целесообразно установить, что расходы независимо от исхода процесса должно нести лицо, подавшее ходатайство о привлечении в процесс таких третьих лиц.

Анализируя ситуацию, когда третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований относительно предмета спора, вовлекаются в процесс по инициативе суда, Н. Болдырева отмечает, что их участие в процессе вызвано теми же причинами, что и в случае привлечения названной категории лиц к участию в процессе по ходатайству стороны. Поэтому исследовательница приходит к выводу, что судебные расходы, понесенные такими лицами, должны возмещаться независимо от исхода процесса за счет средств соответствующего бюджета [9].

Однако с данным выводом трудно согласиться, поскольку судья привлекал в процесс третье лицо, не заявляющее самостоятельных требований относительно предмета спора, не для собственной выгоды, а для всестороннего исследования материалов дела и вынесения законного решения. В связи с этим, представляется целесообразным закрепить, что в таком случае расходы на третьих лиц следует возмещать стороне, не в пользу которой вынесено судебное решение по делу.

При этом логичной и обоснованной представляется позиция Н. Болдыревой, что в том случае, когда третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований относительно предмета спора, вступают в процесс по своей инициативе, судебные расходы, понесенные ими в связи со вступлением в процесс, компенсироваться не должны. Это связано с тем, что нет никаких оснований относить судебные расходы на любого другого участника процесса, включая суд, поскольку вступление третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, было осуществлено им по своей инициативе, а не по инициативе хозяйственного суда или иного участника хозяйственного дела. Возложение на проигравшую сторону обязанности возместить судебные расходы третьим лицам, не заявляющим самостоятельных требований относительно предмета спора, вступившим по собственной инициативе в процесс исключительно для своей выгоды, к которым проигравшая сторона не представляла каких-либо своих притязаний, не отвергала каких-либо их требований, не оспаривала их прав, является необоснованным, так как вступление таких лиц в процесс не было вызвано противоправными действиями в их отношении [9].

Выводы. Правовой статус третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, в хозяйственном процессе до сих пор на надлежащем научном уровне не исследован и не урегулирован отечественным законодателем. Однако при исследовании поднятых в данной статье вопросов можно прийти к обоснованному выводу, что необходима глубокая научная разработка указанной проблемы и поиск путей усовершен-



ствования законодательной базы по исследуемому вопросу.

Список использованной литературы:

1. Джалилов Д.Р. Лица, участвующие в гражданских делах искового производства : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Д.Р. Джалилов ; Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова. – М., 1963. – 22 с.

2. Гапеев В.Н. Участники гражданского и арбитражного процесса (сравнительный анализ правового положения) / В.Н. Гапеев. – Ростов-на-Дону : Изд-во Ростовского ун-та, 1988. – 115 с.

3. Гражданский процесс : [учебник] / под ред. проф. В.В. Комарова. – Х., 2001. – 704 с.

4. Абрамов Н.А. Обновлённый хозяйственный процесс Украины : [учебное пособие (курс лекций)] / Н.А. Абрамов. – 3-е изд., обновлённое и дополненное. – Х. : БУРУН КНИГА, 2012. – 192 с.

5. Арбитражный процесс : [учебник] / под ред. В.В. Яркова. – М. : Юрист, 1998. – 480 с.

6. Москаль Р. Про деякі права третіх осіб в господарському процесі / Р. Москаль // Юридическая газета. – 2005. – № 18 (54).

7. Ильин А.В. Право третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, на возмещение судебных расходов / А.В. Ильин // Арбитражный и гражданский процесс. – 2012. – № 1. – С. 22–26.

8. Маркова Д.В. Взыскание судебных расходов третьими лицами, не заявляющими самостоятельных требований относительно предмета спора / Д.В. Маркова [Электронный ресурс] – Режим доступа : <http://www.lex-gravo.ru/ru-3537.html>.

9. Болдырева Н.Н. Проблемные аспекты реализации права третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, на возмещение судебных расходов / Н.Н. Болдырева // Вопросы современной юриспруденции : сб. ст. по материалам XXXIV Международной научно-практической конференции (Россия, г. Новосибирск, 24 февраля 2014 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://sibac.info/13534>.

КЛАССИФИКАЦИЯ СОГЛАСОВАННЫХ ДЕЙСТВИЙ ОТНОСИТЕЛЬНО ПРАВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Александр ХУДЕНКО,

соискатель кафедры хозяйственного права юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Summary

In this article author researches criteria and purpose of concerted practices with intellectual property rights according to legitimacy, approaches of assessing, stage or level of product's chain in which participants located and affected market. Describes the difference between horizontal and vertical agreements at licensing. Analyzes peculiarities of determination affected market at concerted practices with intellectual property rights by the example of price restrictions.

Key words: concerted practices, classification, intellectual property, horizontal, vertical.

Аннотация

В статье исследуются критерии и назначения классификации согласованных действий относительно прав интеллектуальной собственности в зависимости от правомерности применяемых подходов к оценке, этапов или уровня цепи поступления товара на рынок, на котором находятся участники, и задействованного рынка. Раскрывается отличие горизонтальных и вертикальных согласованных действий при лицензировании. Анализируются особенности определения задействованного рынка при согласованных действиях относительно прав интеллектуальной собственности на примере ценовых ограничений.

Ключевые слова: согласованные действия, классификация, интеллектуальная собственность, горизонтальные, вертикальные.

Постановка проблемы. Понятие согласованных действий в законодательстве о защите экономической конкуренции Украины очень широкое, ведь оно включает в себя все формы и способы согласования конкурентного поведения субъектов хозяйствования. Многообразие согласованных действий требует их классификации. Предметом нашей классификации являются согласованные действия относительно прав интеллектуальной собственности, то есть согласованные действия, которые связаны с использованием или распоряжением правами интеллектуальной собственности субъектами хозяйствования. Правильно осуществленная классификация согласованных действий позволит дифференцировать подходы к оценке согласованных действий, определить их допустимость (подпадания под групповые исключения, возможность получения индивидуального исключения) и меру ответственности за совершение антиконкурентных согласованных действий.

Актуальность темы. Проблемам классификации согласованных действий субъектов хозяйствования в своих

работах уделяли внимание А.С. Каштанов, И.А. Шумило, О.О. Бакалинская, С.С. Валитов, Т.Г. Удалов, И.Ф. Коломиец, С.Л. Оленюк, С.В. Шкляр, Н.А. Иванецкая, И.И. Дахно и другие ученые. В исследовании использованы также руководства антимонопольных регуляторов США и ЕС.

Целью статьи является определение критериев и предназначения классификации согласованных действий относительно прав интеллектуальной собственности

Изложение основного материала исследования. Классификация – это «разбивание множества любых объектов (элементов) на группы (подмножества)» [1, с. 216, 217]. А.Д. Машков отмечает, что «любая классификация, собственно, – это субъективное действие, поскольку проведение классификации, как минимум, предполагает выбор критерия классификации, его обоснование и установление последовательности его применения» [2, с. 51].

Первую классификацию согласованных действий можно вывести за критерием правомерности согласованных действий. За правомерностью



согласованных действий можно выделить белые (согласованные действия, которые не ограничивают, не устраняют и допускают конкуренцию), черные (согласованные действия, ограничивающие, устраняющие и не допускающие конкуренцию), серые (согласованные действия, которые подпадают под групповое или получают индивидуальное освобождение) действия.

Вторая классификация согласованных действий вытекает из существующих подходов к их оценке. Оценка согласованных действий осуществляется в зависимости от их целей и последствий. Большинство антимонопольных регуляторов оперирует двумя подходами (правилами) оценки согласованных действий: подход оценки по существу (*per se*) и подход причины (*rule of reason*). В. Кип Вискузи и другие отмечают по этому поводу следующее: «Рассмотрение антимонопольных дел по правилу оценки по сути преимущественно значительно короче, чем длительные дискуссии, характерные для дел с применением принципа причины [...]. Если определенный вид практики не удастся квалифицировать по правилу оценки по существу, применяется принцип причины» [3, с. 176, 177]. «Применение правила оценки по существу всегда содержит определенный элемент субъективизма» и требует «доказать лишь сам факт противозаконного поведения» [3, с. 176, 177]. Следовательно, можем выделить согласованные действия, которые оцениваются по существу (например, заговоры на торгах), и согласованные действия, которые оцениваются по подходу причины (подавляющее большинство согласованных действий в Европейском Союзе (далее – ЕС) и Украине).

С.В. Шкляр и Н.А. Иваницкая предполагают, что «ограничение конкуренции и приобретение вследствие этого преимуществ не согласуется с легитимными целями закрепления монополии на объекты интеллектуальной собственности и подлужежит запрету *per se*» [4, с. 42]. Такое предположение законодательством о защите экономической конкуренции не подтверждается, но если намерения сторон были явно антиконкурентными, то подход оцен-

ки по существу может быть применен.

Третья классификация, которую необходимо осуществить для достижения цели данного исследования, предполагает разделение согласованных действий на горизонтальные и вертикальные. Такое разделение является общепринятым в конкурентном праве Украины, однако наибольшие расхождения во взглядах проявляются в критериях классификации и ее предназначении. Усиливается разница во взглядах тем, что в конкурентном праве ЕС и многих зарубежных странах существует разделение соглашений на горизонтальные и вертикальные, что не тождественно такому же разделению согласованных действий.

Закон Украины «О защите экономической конкуренции» (далее – Закон) не предусматривает такого разделения, в то же время Антимонопольный комитет Украины в своем распоряжении распределил согласованные действия на горизонтальные, вертикальные, конгломератные и смешанные [5].

Не ограничивая формы осуществления отдельных видов согласованных действий, Антимонопольный комитет Украины предлагает определять их следующим образом:

– горизонтальные согласованные действия – «когда субъекты хозяйствования, в состав которых входят участники согласованных действий, конкурируют или могут конкурировать между собой на одном рынке товаров»;

– вертикальные согласованные действия – «когда субъекты хозяйствования, в состав которых входят участники согласованных действий, не конкурируют и при существующих условиях не могут конкурировать между собой на одном рынке товаров, и при этом находятся или могут находиться в отношениях купли-продажи на соответствующих товарных рынках (продавец – покупатель, поставщик – потребитель)».

Основу такой классификации составляют реальная и потенциальная возможность участников согласованных действий конкурировать между собой и такая же возможность их пребывания в отношениях купли-продажи на соответствующих товарных рынках. Назначение такого разделения заключается в необходимости уста-

новления границ совокупной доли на рынке всех субъектов хозяйствования, в состав которых входят участники согласованных действий, для общего освобождения от предварительного получения разрешения органов Антимонопольного комитета Украины на согласованные действия субъектов хозяйствования.

С.С. Валитов выделяет критерии «структуры рынка и места субъектов хозяйствования на нем» [6, с. 96]. Структура рынка, как отмечает автор указанных критериев, – это «совокупность количественных и качественных показателей, характеризующих состояние экономической конкуренции на соответствующем рынке и дающих возможность определить тип (модель) рынка» [6, с. 29]. В широком смысле «рынок – группа покупателей и продавцов определенного товара или услуги» [7, с. 82]. Структура рынка не является убедительным критерием разграничения видов согласованных действий на горизонтальные и вертикальные, поскольку отражает «состояние экономической конкуренции на соответствующем рынке», а не отношения участников согласованных действий, которые могут охватывать незначительную часть рынка. Относительно «места субъектов хозяйствования на рынке», то это слишком абстрактный критерий, ведь уместнее говорить об этапе или уровне функционирования субъектов хозяйствования на рынке.

Т.Г. Удалов, кроме вышеперечисленных критериев, ставит разделение согласованных действий на горизонтальные и вертикальные в зависимости от «вида субъектов хозяйствования» [8, с. 168]. Исходя из положений раздела II «Субъекты хозяйствования» Хозяйственного кодекса Украины, существующие виды субъектов различаются в силу особенностей их организационно-правовой формы, формы собственности, порядка создания, управления, прекращения, а также количества работающих и доходов [9]. Критерий «вид субъектов хозяйствования» не позволяет определить горизонтальный или вертикальный виды согласованных действий. Гораздо уместнее говорить о видах участников согласованных действий или видах субъектов рынка.



И.Ф. Коломиец, С.Л. Оленюк исследуемую классификацию ставят в зависимость «от характера взаимоотношений участников на рынке» [10, с. 34]. Этот критерий также является достаточно абстрактным, но он представляется наиболее удачным среди названных выше.

О.О. Бакалинская со ссылкой на «действующее конкурентное законодательство» определяет, что горизонтальные и вертикальные согласованные действия являются именно формами согласованных действий, а не их видами [11, с. 125]. Такой подход представляется ошибочным, ведь формы согласованных действий действующее конкурентное законодательство устанавливает в ст. 5 Закона.

В соответствии с п. 1.3 Методики определения монопольного (доминирующего) положения субъектов хозяйствования на рынке, «субъекты товарного рынка – субъекты хозяйствования, физические и юридические лица, которые продают, реализуют, поставляют, производят, приобретают, потребляют, используют или могут продавать, реализовать, поставлять, производить, приобретать, потреблять, использовать товары на рынке с соответствующими пределами» [12].

Перечисленные выше субъекты рынка функционируют на различных этапах или уровнях цепочки поступления товара на рынок, поэтому их взаимодействие в рамках и для согласованных действий также отличается. Это взаимодействие может быть горизонтальным, если участники согласованных действий «функционируют на одном уровне цепочки поступления товара на рынок – то есть на этапе производства, или на этапе коммерческого посредничества, или на этапе реализации товара потребителям»; вертикальным – при функционировании участников «на разных этапах или уровнях цепочки поступления товара на рынок, начиная от производства и до продажи конечному потребителю» [13, с. 25].

Итак, определяющим критерием классификации согласованных действий на вертикальные и горизонтальные выступают «этапы или уровни цепочки поступления товара на рынок, в рамках которых взаимодействуют участники согласованных действий».

Указанный критерий является первоосновой классификации согласованных действий на горизонтальные и вертикальные, а «реальная и потенциальная возможность участников согласованных действий конкурировать между собой и такая же возможность их пребывания в отношениях купли-продажи на соответствующих товарных рынках» являются производными от названного нами.

Если исследуемое разделение согласованных действий характеризует отношения между их участниками, то такое же разделение соглашений отражает специфику самого соглашения в силу особенностей его предмета и сторон.

И.А. Шумило выделяет критерий «соотношения рыночных позиций субъектов соглашений» и на основе него горизонтальные соглашения относят к «соглашениям, заключенным между конкурентами», а вертикальные – к «соглашениям между экономически зависимыми не конкурентами» [14, с. 16]. Действительно, между сторонами вертикальных соглашений существует определенная экономическая зависимость. В.В. Резникова объясняет это следующим образом: «... несмотря на формальное юридическое равенство сторон, между участниками таких договоров возникают элементы подчиненности, хотя, с другой точки зрения, обе стороны одновременно остаются абсолютно независимыми хозяйствующими субъектами» [15, с. 88]. Однако в широком смысле горизонтальные соглашения – это соглашения между конкурентами, а вертикальные – между продавцом и покупателем и тому подобное.

Теоретиками хозяйственного права, в частности О.М. Винник, предлагается понимание вертикального договора (соглашения, обязательства) как заключенного «между неравноправными субъектами – органом хозяйственного управления и подчиненным ему предприятием» [16, с. 281]. Во избежание терминологической путаницы В.В. Резникова в силу специфики последнего вида соглашений предлагает их определять как «интегрированные» [15, с. 88]. Такой подход является очень дипломатичным и в целом правильным, но, учитывая конкурентно-правовую специфику нашего

исследования, необходимо принять к использованию более употребляемый термин «вертикальное» соглашение, понимая при этом «интегрированное».

Очевидно, что соглашения о предоставлении права использования объекта интеллектуальной собственности или передаче права собственности на объект интеллектуальной собственности необходимо относить именно к вертикальным соглашениям.

К тому же немецкий «Закон против ограничений конкуренции» до приведения его в соответствие с европейским конкурентным законодательством предусматривал нормы относительно лицензионных соглашений именно в главе II «Вертикальные соглашения» [17].

Однако если лицензионное соглашение заключено между конкурентами, то позволяет ли это предположить, что это соглашение является горизонтальным?

Х. Ховенкамп ставит этот вопрос на рассмотрение следующим образом: «... много угроз для конкуренции представленных вертикальными практиками являются «горизонтальными» в том понимании, что они связаны с заговором, олигополией, исключением конкурентов и другими горизонтальными практиками. Это значит, что все лицензионные практики должны быть классифицированы как горизонтальные. С другой стороны, почти все соглашения, связанные с правами интеллектуальной собственности, заключены между предприятиями, находящимися в формальных отношениях продавца (лицензиара) – покупателя (лицензиата). В таком случае нельзя ли классифицировать такие договоренности как вертикальные?» [18, р. 20–19].

В «Антитрастовом руководстве по лицензированию интеллектуальной собственности», принятом Министерством юстиции США и Федеральной торговой комиссией, по этому вопросу изложена следующая позиция: «Лицензионные соглашения имеют вертикальную составляющую, когда они затрагивают виды деятельности, находящиеся в неконкурирующем отношении, как это обычно бывает в лицензионных соглашениях [...]. Отношения между лицензиаром и его лицензиатами или между лицензиатами –



горизонтальные, когда они были бы фактически или потенциально конкурентами на соответствующем рынке при отсутствии лицензии» [19].

Проблема классификации соглашений на горизонтальные и вертикальные заключается, прежде всего, в сложности определения единого классификационного критерия. Причиной тому то, что характеристика сторон соглашений как конкурентов, покупателя и продавца, существование между ними отношений покупателя-продавца или отношений экономической зависимости – это все не однородные признаки видов соглашений, которые достаточно сложно подвести под один классификационный критерий. Этот вопрос по своей важности относится к международному научному дискурсу.

Украинское конкурентное законодательство относит соглашения к согласованным действиям как одну из форм последних. Как мы уже определили, классификация согласованных действий на горизонтальные и вертикальные осуществляется в зависимости от этапов или уровней цепочки поступления товара на рынок, в рамках которых взаимодействуют участники согласованных действий. Поэтому сделаем лишь уточнение, что когда речь идет о горизонтальных и вертикальных соглашениях, то критерием их классификации являются этапы или уровни цепи поступления товара на рынок, в рамках которых взаимодействуют стороны таких соглашений.

Четвертая классификация согласованных действий касается непосредственно прав интеллектуальной собственности и предусматривает классификационным критерием вид задействованного (affected) рынка. В соответствии со ст. 1 Закона, «рынок товара (товарный рынок) – сфера оборота товара (взаимозаменяемых товаров), на который в течение определенного времени и в пределах определенной территории есть спрос и предложение», а под товаром понимается «любой предмет хозяйственного оборота, в том числе продукция, работы, услуги, документы, подтверждающие обязательства и права (в частности ценные бумаги)».

В конкурентном законодательстве ЕС и антитрастовом законодательстве США особое внимание уделяется не

только рынкам продукции, работ, услуг, документов, подтверждающих обязательства и права, а также рынкам объектов интеллектуальной собственности в целом и рынка технологий в частности.

И.И. Дахно раскрывает подход антимонопольных регуляторов США к разграничению рынков технологий и продукции в антитрастовых делах об интеллектуальной собственности следующим образом: «Влияние лицензионных соглашений на конкуренцию может измеряться в пределах соответствующего рынка товаров. В других случаях может потребоваться определение рынков технологии или рынков научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ (НИОКР), т. е. инновационных рынков [...]. Рынки технологий состоят из лицензируемой интеллектуальной собственности и ее близких заменителей, которые способны оказывать сдерживающее влияние на рыночную власть лицензируемой интеллектуальной собственности. Если права на интеллектуальную собственность четко отделимы от продуктов, в которых она применяется, то Агентства будут использовать только рынки технологий для анализа влияния соглашений на конкуренцию» [20, с. 168].

В ЕС по рынку технологий примерно такой же подход: «Когда права интеллектуальной собственности продаются отдельно от продукции, к которой они принадлежат, соответствующий рынок технологии должен легко определяться. Рынки технологий состоят из интеллектуальной собственности, которая лицензируется, и ее близких заменителей, то есть других технологий, которые покупатели могут использовать как заменитель» [21, р. 26]. К тому же, считается, что «методология определения рынков технологий следует тем же принципам, что и определение рынка продукции» [21, р. 27].

Попробуем определить задействованный рынок на примере ценовых ограничений. Если в лицензионном договоре установлено перепродажную цену для товара, изготовленного с использованием прав интеллектуальной собственности лицензиара, то задействованным рынком будет рынок продукции. Установление лицензия-

рами фиксированного или минимального размера роялти за использование определенных взаимозаменяемых изобретений или ноу-хау позволяет утверждать о задействованном рынке технологий. В то же время, если такое установление размера роялти приведет к значительному повышению цены на продукцию, изготовленную с использованием предоставленных прав интеллектуальной собственности, то представляется возможным говорить о том, что задействованными являются одновременно рынок технологий и рынок продукции.

Учитывая вышеуказанное, в зависимости от вида задействованного рынка, согласованные действия относительно прав интеллектуальной собственности можно разделить на те, что влияют: 1) на рынок продукции или услуг; 2) на рынок технологий или определенных объектов интеллектуальной собственности; 3) на рынок продукции или услуг и рынок технологий или определенных объектов интеллектуальной собственности.

Выводы. Подытоживая вопрос классификации согласованных действий относительно прав интеллектуальной собственности, необходимо оговорить назначение каждой из приведенных нами классификаций: 1) разделение согласованных действий на белые, черные, серые осуществляется для того, чтобы помочь субъектам хозяйствования оценить допустимые пределы координации конкурентного поведения или ограничения друг друга в осуществлении хозяйственной деятельности; 2) классификация согласованных действий, в зависимости от подхода к их оценке, помогает антимонопольному регулятору более взвешенно оценивать согласованные действия со значительным коэффициентом эффективности и оперативно противодействовать наиболее опасным антиконкурентным согласованным действиям; 3) разделение согласованных действий на горизонтальные и вертикальные несет в себе самую большую ценность, поскольку позволяет определить взаимодействие участников в пределах и для согласованных действий; 4) определение задействованного рынка необходимо для оценки целей и последствий согласованных действий.



Список использованной литературы:

1. Попович М.В. Класифікація / М.В. Попович // Українська радянська енциклопедія / головний ред. М.П. Бажан. – 2-е вид. – К. : Головна редакція Української радянської енциклопедії, 1980. – Т. 5. – 1980. – 568 с.
2. Машков А. Проблеми теорії держави і права. Основи : [курс лекцій] / А. Машков. – К. : К.І.С., 2008. – 470 с.
3. Віскузі Кіп В. Економічна теорія регулювання та антимонопольна політика / В. Кіп Віскузі, Джон М. Вернон, Джозеф Е. Гарингтон ; пер. з англ. ; наук. ред. пер. О. Кілієвич. – К. : Основи, 2004. – 1047 с.
4. Шкляр С.В. Обмеження економічної конкуренції як наслідок реалізації прав на об'єкти інтелектуальної власності: основні підходи, що застосовуються Європейським Судом Справедливості / С.В. Шкляр, Н.А. Іваницька // Конкуренція. Вісник Антимонопольного комітету України. – 2013. – № 2 (49). – С. 42–44 с.
5. Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України на узгоджені дії суб'єктів господарювання : Розпорядження Антимонопольного комітету України від 12.02.2002 р. // Офіційний вісник України. – 2002. – № 11. – Ст. 543.
6. Валітов С.С. Конкурентне право України : [навчальний посібник] / С.С. Валітов. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 432 с.
7. Мэнкью Н. Экономикс / Н. Мэнкью, М. Тейлор. – 2-е изд. – СПб. : Питер, 2013. – 656 с.
8. Удалов Т.Г. Конкурентне право України : [навчальний посібник] / Т.Г. Удалов. – К. : Школа, 2004. – 496 с.
9. Господарський кодекс України, прийнятий Верховною Радою України 16 січня 2003 р. // Голос України. – 2004. – 14 березня.
10. Коломієць І.Ф. Антиконтурентні узгоджені дії: економічна складова доведення / І.Ф. Коломієць, С.Л. Оленюк // Соц.-екон. пробл. сучас. періоду України. – 2008. – Вип. 6. – С. 29–39.
11. Бакалінська О.О. Конкурентне право : [навчальний посібник] / О.О. Бакалінська ; М-во освіти і науки України, Київ. нац. торг.-екон. ун-т. – К. : Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2010. – 388 с.
12. Про затвердження Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку : Розпорядження Антимонопольного комітету України від 05 березня 2002 р. // Офіційний вісник України. – 2002. – № 14. – Ст. 778.
13. Дізнайся більше про правила конкуренції та Антимонопольний Комітет України / АМКУ (в рамках проекту технічної допомоги ЄС «Гармонізація систем конкуренції та державних закупівель України із стандартами ЄС»). – К. : Видавничий дім «АДЕФ-Україна», 2010. – 31 с.
14. Шуміло І.А. Антиконтурентні узгоджені дії / І.А. Шуміло // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 1. – С. 15–18 с.
15. Резнікова В.В. Правове регулювання спільної господарської діяльності в Україні : [навчальний посібник] / В.В. Резнікова. – К. : Центр учбової літератури, 2007 – 280 с.
16. Вінник О.М. Господарське право : [навчальний посібник] / О.М. Вінник. – 2-е вид., змін. та доп. – К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2009. – 766 с.
17. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26 August 1998 (BGBl. I S. 2521, 2546). [Електронний ресурс]. – Режим доступа : http://www.bgb1.de/banzxaver/bgb1/media/F6D DCDB9C6E34BB934067725EFCACA5 B/bgb1198s2521_28973.pdf.
18. Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis, Mark A. Lemley, Christopher R. Leslie IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law, Second Edition. – New York : Wolters Kluwer Law & Business, 2013. – 2096 p.
19. U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (Apr. 6, 1995). [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>.
20. Дахно И.И. Интеллектуальная собственность в США. Англо-русский глоссарий по интеллектуальной собственности / И.И. Дахно. – К. : Центр учебной литературы, 2012. – 280 с.
21. Communication from the Commission-Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements // Official Journal C11, 14.1.2011, p. 1–72.



РОЛЬ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ И ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЫ В ПРОЦЕССЕ УНИФИКАЦИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ВОЗДУШНОГО ПРАВА

Анна ЦИРАТ,

кандидат юридических наук, доцент кафедры правосудия
Университета современных знаний

Summary

Author studied the role of foreign court judgments issued with involvement of an international treaty in unified treatment of the international treaty. The author concluded that high instances court judgments of foreign countries based on international treaties receive status of sources of unification law where persuasiveness of a court judgment is a factor that substitutes its obligatory application in other countries. The court unification has some problems (access and language translation), so the author made some recommendations to overcome them in Ukraine.

Key words: court unification, foreign court judgments, international treaty treatment, unified application.

Аннотация

Автор исследует роль иностранных судебных решений, выносимых с применением международного договора, в унифицированном толковании этого договора. Автор приходит к выводу, что судебные решения высших судебных инстанций зарубежных стран, вынесенные с применением международных конвенций, получают статус источников унификационного права, где убедительность судебного решения является тем фактором, который заменяет собой обязательность его применения в других странах. Судебная унификация имеет ряд сопутствующих проблем (проблема доступа и языкового перевода), поэтому автором предоставлены рекомендации по преодолению этих проблем в Украине.

Ключевые слова: судебная унификация, иностранные судебные решения, толкование международного договора, унифицированное применение.

Постановка проблемы. Любой международный договор, так же как и национальные законы, вызывает сомнения и трудности в толковании на практике, и обязательно имеет пробелы, которые заполняются судьями [1, 6]. Судебная практика и правовая доктрина доказали, что отказ от националистического «конфликтного» метода и создание «субстантивистского» [1, 10-11] подхода, осуществляется судьями, работа которых позволяет увидеть «реальную форму унифицированного законодательства... в юрисдикционном контексте» [2, 33]. Предметом исследования этой статьи является выяснение наличия единообразия в судебных решениях из споров, разрешаемых на основании международных договоров, содержащих унифицированные материальные нормы.

Актуальность темы исследования. В украинской науке вопросу международной судебной унификации не уделяется внимание, поскольку судебное решение не относится к числу источников права. Однако мы считаем, что иностранные судебные решения являются источниками права в толковании международных договоров. Поскольку Украина является участницей международного договора, на наш взгляд, иностранные судебные реше-

ния, вынесенные с применением этого международного договора, становятся источником права при решении вопросов, регулируемых этим договором, и для Украины.

Украинские ученые (Я. Романюк, И. Бейцун, Л. Луць, О. Захарова) уделяют значительное внимание единообразию практики национальных судов. О необходимости единообразия практики решений судов договаривающихся стран, являющихся участниками международных договоров, содержащих унифицированные материальные нормы, говорят иностранные ученые П. Санд, М. Мильде, П. Дымпси, М. Бонелл и судьи.

Целью этой статьи является освещение роли судебной унификации в унифицированном применении международных договоров, выяснение проблем такой судебной унификации и предоставление предложений по усовершенствованию вынесения судебных решений с применением международных договоров в Украине. Этот анализ осуществляется на примере Варшавской и Монреальской конвенций.

Изложение основного материала. Ключевые для наступления ответственности воздушного перевозчика понятия «происшествие», «телесное повреждение», «посадка», «высадка»,

«задержка», виды вреда, подлежащие возмещению, разумные или необходимые меры не определены Варшавской конвенцией. Отсутствие определения терминов в конвенции рассматривалось положительно, поскольку предоставляло максимальную гибкость [3, 967] в определении наличия или отсутствия ответственности перевозчика в зависимости от обстоятельств дела при вынесении судебного решения.

Поскольку Варшавская конвенция рассматривается как унифицированный международный кодекс при осуществлении воздушной перевозки, большое значение уделялось вопросам унифицированного толкования ключевых понятий конвенции судами договаривающихся стран, то есть, при вынесении решений суды изучили практику иностранных судов.

В деле *Grein v. Imperial Airways, Ltd.*, которое рассматривалось британским апелляционным судом в 1936 г. [4], было указано о значимости унифицированного толкования понятий Варшавской конвенции.

Во время рассмотрения дела *Crocrafft Limited and Another v. Pan American Airways, Inc* британский суд, ссылаясь на судебную практику американских та малазийских судов, отметил: «Даже в случае несогласия, я буду



следовать таким решениям в вопросах, которые имеют международное значение. Суды всех стран должны толковать эту конвенцию единообразно» [5].

Эта точка зрения неоднократно заявлялась и в других делах, которые решались британскими судами (*Abnett v. British Airways Plc. (Scotland)*; *Sidhu v. British Airways Plc.* [6], *King v. Bristow Helicopters Ltd* [7]).

Апелляционный суд Рима во время рассмотрения дела *Santoboni v. Japan Airlines Co Ltd (1985)* отметил, что Варшавская конвенция предусматривает унифицированный подход при регулировании всей сферы ответственности перевозчика при воздушной перевозке и представляет собой полную и законченную систему норм, которая не может дополняться системой норм национального права договаривающихся стран [8, 351-352].

Американские суды при рассмотрении ключевых понятий также ссылались на их толкование судами других стран. Например, в деле *El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tseng (1999)* Верховный суд США, изучив толкования Палаты лордов по делу *Sidhu*, отметил, среди прочего, что по всей вероятности делегаты Варшавской конференции при создании унифицированного режима ответственности предусматривали наличие такого унифицированного подхода и в судебных решениях [9].

Высший суд Австралии указывает, что при толковании многосторонних договоров большую роль играет однозначность и унифицированный подход, и, соответственно, особое внимание должно уделяться решениям судов других договаривающихся стран [8, 271].

Принятые судебные решения, даже те, которые были вынесены высшими судебными органами соответствующих стран и использовались в дальнейшем, как тестовые для определения некоторых понятий, очень часто были объектами критики. По мнению профессора М. Мильде, решения в некоторых судебных делах свидетельствуют о возможности довольно свободного толкования концепции «происшествия», что имело следствием признание «происшествием» случаев, которые не имеют никакого отношения к типичным авиационным рискам или эксплуатации самолета, искажают концепцию авиационных рисков и ставят воздушного

перевозчика в позицию страховщика [10].

Поскольку система общего права предусматривает использование прецедентов при рассмотрении дел, некоторые суды сосредотачивались больше на анализе прецедентов, чем на анализе текста конвенции. Это стало основанием для критики П. Дымпси, который подчеркивает, что самой лучшей юридической методологией является фокусирование на тексте статьи 17 Варшавской и Монреальской конвенций, а не на квалифицированном умении толкования терминов, поскольку в компетенцию судебной власти не входит предоставление собственных толкований словам конвенции, что превращает их фактически в изменения к этой конвенции [11, 13].

Тем не менее, изучение существующей судебной практики по Варшавской конвенции является необходимым условием для унифицированного применения положений Монреальской конвенции и понимания, когда перевозчик несет ответственность за вред, повлекший гибель или телесное повреждение пассажира, включая предоставление определения «происшествия», которое стало причиной гибели или повреждения в случае, если оно произошло на борту воздушного судна или во время посадки или высадки пассажира.

Изученная судебная практика применения судами разных стран Варшавской и Монреальской конвенций свидетельствует о том, что при вынесении решений иностранные суды, прежде всего, устанавливают наличие в деле обстоятельств, соответствующих установленным в конвенциях условиям, толкуя ключевые понятия конвенций с применением основных и вспомогательных правил, установленных Венской конвенцией, включая изучение таких толкований иностранных судов.

Толкуя понятие «происшествие» по Варшавской конвенции в деле *Saks*, Верховный суд США отметил, что оно «зависит от соответствующего толкования положений международного договора, и для понимания его значения необходимо посмотреть на написание слова в историю договора, переговоры и практическое толкование, принятое сторонами... Однако, анализ должен начинаться с текста договора и кон-

текста, в котором используются написанные слова». Отдельное внимание было уделено французскому тексту конвенции и французской доктрине, намерениям и ожиданиям сторон при заключении договора, и судебным решениям других стран [12]. Таким путем следовал американский суд, определяя и другие ключевые понятия по Варшавской конвенции, которые стали прецедентными для рассмотрения других дел с применением Варшавской конвенции.

Лорд Фоскот, определяя понятие «происшествие» в деле *In re Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation (2004)* [13], таким образом подытожил подход британских судов к толкованию понятий по Варшавской конвенции: 1) прежде всего, необходимо рассмотреть природное значение слова с превалированием французского текста в случае каких-либо несоответствий с английским; 2) конвенция должна рассматриваться в целом и толковаться с точки зрения ее цели; 3) конвенция не должна толковаться со ссылкой на принципы национального права или национальные принципы толкования и 4) помощь может быть и должна быть найденной в соответствующих решениях судов других договаривающихся стран, учитывая при этом соответствие точки зрения такого суда и качество его анализа.

Таким образом, достижение судебной унификации при применении унифицированного законодательства является одной из целей процесса унификации. Для достижения судебной унификации предлагалось:

1) создание единого органа – международного верховного суда по унификации воздушного права, который предоставил бы «точные каноны» [14, 411] толкования тех или иных терминов и понятий, используемых в международных конвенциях, регулирующих частно-правовые отношения в сфере использования воздушного пространства; или трибунала, параллельного Суду справедливости, который осуществлял бы толкование унифицированных конвенций [15, 50-54], или предоставление таких полномочий уже существующим институциям, осуществляющим работу по унификации права, таким как УНИДРУА или ЮНСИТРАЛ, которые могли бы



на систематической основе разработать желаемую технику толкования [2, 142-1430], или общую точку зрения (*communis opinio*), которая позволила бы толковать текст, и такое толкование имело бы квази-обязывающий эффект [2, 302-304];

2) изучение судебных прецедентов (судебных решений) иностранных стран, которое предоставляло бы возможность сравнительного анализа и гармонизации толкования.

Хотя суд, предлагаемый М. Сандом, не был создан, на региональном уровне роль такого органа, в том числе и в сфере международного частного воздушного права, играет Суд справедливости ЕС [16].

М. Бонелл считает, что при отсутствии наднационального судебного трибунала, который мог бы обеспечить единообразие толкования договоров, содержащих унифицированные нормы, единственным способом достижения унификации является принятие во внимание решений, разработанных судьями или арбитрами в других международных странах. Он предлагает создавать сборники международных судебных решений, которые могли бы играть роль обязывающих прецедентов или иметь убеждающую ценность относительно предоставления предпочтений тому или иному аргументу [15, 35]. Это мнение разделяется Гемюлой, который считает, что решения иностранных судов по Варшавской конвенции являются источником права, поскольку они основываются на определенном толковании текста конвенции, и, соответственно, помогают в таком толковании, что, в конечном счете, также способствует унификации [17, 33-34].

И. Швензер и П. Хачем соглашаются, что, хотя иностранные решения не имеют обязывающей силы, их аргументация, как авторитетный источник, является единогласно признанной [18, 130].

Ф. Эндерлейн делает акцент на убеждающем эффекте иностранных судебных решений [2, 348]. Убедительность судебного решения есть тем фактором, который заменит собой обязательность применения. «Суд должен принимать во внимание все имеющиеся судебные прецеденты... Иностранные прецеденты должны быть прецедентами не иностранного, а

унификационного права. «Проращивание» «унифицированных» прецедентов станет, таким образом, наиболее ценной реальностью, на которую можно положиться» [2, 47].

Таким образом, ученые всего мира отмечают необходимость изучения и использования иностранных судебных прецедентов, или хотя бы их аргументации. Судебные решения разных стран демонстрируют, что при их вынесении суды использовали весь инструментарий толкования международной конвенции, установленный Венскими правилами. Судебные решения высших судебных инстанций зарубежных стран, вынесенные с применением международных конвенций, получают статус источников унификационного права, в которых убедительность является тем фактором, который заменяет собой обязательность применения. При их изучении суды других стран принимают во внимание все имеющиеся судебные прецеденты и академические исследования сравнительным и критическим образом, что дает право говорить о трансформации иностранных решений в национальную практику через правовую доктрину.

Для использования решений или их аргументаций необходимо иметь к ним доступ. Несмотря на попытки международных институций (УНИДРУА (UNIDROIT) – Раздел Uniform Law cases в ежегоднике Uniform Law Review и ИКАО – Ежегодник The Liability Reporter) и частных инициатив (Л. Голдхирша [19], Дж. Томкина [20] и другие), в целом ситуация с созданием сборников судебных решений остается неудовлетворительной, поскольку нет единого сборника, который включал бы в себя решения разных стран по вопросам применения унифицированных норм международного частного воздушного права. Те же сборники судебных решений, которые созданы, не имеются в свободном доступе. Так, например, с определенного времени сборники решений об ответственности перевозчика, издаваемые ИКАО, доступны только членам ИКАО. Решения об ответственности перевозчика, подобранные УНИДРУА, доступны только подписчикам ежегодника. К тому же, решения, помещаемые в ежегоднике, публикуются на языке оригинала, и возможность их изучения зависит от

наличия знаний этого иностранного языка.

Хотя на необходимость однообразия судебного разрешения споров с применением конвенций указывалось как в многочисленных судебных решениях, так и на международных конгрессах по сравнительному праву. Следует указать на несколько сопутствующих проблем:

1) отсутствие в некоторых решениях аргументации в соответствии с национальными принципами изложения решений;

2) информирование о существующих судебных решениях;

3) изложение решений на разных языках (проблема необходимости перевода).

Изученная судебная практика Украины и России свидетельствует, что ни суды Украины, ни суды России не используют практику иностранных судов, самостоятельно не осуществляют толкование ключевых понятий Варшавской или Монреальской конвенций, а только отмечают отсутствие соответствующих определений, что дает с их точки зрения им возможность в этом случае применять национальное право. Часто конвенции применяются там, где они не подлежат применению, и наоборот – применяются национальные нормы там, где подлежат применению конвенционные нормы. Так, например, судебная палата по гражданским делам Верховного Суда Украины применила одновременно нормы Варшавской и Монреальской конвенций к ответственности за отмену рейса [21] или отказ в перевозке [22], в то время как конвенции эти вопросы не регулируют. При этом судом нарушено общее правило применения последовательно заключенных договоров, относящихся к одному и тому же вопросу, которое установлено Венскими правилами. Некоторые украинские и российские суды к внутренним перевозкам и ответственности за их невыполнение применяют нормы Варшавской или Монреальской конвенций [23], а к международным перевозкам – нормы национального права.

Выводы. Украина взяла на себя обязательство выполнять нормы Монреальской конвенции, что должно реализоваться, в том числе, и в унифицированном разрешении споров из



международных воздушных перевозок. Преимущество правил международного договора над внутренними правилами и нормами установлено действующим законодательством Украины. Это влечет, как мы считаем, обязанность украинских судов изучать практику иностранных судов в части определения ключевых терминов Варшавской и Монреальской конвенций. Принимая во внимание указанные нами выше проблемы судебной унификации, такое изучение может быть облегчено Верховным Судом или его пленумом путем разработки рекомендаций к толкованию ключевых понятий Монреальской конвенции, которые должны быть разработаны на основании изученной практики иностранных судов. Отсутствие унифицированного решения споров украинскими судами является свидетельством невыполнения Украиной взятых на себя международных обязательств по указанным конвенциям.

Список использованной литературы:

1. Bonell M.J. Some Critical Reflection on the New UNCITRAL Draft Convention on International Sale // *Revue de Droit Uniforme – Uniform Law Review*. – 1978. – V. II. – P. 2-13.
2. The Experience of Latin American States // *International Uniform Law in Practice / Le droit uniforme international dans la pratique*. Acts and Proceedings of the 3rd Congress on Private Law held by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome, 7–10 September 1987. – New York – Rome. – Oceana. – UNIDROIT. – 575 p.
3. Weigand Tory A. Accident, Exclusivity, And Passenger Disturbances Under The Warsaw Convention / Tory A. Weigand // *American University International Law Review*. – Vol. 16. – 2001. – P. 891-968.
4. Grein v. Imperial Airways, Ltd. England, Court of Appeal. (Greer, L.J., Greene, L.J., Talbot, J.) July 13 1936. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.justis.com/document.aspx?doc=e7jsrUrxA0LxsKjIo4yZm1aZmYWIivLerIOJij5evmns5mJnJqJnZmcoJqtZicIIOuDYL2CKL2y0L2BULeziOdm9baa>.
5. Corocraft Limited and Another v. Pan American Airways, Inc. England, Court of Appeal, Civil Division. 7 November 1968. (Lord Denning M.R., Davies and Widgery L.J.J.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.justis.com/document.aspx?doc=f7jsrUrxA0LxsKjIo4yZm2mtm4WIivLerIOJij5evmns5ydoJqJnZmcnXmcnYyJiSiIs1jxAZrwAJrxAV5wsKjIoW0ha&relpos=1>.
6. Abnett v. British Airways Plc. (Scotland); Sidhu v. British Airways Plc. Judgment Of House Of Lords dated on 12 December 1996. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldjudgmt/jd961214/abnett01.htm>.
7. [2002] UKHL 7 King v. Bristow Helicopters Ltd. Re M. House of Lords. Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Mackay of Clashfern, Lord Steyn, Lord Hope of Craighead, Lord Hobhouse of Woodborough. Judgment delivered 28 February 2002. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.justis.com/document.aspx?doc=d7jsrUrxA0LxsKjIo5qJnZitoXWIivLerIOJidX0qJidmWiZi5CdnJeZi4idmIWIikvNCPnhzPngDP9MjMi6atF>.
8. Shawcross and Beaumont Air Law / [J. David McClean (General Editor), J.M. Balfour, Richard K. Gardiner and others] // Lexis nexis. Butterworths. – Volume I – P. VII [351-352].
9. ElAl Israel Airlines, LTD., Petitioner v. Tsui Yuan Tseng. On Writ Of Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Second Circuit // In the Supreme Court of the United States. October Term, 1997. [Электронный ресурс]. – 36 p. – Режим доступа: <http://www.justice.gov/osg/briefs/1997/3mer/1ami/97-0475.ami.mer.pdf>.
10. Milde Michael. Montreal Convention 1999. – Merits and Flaws. [Электронный ресурс] / Prof. Dr. Michael Milde // Intern. Conf. on Contemporary Issues of Air Transport, Air Law & Regulation, new Delhi, India 25 April 2008. – Режим доступа: http://www.mcgill.ca/files/iasl/C08-Michael_Milde-M_99_Merits_and_Flaws.pdf.
11. Dempsey Paul Stephen. Accidents & Injuries In Air Law: The Clash Of The Titans / Paul Stephen Dempsey. – 2008. – 32 p.
12. Air France v. Saks 470 U.S. 392 (1985) Air France v. Saks. № 83-1785. Supreme Court of United States. Argued January 15, 1985. Decided March 4, 1985. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1985862470US392_1849.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985.
13. In re Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.justcite.com/Document/d7jsrUrxA0LxsKjIo1aZnYWIikvNCPnhzPngDP9MbjrMi6atF/deep-vein-thrombosis-and-air-travel-group-litigation-in-re>.
14. Sand Peter H. The international unification of air law. [Электронный ресурс] / Peter H. Sand // *Unification of Air Law. Law and Contemporary Problems*. – P. 400-424. – Режим доступа: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3061&context=lcp>.
15. Uniform Commercial Law In The Twenty-First Century. Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law. New York, 18–22 May 1992 New York. – 1995. – 290 p.
16. Case 181/73 Haegeman [1974] ECR 449, paragraphs 2, 4 and 5, and, in relation to the Montreal Convention, Case C-344/04 IATA and ELFAA [2006] ECR I-403, paragraph 36, and Case C-549/07 Wallentin-Hermann [2008] ECR I-11061, paragraph 28, Case C-63/09 Axel Walz [2009] paragraph 20.
17. Elmar Giemulla. Montreal Convention / Elmar Giemulla. Ronald Schmid. Wolf Muller-Rostin. Regula Dettling-Ott. Rod Margo // Wolters Kluwer. Law & Business. Austin, Boston, Chicago, new York, The Netherlands, 2010. – Commentaries – P. 33-34.
18. Schwenzer Ingeborg. The CISG – A Story Of Worldwide Success. [Электронный ресурс] / Ingeborg Schwenzer. Pascal Hachem // Spring 2009. – P. 119-140. – Режим доступа: https://ius.unibas.ch/uploads/publics/9587/20110913164502_4e6f6c6e5b746.pdf.
19. Goldhirsch Lawrence B. The Warsaw Convention Annotated: A Legal Handbook / Lawrence B. Goldhirsch // Kluwer Law International. The Hague-London-Boston, 2000. – 625 p.
20. Tompkins, George N., Jr. Liability Rules Applicable to International Air Transportation as Developed by the Courts in the United States. From Warsaw 1929 to Montreal 1999 / George N. Tompkins.,



Jr. // Wolters Kluwer. Law & Business. Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2010. – 433 p.

21. Постановление Верховного Суда Украины от 11.09.2003 в деле № 6-16967к02. – «Юридична газета», № 12, 24 декабря 2003 г.

22. Постановление Верховного Суда Украины от 04.03.2009. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/3268510>.

23. Апелляционное определение от 10.06.2011 г. Ломоносовского районного суда г. Архангельска. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.gcourts.ru/case/1080280>. Решение Бориспольского горрайонного суда Киевской области от 04.11.2011 в деле № 2-2187/11р (Моральный вред. Внутренний рейс. Ссылка на Монреаль). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/20070055>.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ ФИНАНСОВОГО МОШЕННИЧЕСТВА В СФЕРЕ ЖИЛИЩНОГО СТРОИТЕЛЬСТВА

Георгий ЧЕРНЫШЕВ,

ассистент кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права
Национального университета «Одесская юридическая академия»

Summary

The article deals with analysis of main directions of prevention of financial fraud in sphere of housing construction. Much attention is given to essential differences between modern and traditional forms of fraud. Proposed to consider prevention system of financial fraud at two main levels: general social level and specialized criminological one. The key areas of prevention of fraud connected with financing of construction of residential real estate, also in article defined mechanisms of socio-economic prevention; organizational and legal support for prevention of fraud; counteraction of criminal law; victimological prevention. It gives a detailed analysis of effectiveness of indirect impact on crime, in which priority is given to prevention of criminal activity. Justified the importance of economic and legal reforms in construction industry, purpose of such reforms should be minimization criminal activity in the industry.

Key words: fraud, financial fraud, housing, crime prevention, prevention of fraud.

Аннотация

В статье анализируются основные направления предупреждения финансового мошенничества в сфере жилищного строительства. Раскрываются существенные отличия современных и традиционных форм мошенничества. Предложено рассмотреть систему предупреждения финансового мошенничества на двух основных уровнях: общесоциальном и специально-криминологическом. В качестве основных направлений предупреждения мошенничества, связанного с финансированием строительства объектов жилищной недвижимости, определены социально-экономическое предупреждение; организационно-правовое обеспечение предупреждения мошенничества; уголовно-правовое противодействие; виктимологическая профилактика. Обосновывается эффективность непрямого воздействия на преступность, приоритетное место в котором отдается профилактике преступной активности. Обоснована важность экономико-правовых преобразований в строительной сфере, целью и результатом которых должна быть минимизация криминальной активности в отрасли.

Ключевые слова: мошенничество, финансовое мошенничество, строительство жилья, предупреждение преступности, предупреждение мошенничества.

Постановка проблемы. Важным аспектом криминологической политики является предупреждение преступности. В условиях резких социально-политических изменений, стремительного развития мировой экономики и финансов характерной особенностью является качественная трансформация преступной активности, которая привела к появлению новых видов преступной деятельности, распространению их на все сферы общественных отношений. Тенденция относительного и абсолютного роста преступности в мире во многом обусловлена развитием корыстно направленных посягательств в сфере оборота денежных средств.

Мошенничество – устоявшаяся форма преступной активности, первые упоминания о которой известны с

древности. Как исторически изменчивое явление преступность динамично развивается. Мошенничество не является исключением. Глобализационные преобразования, развитие рыночной экономики и предпринимательской деятельности, компьютеризация финансовых операций, появление безналичных расчетов и т. д. привели к качественному изменению мошенничества, его профессионализации и организованности.

Актуальность темы исследования заключается в том, что необходимым условием развития строительной отрасли является недопущение уголовных правонарушений на первичном рынке недвижимости и минимизация их негативных последствий.

Криминальная реальность, связанная со стремительными темпами тени-



зации экономики, масштабами коррупции требует разработки эффективных мер предупреждения преступности, отвечающих современной действительности. Актуальной проблемой остается мошенничество в сфере жилищного строительства. Во многом благодаря информации из СМИ сведения о таких преступлениях стали общеизвестными. Несмотря на отсутствие официальных статистических данных, уровень мошенничества, количество потерпевших и суммарные размеры ущерба на первичном рынке недвижимости от таких правонарушений являются достаточно высокими.

Теоретическую основу исследования составляют работы отечественных и зарубежных ученых в сфере криминологии, уголовного права и криминалистики, таких как: П.П. Андрушко, Л.И. Аркуша, А.М. Бандурка, А.М. Бойко, В.В. Голина, Н.А. Гуторова, И.Н. Данышин, А.И. Долгова, А.Н. Джужа, В.Н. Дремин, А.А. Дудоров, А.П. Закалюк, А.Г. Кальман, О.Г. Карпович, О.М. Литвак, В.В. Лунеев, В.А. Навроцкий, И.Н. Попова, В.М. Попович, Е.Л. Стрельцов, В.Я. Таций, В.А. Туляков, С.С. Чернявский, В.И. Шакун и других.

Не уменьшая значимости работ указанных ученых, следует обратить внимание на отсутствие комплексного криминологического исследования финансового мошенничества в сфере жилищного строительства Украины, что обуславливает необходимость научного определения основных направлений предупреждения этого явления.

Целью статьи является научное обоснование системы мероприятий по предупреждению мошенничества в сфере жилищного строительства, определение основных направлений его профилактики.

Изложение основного материала. В современной юридической литературе практически не дискутируется вопрос о существовании двух основных форм мошенничества: традиционной и современной [1].

Под традиционным мошенничеством обычно понимают простые формы обмана и злоупотребления доверием, совершаемые вне сферы экономики, которые в криминологии относятся к общеуголовной корыстной преступности. Именно традиционное мошен-

ничество является одной из старейших форм преступной деятельности человека. В качестве примеров таких преступлений, которые известны в нашем обществе, можно назвать «карточное мошенничество» [2, с. 35]; «брачное (любовное) мошенничество» [2, с. 44]; «цыганский обман» [2, с. 47]; «мошенничество при купле-продаже» [3, с. 61]; «игровое мошенничество» [4] и др.

Современное мошенничество имеет множество проявлений, что обуславливает его разную терминологическую интерпретацию. В частности, в литературе встречаются такие виды мошенничества, как «организованное» [5], «финансовое» [6], «страховое» [7], «инвестиционное» [8, с. 142], «корпоративное» [9], «Интернет-мошенничество» [10], «мошенничество в сфере экономики» [11], «мошенничество в сфере бизнеса» [12] и др.

В криминологии большое внимание уделяется вопросам предупреждения преступности. Несмотря на это, следует констатировать отсутствие понятийного единства определения такой деятельности. Как справедливо отмечает А.Н. Игнатов, терминологическая многообразность, которое сложилось вокруг деятельности по влиянию на преступность, усложняет правильное понимание этого явления, углубляет понятийную путаницу, а в связи с этим, разработку эффективных предупредительных мер [13, с. 92].

В современной криминологической науке, законодательстве и практике реагирования на преступность используются следующие термины: «предупреждение», «профилактика», «борьба», «противодействие», «контроль», «управление», «превенция преступности» и др. Не вдаваясь в глубокие дискуссии по поводу определения и разграничения указанных категорий, обратим внимание на отсутствие единого мнения среди ученых о сущностном содержании и соотношении этих понятий. По нашему убеждению, обобщающим, родовым понятием является предупреждение преступности, которое можно определить, как систему (комплекс) мер, принимаемых государственными органами, их должностными и служебными лицами, институтами гражданского общества и другими субъектами, направленными на выявление, устранение, нейтрали-

зацию и ограничение детерминантов преступности.

Предупреждение преступности – это сложное сборное понятие, в котором отображается теория и практика специфической человеческой деятельности, что ставит целью недопущение совершения преступлений как путем устранения их причин и условий, так и путем прерывания преступной деятельности на различных стадиях ее развития [14, с. 95].

В условиях качественного изменения криминальной активности, что обусловлено изменениями в политической, экономической и культурной жизни общества, переосмысления требует сложившаяся практика воздействия на преступность. Как справедливо отмечает В.Н. Дремин, «криминология на рубеже веков оказалась в сложном положении: с одной стороны, высокий уровень преступности стимулирует интерес к криминологическим исследованиям, с другой – очевидно, что практика борьбы с преступностью все дальше отстраняется от ее результатов. Уголовная реальность заставляет по-новому взглянуть не только на меры противодействия преступности, но и на саму преступность, и ее место в обществе» [15, с. 45].

Российский криминолог В.В. Лунеев обращает внимание на проблему восприятия преступности в обществе как должного, что негативно сказывается не только на эффективности предупредительной деятельности, но и в целом на желании и готовности населения противостоять преступной активности. «Осознание обыденности криминала порождает безысходность и понимание бесполезности борьбы с ним» [16, с. 151].

Теоретически и практически оправданной является классическая для криминологии система предупреждения преступности, которая включает в себя два основных уровня (направления): общесоциальное предупреждение и специально-криминологическое противодействие преступности.

Как отмечает А.М. Бандурка, основными и неразрывными составляющими понятия «противодействие преступности» являются: 1) уголовно-правовой аспект борьбы с преступностью; 2) криминологический аспект предупреждения преступлений на



основе устранения, ослабления и нейтрализации криминогенных факторов [17, с. 89]

Общесоциальное предупреждение мошенничества в сфере финансирования строительства жилья можно определить, как совокупность мероприятий, обеспечивающих стабильное развитие строительной отрасли. Так называемое не прямое воздействие на преступность является масштабной стратегией, направленной на оптимизацию функционирования социальных институтов. Очевидно, что общесоциальное предупреждение финансового мошенничества – не краткосрочная акция, а рассчитанное на длительное время воздействие на его детерминанты. Как отмечает В.Я. Тацкий, предупреждение преступности следует рассматривать в качестве обязательного элемента социальной политики государства [18, с. 14].

Д.О. Теплова в своей диссертации «Криминологическая характеристика и предупреждение организованного мошенничества» к общесоциальным мерам предупреждения, в которых обязательной предпосылкой является цель ликвидации причин мошенничества, относит следующие мероприятия:

1) экономические преобразования (борьба с безработицей; поддержка хозяйственной и промышленных отраслей; сбалансированная политика в сфере налогообложения; поддержка малого и среднего бизнеса; сокращение социального и имущественного неравенства и др.);

2) политические меры (выработка общей политической стратегии; политическая воля к противодействию преступности в целом и отдельных ее проявлений);

3) социальное обеспечение граждан (повышение размеров социальных выплат безработным; помощь малоимущим слоям населения, особенно семьям с детьми; проведение политики, направленной на поддержку молодежи; обязательное трудоустройство молодежи после окончания высших и средних специальных образовательных учреждений и др.);

4) поддержка образования и культуры (повышение уровня образования, бытовой и правовой культуры; правовое воспитание населения) [5, с. 160-161].

По нашему мнению, предупреждение (общее и специальное) финансового мошенничества в сфере жилищного строительства должно включать такие основные направления:

– социально-экономическое предупреждение;

– организационно-правовое обеспечение предупреждения мошенничества;

– уголовно-правовое противодействие;

– виктимологическая профилактика.

Социально-экономическое предупреждение финансового мошенничества в инвестиционно-строительной сфере является самым продолжительным, но вместе с тем одним из самых перспективных направлений воздействия на противоправное поведение на первичном рынке недвижимости. Рассматривая мошенничество в сфере финансирования строительства объектов жилищной недвижимости, как преступную деятельность, отметим, что важным аспектом его предупреждения является анализ и устранение детерминантов преступной активности.

В.Н. Дремин отмечает, что «в основе институциональной профилактики преступности, независимо от вида и характера преступлений, лежит концепция изменения деятельности человека в тех или иных социальных условиях на основе изменения мотивационной составляющей ее деятельности, то есть изменения характера социальных практик» [19, с. 316].

К таким действиям можно отнести мероприятия, направленные на оптимизацию цен на первичном рынке недвижимости; минимизацию коррупционных отношений, связанных с оформлением и получением разрешительной и иной документации на строительство; формирование реальной конкуренции на рынке; ужесточение контроля над незаконным строительством, соблюдением технических и иных норм строительства объектов недвижимости. В экспертных кругах последние несколько лет звучит тезис о необходимости проведения строительной реформы (в 2011 году с принятием Закона Украины «О регулировании градостроительной деятельности» анонсировали реформирование сферы строительства). Учитывая, что вопрос строительной реформы

является дискуссионным и весьма объемным, выходящим за рамки нашего исследования, отметим, что конечной целью такого реформирования должна стать детенизация строительной отрасли и снижение цен на объекты недвижимости.

Говоря об организационно-правовом обеспечении предупреждения мошенничества, связанного с финансированием строительства объектов жилищной недвижимости, прежде всего, следует обратить внимание на недостатки действующего законодательства в сфере инвестирования строительства. Как отмечает А.Г. Кальман, нормотворческая деятельность в сфере борьбы с экономической преступностью должна быть перенесена в плоскость общесоциального предупреждения [20, с. 72].

А.М. Юрченко среди мер по усовершенствованию законодательства акцентирует внимание на необходимости создания Единого государственно реестра прав на объекты незаконного строительства; предоставления инвестору за нарушение сроков строительства объекта инвестирования или ненадлежащее исполнение обязательств застройщиком права на полный возврат денежных средств в соответствии с заключенным ими договором инвестирования строительства жилья и др. [21, с. 135].

Большое внимание следует уделить вопросам усовершенствования взаимодействия правоохранительных, контролирующих органов, органов местного самоуправления, финансовых учреждений и других субъектов по контролю в сфере строительства. Большое значение имеет деятельность общественных организаций, связанная с осуществлением контроля в сфере строительства.

Виктимологическая профилактика занимает особое место в системе мер предупреждения финансового мошенничества. Министерство внутренних дел Украины в качестве профилактической памятки обращает внимание на следующие обстоятельства, которые следует учитывать для того, чтобы не стать жертвой мошенников в сфере жилищного строительства. Так, относительно заключения гражданско-правовых договоров при инвестировании в строительство акцентируется внимание на то, что:

– в договоре должно быть указано, на каком основании фирма-застройщик



обладает правами на инвестирование данного объекта и привлечения к инвестированию третьих лиц, а также то, что указанный объект строительства на момент подписания договора не продан и на него нет прав у третьих лиц;

– в договоре должны быть указаны технические характеристики квартиры, ее конкретное местоположение с указанием подъезда, этажа, ориентации квартиры, с обязательным поэтапным планом;

– в договоре должна быть четко определена стоимость инвестиционного договора – график и объем платежей. Все выплаты должны быть указаны в договоре;

– в договоре инвестирования необходимо четко зафиксировать сроки принятия в эксплуатацию объекта и взаимную ответственность сторон;

– в договоре должны быть оговорены штрафные санкции сторон за невыполнение условий договора;

– договор должен содержать следующие сведения: а) дату и место заключения договора; б) полное наименование и адрес сторон, сведения о документах, подтверждающих право собственности на земельный участок и на право проведения строительства; в) индивидуализация объекта строительства (адрес, предоставленный органами технической инвентаризации) [22].

Выводы. Под предупреждением финансового мошенничества в сфере жилищного строительства мы предлагаем понимать систему мероприятий, направленных на выявление, устранение детерминантов преступной активности, нейтрализацию криминогенных ситуаций, выявление групп населения повышенного криминального риска, минимизацию негативных последствий от преступной деятельности.

Учитывая объективную ситуацию на строительном рынке, приоритетными мерами предупредительной деятельности являются устранение детерминант мошенничества и стимулирование развития правомерной деятельности.

Основными направлениями предупреждения финансового мошенничества является социально-экономическое предупреждение; организационно-правовое обеспечение предупреждения мошенничества; уголовно-правовое противодействие; виктимологическая профилактика.

Предупреждение мошенничества в сфере финансирования строительства должно основываться на системе криминалогической оценки рисков инвестирования в недвижимость, что позволит минимизировать негативные последствия от противоправных действий.

Список использованной литературы:

1. Окружко В.Ю. Современное мошенничество: криминалогическая характеристика и предупреждение: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / В.Ю. Окружко. – Ростов-на-Дону, 2009. – 182 с.

2. Данн А. Жулики, мошенники, аферисты: наставления простофилям и инструкции мошенникам: Кн.1 / А. Данн. – СПб: Политехника, 1996. – 185 с. (Интеллект и преступление).

3. Ларичев В.Д. Мошенничество. – 2-е изд. испр. – М.: АО ЦентрЮрИнфоР, 2002. – 61 с.

4. Гуров А.И. Профессиональная преступность: прошлое и современность. – М.: Юрид. лит., 1990. – 304 с.

5. Теплова Д.О. Криминалогическая характеристика и предупреждение организованного мошенничества: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Д.О. Теплова. – Москва, 2014. – 248 с.

6. Карпович О.Г. Актуальные уголовно-правовые проблемы борьбы с финансовым мошенничеством: монография / О.Г. Карпович. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право. – 2011. – 271 с.

7. Жилкина М.С. Страховое мошенничество: Правовая оценка, практика выявления и методы пресечения – Волтерс Клувер, 2005 г. – 192 с.

8. Журавлев С.Ю. Расследование экономических преступлений. – М.: Юрлитинформ, 2005. – 496 с.

9. Борьба с корпоративным мошенничеством. – Deloitte. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://www.deloitte.com/assets/Dcom-Russia/Local%20Assets/Documents/roundtable.pdf>.

10. Комаров А.А. Криминалогические аспекты мошенничества в глобальной сети Интернет: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / А.А. Комаров. – Пятигорск, 2011. – 262 с.

11. Ильин И.В. Теоретические основы борьбы с мошенничеством, совершаемым в экономической сфере (уго-

ловно-правовые и криминалогические проблемы). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Ильин И.В. – М., 2011. – 58 с.

12. Ларичев В.Д. Как уберечься от мошенничества в сфере бизнеса: Практическое пособие / В.Д. Ларичев. – М.: Юрист, 1996. – 128 с.

13. Ігнатів О.М. Протидія злочинності: поняття та сутність / О.М. Ігнатів // Юридична Україна. – 2009. – № 3. – С. 92-97.

14. Сорочинський М.Г. Проблеми взаємодії правових та соціальних механізмів попередження злочинності / М.Г. Сорочинський // Актуальні проблеми держави і права. – Одеса: Юридична література. – 2002. – Вип. 14. – С. 94-99.

15. Дрьомін В.М. Інституціональна теорія відтворення та протидії злочинності / В.М. Дрьомін // Право України. – 2009. – № 7. – С. 45-51.

16. Лунеев В.В. Эпоха глобализации и преступность / В.В. Лунеев. – М.: Норма, 2007. – 272 с.

17. Бандурка А.М. Преступность в Украине: причины и противодействие: монография / А.М. Бандурка, Л.М. Давыденко. – Х.: Основа, 2003. – 368 с.

18. Тацій В.Я. Борьба зі злочинністю на межі ХХІ століття – проблема сьогодення / В.Я. Тацій // Проблеми законності». – 2008. – Вип. 99. – С. 3-18.

19. Дремін В.Н. Інституціональні механізми противодействия преступности / В.Н. Дремін // Актуальні проблеми держави і права: Збірник наукових праць. Вип. 54 / Редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. В.О. Туляков. – Одеса: Юридична література. – 2010. – С. 312-317.

20. Кальман О.Г. Нормативно-правове забезпечення боротьби зі злочинністю у сфері економіки / О.Г. Кальман, О.В. Лисосед // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 1. – С. 68-72.

21. Юрченко О.М. Попередження шахрайства у сфері інвестування будівництва житла / О.М. Юрченко // Борьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – № 3 (31). – 2013. – С. 129-136.

22. Профілактика шахрайств з нерухомістю. [Електронний ресурс] // Офіційний сайт МВС України. – Режим доступу: <http://mvs.gov.ua/mvs/control/kyiv/uk/publish/article/86168>.



НАУЧНО-МЕТОДИЧЕСКОЕ СОПРОВОЖДЕНИЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО РУКОВОДСТВА ДОСУДЕБНЫМ РАССЛЕДОВАНИЕМ

Олег ШПАК,
соискатель

Национальной академии прокуратуры Украины,
начальник отдела надзора за соблюдением законов органами внутренних дел
при осуществлении оперативно-розыскной деятельности управления надзора
за соблюдением законов в уголовном производстве прокуратуры Хмельницкой области

Summary

The article analyzes state of scientific and methodological support of procedural guidance pre-trial investigation. The author identifies issues regarding systematization of scientific and methodological support for activities of prosecutor in this area. The conclusions formulated proposals to improve efficiency of scientific and methodological support for procedural guidance pre-trial investigation.

Key words: scientific and methodological support, procedural guidance the effectiveness of the pre-trial investigation, quality management prosecutorial activities.

Аннотация

Статья посвящена анализу состояния научно-методического обеспечения процессуального руководства досудебным расследованием. Автор выделяет проблемы относительно систематизации научно-методического сопровождения деятельности прокурора в указанной сфере. В выводах сформулированы предложения по усовершенствованию эффективности научно-методического сопровождения процессуального руководства досудебным расследованием.

Ключевые слова: научно-методическое сопровождение, процессуальное руководство, эффективность досудебного расследования, управление качеством прокурорской деятельности.

Постановка проблемы. Институт прокуратуры в Украине находится на этапе переломного момента в его реформировании. С одной стороны, законодательная реформа произошла с принятием Закона Украины «О прокуратуре» 14 октября 2014, с другой – многие нормы требуют толкования относительно их практической реализации. В то же время немало ученых и практиков вообще ставят под сомнение перспективность ряда положений указанного закона, некоторые из них окончание реформирования прокуратуры связывают исключительно с завершением конституционной реформы и т. п. Несмотря на это, органы прокуратуры должны качественно и эффективно обеспечивать непрерывное выполнение своих функций уже сегодня, а не в будущем. Однако указанное также осложняется и такими факторами: увеличением объема юридических дел (в основном уголовных производств); сокращением штата оперативных работников прокуратуры; динамикой кадровой политики (нерешенные практические вопросы отбора, подготовки кадров, их аттестации).

Поэтому на сегодняшний день потребность в высокопрофессиональной деятельности прокуроров является первым требованием общественности, особенно учитывая тот факт, что компетенция органов прокуратуры

распространяется на широкий круг общественных правоотношений. Более того, в сфере надзора за соблюдением законов органами, которые проводят оперативно-розыскную деятельность, дознания и досудебное следствие, институт прокуратуры является фактически единственным органом, на который возлагается задача обеспечения законности в этой сфере. Поэтому ответственность за эффективность деятельности прокурора, на указанном участке его работы, значительно возрастает, что требует надлежащего научно-методического сопровождения.

Актуальность темы. В целом проблемы методического обеспечения деятельности органов прокуратуры исследовали такие ученые, как С. Гриненко, В. Долежан, Т. Корнякова, Н. Погорецкий, С. Подкопаев, Н. Руденко, Г. Середа, Р. Трагнюк, Н. Якимчук и другие. Вместе с тем требуют комплексной проработки вопросы научно-методического сопровождения именно процессуального руководства, как эффективного инструмента внедрения лучшей прокурорской практики по надзору за соблюдением законов органами, которые проводят оперативно-розыскную деятельность, дознания и досудебное следствие.

Целью этой статьи является анализ состояния научно-методического обе-

спечения процессуального руководства досудебным расследованием, выделение проблемных вопросов относительно его усовершенствования и формулировка предложений по эффективной систематизации научно-методического сопровождения деятельности прокурора в указанной сфере.

Изложение основного материала исследования. Нормативно-правовым основанием научно-методического сопровождения прокурорской деятельности является ч. 2 ст. 51 Закона Украины «О прокуратуре» от 5 ноября 1991 года. В частности, для научного содействия в выполнении задач, возложенных на органы прокуратуры, разработки и рассмотрения научно-методических рекомендаций, других документов и предложений по улучшению организации работы, внедрения наиболее совершенных и эффективных форм и методов, совершенствование законодательства при Генеральной прокуратуре Украины образуется научно-методический совет. С этой же целью при прокуратурах областей и приравненных к ним прокуратурах могут создаваться методические советы [1].

Согласно ведомственных нормативно-правовых актов, в частности п. 14 Приказа Генерального прокурора Украины № 1гн от 26 декабря 2011 года «Об организации работы и управления



в органах прокуратуры Украины» (с изменениями от 13 ноября 2013, приказ № 98), считается одной из важных задач структурных подразделений аппаратов внедрения в деятельность органов прокуратуры наиболее совершенных и эффективных форм и методов работы, разработка методических рекомендаций и распространение положительного опыта по разным направлениям прокурорско-следственной деятельности.

Организация работы на указанном направлении в центральном аппарате возлагается на научно-методический совет при Генеральной прокуратуре Украины и отдел организации научно-методической работы Главного управления организационного и правового обеспечения, а в самостоятельных структурных подразделениях – на организационно-методические отделы. Выполнение указанных задач в прокуратурах областного уровня возлагается на методические советы, в состав которых включаются наиболее квалифицированные и опытные работники органов прокуратуры, а также научно-педагогические работники, прежде всего Национальной академии прокуратуры Украины. Деятельность методических советов регламентируется положениями, которые утверждают руководители областных прокуратур [2].

К сожалению, Законом Украины «О прокуратуре» от 14 октября 2014 года не предусмотрено функционирование при Генеральной прокуратуре Украины и прокуратурах областного уровня научно-методических и методических советов. Однако п. 9 ч. 1 ст. 9 указанного закона определены специальные полномочия Генерального прокурора Украины об утверждении методических рекомендаций для прокуроров с целью обеспечения одинакового применения норм законодательства Украины при осуществлении прокурорской деятельности [3]. Таким образом, на законодательном уровне методические рекомендации признаются инструментом выработки единства применения положений законодательства в практической деятельности органов прокуратуры. В то же время возникает проблема о порядке рассмотрения и утверждения соответствующих документов методического направления.

Надлежит отметить, что прокурорской практикой уже выработаны сле-

дующие основные виды документов методического характера, их разделяют на два основных вида: информационные письма и методические рекомендации [4, с. 158].

Информационные письма – это документы по отдельным вопросам определенного направления деятельности прокуратуры. В частности к ним относятся: письмо о положительном опыте работы – это документ, в котором раскрываются новые подходы и наработанная методика (способы и приемы) деятельности одной или нескольких прокуратур по конкретному вопросу, эффективность реализации которых подтверждена практикой их применения; письмо-замечание – документ, которым обращается внимание на недостатки в работе подчиненных прокуратор и необходимость принятия конкретных мер по повышению эффективности деятельности; информационное письмо об организации работы – документ, в котором раскрываются новые подходы и наработанная методика (способы и приемы) организации работы по конкретному вопросу (теме); письмо-ориентирование – документ, в котором содержится наиболее оптимальный порядок реализации прокурорских полномочий в конкретной правовой ситуации (по конкретному вопросу) для повышения эффективности прокурорской деятельности [5, с. 135].

Методические рекомендации в деятельности органов прокуратуры – это обобщающий документ, комплексно раскрывает и фактически определяет систему последовательных действий, устанавливает наиболее оптимальный алгоритм (порядок) реализации прокурорских полномочий по определенному направлению деятельности (теме), для достижения должной эффективности в работе [4, с. 158].

Считаем, что к методическим документам можно отнести памятки по различным актуальным вопросам прокурорской деятельности, в том числе процессуального руководства, поскольку в них кроме выдержек из нормативно-правовых актов, касающихся правового регулирования конкретных правоотношений, содержатся также обобщения лучшей прокурорской практики и применения положений законодательства (например: Памятка

процессуального руководителя «Производство о применении принудительных мер медицинского характера»; Памятка процессуальному руководителю «Порядок, содержание и условия заключения сделок в уголовном производстве» и т. д.).

Вместе с тем, чтобы понять важность научно-методического сопровождения практической деятельности, в частности процессуального руководства, в первую очередь следует четко понимать главное отличие организационно-распорядительных актов Генерального прокурора Украины от методических документов. Первые являются обязательными для выполнения, направленные на обеспечение управленческих и организационных процессов в органах прокуратуры, в том числе по процессуальному руководству, и за своей природой есть внутренне-ведомственными нормативно-правовыми документами; вторые – носят рекомендательный характер, направленный на повышение эффективности непосредственного исполнения полномочий прокурора по конкретизированному роду деятельности; по своей природе является аналитически-обобщающим документом, содержащим комплексный анализ лучшего практического применения норм материального и процессуального права по определенному кругу вопросов.

В этом смысле следует обратить внимание на некоторое затирание на практике линии разграничения организационно-распорядительных и методических документов. В частности, С. Подкопаев и С. Гриненко обосновывают применение в практической деятельности документов методического руководства (письма-замечания, письма-ориентирования, информационные письма об организации работы), с помощью которых осуществляются оперативные «корректировки» практической деятельности. Их издание обусловлено исключительно спецификой управленческих отношений в прокурорской системе [4, с. 158].

Г. Серета методические документы, как результат методической работы, предлагает считать основным инструментом повышения квалификации и усовершенствования профессионального уровня работников прокуратуры [6, с. 7]. Это действительно важно,



поскольку указанные документы выполняют также выраженную учебную функцию и фактически являются путеводителем для молодых работников.

Похожее мнение высказывает Р. Трагнюк. Он считает, что повышение эффективности и действенности процессуального руководства возможно путем его оптимизации за счет новейшего методического обеспечения, что будет способствовать улучшению как доказательности уголовных производств, так обеспечению соблюдения прав человека [7].

Н. Погорецкий и Ю. Кушнерик на основании изучения следственно-судебной, прокурорской практики и проведенного опроса прокуроров – процессуальных руководителей, пришли к выводу, что причины вынесения следственными судьями постановлений об отказе в разрешении на проведение негласных следственных (розыскных) действий, в первую очередь, обусловлены недостаточной компетенцией по отдельным вопросам прокуроров – процессуальных руководителей, досудебным расследованием и отсутствием методических рекомендаций [8, с. 86].

Поэтому, по нашему мнению, научно-методическое сопровождение процессуального руководства досудебным расследованием является передовым инструментом достижения эффективности в практической деятельности. Также может считаться действенным средством повышения квалификации прокуроров – процессуальных руководителей. Вместе с тем основными недостатками в практическом применении методических документов, в частности в сфере процессуального руководства, как правило, являются:

– во-первых, отсутствие взаимосвязи методических разработок с практической деятельностью (методические разработки должны готовиться по запросам практических работников по проблемным вопросам; важным есть аналитический мониторинг в этой сфере);

– во-вторых, внутренне-ведомственными актами установлена обязанность подготовки методических документов с привлечением многих работников, однако нет какого-либо обязательства по их использованию в практической деятельности (методическими разработками должно за-

ниматься отдельное специальное подразделение Генеральной прокуратуры Украины);

– в-третьих, не обеспечена систематизация методических документов (поиск нужных методических документов затруднен, по одному типу дел и практических вопросов может существовать несколько методических рекомендаций и других методических документов, что затрудняет их применение);

– в-четвертых, в методических рекомендациях освещается преимущественно много теоретической информации без указания подробных и четких инструкций применения законодательства (необходимо утверждение единой стандартной структуры методических документов);

– в-пятых, методические документы часто бывают объемными и содержат много лишней информации (такие методические рекомендации обычно должным образом не читают, как следствие – не используют);

– в-шестых, отсутствует механизм постоянного обновления методических документов (сегодня существует более 1 тыс. 400 методических рекомендаций, писем о положительном опыте работы и других документов методического направления [6, с. 10], часть из которых уже утратила актуальность, но искусственно увеличивает объем соответствующей информационной базы).

Существуют отдельные случаи одобрения методическими советами документов, содержащих существенные недостатки. Наиболее распространенными среди них являются: использование нормативно-правовых актов, которые утратили силу, ошибки в наименованиях различных органов государственной власти, отсутствие раскрытия приемов и способов выявления нарушений, простое копирование положений законов и т. п. [6, с. 12]. В сфере процессуального руководства некачественное методическое обеспечение существенно сказывается на эффективности работы прокуроров.

Поэтому, по нашему мнению, в контексте реформирования органов прокуратуры важно решить вопрос об усовершенствовании научно-методического сопровождения процессуального руководства досудебным расследованием. В этом смысле достаточно обоснованным есть предложение за-

мены существующего массива методических документов на централизованную систему руководящих рекомендаций (guideline system). Система «гайдлайн» (дословный перевод с англ. – гид, путеводитель, указатель линии) в практической деятельности является международным стандартом организации работы медицинских работников, экономистов, в том числе, судей и прокуроров. Суть указанной системы заключается в централизованной выработке небольших по объему документов (сборник документов), содержащих четкие, детализированные инструкции практической реализации действующего законодательства и полномочий прокурора – процессуального руководителя, досудебным расследованием в разных делах и правоотношениях, также непрерывно отражают законодательные и процедурные изменения в системе уголовного судопроизводства. Например, в Ирландии руководящие рекомендации для прокуроров выдаются с 2001 года директором публичных преследований и постоянно обновляются в соответствии с изменениями в законодательстве [9].

Такой подход обеспечивает: во-первых, оперативность в практической деятельности прокурора – процессуального руководителя; во-вторых, единство прокурорской практики в сфере процессуального руководства; в-третьих, существенное повышение профессионализма в работе прокурорских работников. Преимущества предложенного подхода научно-методического сопровождения процессуального руководства досудебным расследованием заключаются в следующем: единый центр разработки научно-методического обеспечения; лаконичность документов упрощают их применение; императивно-рекомендательный характер методических документов (отклонения от гайдлайна должно быть мотивированным); разгрузка нижнего звена органов прокуратуры (не привлекаются к разработке методических документов).

Выводы. Таким образом, научно-методическое сопровождение процессуального руководства досудебным расследованием следует считать передовым инструментом управления качеством практики в органах прокуратуры в указанной сфере и в повышении эф-



фективності їх діяльності. Також це процес неперервного професійного взаємодіяння прокурорів – процесуальних керівників, з метою розробки, обґрунтування і впровадження кращих варіантів реалізації повноважень в практичній діяльності.

В цілому специфіка науково-методичного забезпечення роботи органів прокуратури являється перспективним напрямком подальших наукових досліджень, особливо в питаннях її складності, форм і механізму здійснення.

Список використаних джерел:

1. Про прокуратуру: Закон України від 5 листопада 1991 року № 1789-ХІІ. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
2. Про організацію роботи і управління в органах прокуратури України: наказ Генерального прокурора України від 26 грудня 2011 року № 1 гн. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gp.gov.ua>.
3. Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 року №1697-VII // Голос України від 25.10.2014. – 2014. – № 206.
4. Подкопаєв С.В. Методичне забезпечення представництва прокуратурою інтересів громадянина або держави в суді: сучасний стан та напрямки вдосконалення / С.В. Подкопаєв, С.В. Гриненко // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2013. – Том 2. – Випуск 6. – С. 157-160.
5. Подкопаєв С.В. Шляхи вдосконалення методичного забезпечення прокурорської діяльності / С.В. Подкопаєв // Юридичний вісник. – 2014. – № 5. – С. 134-139.
6. Серета Г.П. Науково-методичне забезпечення – один із найважливіших чинників ефективної діяльності органів прокуратури / Г.П. Серета // Вісник прокуратури. – 2011. – № 11. – С. 7-13.
7. Трагнюк Р.Р. Проблеми методичного забезпечення прокурорського нагляду за додержанням законів на досудовому слідстві / Трагнюк Р.Р. // Часопис Академії адвокатури України. – 2010. – Том 3. – № 4(9). [Електронне джерело]. – Режим доступу: <http://www.aau.edu.ua/e-journal/2010-4/10trnds.pdf>.
8. Погорецький М.А. Процесуальне керівництво провадженням слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування грабежів та розбоїв / М.А. Погорецький, Ю.А. Кушнерик // Право і громадянське суспільство. – 2014. – № 1. – С. 79-89.
9. Guidelines for Prosecutors / Office of Director of Public Prosecutions. – Revised November 2010. – 71 p. [Electronic resource]. – URL: <https://www.dppireland.ie>.