

LEGEA ȘI VIAȚA

Publicație științifico-practică
ISSN 1810-309X

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

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

Reconfirmare prin Hotărîrea nr.146 din 27 iunie 2013

Categoria C

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

Se editează din ianuarie 1991
Nr. 6/2 (294) 2016

Redactor-șef L. Arsene

Colegiul de redacție:

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

Adresa redacției:

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

E-mail: publicare@legeasiviata.in.ua

Index: RM 77030

© Legea și viața

Pagina web: www.legeazakon.md

www.legeasiviata.in.ua

СОДЕРЖАНИЕ

Богдан БЕЗКОРОВАЙНИЙ. Криминалистические основы идентификации по мысленному образу при предъявлении для опознания.....	3
Юрий БЕЛЬСКИЙ. Особенности определения квалифицирующих признаков несанкционированного вмешательства в работу электронно-вычислительных машин.....	6
Денис БЯЛКОВСКИЙ. Судебный контроль на досудебном расследовании как гарантия реализации принципа тайны общения.....	10
Лусине ВАРДАНЯН. К вопросу о возмездном суррогатном материнстве.....	14
Людмила ВОЛКОВА. Государственные акционерные компании – юридические лица публичного права: понятие и основные признаки.....	17
Людмила ВОЛОШИНА. Профессиональная ответственность адвоката.....	21
Валерия ГНАТЕНКО. Прокурорский надзор при получении доказательств органом досудебного расследования.....	24
Денис ДОНЦОВ. Наследование пережившим супругом в советском гражданском праве и современном гражданском праве Украины.....	27
Василий КАЛИТИНСКИЙ. Разновидности правовых идеологий по типу правопонимания.....	31
Виктор КАСАП. Передача места в договоре как способ замены стороны в обязательстве.....	35
Роман КАЦУБА. Взаимодействие полиции с населением: новое понимание и поиск эффективных программ.....	39
Светлана КИСС. Преодоление детской беспризорности и безнадзорности как одно из проявлений социального государства в Украине в 1930-х гг.....	43
Nataliia KOZACHUK. Exercise of WTO right for counteraction the abuse of rights to patents needed for standards.....	47
Игорь КОРОПАТНИК. Концептуальные подходы к категории «гражданское общество» в правовой науке.....	51
Юрий КОТВЯКОВСКИЙ. Отдельные вопросы взаимодействия третейских судов с системой общих судов Украины.....	55
Александр КУШНИРЕНКО. Ценности конституционного строя: понятие, сущность и соотношение с конституционными принципами.....	59

Евгения ЛЕВЧУК. Криминологическая характеристика личности, которая совершает злостное неповиновение требованиям администрации учреждения исполнения наказания.....	63
Людмила ЛЕНСКАЯ. Компаративистский анализ законодательства, определяющего ответственность за грабеж.....	67
Максим ЛЫСЬКОВ. Публичная администрация как субъект контрольной деятельности в сфере лотереи.....	71
Halyna MARTYNYSHYN. Philosophical foundations of the application of law: origins of Ukrainian doctrine.....	75
Анфиса НАШИНЕЦ-НАУМОВА. Инсайдерская информация как специальный субъект обеспечения информационной безопасности предприятий.....	77
Александр ПАХОЛЮК. Противодействие незаконной деятельности компаний, администрирующих финансовые активы для приобретения товаров в группах.....	82
Михаил ПЛИШ. О проблемах реализации судами принципа верховенства права (на примере Высшего административного суда Украины).....	87
Евгений РЕНЁВ. Справедливость как базовая конституционная ценность.....	91
Николай РУДЕНКО. Разграничение внутрисемейных и корпоративных отношений.....	94
Марта РУДКОВСКАЯ. Критерии наличия общественной опасности.....	99
Yuriy SLUSARENKO. Shale gas output in Ukraine: features of legal regulation	103
Ульяна СОКИЛ. Предпосылки принятия судебных решений в американском правовом реализме.....	107
Валерий СТЕПАНОВ. Плательщик как основной элемент правового механизма акцизного налога: ретроспективный анализ	111
Bohdan STRILETS. The legal status of the intra-EU bilateral investment agreements.....	114

Ольга СТУКАЛЕНКО. Полномочия Министерства регионального развития, строительства и жилищно-коммунального хозяйства Украины в сфере строительства с учетом децентрализации власти	118
Татьяна СХАБ-БУЧИНСКАЯ. Классификация ограничений свободы договора	122
Ольга ТКАЧ. Оценка профессиональных характеристик работника во время испытания при приеме на работу.....	126
Олег ТКАЧУК. Законные основания невыполнения решений судов и ограничения прав личности при их исполнении	130
Татьяна УСАТОВА. Криминологическая характеристика сводничества и создания или содержания притонов разврата в Украине (ст. 302 УК Украины).....	133
Елена ХУДЯКОВА. Конкурс на должность полицейского.....	138
Светлана ШАЛГУНОВА. Формирование и структура отечественного криминологического учения о личности насильственного преступника.....	141
Виктория ШИРШОВА. Европейский опыт правового регулирования фармацевтической деятельности.....	146
Илона ЯСИНЬ. Состояние исследования проблемы уголовной ответственности за незаконное обогащение в уголовном праве Украины	150



КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ИДЕНТИФИКАЦИИ ПО МЫСЛЕННОМУ ОБРАЗУ ПРИ ПРЕДЪЯВЛЕНИИ ДЛЯ ОПОЗНАНИЯ

Богдан БЕЗКОРОВАЙНЫЙ,

аспирант кафедры надзора за соблюдением законов при проведении досудебного расследования
Национальной академии прокуратуры Украины

Summary

The article deals with main forensic foundations for recognition by mental image upon presentation for identification. The ways to clarify problematic aspects of subject and object of presentation for identification as a procedural form of recognition by mental image are studied. The author provides scientific and legal rationale for study of forensic foundations for recognition by mental image. It is proved that primary source for presentation for identification as a procedural form of recognition by mental image is some information uncertainty that occurs in relation to any circumstances and must be clarified. It is grounded that classification of subjects of identification forms basis for successful and efficient solution to set cognitive and structural tasks at time of identification as a procedural form of recognition by mental image.

Key words: forensic software, identification of mental image, presentation for identification, pre-trial investigation, forensics.

Анотация

В статье рассматриваются криминалистические основы идентификации по мысленному образу при предъявлении для опознания. Исследованы пути выяснения проблемных моментов субъекта и объекта предъявления для опознания, как процессуальной формы идентификации по мысленному образу. Автор приводит научно-правовое обоснование целесообразности исследования криминалистических основ опознания по мысленному образу.

Ключевые слова: криминалистическое обеспечение, идентификация по мысленному образу, предъявление для опознания, досудебное расследование, криминалистика.

Постановка проблемы. Криминалистическое учение о следственных (розыскных) действиях ориентирует ученых-криминалистов, разрабатывающих тактические и психологические аспекты отдельных следственных (розыскных) действий, на наиболее оптимальные рекомендации [1, с. 133]. И это по причинам необходимости удовлетворения потребностей следственной практики. Достижение же эффективного результата возможно не только с помощью систематизации научных разработок, но и с помощью применения ряда подходов к изучаемым объектам.

Актуальность темы. Вопросы изучения криминалистических основ идентификации по мысленному образу при предъявлении для опознания посвятили свои работы такие ученые-криминалисты, как: И. Быховский, П. Биленчук, В. Гончаренко, В. Кузьмичев, Е. Куцова, А. Протасевич, С. Стахивская, В. Степанов, В. Тертышник, С. Шейфер, В. Шибико и др. Поисково-познавательная деятельность в уголовном производстве, как своеобразная модель, имеет две стороны: процессуальную и криминалистическую. Нужно согласиться с позицией П. Биленчука о том, что достижение целей в уголовном судопроизводстве обеспечивается только при условии тесного взаимодействия материально-

правовых, процессуальных и криминалистических подходов с помощью комплексного использования информации, которая в них содержится [2, с. 302]. Конечно, это утверждение разноточное по своей силе как для поисково-познавательной деятельности и досудебного расследования, так и для познания в пределах каждого отдельного следственного (розыскного) действия, в том числе и для предъявления для опознания, как процессуальной формы идентификации по мысленному образу.

Разработанные учеными-криминалистами основополагающие идеи и концептуальные положения составляют основу для проведения исследования криминалистических основ предъявления для опознания. Хотя исследование этого вопроса учеными получили значительные результаты в развитии правовой теории относительно криминалистического обеспечения проведения предъявления для опознания, однако следует обратить внимание на отдельные положения, требующие совершенствования, а также проблемные моменты определения субъекта и объекта предъявления для опознания, как процессуальной формы идентификации с мысленным образом.

Цель статьи. В статье рассматриваются основные криминалистические основы идентификации по мысленному образу при предъявлении для опоз-

нания путем выяснения проблемных моментов субъекта и объекта предъявления для опознания, как процессуальной формы идентификации по мысленному образу.

Изложение основного материала исследования. Первоисточники к проведению предъявления для опознания ученые разделяют на две группы: правовые (процессуальные) и криминалистические [3, с. 73]. С этой позицией следует согласиться, поскольку она имеет как правотворческое, правоприменительное, так и научно-исследовательское значение. Вместе с тем в каждом конкретном уголовном производстве есть ситуации, требующие решения только с помощью проведения предъявления для опознания.

Хотя ст. ст. 228, 229 УПК Украины и урегулирован порядок проведения опознания, однако эти нормы содержат по-разному изложенные обязательные требования по подготовке к проведению этого следственного (розыскного) действия, если объектами опознания выступают различные по природе объекты – лицо или вещь. Единственной их общей чертой является то, что в них не указано, что «выяснение», «опрос» до начала проведения опознания и лица, и вещи должны происходить во время отдельного следственного (розыскного) действия – допроса лица, которое узнает.



На основе приведенного можно сделать вывод о том, что первоисточником для предъявления для опознания, как процессуальной формы идентификации по мысленному образу, является определенная информационная неопределенность, что имеет место по отношению к любым обстоятельствам и подлежит выяснению.

Прежде всего, при проведении опознания по мысленному образу посредством проведения предъявления для опознания необходимо разграничить понятия «субъект предъявления для опознания, как следственного (розыскного) действия» и «субъект, что узнает». Можно утверждать, что решение обозначенной проблематики является очевидным, и подтверждение можно найти в ч. 1 ст. 228 УПК Украины, где законодатель четко определил субъекты проведения предъявления для опознания – следователь, прокурор. Однако проблемные моменты этого положения можно найти в неоднозначной интерпретации учеными-криминалистами этого законодательного предписания. Так, Т. Аверьянова, рассматривая субъекты предъявления для опознания, указала, что ими являются лица, которые вызываются для предъявления им какого-либо объекта (в том числе и человека) с целью его опознания [4, с. 655]. С этой позицией ученого категорически нельзя согласиться по тем причинам, что отдельными учеными осуществляется подмена основных процессуальных и криминалистических понятий, поскольку взамен субъекта следственного (розыскного) действия, такого как предъявление для опознания, где законодателем четко предусмотрен субъект (следователь, прокурор), был взят субъект опознания, то есть лицо, что опознает.

Понятие «субъект предъявления для опознания» не стоит смешивать с понятием «субъект идентификации», осуществляемой при проведении этого следственного (розыскного) действия. Анализ содержания уголовного процессуального правового предписания, что закреплено в ст. 228 УПК Украины, указывает на то, что по закону следователь, прокурор выступают, как организаторы и лица, имеющие право осуществлять проведение и документирование предъявления для опознания, как процессуальной формы иден-

тификации по мысленному образу. Однако субъектами идентификации (т. е. опознания по мысленному образу) они не являются. Субъектами идентификации по мысленному образу есть другие участники уголовного судопроизводства, в частности, свидетели, потерпевшие, подозреваемые, обвиняемые. Указанное утверждение не всегда учитывается учеными-криминалистами, и потому в некоторых своих исследованиях они следователя, прокурора рассматривают, как субъекта этого вида идентификации. Так, например, в работе В. Шиканова указано, что субъектом идентификации трупа неизвестного лица является следователь, принявший уголовное производство об убийстве. Ученый обосновывает свою позицию тем, что значение следователя в исследовании объектов на их тождество иногда бесосновательно нивелируется через вовлечение в этот процесс экспертных идентификационных исследований [5, с. 70]. С этой позицией трудно согласиться. Хотя, конечно, следователь имеет возможность опознать труп человека, используя при этом его фотографии или описание его признаков внешности, которые предоставили его родственники. Однако отмеченное действие следователя не имеет доказательственного значения, как опознание.

Важное значение для научного исследования проблематики предъявления для опознания имеет научно обоснованная классификация субъектов опознания. Криминалистическая систематизация и классификация тех или иных объектов может иметь максимальную результативность только в случае их осуществления на уровне принципа от общего к частному (от рода к виду, от вида к подвиду, от системы части и т. д.) [6, с. 45]. Это положение следует применять при исследовании проблематики совершенствования криминалистических основ идентификации по мысленному образу во время проведения опознания, особенно при исследовании классификации субъектов опознания.

Прежде всего, родовой уровень субъектов идентификации по мысленному образу при предъявлении для опознания предусмотрен уголовным процессуальным законом. Ими могут быть свидетели, потерпевшие, подозреваемые, обвиняемые. Для группировки

этих категорий лиц могут быть использованы и другие критерии, например: признаки половой или возрастной принадлежности (несовершеннолетние лица, взрослые, пожилые люди и др.); трудовой занятости (работает, не работает); судимости (не судимый, ранее судимый); состояние физического и психического здоровья и др. Вместе с тем для совершенствования методико-криминалистического обеспечения предъявления для опознания возможно использовать классификацию, выстроенную на основе методики проведения предъявления для опознания, в частности, связь лиц, что опознают, с категориями уголовного производства, в ходе расследования которого проводилось предъявление для опознания.

Следующим проблемным моментом, что требует совершенствования правовых и тактических основ идентификации по мысленному образу во время проведения опознания, видим проблему объектов, предъявляемых для опознания. Объект – это то, на что направлена деятельность [7, с. 412]. Фактически, это часть объективной реальности, на которую направлена деятельность субъекта. Объектами предъявления для опознания являются лица, вещи, труп, предъявляемые в ходе досудебного расследования уголовного производства лицу, что опознает, с целью идентификации объекта, которого оно воспринимало раньше при тех или иных обстоятельствах [8, с. 10].

Уголовный процессуальный кодекс Украины предусматривает возможность предъявления для опознания только три группы объектов: лицо, вещь, труп (ст. ст. 228 – 230 УПК Украины). Других же видов объектов законодатель не предусмотрел.

Лицо, вещь, труп – это непосредственные объекты идентификации при предъявлении для опознания. Наряду с процессуальными предписаниями существует и криминалистическая опосредованная идентификация объекта по мысленному образу. Особенность идентификации объекта по мысленному образу оказывается не с помощью непосредственного восприятия признаков объекта, что предъявляется, а с помощью непосредственного восприятия различных отражений объекта. При этом указанные отображения на момент идентификации либо от-



сутствуют в распоряжении следствия, либо не могут быть предъявлены через тактические особенности хода введения уголовного производства. Такие заменители оригинала объекта, подлежащего опознанию (фотографии, видеоматериалы) следует выделить в отдельную группу объектов идентификации по мысленному образу, что возможно проведение как в процессуальной, так и в непроцессуальной форме. При предъявлении для опознания п. п. 6, 7 ст. 228 УПК Украины предусмотрена возможность предъявления только лица для опознания по фотоснимкам и видеоматериалам. Предъявление вещей или трупа по фотоснимкам или видеоматериалам не предусмотрено, однако в следственной практике есть потребность в таком предъявлении. Так, например, в следственной практике довольно часто возникает необходимость предъявления трупа для опознания по фотоснимкам, когда на момент предъявления трупа для опознания сам труп не сохранился и личность потерпевшего не установлена, однако сохранены фотоснимки трупа с места происшествия в уголовном производстве. Учитывая потребности следственной практики, видим необходимость в совершенствовании нормы о предъявлении трупа для опознания путем дополнения ее возможностью осуществления предъявления трупа для опознания в случае необходимости по фотоснимку. Подтверждение сказанного находим в специальной литературе и позиции других авторов о целесообразности проведения предъявления для опознания вещей по фотоснимкам или материалам видеозаписи. В частности, В. Колесник доказывает, что «следует признать возможным проведение предъявления вещей для опознания по их фотографиям или материалам видеозаписи, если такое опознание проводится с соблюдением требований, указанных в ст. 229 УПК Украины» [9, с. 167].

Разработка нормативно-правовых и тактико-криминалистических рекомендаций предъявления для опознания, как процессуальной формы идентификации по мысленному образу, берет истоки также из возможных форм предъявления для опознания лицу, что опознает, идентифицирующих объектов. Законодатель четко устанавливает тре-

бование о том, что предъявления для опознания лица или вещи предъявляемым должно проводиться в количестве не менее трех. Лица, вещи, предъявляемые для опознания, в момент их идентификации находятся в статическом положении (стоя, сидя и др.). Вместе с тем в следственной практике бывают случаи, когда объекты, подлежащие идентификации, воспринимаются не только в статическом положении, но и в движении, как одиночно, так и в составе определенной группы, в процессе движения друг за другом и др. Психологические исследования проведения такого следственного (розыскного) действия, как предъявление для опознания, проведенные зарубежными учеными, указывают, что предъявление для опознания одного объекта вместо всего комплекса объектов, среди которых находится идентифицирующийся объект, повышает риск недостоверности идентификации. Попутно следует отметить, что данная психологическая особенность идентификации по мысленному образу учтена законодателем с четким указанием на то, что предъявление для опознания как лиц, так и вещей должно проводиться не в количестве одного объекта, а вместе с другими: лицами того же пола, которых должно быть не менее трех и не имеющих резких различий в возрасте, внешности и одежде; в числе других однородных вещей одного вида, качества и без резких различий во внешнем виде в количестве не менее трех. Исключение составляет положение о предъявлении трупа для опознания (ст. 230 УПК Украины).

Выводы. Первоисточником для предъявления для опознания, как процессуальной формы идентификации по мысленному образу, есть определенная информационная неопределенность, что имеет место по отношению к любым обстоятельствам и подлежит выяснению.

Важное значение для научного исследования проблематики совершенствования правовых и тактических основ идентификации по мысленному образу во время проведения опознания следует отнести следующим предъявлениям для опознания, имеет научно обоснованную классификацию субъектов опознания, что создает основу для успешного и эффективного решения поставленных познавательных и

конструктивных задач. Значение этих классификаций трудно переоценить, поскольку они являются необходимым условием эффективного познания исследуемого объекта.

Совершенствование правовых и тактических основ идентификации по мысленному образу во время проведения опознания возможно благодаря учету принципа обусловленности и синергии криминалистических и процессуальных подходов к пониманию межотраслевых объектов опознания. По этим причинам во время проведения предъявления для опознания, как процессуальной формы идентификации по мысленному образу, следователь, прокурор должны руководствоваться, прежде всего, нормами процессуального права, а впоследствии – научными рекомендациями, криминалистическими правилами ее проведения.

Список использованной литературы:

1. Протасевич А. В новой парадигме следственного действия как объекта криминалистики / А. Протасевич // Социально-экономические и правовые проблемы в третьем тысячелетии: материалы науч.-практич. конференции, 13–14 мая 2008 г. – Донецк, 2008. – С. 130–136.
2. Биленчук Д. Криминалистическая тактика и методика расследования отдельных видов преступлений: учеб. пособие для студ. высш. учеб. закл. / Д. Биленчук, А. Гель, Е. Семаков – М.: МАУП, 2007. – 512 с.
3. Степанов В. Научные и правовые основы тактики предъявления для опознания при расследовании преступлений // В. Степанов, Ю. Михайлова. – Саратов, 2003. – 180 с.
4. Аверьянова Т. Криминалистика: Учеб / Т. Аверьянова [и др.]; под. общ. ред. Р. Белкина. – М.: Норма, 2004. – 913 с.
5. Шиканов В. Теоретические основы тактических операций в расследовании преступлений / В. Шиканов. – Иркутск, 1983. – 302 с.
6. Глоссарий по дисциплине криминалистика: словарь криминалистических терминов / [сост. : В. Шепитько, В. Коновалова, В. Журавель и др.]. – Харьков: Нац. юрид. академия Украины, 2008. – 96 с.



7. Философский словарь / [под ред. В. Шинкарука]. – [2-е изд., перераб. и доп.]. – М.: глав. ред. УРЕ, 1986. – 876 с.

8. Цветков П. Предъявление для опознания в советском уголовном процессе / П. Цветков. – Л.: Ленинградский ун-т, 1962. – 402 с.

9. Колесник В. Некоторые проблемные вопросы предъявления лица и вещей для опознания по действующему УПК Украины / В. Колесник // Вестник академии адвокатуры Украины. – № 1 (26). – 2013. – С. 163–168.

ОСОБЕННОСТИ ОПРЕДЕЛЕНИЯ КВАЛИФИЦИРУЮЩИХ ПРИЗНАКОВ НЕСАНКЦИОНИРОВАННОГО ВМЕШАТЕЛЬСТВА В РАБОТУ ЭЛЕКТРОННО- ВЫЧИСЛИТЕЛЬНЫХ МАШИН

Юрий БЕЛЬСКИЙ,
адъюнкт кафедры уголовного права
Национальной академии внутренних дел

Summary

In article theoretical research is providing of current Criminal Code. Explored issues of qualifying elements of a crime under art.361 of Criminal Code of Ukraine and suggest ways to improve Law of Ukraine on criminal liability for unauthorized interference to computer's (PCs) work, automated systems, computer networks or telecommunications networks. The true understanding of aggravating circumstances art. 361 of Criminal Code of Ukraine will lead to a correct application of law and due and proper sentencing for committed crimes.

Key words: computers, qualified indications, crime collaboration, responsibility for crime.

Аннотация

В статье проводится теоретическое исследование положений действующего Уголовного кодекса, исследованы вопросы о квалифицирующих признаках состава преступления, предусмотренного ст. 361 УК Украины, и предложены пути совершенствования Закона Украины об уголовной ответственности за несанкционированное вмешательство в работу ЭВМ (компьютеров), автоматизированных систем, компьютерных сетей или сетей электросвязи. Именно понимание квалифицирующих признаков ст. 361 УК Украины приведет к правильному применению норм права, а впоследствии и правильному назначению наказания за совершенные преступления.

Ключевые слова: ЭВМ, квалифицированные признаки, соисполнение, уголовная ответственность.

Постановка проблемы. В современном мире развитие компьютерных преступлений продвигается очень быстрыми темпами, так как быстрое развитие новых технологий способствует более широким возможностям для совершения этого рода преступлений. Поэтому важным является указание в диспозиции ст. 361 УК Украины квалифицирующих признаков этого преступления. Но на сегодняшний день указанные квалифицирующие признаки нуждаются в доработке и совершенствовании с учетом современных условий совершения преступлений.

Цель статьи состоит в научно-теоретическом анализе положений действующего УК Украины в части выделения и исследования квалифицирующих признаков состава преступления, предусмотренного ст. 361 УК Украины (несанкционированного вмешательства в работу ЭВМ (компьютеров), автоматизированных систем, компьютерных сетей или сетей электросвязи);

выделения существующих проблем и поиска путей их решения.

Изложение основного материала. Прежде всего, считаем необходимым сформулировать некоторые исходные положения, на которых базируется наше исследование. Квалифицирующими признаками в уголовном праве являются признаки состава преступления, которые свидетельствуют о повышенной общественной опасности деяния в сравнении с признаками, описанными в основном составе преступления. К квалифицирующим признакам, которые могут возникать при совершении преступления, предусмотренного в ст. 361 УК Украины, следует отнести следующие:

- совершение преступления повторно;
- по предварительному сговору группой лиц (в соучастии);
- причинение значительного вреда.

Эти признаки прямо предусмотрены в части 2 ст. 361 УК Украины и изложе-



ны следующим образом: действия, предусмотренные частью первой указанной статьи, совершенные повторно или по предварительномуговору группой лиц, или, если они причинили существенный вред [5].

По мнению Д.С. Азарова, при определении повторности преступлений, предусмотренных разделом XVI Особенной части УК Украины, недостаточно ограничиваться законодательным закреплением, как квалифицирующим признаком повторности только тождественных преступлений. Поскольку, по мнению исследователя, предусмотренные этим разделом общественно опасные посягательства очень близки по своей сути, и характерным есть совершение этих преступлений неоднократно в разных комбинациях. Исследователь предлагает дополнить примечание к ст. 361 УК Украины нормой, которая определит преступление, совершенное повторно, если лицо совершило ранее одно из преступлений, предусмотренных статьями указанного раздела. Такое дополнение, по его мнению, позволит квалифицировать совершение повторно не только двух или более тождественных, но и однородных преступлений [1, с. 158]. Подобное предложение предоставляет С.А. Орлов, который предлагает считать совершенными повторно преступления, предусмотренные ст. 361, 362 УК Украины, в случае совершения ранее любого из этих преступлений [8, с. 180].

Различают четыре формы соучастия: 1) группа лиц; 2) группа лиц по предварительномуговору; 3) организованная группа; 4) преступная организация.

Соучастие, как форма преступной деятельности, характеризуется наличием обязательных объективных и субъективных признаков. Объективные признаки бывают количественные и качественные. Количественный признак характеризует количество участников преступления. Статьей 28 УК Украины определено, что минимальная группа лиц состоит из двух человек, а также в соответствии со ст. 18 УК Украины соучастниками преступления могут быть только субъекты преступления. То есть, соучастниками могут быть только физические вменяемые лица, совершившие преступление в возрасте, с которого может наступать уголовная ответственность. Поэтому не имеет уголовно правового значения со-

вместное участие в совершении общественно опасного посягательства двух малолетних или невменяемых лиц. То же касается случаев, когда только один из участников такого посягательства отвечает всем признакам субъекта преступления [4, с. 96].

К субъективным признакам соучастия следует отнести умышленный характер совместных действий соучастников и умышленный характер преступления [68, с. 6]. То есть, наличие общего умысла, что находит свое выражение в общности действий всех соучастников. А.А. Кваша к субъективным признакам соучастия относит следующие: 1) осознание каждым субъектом преступления общности совершенных преступных деяний с другими участниками; 2) осведомленность каждого о действиях исполнителя; 3) осознание каждым субъектом общей цели совершаемых действий; 4) желание или сознательное допущение наступления единого преступного результата [4, с. 137]. То есть волевой момент умысла соучастников характеризуется желанием или сознательным допущением единого для всех соучастников преступного результата. При этом мотивы и цели всех соучастников не всегда обязательно должны быть одинаковыми.

При квалификации нужно определиться с тем, какие проявления соучастия могут охватываться квалифицирующим признаком, поскольку соучастие может проявляться в двух формах – простой и сложной. Простое соучастие (соисполнительность, совинность) имеет место там, где все соучастники являются исполнителями преступления, выполняют однородную роль, их действия могут иметь различный характер. Сложное соучастие (соучастие с распределением ролей) состоит в том, что соучастники выполняют разнородные роли, здесь имеет место распределение ролей – один или несколько из них – исполнители, другие – подстрекатели, пособники и тому подобное. Нужно обратить внимание, что понятие «совершение преступления по предварительномуговору группой лиц» охватывает как характер взаимодействия между исполнителями, когда они совместно выполняют часть преступного деяния, так и когда они выполняют действия с распределением функций (распределение ролей). При этом соучастие с рас-

пределением функций содержит более опасный характер.

В уголовно-правовой науке и отечественной судебной практике преобладает сформулированное еще советской уголовно-правовой доктриной понимание квалифицирующего признака – совершение преступления по предварительномуговору группой лиц, как соисполнение, то есть, когда все соучастники принимают непосредственное участие в реализации объективной стороны преступления. Следует отметить, что в пункте 6 постановления Пленума Верховного Суда Украины № 5 от 26 апреля 2002 г. «О судебной практике по делам о взятничестве» и в п. 16 постановления Пленума Верховного Суда Украины № 2 от 07 февраля 2003 г. «О судебной практике по делам о преступлениях против жизни и здоровья человека» при толковании квалифицирующего признака «совершение преступления по предварительномуговору группой лиц» в обоих случаях используется термин «соисполнители», что свидетельствует о том, что Пленум ВСУ также склоняется к определению квалифицирующего признака «совершение преступления по предварительномуговору группой лиц», как совершение преступления в соисполнительстве по предварительной договоренности (понимании) между лицами, которые совершают преступление.

Основой для назначения наказания за деяние, совершенное в соучастии, есть наличие причинной связи, которая представляет собой объективно существующую связь между совместными действиями всех соучастников и общим преступным результатом. Особенностью причинной связи в преступлении, совершенном в соучастии, является то, что объективная связь устанавливается судом не только между действиями исполнителя и общественно опасными последствиями, а и между действиями подстрекателя, организатора, пособника, с одной стороны, и действиями исполнителя – с другой. Относительно уголовной ответственности соучастников в науке уголовного права преобладают две теории: акцессорный ((несамостоятельный) от лат. слова *accessorium* – «дополнительный») характер соучастия, который определяет основанием уголовной ответственности соучастников деяния исполнителя, имеющего признаки состава преступления, предусмотренного Уголовным кодексом,



то есть соучастник привлекается к ответственности по той же статье, что и исполнитель [4, с. 141].

Другая теория основывается на необходимости установления самостоятельной уголовной ответственности для каждого соучастника преступления за совершенные им действия. Она согласуется с одним из основополагающих принципов уголовного права: индивидуальной ответственности лица за совершенное преступление. А именно, в соответствии со ст. 2 УК Украины к лицу могут быть применены меры уголовно-правового характера только тогда, когда оно совершит деяние, содержащее состав преступления, предусмотренного УК Украины. И.В. Красницкий определяет, что лицо может быть привлечено к ответственности за совершение им одного или нескольких общественно опасных деяний, содержащих признаки одного или нескольких, предусмотренных УК Украины, составов оконченного преступления, подготовка к преступлению, покушение на преступление, а также организация преступления, подстрекательство к преступлению или пособничество в преступлении [6, с. 8].

О.О. Кваша указывает, что в отечественном криминальном праве присутствует симбиоз двух теорий, поскольку при исключительном применении лишь акцессорной теории следует выходить из того, что деяния соучастников имеют в отношении к действиям исполнителя дополнительный характер, потому в случае непривлечения к ответственности исполнителя преступления (например, при добровольном отказе) не могут привлекаться к ответственности другие соучастники. Также при эксцессе исполнителя другие соучастники привлекались бы к ответственности за совершенное исполнителем преступление, которое не охватывалось их умыслом [4, с. 146]. Следует согласиться с такой позицией и указать, что обстоятельства, которые отягощают ответственность и предусмотрены частью 2 ст. 361 УК Украины как признаки преступления, которые влияют на квалификацию действий исполнителя, относятся лишь к вине соучастника, который осознавал эти обстоятельства. Если соучастники не осознавали их существования, то они за них ответственности не несут. Организатор, подстрекатель, пособник освобождаются от

уголовной ответственности, если есть наличие добровольного отказа, когда они своими действиями (как правило, активными) предотвратят совершение преступления исполнителем (например, не предоставляя орудий преступления) (ч. 2 в. 31 КК) [4, с. 146, 157].

Следует обратить особое внимание на преступления, которые совершаются организованной преступностью, то есть совершенные организованной группой или преступной организацией, поскольку развитие современных технологий и распространение глобальных информационных сетей, в частности сети Интернет, предоставили возможность совершать традиционные преступления новыми способами, а также привели к появлению такого феномена, как организованная киберпреступность [2, с. 121]. М.В. Бутузов предлагает рассматривать организованную киберпреступность, как подвид общей организованной преступности. И определять ее, как совокупность преступлений, что совершаются в связи с созданием и деятельностью организованных преступных группировок [2, с. 124]. Как и обычная организованная преступность, организованная киберпреступность характеризуется стойкостью объединений, иерархичностью и наличием единственного плана для всех соучастников такого объединения с распределением функций для его реализации.

Определение размера вреда, который стал результатом преступления, также имеет существенное значение для решения вопроса о степени вины и назначения наказания. Относительно содержания и сущности вреда, который причиняется преступлением, среди ученых существует два взгляды. Первый заключается в причинении вреда общественным отношениям, второй заключается в определении вреда через причиненные обществу и опасные последствия преступления [3, с. 25]. Первый вид устанавливается нормами уголовного права, поэтому причинение вреда в этом случае считается совершением преступления. Второй вид характеризуется следствием уже совершенного преступления.

Именно такой вид вреда определен примечанием к ст. 361 УК Украины, которая является квалифицирующим признаком для статей 361-362, 363-1. В ст. 363 УК Украины этот признак выступа-

ет в качестве признака основного (простого) состава преступления. Следует обратить внимание на ч. 2 в. 363-1 УК Украины, в которой также содержится ссылка на значительный вред, как квалифицирующий признак. Указанный признак отмечается вместе с другими, такими, как совершение повторно или по предварительному сговору группой лиц, однако инкриминировать виновному их возможно лишь при причинении значительного вреда. Д.С. Азаров объясняет такую формулировку статьи невнимательностью законодателя при разработке статьи, в которой перед словом «если» не употреблено связующее «или» [1, с. 158].

В примечании к ст. 361 УК Украины указано, что значительным вредом в статьях 361-361-1 следует считать материальные убытки, которые выражаются вредом, который в сто и более раз превышает необложенный налогом минимум доходов граждан. Такое понятие значительного вреда существенно отличается от понятия значительного вреда, что представляется в разделе VI «Преступления против собственности», а именно в примечании к ст. 185 УК Украины, значительный вред приводится вместе с понятиями преступления, совершенного в крупных и особенно крупных размерах. В указанном примечании критерием разграничения понятий значительный вред и вред в крупных, и особенно крупных размерах, есть размер убытков, нанесенных потерпевшему, который определяется количеством необложенных налогом минимумов доходов граждан. Значительный вред определяется размером убытков от ста до двухсот пятидесяти необложенных налогом минимумов доходов граждан. Критерием вреда в больших размерах являются убытки для потерпевшего, которые в двести пятьдесят и более раз превышают необложенный налогом минимум доходов граждан, и соответственно вредом в особо больших размерах признаются убытки, которые в шестьсот и более раз превышают необложенный налогом минимум доходов граждан. По этому поводу следует указать, что такое изложение норм в УК Украины противоречит мысли, которую приводит В.О. Навродский, а именно: «Одинаковые термины в разных статьях Уголовного кодекса имеют одинаковое содержание» [7, с. 40]. Для определения



одинаковых понятий следует выделить позицию З.А. Тростюк, которая обращает внимание на то, что на сегодня существует непоследовательность обозначения понятий внутри понятийного аппарата. В частности, одним из проявлений нарушения единства в использовании терминологии есть неуместное употребление синонимии и дублирование (терминов, объединенных одним и тем же научным объектом, что имеют одну дефиницию). По ее мнению, для достижения четкости и понятности терминологического аппарата Особенной части УК Украины, единства ее терминологии нужно, чтобы каждое криминально-правовое понятие определялось отдельным термином. То есть, одному понятию должен отвечать один термин или терминологический оборот. Именно нарушением такого соответствия есть наличие в терминологическом аппарате синонимов и дублетов [10, с. 71–72].

Целесообразно и логично было бы использовать для учитывания размера причиненного вреда за преступления, предусмотренные разделом XVI и ст. 361 УК Украины, в частности термины, которые приводятся в примечании к ст. 185 УК Украины. Это позволило бы более глубоко дифференцировать ответственность, тем самым избежать повтора для определения одного и того же термина в разных статьях УК Украины. Подобной мысли придерживается Д.С. Азаров, который предлагает предусмотреть особо квалифицирующие признаки в виде причинения преступлениями, предусмотренными разделом XVI, вреда в большом и особенно большом размере, которые устанавливались бы на уровне двухсот пятидесяти, шестисот и более необложенных налогом минимумов доходов граждан [1, с. 161]. Полное применение примечания, определенного ст. 185 УК Украины к ст. 361 УК Украины, невозможно, поскольку указанное примечание содержит недостатки и нуждается в совершенствовании. В ней используется понятие «причинение значительного вреда потерпевшему». На практике использование такого терминологического оборота приводит к коллизиям, поскольку в зависимости от материального положения потерпевшего суд может и не признавать вред значительным даже при наличии минимальных убытков, определенных законом.

Ранее к изменениям, внесенным в 2003 году в примечание к ст. 361 УК Украины как квалифицирующий признак, вместо термина «значительный вред» употреблялся термин «существенный вред». Недостатком такого понятия было то, что оно носило оценочный характер, что порождало неоднозначность его толкования. В частности учеными приводились позиции относительно нецелесообразности применения термина «существенный вред» на основании того, что в отдельных случаях при его отсутствии деяния можно было бы признать малозначительными. Кое-кто из исследователей даже предоставлял определение существенного вреда как такового, что нанес моральные убытки. Такая позиция при дальнейшем использовании термина «существенный вред» могла бы быть поддержана судебной практикой. Так, в частности в п. 6 постановления Пленума Верховного Суда Украины «О судебной практике по делам о превышении власти или служебных полномочий» от 26 декабря 2003 года № 15 предоставлено разъяснение, что если вред заключается в причинении общественно опасных последствий нематериального характера, вопрос о ее существенности решается с учетом конкретных обстоятельств дела. В частности, существенным вредом могут признаваться нарушения охраняемых Конституцией Украины или другими законами прав и свобод человека и гражданина (право на свободу и личную неприкосновенность и неприкосновенность жилища, избирательные, трудовые, жилищные права и тому подобное), подрыв авторитета и престижа органов государственной власти или органов местного самоуправления, нарушение общественной безопасности и общественного порядка, создание обстановки и условий, которые утрудняют выполнение предприятием, учреждением, организацией своих функций, укрывательство преступлений. При решении вопроса о том, является ли причиненный вред существенным, нужно также учитывать количество потерпевших граждан, размер морального вреда или упущенной выгоды и тому подобное. В случае причинения вместе с материальными убытками вреда нематериального характера общий вред от преступления может признаваться существенным даже в случае, когда отмеченные убытки не превышают

100 необлагаемых налогом минимумов доходов граждан [9]. По нашему мнению, дальнейшее использование термина «существенный вред» повлекло бы неправильное восприятие и понимание причиненных убытков общественным интересам, которые охраняются разделом XVI УК Украины, потому в целом следует положительно отметить его изменение и дальнейшее использование термина «значительный вред».

Выводы. Как квалифицирующие признаки несанкционированного вмешательства в работу ЭВМ следует выделить следующие: совершение повторно, по предварительному сговору группой лиц с целью причинения значительного ущерба. По нашему мнению, повторным следует признавать преступление, совершенное лицом, ранее совершившим какое-либо из преступлений, предусмотренных статьями 361-363-1, такой признак следует предусмотреть в примечании к ст. 361 УК Украины, поэтому при повторности ее следует считать «специальной». При определении несанкционированного вмешательства повторным не имеет значения, было ли осуждено лицо за ранее совершенное преступление или нет. Относительно предварительного сговора группы лиц, то она является одной из форм соучастия и имеет место в случае совершения несколькими (двумя и более) субъектами этого преступления, которые заранее договорились о его совместном совершении. При совершении несанкционированного вмешательства по предварительному сговору группой лиц, по крайней мере, два соучастника должны действовать как соисполнители. При этом их действия следует квалифицировать по ч. 2 ст. 361 УК Украины без ссылки на ст. 27 УК Украины, действия других соучастников следует квалифицировать по ч. 2 ст. 361 УК Украины со ссылкой на соответствующую часть ст. 27 УК Украины. Также во избежание повторности терминов в Уголовном кодексе Украины стоит унифицировать некоторые понятия, в частности терминологию относительно определения значительного вреда. Для дифференциации наказания за преступление, предусмотренное ст. 361 УК Украины, в примечании статьи стоит предусмотреть такие квалифицирующие признаки, как причинение вреда в крупном и особо крупном размере.



Список использованной литературы:

1. Азаров Д.С. Злочини у сфері комп'ютерної інформації (кримінально-правове дослідження) : [монографія] / Д.С. Азаров. – К. : Атіка, 2007. – 304 с.

2. Бутузов В.М. Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку. Науково-практичний коментар / В.М. Бутузов, С.Л. Остапеч, В.П. Шеломенцев. – К. : Друкарня МВС України, 2005. – 86 с.

3. Есаков Г.А., Рагулина А.В., Юрченко И.А. Осознание, как компонент интеллектуального элемента умысла: дискуссионные вопросы // Государство и право. – 2004. – № 6. – С. 24–30.

4. Кваша О.О. Співучасть у злочині: структура та відповідальність : монограф. / О.О. Кваша; НАН України; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2013. – 560 с.

5. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.

6. Красницький І.В. Поняття, підстави та форми кримінальної відповідальності за кримінальним правом Франції та України: порівняльний аналіз : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / І.В. Красницький. – Львів, 2005.

7. Навроцький В.О. Наступність кримінального законодавства України (порівняльний аналіз КК України 1960 р. та 2001 р.). – К.: Атіка, 2001. – 272 с.

8. Орлов С.О. Кримінально-правова охорона інформації в комп'ютерних системах та телекомунікаційних мережах : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / С.О. Орлов; Національний університет внутрішніх справ. – Х., 2004. – 213 с.

9. Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень: постанова Пленуму Верховного Суду України № 15 від 26 грудня 2003 року // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 2. – С. 7–9.

10. Тростюк З.А. Понятійний апарат Особливої частини Кримінального кодексу України: Монографія. – К.: Атіка, 2003. – 144 с.

СУДЕБНЫЙ КОНТРОЛЬ НА ДОСУДЕБНОМ РАССЛЕДОВАНИИ КАК ГАРАНТИЯ РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА ТАЙНЫ ОБЩЕНИЯ

Денис БЯЛКОВСКИЙ,

аспирант кафедры уголовного права, процесса и криминалистики
Института национального и международного права
Международного гуманитарного университета

Summary

The article discusses problem of implementation of principle of secrecy of correspondence at stage of pre-trial investigation. Based on analysis of law of criminal procedure and international norms author reveals essence of right to privacy of correspondence and other means of communication, as well as essence of judicial control at stage of pre-trial investigation and its importance in implementation of principle of secrecy of correspondence. The author analyzes criminal procedural measures and actions that restrict a person right to privacy of correspondence, telephone conversations, telegraph and other communications, and identifies ways to improve national legislation regarding the implementation of principle of secrecy of correspondence in criminal proceedings.

Key words: constitutional principles, criminal proceedings, pre-trial investigation, judicial control, secrecy of correspondence.

Аннотация

В статье рассматривается проблема реализации принципа тайны общения на стадии досудебного расследования. На основе анализа уголовного процессуального законодательства и международных норм раскрывается сущность права лица на тайну общения, а также сущность судебного контроля на стадии досудебного расследования и его значение в реализации принципа тайны общения. Осуществляется анализ уголовно-процессуальных мер и действий, ограничивающих право лица на тайну переписки, телефонных разговоров, телеграфной или иной корреспонденции, а также определяются пути совершенствования национального законодательства относительно реализации принципа тайны общения в уголовном процессе.

Ключевые слова: конституционные принципы, уголовный процесс, досудебное расследование, судебный контроль, тайна общения.

Постановка проблемы. «История свободы – это история процессуальных гарантий» [1]. Принцип тайны общения является одной из основных гарантий права человека на уважение частной и семейной жизни и находит свое отображение в ряде международных документов. Так, ст. 12 Всеобщей декларации прав человека гласит: «Никто не может подвергаться произвольному вмешательству в его личную и семейную жизнь, произвольным посягательствам на неприкосновенность его жилища, тайну его корреспонденции или на его честь и репутацию. Каждый человек имеет право на защиту закона от такого вмешательства или таких посягательств» [2]. Аналогичная норма содержится в ч. 1 ст. 17 Международного пакта о гражданских и политических правах [3]. Ч. 1 ст. 8 «Конвенции о защите прав человека и

основных свобод» предполагает, что каждый имеет право на уважение его личной и семейной жизни, его жилища и его корреспонденции. Ч. 2 устанавливает возможность вмешательства органов государственной власти в осуществление данного права в случаях, когда вмешательство осуществляется в соответствии с законом и является необходимым в демократическом обществе в интересах национальной и общественной безопасности или экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности, или защиты прав и свобод других лиц [4]. Конституция Украины также устанавливает, что каждому гарантируется тайна переписки, телефонных разговоров, телеграфной и другой корреспонденции. Исключения могут быть установлены



только судом в случаях, предусмотренных законом, с целью предотвратить преступление или установить истину при расследовании уголовного дела, если другими способами получить информацию невозможно [5]. Содержание этого принципа раскрывается в ст. 306 Гражданского кодекса Украины и ст. 14 Уголовного процессуального кодекса Украины. При необходимости своими действиями государство обеспечивает защиту личных прав и свобод граждан от неправомерных посягательств правоохранительных органов, должностных и отдельных лиц. Таким образом, право на тайну переписки и иных видов коммуникации является неотъемлемым правом, закрепленным на национальном и международном уровнях. Вместе с тем следует отметить, что в современном информационном обществе проблема вмешательства правоохранительных органов в тайну общения и недостаточный контроль со стороны государства за защитой прав и свобод граждан приобретает особое значение и не должно выглядеть как вседозволенность, в связи с чем возникает необходимость тщательного исследования проблемы реализации указанного принципа, особенно в рамках уголовного процесса, допускающего значительное ограничение конституционных прав, свобод и интересов граждан с целью эффективной реализации возложенных на него задач.

Актуальность темы исследования подтверждается тем, что в современных условиях процесса глобализации информационных технологий наблюдается стремительное развитие средств общения, открывающих новые возможности обмена информацией. В настоящее время такие виды вмешательства в частное общение, как телеграфные и почтовые отправления пользуются наименьшим спросом. Наиболее распространенными являются на данный момент электронные сообщения. Отсутствие регулирования на правовом уровне электронных почтовых ящиков, недостаточный опыт судебной практики, низкая квалификация сотрудников правоохранительных органов являются почвой для нарушения принципа тайны общения.

Проблема реализации принципов уголовного производства в целом и принципа тайны общения в частно-

сти исследовалась такими учеными, как: Л.И. Аркуша, Ю.М. Грошевой, О.М. Дроздов, Н.Г. Кадникова, Е.Г. Коваленко, М.М. Ковтун, О.П. Кучинская, В.А. Лазарева, Л.Н. Лобойко, В.Т. Малиренко, Т.М. Мирошниченко, В.О. Попелюшко, Ю.В. Скрипина, Л.Д. Удалов и др. В работах этих авторов фундаментально раскрыты вопросы понятия, сущности и значения принципов уголовного производства, содержание нарушения тайны общения. Вместе с тем ряд вопросов, связанных с реализацией принципа тайны общения, пределов такого вмешательства и судебного контроля за его осуществлением на досудебном расследовании, требуют дополнительного, углубленного изучения.

Целью исследования является анализ правовых позиций украинского и международного законодательства, решений Европейского суда по правам человека, регулирующих проблемы реализации принципа тайны общения на досудебном расследовании, как гарантии соблюдения прав и свобод граждан, а также судебный контроль во время досудебного расследования вмешательства правоохранительных органов в частное общение граждан.

Изложение основного материала. Являясь частью международного законодательства, принцип тайны общения закреплен в преимущественном большинстве современных конституций. Так, ч. 1 ст. 10 Основного закона Федеративной Республики Германия гласит: «Тайна переписки, а равно почтовой, телеграфной и иной электро-связи неприкосновенна» [6]. Ч. 1 ст. 30 Конституции Республики Молдова устанавливает, что государство обеспечивает тайну писем, телеграмм и других почтовых отправок, телефонных переговоров и иных законных видов связи [7]. Закон о праве на тайну переписки является одним из весомых критериев наличия прав и свобод граждан в обществе, поскольку он дает возможность определить состояние законов в государстве, отношение к ним власти и граждан в целом, а также в конкретных ситуациях. Он является индикатором сформированности гражданского мнения народа, его сознания и убеждений [8].

В современных условиях информационного развития общества проблема реализации принципа тайны общения

значительно возрастает. Стремительное развитие компьютерных сетей и проникновение их в различные сферы человеческой деятельности изменило характер преступных посягательств и породило новые их формы [9]. Интернет превратился в информационно-коммуникативную среду, занимающую все более значимое место, а во многих случаях – начинающую доминировать [10]. Вместе с тем в данной сфере коммуникаций законодательство, регулирующее право лица на тайну общения, а также ограничение данного права остается недостаточно детализированным, что может привести к злоупотреблению со стороны правоохранительных органов.

Тайна общения означает неприкосновенность переписки, телефонных разговоров, телеграфной и иной корреспонденции. Под перепиской следует понимать частную корреспонденцию, которая передается почтовой связью (письма обыкновенные, заказные, ценные, почтовые переводы, телеграммы, иные письменные отправления) или по электронной почте через компьютер. Под телефонными разговорами подразумеваются разговоры между лицами, осуществляемые с помощью любой телефонной связи, которая осуществляется средствами проводных или электромагнитных систем и т. д. Телеграфная корреспонденция – это сообщения, которые передаются телеграфом. Иная корреспонденция – это сообщения граждан, которые передаются при помощи иных, кроме описанных выше, средств связи или через компьютер [11].

Нарушение тайны общения влечет уголовную ответственность по ст. 163 Уголовного кодекса Украины, то есть установлена наказуемость за нарушение переписки, телефонных разговоров, телеграфной или иной корреспонденции, которая передается средствами связи или посредством компьютера [12].

В уголовном процессе принцип тайны общения приобретает особое значение, поскольку реализация задач уголовного производства нередко требует ограничения конституционных прав, свобод и интересов лиц. В ч. 2 ст. 14 Уголовного процессуального кодекса (далее – УПК) Украины, закрепляющей принцип тайны общения, уста-



новлено, что вмешательство в тайну общения возможно лишь на основании судебного решения с целью выявления и предотвращения тяжкого или особо тяжкого преступления, установления его обстоятельств, лица, совершившего преступление, если иным способом невозможно достичь этой цели [13].

Реализация права лица на тайну общения в уголовном производстве, как одного из конституционных прав человека, обеспечивается уголовными процессуальными гарантиями. Ю.А. Иванов под гарантиями понимает систему правовых средств обеспечения успешного решения задач правосудия и охраны законных интересов всех участвующих в деле лиц, предполагающую строгое соблюдение установленных законом форм и принципов судопроизводства, закрепление прав участников процесса и условий их реализации, точное исполнение обязанностей должностными лицами и органами, осуществляющими уголовно-процессуальную деятельность [14, с. 215].

Одной из гарантий реализации конституционных прав лиц в уголовном процессе является судебный контроль. Осуществление судебного контроля на досудебном расследовании уголовное процессуальное законодательство Украины возлагает на следственного судью (п. 18 ч. 1 ст. 3 УПК Украины). Такой контроль заключается в принятии следственным судьей ряда следственных (розыскных) и негласных следственных (розыскных) действий, которые значительно ограничивают конституционные права, свободы и интересы лиц в принятии определенных мер обеспечения уголовного производства, а также возможности обжалования к следственному судье решений, действий или бездействия органов досудебного расследования или прокурора в ходе досудебного расследования.

Ст. 258 УПК Украины предусматривает такие негласные следственные действия, как вмешательство в частное общение. В соответствии со статьей прокурор, следователь по согласованию с прокурором обязан обратиться к следственному судье с ходатайством о разрешении на вмешательство в частное общение в порядке, предусмотренном статьями 246 [основания проведения негласных следственных действий], 248 [рассмотрение ходатай-

ства о разрешении на проведение такого действия], 249 [срок действия такого определения] УПК Украины, если какое-либо следственное действие будет включать такое вмешательство. Разрешение на проведение данных действий предоставляется согласно ст. 247 УПК Украины следственным судьей апелляционного суда.

В ч. 4 ст. 258 УПК Украины приводится определение вмешательства в частное общение, которое заключается в доступе к содержанию общения при условии, если участники общения имеют достаточные основания считать, что общение является частным. Разновидностями вмешательства в частное общение являются: 1) аудио-, видеоконтроль лица; 2) арест, осмотр и выемка корреспонденции; 3) снятие информации с транзитных телекоммуникационных сетей; 4) снятие информации с электронных информационных систем [13]. При этом законодатель, раскрывая в отдельных статьях содержание каждой из разновидностей, подчеркивает, что любой из видов вмешательства в частное общение осуществляется на основании определения следственного судьи.

Среди мер обеспечения уголовного производства, ограничивающих право на тайну общения, является временный доступ к вещам и документам, который состоит в предоставлении стороне уголовного производства лицом, во владении которого находятся такие вещи и документы, возможности ознакомиться с ними, сделать их копии, и в случае принятия соответствующего решения следственным судьей, судом изъять их (осуществить выемку). Согласно ч. 2 ст. 159 УПК Украины на досудебном расследовании временный доступ к вещам и документам осуществляется на основании определения следственного судьи. Категорически запрещается доступ к переписке или иным формам обмена информацией между защитником и его клиентом (ч. 2 ст. 161 УПК Украины), однако при условии, что эта информация связана с предоставлением правовой помощи (ч. 1 ст. 161 УПК Украины). Данный запрет отображает одну из гарантий деятельности адвоката, которая установлена в п. 9 ч. 1 ст. 23 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»: «запрещается вмешательство в частное общение адвоката с клиентом» [16].

Также следует обратить внимание на предусмотренное в законодательстве содержание ходатайства о временном доступе к вещам и документам, в котором необходимо указать невозможность иными способами доказать обстоятельства, которые предполагается доказать с помощью вещей и документов, содержащих охраняемую законом тайну (п. 6 ч. 1 ст. 160 УПК Украины). Это означает, что к компетенции следственного судьи, как независимого арбитра, относится определение на основании доводов обратившейся с ходатайством стороны целесообразности вмешательства в том или ином случае в тайну общения. Таким образом, одним из важнейших способов реализации принципа тайны общения на досудебном расследовании является институт следственного судьи.

Следует отметить, что Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ) неоднократно подчеркивал значимость судебного контроля на досудебном расследовании. В решении «Волоха против Украины» (Заявление № 23543/02 от 02 ноября 2006 г.), в котором устанавливается нарушение статьи 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод в связи с арестом корреспондентов заявителей, в частности, определено, что вмешательство органов исполнительной власти в права лиц должно подлежать эффективному контролю, который должен осуществляться судебным органом, поскольку судебный контроль предоставляет наибольшие гарантии независимости, беспристрастности и осуществлению надлежащего производства [17].

В решении ЕСПЧ по делу «Йордаки и другие против Молдовы» (Заявление № 25198/02, постановление от 10 февраля 2009 г.), в котором также было установлено нарушение статьи 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, а именно – права на свободу корреспонденции, ЕСПЧ отмечает, что в том случае, если полномочия, предоставленные исполнительной власти, осуществляются негласно, риск произвольных действий представляется очевидным. Поэтому крайне важно иметь четкие, подробные правила прослушивания телефонных переговоров. Нормы национального права должны быть достаточно четкими, чтобы давать гражданам достаточное указание на



обстоятельства и условия, при которых государственные органы имеют право применить некоторые из таких мер [18]. То есть, существенным условием реализации принципа тайны общения в уголовном процессе является детализированный порядок осуществления мер, предполагающих ограничение права на тайну общения. Кроме того, в указанном решении ЕСПЧ напоминает о необходимости существования независимого органа, который выдавал бы разрешения на прослушивание телефонных разговоров, т. е. на осуществление мер, ограничивающих права на тайну переписки. Речь идет о судебном контроле за соблюдением прав, свобод и интересов лиц во время досудебного расследования.

В своей практике по вопросу негласных мер наблюдения ЕСПЧ разработал такие минимальные гарантии, которые должны присутствовать в законодательстве: характер преступлений, которые могут быть основанием для выдачи разрешения на прослушивание сообщений; определение категорий физических лиц, телефонные разговоры которых можно прослушивать; ограничение продолжительности прослушивания телефонных разговоров; процедуры изучения, использования и хранения полученных сведений; предупредительные меры при передаче этих сведений другим сторонам; обстоятельства, при которых записи можно или нужно стереть или уничтожить [18].

Выводы. Таким образом, судебный контроль за действиями и решениями органов, осуществляющих досудебное расследование, является одним из наиболее эффективных способов защиты такого конституционного принципа уголовного производства, как тайна общения, особенно в условиях негласного осуществления указанных действий, а также постоянного совершенствования применяемых при этом технических средств. Повышению эффективности реализации данного принципа в значительной мере способствует детализация национального законодательства относительно границ и порядка осуществления негласных мер, а также отображение в законодательстве разработанных ЕСПЧ минимальных гарантий против злоупотребления со стороны органов досудебного расследования.

Список использованной литературы:

1. Williams G. One Man's Freedom. N.Y., 1962. – P. 145.
2. Загальна декларація прав людини (рос/укр) ООН; Декларація, Міжнародний документ від 10.12.1948. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon0.rada.gov.ua>.
3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права ООН; Пакт, Міжнародний документ від 16.12.1966. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon0.rada.gov.ua>.
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon2.rada.gov.ua>.
5. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon2.rada.gov.ua>.
6. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland : vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23.12.2014 (BGBl. I S. 2438) / Deutscher Bundestag. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.bundestag.de>.
7. Constituția Republicii Moldova (Monitorul Oficial al R. Moldova nr.1 din 12.08.1994) / Guvernul Republicii Moldova. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.gov.md>.
8. Панасенко Є.О. Право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції в Україні: поняття та правовий механізм забезпечення / Є.О. Панасенко // 7 Всеукр. студ. наук.-практ. конф. Правозахисний рух: історія та сучасність. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://dspace.pnpu.edu.ua>.
9. Номоконов В.А. Тропина Т.Л. Киберпреступность как новая криминальная угроза / В.А. Номоков // Криминология: вчера, сегодня, завтра. Выпуск № 24 / 2012. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://cyberleninka.ru>.
10. Ушаков А.А. Интернет-дискурс как особый тип речи / А.А. Ушаков // Вестник Адыгейского государственного университета. Серия 2: Филология и искусствоведение, № 4 / 2010. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://cyberleninka.ru>.
11. Конституція України. Науково-практичний коментар. – Харків: «Право», 2003. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://bibl.com.ua>.
12. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon5.rada.gov.ua>.
13. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
14. Курс советского уголовного процесса. Общая часть / Алексеев В.Б., Алексеева Л.Б., Божьев В.П., Бойков А.Д. и др.; Под ред.: А.Д. Бойков, И.И. Карпец. – М.: Юрид. лит., 1989. – 640 с.
16. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
17. The Case of Voloha v. Ukraine, заява № 23543/02 / Рішення щодо України, винесені Європейським судом з прав людини // Міністерство юстиції України: офіційний веб-сайт. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://old.minjust.gov.ua>.
18. The Case of Iordachi and others v. Moldova (Application no. 25198/02) / European Court of Human Rights. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.echr.coe.int>.



К ВОПРОСУ О ВОЗМЕЗДНОМ СУРРОГАТНОМ МАТЕРИНСТВЕ

Лусине ВАРДАНЯН,

кандидат юридических наук,
старший следователь по особо важным делам
Следственного комитета Республики Армения

Summary

Modern biotechnologies have significantly increased the chances of overcoming sterility. Surrogacy occupies a significant place among the accessible types of assisted reproductive technologies and it reveals issues of moral nature. The article is dedicated to studying problems of ethical and legal nature that arise when paid surrogacy is applied. The positions of the opponents and adherents to use of mentioned method were analyzed. Ways of improving RA Legislation in area of surrogacy regulation were offered.

Key words: surrogacy, motherhood, law, reproduction, bioethics.

Аннотация

Современные биотехнологии позволили значительно увеличить шансы на преодоление бесплодия. Суррогатное материнство занимает особое место среди доступных видов вспомогательных репродуктивных технологий, однако сопряжено с проблемами нравственного характера. Статья посвящена рассмотрению этических и юридических проблем, возникающих при применении возмездного суррогатного материнства. Проанализированы позиции противников и сторонников использования данного метода. Предложены пути совершенствования законодательства Республики Армения в сфере регулирования суррогатного материнства.

Ключевые слова: суррогатное материнство, право, репродукция, биоэтика.

Постановка проблемы. Любое социальное явление оценивается как позитивное или отрицательное лишь в преломлении через мораль и нравственность, присущие данному промежутку времени и на конкретном этапе развития того или иного общества. Являясь неотделимым составляющим современного информационного общества, биотехнологии также должны оцениваться в этом ракурсе. Больше всего соответствия моральным и нравственным устоям требует применение вспомогательных репродуктивных технологий. Различные виды этих технологий имеют различную моральную и этическую нагруженность: от не имеющих этическую «остроту» инсеминации до возмущающего общество биоэтистов суррогатного материнства.

Актуальность темы исследования подтверждается степенью ее нераскрытости. В настоящее время в Республике Армения (далее РА) мало работ, в которых бы исследовались проблемы суррогатного материнства. Практически нет ни одной фундаментальной работы, в которой обсуждались бы вопросы правового сопровождения указанной сферы. В зарубежной литературе научный анализ проблемы в контексте применения ВР-технологий проводился в работах И.В. Силуяновой [1], Л.Ф. Курило [2], С.Г. Стеценко [3] и т. д. Тем не менее, указанные исследования были проведены на базе зарубежных законода-

тельств, а современный уровень развития ВР-технологий требует разработки и предложения новых законодательных корректировок в современном законодательстве РА, регулирующем сферу суррогатного материнства с учетом биоэтических принципов, что является **целью статьи.**

Изложение основного материала. Многие исследователи феномена суррогатного материнства, рассматривая его в историческом аспекте, указывают, что он имеет многовековую историю. Еще в Древнем Риме мужчины давали своих молодых жен «внаем» бездетным супружеским парам. Рожденный в результате этого «найма» ребенок считался законным ребенком супружеской пары. Между тем, это явление не соприкасается с нынешним понятием суррогатного материнства: вынашиваемый ребенок для «наймной» мамы не является генетически родственным, в противном случае это уже не является суррогатным материнством. И неудивительно, что и на законодательном уровне в ч. 5 ст. 5 Закона РА «О репродуктивном здоровье человека и репродуктивных правах» установлен запрет на то, чтобы суррогатная мать была и донором яйцеклетки.

В социальном значении суррогатное материнство вне контекстов этических и религиозных рассматривается как социально положительное явление, и аргументируется это тем, что с его помощью возможно обеспечить бес-

плодному человеку реализацию права на репродукцию. Наверное, именно это и толкнуло законодателя РА так лояльно отнестись к этому феномену. Суррогатное материнство в РА предусмотрено согласно Закону «О репродуктивном здоровье человека и репродуктивных правах», в котором четко устанавливается, кто может быть суррогатной матерью, какими правами и обязанностями она обладает. Вполне правомерным согласно действующему законодательству РА является не только применение указанной технологии, но и получение суррогатной матерью за эту услугу финансовых выплат. Более того, за предоставление данной услуги государство взимает подоходный налог (!).

Конечно, для законодателя такой подход может быть обусловлен наличием некоторых демографических вопросов, требующих решения. К сожалению, бесплодие – бич нашего тысячелетия. Плохая экология параллельно со снижением пищевой гигиены (безмерное использование ГМО-продуктов), повышенная стрессогенность современной жизни повышают процент бесплодия. По состоянию 2011 года в Армении каждая пятая семья не может иметь ребенка, а по данным ООН бесплодие составляет приблизительно 20 процентов [4]. Поэтому неудивительно, что данные технологии получают все большую популярность. Для Армении – страны с малочисленным населением и растущим темпом миграции, эти



проблемы, несомненно, имеют особую значимость. Но таким же жизненно важным вопросом сегодня является проблема обеспечения необходимого количества донорских биоматериалов. Ведь не только количество, но и качество здоровья народонаселения является вопросом государственного интереса.

Почему бы тогда, говоря словами одного всем известного персонажа, «за соответствующее вознаграждение» не легализовать возмездное донорство? Ведь это тоже решит проблемы обеспечения права на жизнь и здоровье, а равно облегчит выполнение соответствующей обязанности государства в этой сфере. Почему необходимо при законодательном регламентировании донорства учитывать его нравственный характер, а при регламентировании суррогатного материнства нет? Между тем во многих случаях подходы, выраженные относительно донорства, применимы и к суррогатному материнству, если исходить из того, что девять месяцев генетически неродной ребенок растет за счет внутренних запасов и сил организма суррогатной матери. Это своеобразное донорство, «временное донорство утробы».

Однако именно возмездное донорство оценивается социально негативным явлением всем мировым сообществом: осознание человека в качестве сборно-разборочной машины задевает любого нормального индивидуума за живое, не говоря об открыто криминогенных ситуациях, которые непосредственно связаны с этих оборотом и непременно наступят при легализации возмездного донорства. Между тем, те же криминогенные ситуации могут возникнуть и в случае возмездного суррогатного материнства. Например, в Молдове была разоблачена преступная организация, занимающаяся переправкой детей за рубеж. Матери-«доноры» уже в период беременности знали, куда будут отправлены младенцы. В Венгрии было возбуждено уголовное дело против врача-генетика Э. Цейзеля, который также занимался аналогичным «бизнесом» [5].

И это неизбежно, принимая во внимание то, что данные правоотношения предполагают осознание женского организма в качестве «инкубатора», предмета купли-продажи. Нельзя, напри-

мер, исключить возможность траффинга женщин именно для преступного использования этой функции женского организма, а это уже принудительное суррогатное материнство. Даже при добровольном возмездном суррогатном материнстве данный метод может быть использован, как средство коммерческой эксплуатации женщин в качестве инкубаторов. На сугубо торговые отношения в этой сфере указывает и то, что ряд зарубежных авторов называют суррогатное материнство аморальным бизнесом, «лизингом матки», технологии «матки на прокат» [6; 7].

Как известно, спрос вызывает предложение. Причем этот спрос возникает не только в рядах бесплодных пар. В современном обществе суррогатное материнство не только технология преодоления бесплодия как болезни, но и метод бесполого, лабораторного размножения для лиц с нетрадиционной гендерной ориентацией. Более того, этот метод стал своеобразным модным трендом, особенно для тех, кто не то, что не может, а не хочет вынашивать ребенка, исходя из каких-либо эгоистических, либо материальных вопросов (карьера, внешний вид и т. д.) Суррогатное материнство становится не просто способом, позволяющим семейной паре стать родителями, но и возможностью продемонстрировать свой статус – материальный или социальный. Учитывая такие реалии, появление сугубо женской профессии, суррогатной матери, со всеми вытекающими последствиями вполне закономерно. Однако осознание суррогатного материнства, как профессии, вносит в эти отношения элементы бизнеса. Как отмечает Э.А. Иваева «К уникальным особенностям последних десятилетий XX в. относится то, что рождение человека, зачатие, бесплодие, материнство, отцовство стали не только объектом экспериментальных исследований биологии и медицины, но и целью технологических производств и даже предметом репродуктивного бизнеса [8]. Однако материнство, как глубоко духовно-нравственная категория, не может соприкасаться с бизнесом и получением доходов. Материальная основа предлагаемых услуг в сфере суррогатного материнства сводит на нет альтруистические мотивы данного феномена, как, впрочем, и при возмездном донорстве.

Между тем, именно альтруистический мотив, желание помочь кому-то приобрести радость родительства может оправдать использование женского организма в качестве «инкубатора». Этот мотив сегодня не ставится во главу угла при определении условий правомерности суррогатного материнства.

С точки зрения биоэтики, где приоритетным является принцип уважения человеческого достоинства, превращение человеческого тела в источник дохода является грубейшим нарушением, прежде всего, человеческого достоинства, рассмотрения человека в качестве средства достижения цели. Еще И. Кант выдвинул «категорический императив», согласно которому каждый человек обладает абсолютной ценностью и не должен быть инструментом в чьих-либо намерениях, а государство должно опираться на право и обуславливать этим все свои действия, поэтому возмездное суррогатное материнство, по нашему мнению, безнравственно и аморально. И неудивительно, что в Европе суррогатное материнство запрещено практически во всех странах: в основе этого лежат именно проблемы нравственного, морального и этического характера. Наиболее серьезные ограничения в отношении применения метода суррогатного материнства имеют место в странах, где влияние религиозных институтов на светскую жизнь особенно сильно. Армянская Апостольская церковь также относится к искусственному оплодотворению с некоторыми оговорками и полностью отклоняет идею суррогатного материнства. Так, церковь говорит, что суррогатное материнство неприемлемо, поскольку суррогатная мать, в конце концов, вынашивает ребенка и становится его матерью. Согласно Библии, целью брака является не деторождение, а совместная жизнь.

Противники практического применения суррогатного материнства отмечают, что «...суррогатное материнство (вынашивание оплодотворенной яйцеклетки женщиной, которая после родов возвращает ребенка генетическим родителям) даже в тех случаях, когда оно осуществляется на коммерческой основе, противоестественно и морально недопустимо. Травмируя как вынашивающую мать, так и дитя, этот метод пренебрегает той глубокой



эмоциональной и духовной близостью, которая устанавливается между матерью и младенцем во время беременности и провоцирует кризис идентичности у ребенка» [9]. С точки зрения этики их отношения возможно и приемлемы, однако полностью запретить применение на практике суррогатного материнства практически невозможно: нереализованный спрос может вогнать эти случаи в криминальное подполье, как в случае с попытками абсолютной криминализации абортов.

Более того, с увеличением заболеваемости бесплодием потребность в услугах суррогатных матерей будет только расти. Правильная политика в этой области, улучшение отношения общества к суррогатному материнству, разрешение спорных вопросов биоэтики будет способствовать тому, что люди перестанут воспринимать с неприязнью тот факт, что женщина вынашивает из альтруистических побуждений детей для бесплодной пары. Однако дозволенность ее использования вне преодоления бесплодия, как болезни у традиционной супружеской пары, и тем более возмездно может стать сподвижником идей трансгуманизма, между прочим рассматривающего в качестве признака совершенного существа его бесплодность. Для нас предпочтительным является подход тех государств, где законодательно разрешено только суррогатное материнство на безвозмездной основе. Например, так обстоит дело в Великобритании, Нидерландах, Канаде и т. д. Запрет возмездного суррогатного материнства поможет не допустить рассмотрение ребенка в качестве товара, обеспечить интересы ребенка, предотвратить эксплуатацию женщины.

О запрещении использования суррогатного материнства в коммерческих целях говорится и в Брюссельской декларации ВМА (1985 г.). Поэтому представляется, что на уровне Уголовного кодекса РА должен быть предусмотрен запрет возмездного суррогатного материнства. Такой подход не является новым для уголовных законов европейских стран. Например, в начале 2016 года на парламентских дебатах в Италии, рассматривая вопрос о легализации однополых браков и реформировании закона о суррогатном материнстве, парламентарии выступили за то, чтобы

суррогатное материнство было признано уголовным преступлением.

Закон РА о репродуктивном здоровье указывает, что в качестве суррогатной матери может выступить женщина от 20–35 лет, ранее по меньшей мере один раз рожавшая, в установленном законом порядке подвергшаяся медицинско-генетическому обследованию, в результате которого не было обнаружено противопоказания для суррогатного материнства. В начале 2016 года в постоянной комиссии по вопросам материнства, детства и здравоохранения Народного собрания РА рассматривался вопрос о необходимости установления запрета на возможность участия той же женщины в программах суррогатного материнства более двух раз. Целью установления данного запрета является ограничение возможности превращения суррогатного материнства в промысел. Однако признать это достаточным способом сдерживания распространения этого явления не представляется возможным.

В ст. 20 Закона указывается, что лица, нарушившие требования Закона, несут ответственность в установленном законом порядке. Хотя о какой ответственности идет речь – не конкретизируется. По нашему мнению, исходя из общественной значимости объектов, которым может быть в результате нарушения вышеуказанной нормы причинен вред, ответственность должна быть уголовно-правовой. Между тем Уголовному кодексу РА вовсе не знакомо понятие «суррогатное материнство». По нашему мнению, для обеспечения полноценной охраны прав и свобод женщины при регулировании данной сферы отношений необходим совершенно другой подход. Прежде всего, это связано с тем, что данные отношения непосредственно соприкасаются с жизнью и здоровьем суррогатной матери, которые являются объектами уголовно-правовой охраны.

Проблема установления уголовно-правового возмездного суррогатного материнства приведет к правовой переоценке действий самих заказчиков и лиц, предлагающих посреднические услуги.

Сегодня в Армении такие действия вполне правомерны. Так, например, компания «АМ» сама находит суррогатных матерей, проводит их медицинское обследование, знакомит с биоло-

гическими родителями, заключает договор и следит, чтобы каждый договор неукоснительно соблюдался сторонами [11]. Между тем, коммерциализация любых отношений, связанных с суррогатным материнством, идет наперекор нравственности и морали, не говоря уж об этических аспектах проблемы. С криминологической точки зрения установление уголовной ответственности указанных лиц будет сдерживающим фактором распространения коммерческих отношений в сфере суррогатного материнства. В зарубежной практике такой подход вполне закономерен. Примером может послужить Голландия, где существует закон, согласно которому оказание услуг по подбору суррогатной матери и сопровождению процедуры является нарушением правовых норм. Таков подход можно констатировать и в Союзном законе Швейцарии от 18.12.1998 «Об искусственном оплодотворении», где устанавливается следующее: «1. Любой, кто применяет метод искусственного оплодотворения, оказывая помощь суррогатной матери, наказывается лишением свободы или денежным штрафом; 2. Подлежит такому же наказанию тот, кто выступает в качестве посредника для обеспечения суррогатного материнства» [12].

Выводы. Исходя из вышеуказанного, можно предложить следующие законодательные изменения:

1. Установить запрет на возмездное суррогатное материнство.
2. На уровне закона ограничить применение этого вида вспомогательных репродуктивных технологий, допуская его применение лишь в случаях, когда женщина, находящаяся в законном гетеросексуальном браке, по состоянию здоровья не может самостоятельно выносить и родить ребенка. В противном случае это может привести к легализации нетрадиционных способов сожителства.
3. Установить запрет на рекламу суррогатного материнства.
4. Установить запрет на осуществление посреднических услуг по его организации, реализации и сопровождению.
5. Установить уголовную ответственность за привлечение в качестве суррогатной матери недееспособной женщины, а равно – женщины до 20 лет.



Список использованной литературы:

1. Силюянова И.В. Руководство по этико-правовым основам медицинской деятельности. Медпресс-информ. – 2008. – 224 с.
2. Курило Л.Ф. // Биомедицинская этика / Под ред. В.И. Покровского. – М.: Медицина, 1997. – С. 6–29.
3. Стеценко С.Г. Медицинское право Украины. Юридический центр-Пресс. – 2003. – 608 с.
4. <http://www.azatutyun.am/>.
5. Дронова Ю.А. Что нужно знать о суррогатном материнстве. – 2007. //ввв.лавмих.ру.
6. Banda Vergara A. Dignidad de la persona y reproducción humana asistida // Revista de Derecho. – 1998, diciembre. – Vol. IX. – P. 7–42.
7. Gómez de la Torre Vargas M. La fecundación in vitro y la filiación. – Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
8. Иваева Э.А. Институт суррогатного материнства, как способ реализации функции человека: правовые проблемы. – / <http://www.blog.servitutis.ru/?p=634>.
9. Фенько А. С чего зачать / Коммерсантъ, власть, 24.10.00. – 47 с.
10. <http://www.aysor.am/>.
11. Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998. URL // <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20001938/index.html>.

ГОСУДАРСТВЕННЫЕ АКЦИОНЕРНЫЕ КОМПАНИИ – ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА ПУБЛИЧНОГО ПРАВА: ПОНЯТИЕ И ОСНОВНЫЕ ПРИЗНАКИ

Людмила ВОЛКОВА,

аспирант отдела гражданского, трудового и предпринимательского права Института имени В.М. Корецкого Национальной академии наук Украины

Summary

This article presents the main problematic points of legislative control over concept of public joint-stock companies as legal entities of public law. The author insists on necessity of application of comprehensive approach to definition of characteristics of legal entities of public law and at same time author draws attention to need to avoid excessive expansion of number of mandatory characteristics. This article determines that state joint-stock companies have status of legal entities being a legal entities of public law, they are formed by adoption of an act of public law, they have competence, limited by aims and tasks of their activity, they are authorized with powers of public law and property intended for their implementation in mentioned status.

Key words: state joint-stock company, joint-stock companies, legal entity of public law.

Аннотация

В статье рассмотрены основные проблемные моменты законодательного регулирования понятия государственных акционерных обществ, как юридических лиц публичного права. Автор настаивает на необходимости применения комплексного подхода к определению признаков юридических лиц публичного права, в то же время акцентирует внимание на необходимости недопущения чрезмерного расширения круга обязательных признаков. В статье определено, что государственные акционерные компании, как юридические лица публичного права, имеют статус юридического лица, их создание происходит путем принятия акта публичного права, они обладают правоспособностью, границы которой лежат в рамках целей и задач их деятельности, наделены публично-правовыми полномочиями и имуществом, которое предназначено для их реализации.

Ключевые слова: государственные акционерные компании, акционерные общества, юридические лица публичного права.

Постановка проблемы. В условиях трансформации правовой системы Украины в направлении сближения ее с общеевропейскими правовыми ценностями чрезвычайно актуальными выглядят вопросы, связанные с юридическими лицами публичного права. Это обусловлено рядом факторов, в частности:

- спецификой правового статуса государственных акционерных компаний и режимом их имущества;

- сложностью определения понятия юридического лица публичного права и государственной акционерной компании, как отдельного вида таких юридических лиц;

- необходимостью четкого определения основных признаков и целей деятельности государственных акционерных компаний.

Названные пункты являются особенно важными для объективного из-

учения гражданско-правового статуса государственных акционерных компаний. Последнее, в свою очередь, необходимо для создания четкого и прозрачного порядка регулирования деятельности государственных акционерных компаний, что является одним из ключевых этапов борьбы с теневой экономикой, коррупцией, нелегальным движением средств и т. п., следовательно, будет способствовать как усовершенствованию правовой системы Украины, так и формированию позитивного имиджа государства на международной арене.

Цель статьи – определить понятие, основные признаки и цель деятельности государственных акционерных компаний, как юридических лиц публичного права.

Актуальность темы. Исследования правового режима государственной собственности и государственного



имущества в целом и государственных компаний в частности составляют научный интерес для достаточно широкого круга как отечественных, так и зарубежных ученых. В рамках исследования были использованы научные разработки С.Н. Грудницкой, Д.И. Погребного, И.А. Селивановой, В.Е. Чиркина, О.А. Ястребова и др. Вместе с тем необходимо сделать акцент на методологическом подходе, выбранном для решения научной задачи поиска понятия государственных акционерных компаний, как юридических лиц публичного права. Так, к примеру, если в качестве отправной точки относительно природы юридического лица взять теорию фикции, то для конструирования всевозможных научных делений нет ограничений, поскольку речь идет об абстрактных понятийных категориях. Если же исходить из иных теорий, в рамках которых юридическое лицо рассматривается как правовая, социальная реальность, то границы рассматриваемого понятия оказываются слишком широкими, включая в себя разнородные институты и факты. В рамках статьи мы будем настаивать на необходимости комплексного подхода к определению признаков юридических лиц публичного права, при этом мы руководствуемся системным методом. Также для решения поставленной научной задачи используем методы анализа и синтеза, формально-догматический и герменевтики.

Изложение основного материала исследования. Следует начинать с того, что само деление права на частное и публичное в отечественной правовой доктрине не представляется достаточно разработанным. Даже такие классические публичные отрасли права, как административное и уголовное приобретают все более заметные черты частногоправового характера и наоборот – хозяйственное, гражданское право и пр. не исключают публично-правового регулирования. В связи с этим в науке даже выдвигается идея о преждевременности деления на законодательном уровне и способа деления юридических лиц на виды [4].

Вместе с тем понятие юридического лица публичного права довольно давно анализируется в правовой литературе. Например, юристы еще в Российской империи отмечали, что юридические

лица необходимо подразделять на публичные и частные, а также подчеркивали, что публичными могут быть юридические лица, возникающие по воле частных лиц [11]. Позднее перечень признаков публичных юридических лиц был дополнен особым порядком возникновения, а именно по воле публичного субъекта-суверена и особым инструментом определения содержания и пределов правосубъектности – публично-правовым актом [1]. На современном этапе выделяются и иные признаки, вокруг перечня которых, собственно, и разгорается научная дискуссия.

К примеру, С.В. Виноградов выделил следующие признаки, присущие юридическим лицам публичного права: 1) необеспечительная функция основной деятельности (участие в обороте – основная публичная функция такого лица); 2) обладание властными полномочиями, необходимость которых вытекает из функций; 3) обособленность от государственного аппарата (выведены из системы органов государственной власти); 4) обособленность от государственного бюджета (передача имущества в собственность данных лиц, обеспечивающая гибкость в принятии ими решений); 5) создание таких лиц на основании закона (исключение – внебюджетные фонды). Автор считает, что для определения юридического лица публичного права должна присутствовать вся совокупность перечисленных признаков, поскольку отдельные признаки характерны и для иных лиц. Все упомянутые признаки определяют последующие признаки-изъятия из участия этих лиц в имущественном обороте: 6) ограничение инвестирования временно свободных денежных средств; 7) иммунитет от взыскания на определенное имущество (например, на средства фонда обязательного страхования вкладов); 8) осуществление деятельности без лицензии, которая требуется другим участникам оборота; 9) неприменение к таким лицам обычного порядка ликвидации и банкротства; 10) особый статус служащих таких организаций; 11) усиленный контроль со стороны органов государственной власти. С учетом данных признаков, по мнению С.В. Виноградова, очень небольшое количество организаций может быть отнесено к юридическим лицам публичного права [4].

Однако такой обширный перечень признаков практически исключает возможность отнесения государственных акционерных обществ к числу юридических лиц публичного права.

В правоприменительной практике и доктрине западноевропейских стран в качестве юридического лица публичного права признают организацию, которая: наделена статусом юридического лица; образуется в результате принятия публично-правового акта; обладает властными полномочиями; как правило, является специализированным, то есть имеет предназначение, определенное в публично-правовом акте предметами ее ведения [2].

Проследить европейскую практику в этой сфере целесообразно также на уровне Европейского Союза. Так, в Конституции названы некоторые «институты ЕС», к примеру, Европейский банк выполняет некоторые управленческие и регулирующие функции в сфере кредитно-денежного обращения (статьи 1-30). Во Франции публичными юридическими лицами принято считать «территориальные коллективы» (к ним относят департаменты, коммуны, разнообразные учреждения, создаваемые государством и муниципальными образованиями). Понятно, что правовой статус и государства, и всевозможных образований, которые созданы государством или муниципальной властью, урегулирован преимущественно публичным правом [10].

В Украине процесс образования новых юридических лиц, на первый взгляд, является вполне урегулированным, так как определен целым комплексом нормативно-правовых актов, соответственно, не должен порождать каких бы то ни было теоретических или практических проблем. К сожалению, реальная картина отображает иное состояние дел. И именно в отношении порядка создания юридических лиц публичного права возникает больше всего нюансов, поскольку данный вопрос урегулирован, по большому счету, только общим определением и отсылочными гражданско-правовыми нормами. Согласно п. 2 ст. 81 Гражданского кодекса юридическое лицо публичного права создается распорядительным актом Президента, органа государственной власти или органа местного самоуправления, а следую-



ший пункт статьи устанавливает, что этот кодекс регулирует порядок создания, организационно-правовые формы, правовой статус юридических лиц частного права. В ГК присутствует и специальная норма, посвященная юридическим лицам публичного права – статья 82, которая касается распространения сферы действия ГК на участие юридических лиц публичного права в гражданских отношениях, если другое не установлено отдельным законом о юридических лицах публичного права. В ГК также отсутствует четкая классификация юридических лиц публичного права. Частично перечень субъектов указанного вида можно сформировать на основании статей 167, 168 и 169, в которых определены формы участия государства и территориальных общин в гражданском правоотношении. К таким формам относят: создание юридических лиц частного и публичного права (государственные предприятия, учебные заведения и т. п.), создающиеся в случаях и порядке, определенных Конституцией Украины и законом. Однако такое определение оставляет место для дискуссии, поскольку в Конституции такое деление не предусмотрено и специальный закон о юридических лицах публичного права в отечественном законодательстве также отсутствует [9].

Хорошим примером «легализации» юридических лиц публичного права может быть грузинский Гражданский кодекс, в котором содержится ст. 1509 «Юридические лица частного и публичного права». Часть 1 этой статьи гласит: «Как предусматривается Гражданским кодексом, юридическими лицами публичного права считаются: а) государство; б) юридические лица, созданные государством на основании административного акта или законодательства, не сформированные в организационно-правовых формах, которые определены Гражданским кодексом или Законом «О предпринимателях»; в) местное самоуправление; г) государственные учреждения и государственные фонды, созданные не в соответствии с ГК Грузии или Законом «О предпринимателях»; д) созданные на законодательной основе и для достижения публичных целей негосударственные организации (религиозные объединения, политические партии и др.)». В соответствии с

Законом Грузии «О юридических лицах публичного права» от 28.05.1999 года юридическое лицо публичного права может быть создано на основе законов, указов президента страны, административных актов органа государственного управления в предусмотренных законом случаях, нормативного акта высшего исполнительного органа. Также оно может быть создано несколькими органами государственного управления. Юридические лица публичного права могут создаваться исключительно для осуществления публичных целей и функций, реализация которых не относится к непосредственной компетенции государственных органов управления. Юридическое лицо публичного права может осуществлять коммерческую деятельность, но исключительно в форме дополнительной деятельности. В соответствии с грузинским законодательством, корпорация публичного права – юридическое лицо публичного права, которое создано на основе членства [3]. Украине целесообразно было бы перенять опыт четкого законодательного регулирования этого вопроса на уровне специального закона.

На основании отмеченного можем сделать вывод, что юридические лица публичного права – это организации, обладающие статусом юридического лица, созданные путем принятия актов публичного права, обладающие правоспособностью, ограниченной целями и задачами деятельности; они наделены публично-правовыми полномочиями и необходимым для их реализации имуществом.

Что же касается отнесения государственных акционерных обществ (АО) к юридическим лицам публичного права, следует признать, что даже после принятия Закона Украины «Об акционерных обществах» ситуация, к сожалению, не улучшилась. Так, статья 1 Закона определяет деятельность государственной управляющей холдинговой компании, государственных холдинговых компаний и государственных АО, единственным учредителем и акционером которых является государство в лице специально уполномоченных государственных органов, и регулируется настоящим Законом с учетом особенностей, предусмотренных специальными законами [6]. Однако, помимо Закона Украины «О холдинговых компаниях в Украине», который действительно

урегулировал статус Государственной управляющей холдинговой компании и государственных холдинговых компаний, других законов, которые определяют статус АО, акционером которых выступает государство, законодательные акты Украины не содержат [5]. Важным пробелом в законодательстве является также отсутствие легального и единого определения понятия «государственное акционерное общество». Статус же тех акционерных компаний, которые в своем названии используют слова «государственная» или «национальная», урегулирован не законами, а постановлениями КМУ или соответствующими указами Президента Украины.

Помимо этого, специфика правового статуса АО, акционером которого выступает государство, зависит не только от того обстоятельства, что это единственный акционер общества, но и от того, оказывает ли государство определяющее влияние на хозяйственную деятельность общества. В зависимости от присутствия или отсутствия у государства указанного влияния, АО с его участием подразделяются на два вида: 1) относящиеся к субъектам государственного сектора экономики; 2) не являющиеся таковыми [9].

Если взять во внимание часть 2 статьи 22 Хозяйственного кодекса Украины, в которой определяется круг субъектов государственного сектора экономики, можно сделать выводы, что к ним относятся акционерные общества, государственная часть в уставном капитале которых более 50%, либо составляет величину, которая обеспечивает государству решающее влияние на хозяйственную деятельность таких обществ. Детализированный перечень субъектов хозяйствования в государственном секторе экономики должен был появиться более десяти лет назад. Но до настоящего времени подобный перечень отсутствует, в связи с чем ответ на вопрос, относится ли акционерное общество к субъектам государственного сектора экономики или нет, в каждом отдельном случае дает суд в ходе рассмотрения конкретного дела [7].

При этом от позитивного ответа на этот вопрос зависит существенное изменение статуса общества, т. к. акционерные общества – субъекты государственного сектора – должны составлять годовой финансовый план в том же



порядке, что и государственные предприятия (статья 89 Хозяйственного кодекса Украины). Органы государственного финансового контроля обладают правом проведения государственного финансового аудита деятельности, направленного на профилактику финансовых нарушений, обеспечение более эффективного использования средств бюджета и государственного имущества (статья 16 Закона Украины «Об управлении объектами государственной собственности» [8]). Ревизионные комиссии создаются и осуществляют деятельность в специальном порядке (статья 11 Закона Украины «Об управлении объектами государственной собственности»), при этом размер штрафов за нарушение обязательств, стороной которого является такое АО, определен законом (ст. 231 Хозяйственного кодекса Украины).

К группе 2 можно отнести те акционерные общества, в которых государство-акционер не располагает определяющим влиянием на деятельность АО. В связи с этим на первый взгляд их статус не отличается от статуса акционерных обществ, в числе акционеров которого отсутствует государство. Но анализ действующих законодательных актов говорит о том, что это совсем не так. На самом деле существуют специальные требования для широкого круга акционерных обществ, чем фактически расширяется перечень субъектов госсектора. К примеру, запрещается отчуждение объектов недвижимого имущества и других основных средств производства, акций (паев, долей), что предусмотрено Законом Украины «О введении моратория на принудительную реализацию имущества». Его действие распространяется на акционерные общества, часть государства в капиталах которых уменьшена до 25%. На имущество подобных АО нельзя обратить взыскание по решениям, которые подлежат исполнению Государственной исполнительной службой. Кроме того, целый ряд ограничений предусмотрен для акционерных обществ, в которых среди акционеров просто присутствует государство, без определения минимальной величины пакета акций. К таковым, например, относится открытие валютного счета за пределами Украины либо заключение кредитного договора с иностранными

банками только после согласования с Фондом госимущества Украины (статьи 386 и 388 Хозяйственного кодекса Украины).

Помимо этого, проблемным вопросом действующего ныне законодательства является отсутствие четкого определения понятия «государственное акционерное общество». О содержании такого понятия можно сделать вывод только из пункта 7 статьи 74 Хозяйственного кодекса Украины, согласно которому это акционерное общество, все акции которого находятся во владении государства, при этом АО возникло в результате преобразования государственного унитарного предприятия в порядке, определенном Кабинетом Министров Украины [7]. Понятно, что все государственные акционерные общества являются субъектами госсектора экономики.

Выводы. Государственные АО, как юридические лица публичного права, наделяются статусом юридического лица; они создаются путем принятия акта публичного права и обладают правоспособностью, пределы которой ограничиваются целями и задачами деятельности, а также имеют публично-правовые полномочия и имущество, предназначенные для их реализации.

Сегодня чрезвычайно важным является четкое законодательное определение данного понятия, а также устранение несовершенства законодательства в этой сфере. Решение этой проблемы лежит в принятии закона, который бы четко обозначил правовой статус государственных АО, а также закона, который бы четко урегулировал деятельность ГАК. Необходимо также урегулировать на законодательном уровне и саму проблему юридических лиц публичного права – это, в свою очередь, послужит основой для указанных выше актов, поскольку все нормативно-правовые акты государства пребывают в системной связи.

Список использованной литературы:

1. Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность / А.В. Венедиктов. – М.; Л., 1948. – 839 с.
2. Грудницкая С.Н. Корпоративные субъекты хозяйствования и корпоративное управление: направления

совершенствования законодательства и дальнейших разработок / С.Н. Грудницкая // Экономика та право. – 2004. – № 3. – С. 93–99.

3. Погрібний Д.І. Корпоративні права держави: поняття, підстави виникнення, механізм реалізації / Д.І. Погрібний. – Харків: Видавництво «ФІНН», 2009. – 166 с.

4. Подмаркова А.С. Юридические лица публичного права: предпосылки и принципы закрепления в российском законодательстве (обзор материалов научного семинара кафедры предпринимательского права НИУ ВШЭ) / А.С. Подмаркова // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2011. – № 4. – С. 182–188.

5. Постанова Вишого господарського суду України від 07 лютого 2006 р. у справі № 42/266-6/492; постанова Вишого господарського суду України від 25 січня 2007 р. у справі № 25/114-05-4142. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://vgsu.arbitr.gov.ua>.

6. Про акціонерні товариства: Закон України від 17 вересня 2008 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 50–51. – Ст. 384.

7. Про затвердження Порядку перетворення державного унітарного комерційного підприємства в акціонерне товариство: постанова Кабінету Міністрів України від 29 серпня 2012 р. № 802 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 65. – Ст. 2663.

8. Про управління об'єктами державної власності: Закон України від 21 вересня 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 46. – Ст. 456.

9. Селиванова И.А. Правовой статус и разновидности акционерных обществ, акционером которых является государство / И.А. Селиванова // Правничий часопис Донецького університету. – 2013. – № 2. – С. 72–80.

10. Чиркин В.Е. Юридическое лицо публичного права / В.Е. Чиркин // Журнал российского права. – 2005. – № 5. – С. 22–24.

11. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права / Г.Ф. Шершеневич. – Тула, 2001. – 119 с.



ПРОФЕССИОНАЛЬНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ АДВОКАТА

Людмила ВОЛОШИНА,
аспирант
Львовского университета бизнеса и права,
адвокат

Summary

The article includes a theoretical analysis of main provisions of advocate (attorney) professional responsibility, including its concept and its specific characteristics. The comparison of advocate (attorney) professional responsibility and disciplinary responsibility in its classic sense was done. Scientific approaches to determining the place of professional responsibility of advocate (attorney) in legal liability system had been studied.

Key words: advocate (attorney), professional responsibility, disciplinary responsibility.

Аннотация

В статье выполнен теоретический анализ основных положений профессиональной ответственности адвоката, в том числе о ее понятии и характерных чертах. Осуществлено сопоставление профессиональной ответственности адвоката и дисциплинарной ответственности в ее классическом понимании. Исследованы научные подходы к определению места профессиональной ответственности адвоката в системе юридической ответственности.

Ключевые слова: адвокат, профессиональная ответственность, дисциплинарная ответственность.

Постановка проблемы. Институт юридической ответственности является наиболее стабильным и даже несколько консервативным в современной юридической науке. Все основные виды юридической ответственности давно определены и изучены. И все же время от времени ученые, занимаясь исследованием различных аспектов правовой действительности, обращают внимание на то обстоятельство, что в изучаемой ими сфере юридическая ответственность ведет себя нестандартно и не может быть втиснута в рамки какого-либо из уже существующих традиционных видов. Одним из таких аспектов является вопрос о профессиональной ответственности адвоката.

Актуальность темы исследования. Научные исследования, посвященные изучению вопроса профессиональной ответственности, являются относительно молодыми. В связи с этим среди ученых отсутствует единство подходов к определению профессиональной ответственности, и к тому, какое место она занимает в системе юридической ответственности.

Проблема ответственности личности в профессиональной деятельности является центральной в работах современных авторов: М.В. Муконина, Т.Ю. Базарова, В.А. Бодрова, С.В. Быкова, А.Л. Журавлева, А.В. Карпова, Р.Л. Кричевского, Ю.П. Платонова, А.Л. Свенцицкого, А.А. Файера и других. Непосредственному изучению профессиональной ответственности адвоката уделено внимание в работах А.В. Бицай, Р.Г. Мельниченко, А.Г. Яновской и др. Но принимая во вни-

мание сложность и многообразие научных взглядов на исследуемый вопрос, он остается очень актуальным.

Целью этой статьи является исследование профессиональной ответственности адвоката, как вида юридической ответственности.

Изложение основного материала. Профессиональная ответственность всегда связана с профессиональными возможностями понимания и реализации человеком профессиональных требований с учетом конкретных условий их выполнения. Профессиональная ответственность характеризуется тем, что личность принимает свои личные обязанности в соответствии с требованиями своей организации (социальной группы коллектива) и общества в целом [1, с. 87].

Профессиональная ответственность представляет собой интегративное качество личности или группы, которое является проявлением ее способности принимать обоснованные решения в сфере своей профессиональной деятельности, проявлять настойчивость и добросовестность в их реализации, готовность отвечать за результаты и последствия.

В психологических исследованиях В.Г. Лазорко профессиональная ответственность является мерой осознания личностью своих профессиональных обязанностей и добровольного их выполнения, а также степени его вины за невыполнение профессиональных обязанностей [2, с. 79].

А.А. Файер профессиональную ответственность определяет, как примене-

нию, которое осуществляет профессиональную деятельность на основании лицензии или разрешения уполномоченного органа на ее осуществление, в случае причинения им вреда третьим лицам при невыполнении или ненадлежащем выполнении своих профессиональных обязанностей мер государственного принуждения в виде санкций (дополнительных обременений), направленных на восстановление нарушенной имущественной и/или личной сферы третьего лица [3, с. 631].

Д.В. Наумов под профессиональной ответственностью адвоката подразумевает предусмотренную законодательством санкцию, выраженную в форме гражданско-правовой обязанности адвоката, осуществляющего свою деятельность в рамках присвоенной квалификации, возместить убытки, причиненные третьим лицам вследствие ненадлежащего оказания юридической помощи [4, с. 10].

С.Л. Сотников отмечает, что профессиональную ответственность следует рассматривать, как применение к субъекту, который осуществляет в рамках своей специализации профессиональную деятельность, в связи с получением им отрицательного результата такой деятельности, выражается в причинении вреда, санкций в форме возмещения убытков, выплаты неустойки и компенсации морального вреда [5, с. 9].

Эти ученые являются сторонниками подхода, в соответствии с которым профессиональная ответственность является разновидностью гражданско-правовой ответственности.



Исходя из данного утверждения, к признакам, присущим профессиональной ответственности, А.А. Файер относит все признаки гражданско-правовой ответственности, в частности: государственное принуждение; общественное осуждение; негативные последствия для правонарушителя; имущественный характер; дополнительные обременения; ответственность юридически равных субъектов друг перед другом; компенсационный характер [3, с. 628].

Кроме, так сказать, «общих» признаков, учитывая особый характер цели, назначения и способов реализации профессиональной ответственности, А.А. Файер [3, с. 628–629] определяет ряд особенностей (специфических признаков), присущих только этому виду ответственности, а именно: 1) профессиональная ответственность всегда содержит в себе риски профессиональных ошибок, упущений и небрежности; 2) применяется к физическим и юридическим лицам, осуществляющим профессиональную деятельность на платной основе на основании документа разрешительного характера (например, лицензии или разрешения); 3) лицо, осуществляющее профессиональную деятельность, несет профессиональную ответственность за действия (бездействие), совершенные (допущенные) в течение действия соответствующего документа (лицензии, разрешения), который устанавливает право субъекта осуществлять профессиональную деятельность в течение определенного периода времени; 4) личностный и субъективный характер восприятия профессиональной ответственности каждым профессионалом; 5) критерием взаимодействия между лицом, осуществляющим профессиональную деятельность и его клиентом является степень выполнения профессиональных обязательств и их потенциальной реализации в реальной жизни; 6) наличие временного интервала между предоставлением профессиональных услуг и наступлением вреда вследствие профессиональных ошибок, небрежности и упущений, допущенных профессионалом при осуществлении им профессиональной деятельности; 7) общей основой регулирования и оценки профессиональной деятельности и ее результатов есть правовые нормы, устанавливающие правовые основания возникновения профессиональной ответственности; 8) многообразие видов

убытков, которые могут быть нанесены лицом, осуществляющим профессиональную деятельность своему клиенту.

Однако существуют и альтернативные подходы, поскольку не все ученые разделяют точку зрения, согласно которой профессиональная ответственность относится к разновидностям гражданско-правовой ответственности.

Так, Р.Г. Мельниченко утверждает, что институт профессиональной ответственности адвоката является результатом синтеза нескольких видов юридической ответственности дисциплинарной, административной, уголовной и гражданско-правовой, то есть, будучи их продуктом, в то же время он уже не является частью ни одного из них [6, с. 37].

Р.Г. Мельниченко предлагает профессиональную ответственностью рассматривать, как правовое отношение (которое возникло из профессионального правонарушения) между органами профессионального контроля и нарушителем, на которого возлагается обязанность претерпеть неблагоприятные для себя последствия за нарушение требований корпоративных норм [6, с. 37]. При этом ученый предоставляет доводы лишь относительно существования профессиональной ответственности адвоката, как самостоятельного вида юридической ответственности.

По мнению Р.Г. Мельниченко [6, с. 42–43], профессиональной ответственности адвоката присущи специфические признаки, которые, в свою очередь, позволяют выделить ее в отдельный вид юридической ответственности, а именно: 1) профессиональная ответственность адвоката по шкале наиболее и наименее урегулированных государством занимает самую неурегулированную государством позицию; 2) в процедуре привлечения адвоката к профессиональной ответственности государственные органы практически исключены; 3) наличие самостоятельных источников, которые содержат в себе нормы, регулирующие функционирование профессиональной ответственности адвоката (к таким источникам относятся: кодекс профессиональной этики адвоката, корпоративные акты адвокатских палат, прецеденты адвокатских палат, обычаи и т. д.); 4) наличие процессуального права, регулирующего порядок привлечения адвоката к профессиональной ответственности.

Похожего подхода в своих исследованиях придерживается и А.В. Бицай [7, с. 107]. Ученый предлагает рассматривать профессиональную ответственность адвоката в двух значениях, а именно:

– в узком смысле профессиональная ответственность адвоката – это его дисциплинарная ответственность, определенная ЗУ «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», которая заключается в принятии адвокатом, виновным в нарушении своих профессиональных обязанностей, определенных законодательством Украины об адвокатуре и адвокатской деятельности, неблагоприятных для себя последствий со стороны уполномоченного субъекта, которые находят выражение в дисциплинарных взысканиях;

– в широком смысле профессиональная ответственность адвоката – это специфический вид юридической ответственности, который сочетает в себе элементы дисциплинарной, гражданско-правовой, административной и уголовной ответственности, и представляет собой правоотношения, возникающие между субъектом, уполномоченным налагать взыскания, и адвокатом в результате нарушения последним своих профессиональных обязанностей, определенных законодательством Украины об адвокатуре и адвокатской деятельности, и заключаются в наложении обязанности на адвоката понести неблагоприятные для себя последствия.

А.В. Бицай, исследовав сущность классической дисциплинарной ответственности и дисциплинарной ответственности адвоката, а также сопоставив их, пришла к выводу, что дисциплинарная ответственность адвоката не является разновидностью классической дисциплинарной ответственности (в том числе, специальной дисциплинарной ответственности), а является самостоятельным видом юридической ответственности, поскольку между классической дисциплинарной ответственностью и дисциплинарной ответственностью адвоката гораздо больше отличительных особенностей, чем общих. Различия являются существенными, поскольку обусловлены особенностями состава дисциплинарного проступка, особенностями правового регулирования дисциплинарной ответственности, особенностями целей и назначения ответственности, особыми видами взысканий и др. [7, с. 104].



В то же время в действующем законодательстве Украины термин «профессиональная ответственность» практически не используется. Законодатель оперирует понятием «профессиональная ответственность», лишь устанавливая в пункте 27 части 1 статьи 7 Закона Украины «О страховании» от 07 марта 1996 года № 85/96-ВР обязательное страхование профессиональной ответственности лиц, деятельность которых может причинить вред третьим лицам. Однако данная норма носит декларативный характер, так как перечень таких лиц отсутствует, а также отсутствует определение понятия профессиональной ответственности и оснований ее наступления. Вместе с тем ЗУ «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» использует терминологию дисциплинарной ответственности, в частности, таких терминов, как «дисциплинарное производство», «дисциплинарный проступок» и «дисциплинарное взыскание».

В связи с этим возникает логичный вопрос, является ли профессиональная ответственность адвоката самостоятельным видом юридической ответственности, или все же это дисциплинарная ответственность?

Нормы права, устанавливающие дисциплинарные проступки и дисциплинарную ответственность, отмечает Н.В. Витрук, распространяются на работников, государственных и муниципальных служащих, членов общественных объединений (адвокатов и др.), депутатов, судей, осужденных и других категорий граждан, статус которых регулируется трудовым и другими отраслями права (муниципальным, парламентским, административным) [8, с. 119].

Теория трудового права и действующее трудовое законодательство Украины разграничивают общую и специальную дисциплинарную ответственность.

Специальная дисциплинарная ответственность – это принятие лицом, виновным в нарушении норм трудовой дисциплины, негативных последствий со стороны уполномоченного субъекта, выражающееся в дисциплинарных взысканиях, виды и основания применения которых предусмотрены специальными нормативно-правовыми актами (законы, уставы, положения) [9, с. 235].

К.В. Коваленко отмечает, что специальная дисциплинарная ответственность предусмотрена только для конкретно определенных категорий работников на

основании уставов и положений о дисциплине и специальных нормативных актов. Она характеризуется специальным субъектом дисциплинарного проступка, особым характером дисциплинарного проступка, специальными видами дисциплинарных взысканий, особым порядком наложения и обжалования дисциплинарного взыскания. Специальным субъектом является работник, который несет дисциплинарную ответственность по специальным нормативно-правовым актам (уставам, положениям, законам). Специальная дисциплинарная ответственность работников отличается от общей дисциплинарной ответственности более широким содержанием дисциплинарного проступка и более тяжелыми санкциями. Так, для определенных категорий работников требования морального содержания включены в их трудовые обязанности. Это касается судей, прокуроров, государственных служащих, работников, выполняющих воспитательные функции [9, с. 234].

Специальная дисциплинарная ответственность, по мнению А.И. Карпенко, отличается от общей: 1) кругом субъектов дисциплинарной ответственности (основаниями для выделения таких субъектов являются: во-первых, особо ответственный характер трудовых функций отдельных групп работников, выполняющих обязанности); а) в отношении руководства организацией, а также управление процессами производства в ее подразделениях; б) по должностям, замещаемым путем выборов или конкурса; в) связанные с особыми функциями государственного аппарата и государственных органов; во-вторых, особенно вредные последствия дисциплинарных проступков, которые совершают ведущие категории работников в отдельных отраслях экономики, где действуют уставы о дисциплине, а также работники учреждений и управленческого аппарата хозяйственных органов); 2) источником правового регулирования (применяется на основании законов, уставов и положений о дисциплине); 3) более широким понятием дисциплинарного проступка; 4) видами дисциплинарных взысканий (могут применяться более строгие дисциплинарные взыскания); 5) порядком наложения и снятия взысканий, порядком их обжалования [10, с. 27–28].

Вместе с тем адвоката нельзя привлечь к классической дисциплинарной

ответственности, так как он не состоит в трудовых отношениях, никому не подчинен и не обязан в ходе осуществления своей профессиональной деятельности; объектом дисциплинарного проступка адвоката есть профессиональные обязанности адвоката, тогда как общим объектом классического дисциплинарного проступка является внутренний трудовой распорядок; кроме того, единственным органом, уполномоченным на осуществление дисциплинарного производства в отношении адвоката, является квалификационно-дисциплинарная комиссия адвокатуры (дисциплинарная палата). Что же касается классического дисциплинарного производства, то по общему правилу дисциплинарные взыскания применяются органом, которому предоставлено право приема на работу (избрания, утверждения и назначения на должность) данного работника (общая дисциплинарная ответственность). На работников, которые несут дисциплинарную ответственность за уставами, положениями и другими актами законодательства о дисциплине, дисциплинарные взыскания могут налагаться также вышестоящими органами, относительно органов, указанных выше (специальная дисциплинарная ответственность).

Выводы. Соответственно, говорить о том, что ответственность адвоката является видом дисциплинарной ответственности в ее классическом понимании, по нашему мнению, не является верным. Мы поддерживаем тех ученых, которые считают, что профессиональная ответственность адвоката является самостоятельным видом юридической ответственности. Однако в теории юридической ответственности такой вид ответственности, как профессиональная, вообще отсутствует. В связи с этим возникает сложность в определении профессиональной ответственности вообще и адвоката в частности в системе юридической ответственности. А, следовательно, вопрос о профессиональной ответственности, как самостоятельного вида юридической ответственности, должен исследоваться и разрабатываться на уровне общей теории права.

Список использованной литературы:

1. Савчин М.В. Психологія відповідальної поведінки : монографія /



ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР ПРИ ПОЛУЧЕНИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ ОРГАНОМ ДОСУДЕБНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

Валерия ГНАТЕНКО,

прокурор отдела прокуратуры Харьковской области

Summary

The article deals with theoretical principles and practical problems of procurator's supervision in criminal proceedings in Ukraine. Proposals are made to determine the optimal conditions for procedural guidance by the public prosecutor for the bodies of pre-trial investigation. Identified problems while checking the prosecutor, evaluation of evidence, decision-making process, which temporarily restrict human rights and freedoms in criminal proceedings. Specific provisions are proposed improvement of the current criminal procedural legislation.

Key words: prosecutor, investigating judge, participant of the process, evidence, reasonable time, indictment, conviction, security.

Аннотация

В статье рассматриваются теоретические положения и практические проблемы прокурорского надзора в уголовном процессе Украины. Вносятся предложения по определению оптимальных условий процессуального руководства со стороны прокурора за органами досудебного расследования. Определены задачи прокурора при проверке, оценке доказательств, принятии процессуальных решений, которые временно ограничивают права и свободы человека в уголовном процессе. Предлагаются отдельные положения совершенствования действующего уголовного процессуального законодательства.

Ключевые слова: прокурор, следователь, следственный судья, участник процесса, доказательства, разумный срок, обвинительный акт, приговор, безопасность.

Постановка проблемы. Прокурорский надзор в уголовном процессе Украины определен, как процессуальное руководство за органом досудебного расследования. Основная задача прокурора включает в себя проверку фактических данных, фактов, ведомостей о совершенном уголовном правонарушении. На основе доказательств, собранных следователем, прокурор должен принять процессуальное решение, которое временно ограничивает права и свободы человека в уголовном процессе. От правильной оценки фактических данных зависят основания, которые обязывают прокурора согласовать представление следователя к следственному судье для получения определения на проведение отдельных следственных розыскных, негласных следственных (розыскных) действий.

Цель уголовного процесса включает в себя выполнение конкретной задачи установления обстоятельств уголовного правонарушения, изобличение лица, совершившего данное правонарушение.

Ст. 2 УПК Украины устанавливает правило, согласно которому раскрытие преступления, как и констатация

отсутствия уголовного правонарушения, должно производиться на основе доказательств фактических данных, ведомостей, указывающих на вину подозреваемого при соблюдении процессуальной процедуры выполнения следственных розыскных действий. Основная роль в установлении вины подозреваемого возложена на основании ст. 36 УПК Украины на прокурора.

Действующий уголовный процессуальный кодекс, Закон Украины о прокуратуре установили новые положения прокурорского надзора, которые осуществляются в форме процессуального руководства. Концепция прокурорского надзора включает в себя участие его в уголовном процессе, как стороны обвинения. Прокурор осуществляет надзор при проведении следственных розыскных действий, негласных следственных (розыскных) действий. Прокурор должен обеспечить гарантии проведения следственных (розыскных) действий на стадии досудебного производства, предотвратить нарушение закона и привлечь виновных к юридической ответственности. На стадии судебного разбирательства прокурор

М.В. Савчин. – Івано-Франківськ: Місто НВ, 2008. – 280 с.

2. Лазорко О.В. Психологічні детермінанти відповідальності менеджерів промислового підприємства: дис. ... канд. психол. наук: спец. 19.00.05 «Соціальна психологія, психологія соціальної роботи» / О.В. Лазорко. – К., 2007. – 217 с.

3. Файер О.А. Поняття професійної відповідальності та підстави її виникнення / О.А. Файер // Форум права. – 2009. – № 3. – С. 627–633. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-3/09foapiv.pdf>.

4. Наумов Д.В. Гражданско-правовое регулирование обязательного страхования профессиональной имущественной ответственности адвокатов: автореф. дис. ... канд. юр. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Д.В. Наумов. – Волгоград, 2011. – 26 с.

5. Сотников С.Л. Страхование профессиональной ответственности: автореф. дис. ... канд. юр. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / С.Л. Сотников. – Томск, 2010. – 26 с.

6. Мельниченко Р.Г. Профессиональная ответственность адвоката: монография / Р.Г. Мельниченко. – Волгоград, 2010. – 168 с.

7. Біцай А.В. Організаційно-правові засади участі адвоката в медіації: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.10 «Судустрой; прокуратура та адвокатура» / А.В. Біцай. – К., 2016. – 261 с.

8. Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности: монография / Н.В. Витрук. – [2-е изд., испр. и доп.]. – М.: НОРМА, 2009. – 259 с.

9. Коваленко К.В. Загальна та спеціальна дисциплінарна відповідальність // Форум права. – 2008. – № 2. – С. 231–236. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-2/08kkvsdv.pdf>.

10. Карпенко О.И. Дисциплинарная ответственность работника в трудовом праве: понятие и виды: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения» / О.И. Карпенко. – М., 2003. – 36 с.



поддерживает государственное обвинение и обеспечивает принятие законного, обоснованного приговора.

Актуальность темы. Теоретические проблемы прокурорского надзора были предметом научных дискуссий. Основные проблемы были разрешены в монографических работах ряда ученых, а именно: С.А. Альперта, Ю.П. Аленына, В.Д. Брынцева, В.Т. Маляренко, А.Р. Михайленко, М.М. Михеенко, В.В. Назарова, В.Т. Нора, Н.А. Погорецкого, С.Н. Стахивского, С.В. Слинко, Л.Д. Удаловой, О.Г. Шило и др. [1, с. 94-101; 2, с. 133; 3, с. 11; 7, с. 15; 8, с. 74; 9; 11; 12, с. 7; 13; 16; 17; 19].

Достижения ученых дали возможность пересмотреть отдельные теоретические аспекты процессуального статуса прокурора, обеспечения правового механизма процессуального руководства. Однако практика применения указанных процессуальных институтов остается спорной и требует дополнительного научного обоснования.

Изложение основного материала исследования. Ст. 36 УПК Украины определила процессуальные полномочия прокурора. Данные полномочия определены, как прокурорский надзор в форме процессуального руководства. Однако перечисленные полномочия требуют их классификации.

Предлагаем следующую классификацию прокурорского надзора в уголовном процессе.

Первым элементом классификации является прокурорский надзор, который заключается в проверке материалов уголовного производства при регистрации заявления в Едином реестре досудебного расследования. В случае необходимости проведения процессуальных, следственных розыскных, негласных следственных (розыскных) действий прокурор вправе поручить следователю их проведение и установить срок проведения.

Вторым элементом является прокурорский надзор при отмене незаконных, необоснованных постановлений следователя. Прокурор принимает процессуальные решения по закрытию уголовного производства, продлению сроков досудебного расследования, утверждает или отказывает в утверждении обвинительного акта, ходатайств о применении принудительных мер медицинского или воспитательного

характера, вносит изменения в составленный следователем обвинительный акт или самостоятельно составляет его. Обращается в суд с обвинительным актом, ходатайством о применении принудительных мер медицинского или воспитательного характера, ходатайством об освобождении лица от уголовной ответственности.

Третим элементом является процессуальное руководство прокурора, а именно он согласовывает или отказывает в согласовании ходатайств следователя к следственному судье о проведении следственных (розыскных) действий, негласных следственных (розыскных) действий.

На основе анализа основных направлений деятельности прокурора можно определить контрольные полномочия прокурора, которые в ст. 36 УПК упущены, хотя в отдельных нормах законодатель указывает на их процессуальные действия.

Глава 26 УПК Украины определяет контрольные полномочия прокурора при получении жалоб участников процесса, ходатайств со стороны защиты. Обжалование возникает на основании юридического факта, конкретных нарушений действующего процессуального законодательства, с которыми нормы права связывают возникновение, изменение или прекращение правоотношений. Юридические факты, как основание обжалования, могут быть и действиями, и событиями, когда участник процесса в письменной форме пытается решить вопрос отмены нарушения его прав и свобод.

Предлагаем установить критерии жалобы, ходатайства, которые определить следующим образом:

– жалоба на нарушение следователем уголовно-процессуального закона при проведении процессуальных, следственных розыскных, негласных следственных (розыскных) действий;

– жалоба на нарушение действующего законодательства при избрании в отношении подозреваемого меры пресечения в виде заключения под стражу;

– жалоба на бездействие следователя после подачи ходатайства защитником о проведении следственных розыскных действий; жалоба защитника на закрытие уголовного производства.

При получении жалобы прокурор контролирует процессуальные реше-

ния следователя. Анализ практики прокурорского надзора, проведение анкетирования показало, что на стадии досудебного производства обжалуются процессуальные решения, действия или бездействие следователя:

40% – невыполнение процессуальных действий в установленный законом срок;

10% – на решение следователя об изменении порядка досудебного расследования и продлении его;

10% жалоб поступает к прокурору на бездействие следователя при невнесении сведений об уголовном правонарушении в Единый реестр досудебных расследований после получения заявления или сообщения об уголовном правонарушении;

10% – на бездействие следователя об отказе в удовлетворении ходатайства о проведении следственных (розыскных) действий, негласных следственных (розыскных) действий стороной защиты;

10% – обжалование решений следователя о прекращении досудебного расследования;

10% – на отказ следователя о признании потерпевшим, гражданским истцом;

10% – на бездействие следователя при применении мер безопасности лицами, к которым могут быть применены меры безопасности, предусмотренные законом.

Таким образом, можно определить вопросы, когда прокурор обязан принимать процессуальное решение по оценке доказательств, проведения следственных розыскных, негласных следственных (розыскных) действий. Механизм проведения процессуальных, следственных розыскных действий на стадии досудебного расследования включает надзор прокурора за проведением следственных розыскных действий, а также судебный контроль при проведении отдельных следственных розыскных, негласных следственных (розыскных) действий, которые ограничивают права и свободы подозреваемого. При подготовке к производству процессуальных действий следователь обязан составить представление, которое согласовывается с прокурором.

Прокурор должен проверить доказательства, которые ему предоставляет следователь. Он принимает участие в оценке фактических данных.



Теоретические проблемы оценки доказательств были предметом научных поисков.

О.М. Ларин, Д.В. Филин и другие предлагали процессуальные решения поиска, сбора, фиксации доказательств, определяли процессуальные положения проведения процессуальных действий [5, с. 33; 18].

А.И. Винберг рассматривал сбор доказательств, как совокупность действий по сбору и фиксации фактов, и предлагал конкретные виды доказательств [4, с. 14].

И.Б. Михайловская считала, что установление, сбор и закрепление доказательств, которые отражают фактические данные, являются основанием для того, чтобы доказательства были использованы в изобличении виновного [10, с. 123].

П.А. Лупинская, С.А. Шейфер предложили теоретическое обоснование по закреплению доказательственной информации следователем. В данном случае они связали элементы оперативно розыскной деятельности и процессуальные аспекты, связанные с закреплением доказательств в уголовном процессе [6, с. 66; 20, с. 71].

Н.Н. Полянский, В.М. Савицкий, М.С. Строгович, А.А. Сельников предлагали условия для установления, фиксации доказательств. В данном случае они говорили об объединении усилий следователя, оперативных подразделений на установление ведомостей, свидетельствующих об обвинительных доказательствах [14, с. 132].

Научные точки зрения находят свое отражение в практике работы прокурора. При проверке сроков выполнения процессуальных действий следователем прокурор обязан не только принять меры к восстановлению установленных законом сроков, но дать указание, поручение следователю о производстве следственных розыскных действий, связанных с установлением виновности подозреваемого. Только прокурор имеет право решить вопрос о привлечении виновного к юридической ответственности.

Закон устанавливает разумные сроки проведения досудебного расследования. Данный вопрос был предметом рассмотрения Конституционного Суда Украины. Решением № 3-рп / 2003 от 30 января 2003 года суд определил, что категория разумного срока досудебного расследо-

вания является оценочным и определяется в каждом конкретном случае с учетом совокупности всех обстоятельств совершения уголовного правонарушения.

Определение разумного срока зависит от многих факторов, включая объем и сложность уголовного производства, необходимости допроса большого количества потерпевших и свидетелей, необходимости проведения экспертиз и получения выводов и т. д. Но при любых обстоятельствах срок досудебного расследования не должен превышать пределов необходимости.

При проверке электронного Единого реестра досудебных расследований предлагаем установить, что прокурор обязан каждые 10 дней проверять решения, которые приняты в результате проверки заявления или сообщения об уголовном правонарушении.

В целях обеспечения гарантий в отношении подозреваемого предлагаем внести дополнения в ст. 42 УПК Украины. Статью следует дополнить положением об обеспечении гарантий подозреваемого при задержании и проведении отдельных следственных розыскных действий. Следователь должен обеспечить гарантии участникам уголовного производства и допустить защитника. Прокурор обязан проконтролировать процессуальные положения задержания лица и ограничение свободы подозреваемого. Он обязан лично присутствовать при производстве следственного розыскного действия и на допросе подозреваемого.

В случае заявления ходатайства со стороны защиты о проведении следственных (розыскных) действий, негласных следственных (розыскных) действий следователь обязан направить копию ходатайства прокурору, который должен дать указание следователю о производстве следственных розыскных действий.

При принятии решения о применении мер безопасности к лицам, которые в установленном законном порядке имеют право на предусмотренные меры безопасности, прокурор должен дать поручение следователю о защите отдельных участников процесса. Следователь обязан сообщать прокурору о применении мер безопасности.

Вывод. Прокурор в уголовном процессе определен, как сторона обвинения, которая осуществляет функции

прокурорского надзора в форме процессуального руководства за исполнением законов органами досудебного расследования. Законодатель в ст. 3 УПК Украины поставил точку в дискуссии о том, какую функцию осуществляет прокурор в процессе за соблюдением закона. С одной стороны, прокурор является государственным органом надзора за законностью. С другой – прокурор обеспечивает соблюдение закона при производстве досудебного расследования. Он создает необходимые условия для рассмотрения уголовного дела в суде и провозглашение законного и обоснованного приговора.

Предмет доказывания в уголовном процессе включает в себя установление конкретных фактических обстоятельств, фактов, ведомостей о фактах. Прокурор обязан оценить фактические данные установленных обстоятельств с точки зрения юридической квалификации совершенного уголовного правонарушения.

Список использованной литературы:

1. Альперт С. О процессуальных функциях прокурора в советском уголовном судопроизводстве [Текст] / С. Альперт // Проблемы соц. законности. – X. : Основа, 1982. – Вып. 10. – С. 94–101.
2. Алейнин Ю. Уголовно-процессуальный кодекс Украины [Текст] / Ю. Алейнин. – Одесса: Одисей, 2003. – 334 с.
3. Бринцев В. Система досудебного следствия [Текст] / В. Бринцев // Право України. – К.: МЮ України, 1998. – № 12. – 100 с.
4. Винберг А. Актуальные вопросы теории судебных доказательств в уголовном процессе [Текст] / А. Винберг, Г. Качаров, Г. Миньковский // Соц. законность. – М.: МЮ СССР, 1963. – № 3. – 14 с.
5. Ларин А. Доказывание на предварительном расследовании в советском уголовном процессе [Текст] / А. Ларин. – М.: Юрид. лит., 1961. – 220 с.
6. Лупинская П. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство и практика [Текст] / П. Лупинская. – М.: Юристъ, 2006. – 174 с.
7. Маляренко В. Найпоширеніші помилки та порушення законів, які допускаються при провадженні дізнання і попереднього слідства [Текст] / В. Маляренко // Право України. – К.: МЮ України, 2001. – № 3. – 15 с.



8. Михайленко А. Совершенствование процессуальной формы при осуществлении прокурорского надзора [Текст] / А. Михайленко // Научн. инф. по вопросам борьбы с преступностью. – М., 1985. – Вып. 89. – 74 с.

9. Міхеєнко М. Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України [Текст] / М. Міхеєнко, В. Шибіко, А. Дубінський. – К. : Наукова думка, 1997. – 410 с.

10. Михайловская И. Цели, функции и принципы российского уголовного судопроизводства [Текст] / И. Михайловская. – М. : Спарк, 2003. – 210 с.

11. Назаров В. Конституційні права людини та їх обмеження у кримінальному процесі України [Текст] / В. Назаров. – Х. : Золота миля, 2009. – 400 с.

12. Нор В. Прокурорський нагляд в Україні [Текст] / В. Нор. – Львів : Триада-плюс. – 280 с.

13. Погорецкий М. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі [Текст] / М. Погорецкий. – Х. : Арціз, 2007. – 575 с.

14. Полянский Н. Проблемы судебного права [Текст] / Н. Полянский, М. Строгович, В. Савицкий, А. Сельников. – М. : Юрид. лит., 1983. – 291 с.

15. Стахівський С. Слідчі дії як основні засоби збирання доказів [Текст] / С. Стахівський. – К. : Атака, 2009. – 64 с.

16. Слїнько С. Теорія та практика реформування досудового розслідування / С. Слїнько//. – Х.: Владимиров, 2011. – 280 с.

17. Удалова Л. Чинність кримінального процесуального закону [Текст] / Л. Удалова, С. Щериця. – Київ : КНТ. – 2014. – 143 с.

18. Филин Д. Начало досудебного производства в уголовном процессе Украины. [Текст] / Д. Филин// Международная ассоциация содействия правосудию, 2013. – С. 23–35. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.iaaj.net/node/1462>.

19. Шило О. Теоретико-прикладні основи реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захист у досудовому провадженні в кримінальному процесі України [Текст] / О.Г. Шило//. – Харків.: Право. 2011. – 472 с.

20. Шейфер С. Следственные действия. Система и процессуальная форма [Текст] / С. Шейфер//. – М. : Юрид. лит., 1981. – 190 с.

НАСЛЕДОВАНИЕ ПЕРЕЖИВШИМ СУПРУГОМ В СОВЕТСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ И СОВРЕМЕННОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ

Денис ДОНЦОВ,

соискатель кафедры гражданского права
Национального университета «Одесская юридическая академия»

Summary

In the article author investigate process of forming of institute of inheritance of married couples is in USSR, and also separate positions of modern legislation of Ukraine, which regulating law position of outliving spouse. In the process of forming of authorial position scientific and educational literature of soviet period and positions of researchers presented in it are analyses, including about the features of legislative adjusting of process of inheritance of married couples and its legal nature and justice. On base of undertaken a study a conclusion is reasonable about final legislative fixing the surviving spouse as heir of first stage, main condition for existence of inheritance which was not to dissolve the marriage at time of opening the inheritance.

Key words: inheritance, married couples, heirs, testator, common joint property, actual marriage relations.

Аннотация

В статье исследуется процесс развития института наследования супругов в СССР, а также отдельные положения действующего законодательства, регламентирующие правовое положение пережившего супруга. В процессе формирования авторской позиции проанализирована научная и учебная литература советского периода и представленные в ней позиции исследователей, в том числе об особенностях законодательного регулирования процесса наследования супругов и его юридической природы и справедливости. На базе проведенного исследования обоснован вывод об окончательном законодательном закреплении пережившего супруга в качестве наследника первой очереди, главным условием для наследования было наличие не расторгнутого брака на момент открытия наследства.

Ключевые слова: наследование, супруги, наследники, наследодатель, общая совместная собственность, фактические брачные отношения.

Постановка проблемы. Одной из многочисленных категорий гражданских дел, рассматриваемых судами, являются наследственные споры. Несмотря на относительную стабильность наследственного права, рассмотрение этих дел сегодня существенно усложнилось в связи с увеличением объектов гражданского оборота, их специфики, а также расширением круга наследников в ходе реформы постсоветского законодательства, которое стало результатом последовательного развития законодательства с учетом рыночных реалий. К наследникам первой очереди отнесен и переживший супруг, с участием которого, как правило, и происходят наследственные споры.

Актуальность темы исследования. Одним из основных законов существования и развития права, как системы и элемента культуры, является преемственность, под которой следует понимать закономерность раз-

вития права, выражающееся в сохранении его отдельных элементов при переходе системы права на качественно другой уровень. Другими словами, преемственность в праве определяет наличие наследственных связей в развитии тех или иных правовых институтов. Однажды возникнув, правовой институт не исчезает в небытие, а отдельные его элементы продолжают существовать в рамках иных институтов, получая логическое развитие с учетом социально-экономических реалий государства в пределах соответствующей правовой системы. Современное украинское законодательство является продолжением того, что было ранее наработано предыдущими поколениями ученых, юристов, адаптировано, дополнено и изменено. Исторически наиболее близким периодом развития гражданско-правовой мысли был период нахождения Украины в составе СССР, и за 70 лет своего существова-



ния советской правовой доктриной, несмотря на ее явно выраженное идеологическое содержание, был внесен существенный вклад в регламентацию отдельных групп правоотношений, в том числе наследственных. Вместе с тем достижения советской цивилистики не теряют своего значения и сейчас, хотя при их оценке необходимо учитывать их идеологическую подоснову, без которой осуществление в советское время любого научного исследования было бы вообще невозможным, а также социально-экономические условия существования государства. Следует отметить, что это относится не только к советскому периоду в развитии науки гражданского права. Оценка результатов исследования должна обязательно осуществляться с позиции процессов, доминировавших в обществе, идеологии, господствовавшей в праве, то есть с учетом принципа историзма. Только таким образом полученные результаты будут научно обоснованы и могут быть в полном объеме использованы во время проведения современных исследований. Сегодня указанному периоду незаслуженно не уделяется внимание, вместе с тем именно его анализ позволяет проследить преемственность в регламентации наследственных отношений, в том числе пережившим супругом.

Состояние исследования. Внимание ученых во все периоды развития юридической мысли было приковано к проблемам наследственного права. Проблемы наследования всегда активно исследовались как в контексте перехода права собственности, так и в контексте субъектов, имеющих право на наследство. Современниками исследуемого периода освещалась политика начального периода развития советского законодательства (А. Гойхбарг [6, с. 27–33; 7; 8], А. Приградов-Кудрин [18, с. 4–5], Я. Брандербургский [5, с. 1, 2], С.М. Ландкоф [13, с. 115–124], П.С. Орловский [17, с. 63], М. Рейхель [19, с. 14–16]).

В дальнейшем исследования были продолжены В.И. Серебровским [21, с. 10], А. Давидович [9, с. 50–81], Б.С. Антимоновым [3, с. 28–30], В.К. Дронниковым [10, с. 20–21], Н.Н. Товстолес [26, с. 52–64].

Среди последних работ, посвященных изучению советского периода в

контексте проблематики, следует указать монументальное исследование А.И. Нелина [14] и Ю.А. Заики [12], в которых авторы останавливались на эволюции правовой регламентации наследственных прав пережившего супруга.

Целью и задачей статьи является исследование процесса развития института наследования супругами в советский период развития гражданского законодательства и правовой доктрины, а также последующая его эволюция в гражданском законодательстве Украины. Для достижения поставленной цели автором будут использованы методы историзма, сравнительно-правовой, а также системно-функциональный.

Изложение основного материала. Основой советского гражданского права, как в целом и всей системы советского права, была социалистическая собственность на орудия и средства производства. В период создания советского государства социалистическая собственность формировалась путем национализации земли и экспроприации банков, фабрик, заводов, транспорта в собственность государства. Одновременно была исключена как категория частная собственность, и вместо нее в отношении граждан была введена конструкция личной собственности, которая ограничивалась предметами личного пользования. Следует отметить, что К. Сен-Симон, Ф. Ласаль, М. Бакунин и другие видели в наследственном праве причину экономического неравенства классов, причину существования эксплуататорского общества, а в отмене наследственного права – путь к социальному преобразованию буржуазного общества в социалистическое [15, с. 344–345].

Совет Народных Комиссаров УССР в марте 1919 г. принял два декрета, которыми регламентировалось наследование как по закону, так и по завещанию: Декрет Совета Народных Комиссаров УССР от 11 марта 1919 г. и от 21 марта 1919 г. «Об отмене наследования». При этом советским законодателем в качестве условий для наследования имущества было установлено, что стоимость имущества не должна была превышать 10 тыс. руб.; имущество умершего должно было быть нажито трудовой деятельностью.

К наследникам были отнесены: переживший супруг; родственники по прямой нисходящей и восходящей линиям; полнородные и неполнородные братья и сестры. Эти родственники получали имущество независимо от работоспособности и своего имущественного состояния [11, с. 67; 1, с. 268]. Следует отметить, что в ст. 2 этого Декрета было закреплено, что неработоспособным родственникам наследодателя по прямой нисходящей и восходящей линиям, полнородным и неполнородным братьям и сестрам, а также пережившим супругам предоставляется преимущественное право получать содержание из имущества умершего не выше прожиточного уровня при условии, что эти лица нуждаются в помощи. Во втором Декрете СНК УССР от 21 марта 1919 г. «Об отмене наследования» уже предусматривалось, что если все наследственное имущество не превышает 10 тыс. руб., то оно переходит в пользование супруга, детей, полнородных и неполнородных братьев и сестер, родителей умершего, если они являются неработоспособными и нуждаются в помощи [2, ст. 1, с. 348]. Введение новой экономической политики в стране способствовало принятию ГК УССР в 1922 г., который не разделял имущество на трудовое и нетрудовое, а поэтому можно было наследовать оба вида имущества. Кроме того, допускалось наследование как по закону, так и по завещанию. При наследовании по закону одновременно призывались все родственники, и наследство разделялось между ними в равных долях. При наследовании по завещанию законодатель позволил наследодателю по своему усмотрению разделить наследство, но только между лицами, которые могли быть наследниками по закону, то есть круг наследников по закону и по завещанию всегда совпадал. Закон допускал лишь письменную форму завещания. Следует отметить значительную роль судебной практики в регламентации наследственных отношений. Так, в УССР не был принят закон об обязательной доли в наследстве, но судебная практика, руководствуясь ст. 1 ГК УССР 1922 г., признавала частично недействительными завещания, в которых несовершеннолетние наследники лишались наследства. В УССР, законодательство которой признавало только зарегистри-



рованный брак, судебная практика пошла по пути признания фактического брака и предоставления защиты всех правоотношений, которые вытекали из него, в том числе наследственных [4, с. 182; 20, с. 61]. Судебной практикой было признано, что лицо, находившееся с умершим в фактических брачных отношениях, не может считаться его наследником, если к моменту открытия наследства у умершего был супруг, который состоял с ним в зарегистрированном и не расторгнутом браке [16, с. 7]. Как указывал В.И. Серебровский, закон приравнивает к зарегистрированным бракам церковные браки, заключенные в союзных республиках до организации в них органов записи актов гражданского состояния; поэтому переживший супруг является законным наследником после умершего [20, с. 61]. С изданием Указа Президиума Верховного Совета СССР от 08 июля 1944 года, который признал законную силу только зарегистрированных браков, наследование друг после друга лиц, которые состояли в фактических брачных отношениях, по общему правилу исключалось. Это положение применялось как к тем случаям, когда фактические брачные отношения возникли после издания Указа от 08 июля 1944 года, так и к тем случаям, когда такие отношения возникли до издания Указа от 08 июля 1944 года. Но если лица, которые фактически состояли в брачных отношениях до издания Указа от 08 июля 1944 года, оформили свои отношения путем регистрации брака, то в случае смерти кого-нибудь из них переживший супруг признавался наследником [20, с. 62].

На основании Указа Президиума Верховного Совета СССР от 10 ноября 1944 года «О порядке признания фактических брачных отношений в случае смерти или пропажи без вести на фронте одного из супругов» фактические брачные отношения, возникшие до издания Указа от 08 июля 1944 года, могли быть установлены судом. В этом случае лицо, признанное супругом умершего, призывалось к наследованию. При рассмотрении вопроса о праве наследования пережившего супруга существенное значение имело время прекращения брака в силу развода, который получил разрешение в постановлении Пленума Верховного Суда СССР

от 16 сентября 1949 года, № 12/8/у «О судебной практике по делам о расторжении брака». В соответствии с п. 10 указанного постановления «регистрация развода в органах загса может производиться после вступления решения в законную силу. С момента внесения записи о разводе в книгу регистрации разводов брак считается прекращенным». С этого момента разведенные супруги утрачивают взаимное право наследования. Также лица, вступившие в брак, признанный впоследствии недействительным, не могут обладать и правом наследования [20, с. 64]. В качестве супруга наследует лицо, состоявшее в зарегистрированном браке с наследодателем на момент его смерти. Кроме того, право наследования признается за лицом, состоявшим в фактических брачных отношениях с умершим, если они возникли до 08 июля 1944 года и длились до смерти одного из супругов. Факт состояния в таких отношениях устанавливается судом (ст. 247 ГК). В случае расторжения брака бывший из супругов теряет право на наследование после смерти другого [22, с. 535; 23, с. 28; 25; 24].

Важнейшим этапом в развитии советского наследственного права является принятие Основ гражданского законодательства (1961 г.) и разработанных затем в соответствии с ними новых гражданских кодексов союзных республик. С их введением в действие было осуществлено дальнейшее увеличение круга возможных наследников по закону и расширение свободы завещания, а также ряд других мер по совершенствованию правового регулирования и охраны наследственных прав граждан, социалистических организаций и советского государства [24, с. 468, 470].

Так, ст. 529 Гражданского кодекса УССР относил к наследникам первой очереди ... пережившего супруга, детей, в том числе усыновленных и родившихся после смерти наследодателя, родителей (усыновителей). Внуки и правнуки наследодателя являлись наследниками по закону, если на момент открытия наследства не было в живых того из их родителей, кто был бы наследником. Переживший супруг считался законным наследником, если он состоял в браке с наследодателем до момента смерти последнего. Бывший супруг, брак с которым расторгнут, или

лицо, состоявшее с наследодателем в браке, который должен быть признан недействительным или вообще не имеющим юридической силы, как совершенный без соблюдения установленных требований, законным наследником не являлся [25, с. 498].

В соответствии с постановлением Пленума Верховного Суда Украины «О практике рассмотрения судами Украины дел о наследовании» № 4 от 24.06.1983 г. брак, признанный позже недействительным, не порождает права на наследство для лиц, находящихся в этом браке. Однако, если переживший супруг не знал и не должен был знать о наличии препятствий к заключению брака, суд мог признать за ним на основании статей 22-28, 49 КоБС УССР право на имущество, нажитое за время этого брака. Часть умершего включалась в состав наследства, а часть пережившего исключалась из него.

Также в постановлении Пленума было указано, что при разрешении споров о праве на обязательную долю в наследстве судам необходимо исходить из того, что согласно ст. 535 ГК право на такую долю за другими, кроме несовершеннолетних и неработоспособных детей наследодателя (включая усыновление), неработоспособного супруга, родителей (усыновителей), лицами, в том числе внуками и правнуками, может быть признано лишь в случае, когда они, будучи неработоспособными, находились на содержании умершего не меньше одного года до его смерти. Жена признается наследником после смерти мужа, а муж является наследником после смерти жены независимо от того, поддерживали они фактические брачные отношения, проживали они вместе, оказывали друг другу материальную помощь, а также независимо от характера личных отношений между ними: главное, чтобы в момент открытия наследства они находились в зарегистрированном браке [27, с. 731]. Следует отметить, что логика советского законодателя предельно проста – поскольку только зарегистрированный брак гарантировано относил пережившего супруга к наследникам первой очереди, то такой порядок наследования поддерживал и стабильность в сфере семейных отношений, а кроме того, был создан экономический стимул для регистрации брака, ибо в



противном случае переживший «фактический» супруг не мог наследовать по закону.

После провозглашения независимости, принятия Семейного и Гражданского кодексов Украины, несмотря на уравнивание фактических брачных отношений с зарегистрированным браком, с точки зрения режима совместного нажитого имущества (ст. 74 СК) они не относятся к наследникам первой очереди и наследовать могут только как четвертая очередь. При этом в соответствии с постановлением Пленума Верховного Суда Украины «О практике рассмотрения судами Украины дел о наследовании» № 7 от 30.05.2008 г. при разрешении спора о праве на наследство лиц, которые проживали с наследодателем одной семьей не менее пяти лет до момента открытия наследства (четвертая очередь наследников по закону), судам необходимо учитывать правила части 2 статьи 3 СК о том, что семью образуют лица, совместно проживающие, связанные общим бытом, имеющие взаимные права и обязанности. Отмеченный пятилетний срок должен исполниться на момент открытия наследства и его необходимо вычислять с учетом времени общего проживания с наследодателем одной семьей к вступлению в силу этого Кодекса. К наследникам четвертой очереди относятся не только женщина (мужчина), которые проживали одной семьей с наследодателем без брака, такое право могут иметь также другие лица, если они совместно проживали с наследодателем, были связаны общим бытом, имели взаимные права и обязанности, в частности, отчим, мачеха, пасынки, падчерицы, другие лица, которые взяли к себе ребенка как члена семьи, и тому подобное. Правила статьи 1264 ГК не касаются детей, устроенных в приемные семьи и детские дома семейного типа. К числу наследников четвертой очереди не входит лицо, которое хотя и проживало совместно с наследодателем, но состояло в зарегистрированном браке с другим лицом. Проживание одной семьей женщины и мужчины без брака не является основанием для возникновения у них права на наследство по закону как наследника первой очереди на основании статьи 1261 ГК.

Выводы. Реалии жизни показали, что без наследования невозможно

справедливое перераспределение между наследниками приобретенного за время жизни имущества. Поэтому и советский законодатель в процессе развития гражданского законодательства занимался адаптацией наследственного права сначала с учетом исключительно партийных интересов, а впоследствии, вернувшись к проблематике с точки зрения справедливого распределения приобретенного в браке имущества, с учетом интересов пережившего супруга между всеми наследниками. Критериями отнесения к наследникам, кроме наличия зарегистрированного брака, законодателем было установлено также кровное родство, усыновление и нахождение на иждивении. Действующее законодательство Украины, несмотря на его эволюцию с учетом наработок советского периода, не «выровняло» правового положения пережившего «фактического» супруга в наследственных отношениях, хотя и уравнило «фактических» супругов с находящимися в зарегистрированном браке. Указанный недостаток правовой регламентации подлежит устранению путем внесения соответствующих изменений в ГК Украины.

Список использованной литературы:

1. Декрет Совета Народных Комиссаров Украины от 11 марта 1919 г. «Об отмене наследования» // Собрание узаконений и распоряжений Рабоче-крестьянского правительства Украины. – 1919. – № 24. – 268 с.
2. Декрет Совета Народных Комиссаров Украины от 21 марта 1919 г. «Об отмене наследования» // Собрание узаконений и распоряжений Рабоче-крестьянского правительства Украины. – 1919. – № 32. – 348 с.
3. Антимонов Б. Советское наследственное право. [Текст] : учебник / Б. Антимонов, К. Граве. – М.: Юр. лит. – 1955. – 264 с.
4. Бошко В. Очерки советского семейного права [Текст] : / В. Бошко. – Киев : Госполитиздат УССР, 1952. – 371 с.
5. Брандербургский Я. К развитию Декрета об отмене наследования / Я. Брандербургский // Ежегодник советской юстиции. – 1922. – № 11. – С. 1–2.
6. Гойхбарг А. Отмена наследования / А. Гойхбарг // Пролетарская революция и право. – 1918. – № 2. – С. 27–33.
7. Гойхбарг А. Основы частного имущественного права (очерки) / А. Гойхбарг. – М. : Изд-во «Красная новь» Главполитпросвет, 1919. – 135 с.
8. Гойхбарг А. Хозяйственное право РСФСР: учебник / А. Гойхбарг. – М. : Госиздат, 1924. – Т. 1. – 369 с.
9. Давидович А. Основные вопросы советского наследственного права / А. Давидович // Уч. зап. Моск. юрид. института. – 1939. – Вып. 1. – С. 50–81.
10. Дронников В. Наследственное право Украинской ССР [Текст] : монография / В. Дронников. – К.: Изд. «Вища шк.», 1974. – 159 с.
11. Дронников В. История кодификации наследственного законодательства // Очерки кодификации гражданского законодательства Украинской ССР / В. Дронников. – К. : Изд-во Киев. ун-та, 1959. – С. 56–67.
12. Заїка Ю. Становлення і розвиток спадкового права в Україні. Автореф. дис. докт. юрид. наук.; 12.00.03. – К. – 2007.
13. Ландкоф С. Проблемы спадкування в радянському праві / С. Ландкоф. – Наук. зап. – К. : КДУ, 1946. – Т. V. – В. 2. – С. 115–124.
14. Нелін О. Еволюція спадкового права в Україні (історично-правовий аспект). [Текст]: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01/ О. Нелін. – Київ, 2010. – 415 с.
15. Изложение учения Сен-Симона. Пер. с франц. // под. ред. и с коммент. Э. Желубовский. – М. : Изд-во Акад. наук СССР, 1961. – 608 с.
16. Орловский П. Практика Верховного суда СССР по гражданским наследственным делам. [Текст]: монография / П. Орловский. – Под ред. М. Рейхеля. – М., 1947. – 20 с.
17. Орловский П. Некоторые вопросы законодательства о наследовании / П. Орловский // Советское государство и право. – 1936. – № 2. – С. 63–65.
18. Приградов-Кудрин А. Брачное право и наследование / А. Приградов-Кудрин // Ежегодник советской юстиции. – 1922. – № 12. – С. 4–5.
19. Рейхель М. Право наследования [Текст]: / М. Рейхель // Сов. юстиция. – 1973. – № 5. – С. 11–16.
20. Серебровский В. Очерки советского наследственного права [Текст] :



монография/ В. Серебровский. Академия наук СССР. Институт права. – М.: Изд-во АН СССР, 1953. – 240 с.

21. Серебровский В. Наследственное право [Текст] : монография / В. Серебровский. – М. : Юрид. изд. М-ва юстиции СССР, 1948. – 64 с.

22. Советское гражданское право. [Текст]: учебник в 2-х ч. / А. Кабалкин, М. Юргаева, Т. Шохина [та ін.] ; под ред. В. Рясенцева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрид. лит., 1987. – Ч. 2. – 576 с.

23. Советское гражданское право [Текст]: учебник в 2-х ч. / К. Лебедев, В. Мусин, Е. Поссе [та ін.] ; под ред. В. Смирнов, Ю. Толстой, А. Юрченко. – 2-е изд., испр. и доп. – Л.: из-во Ленинградского университета, 1982. – Ч. 1. – 414 с.

24. Советское гражданское право. [Текст]: учебник в 2-х ч. / М. Бару, З. Подопригора, С. Волошко [та ін.]; под ред. В. Маслова, А. Пушкина, 2-е изд., дополнен. и перераб. – К.: «Вища школа», 1983. – Ч. 2. – 502 с.

25. Советское гражданское право [Текст] : учеб. для юрид. ин-тов и фак. / Ленингр. гос. ун-т. – Отв. ред. О. Иоффе, Ю. Толстой, Б. Черепашин. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1971. – Т. 2. – 520 с.

26. Товстолес Н. О лишении наследства по Гражданскому кодексу / Н. Товстолес // Право и жизнь. – 1927. – № 6–7. – С. 52–64.

27. Цивільне право України. [Текст]: підручник : у 2-х кн. / О. Дзера, Д. Боброва, А. Довгерт [та ін.]; за ред. О. Дзери, Н. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – Кн. 2. – 784 с.

РАЗНОВИДНОСТИ ПРАВОВЫХ ИДЕОЛОГИЙ ПО ТИПУ ПРАВОПОНИМАНИЯ

Василий КАЛИТИНСКИЙ,

аспирант кафедры теории и истории государства и права
Хмельницкого университета управления и права

Summary

The typology of legal ideology via type of legal consciousness is researched in article. Different scholars' views on sense and concept of legal consciousness typology are considered. It is stated that legal ideal is a theoretical foundation of legal ideology and correlates with it as part and whole. The following definition of legal consciousness was proposed: it is a philosophical and legal category that includes a certain image of law, characterized by a certain attitude to law and system of legal ideas about concept of law, regularities of its origin and development. It was discovered that complex approach is the most universal approach to classification of legal consciousness types, according to approach applied it was proposed to divide legal ideology into classical and non-classical ideology.

Key words: legal ideology, legal ideal, legal consciousness, type of legal consciousness.

Аннотация

В статье исследуется типология правовой идеологии через тип правопонимания. Рассмотрены различные взгляды ученых на содержание и понятие типологии правопонимания. Установлено, что правовой идеал является теоретическим обоснованием правовой идеологии и соотносится с ней, как часть и целое. Предложено определение правопонимания: это философско-правовая категория, включающая в себя определенный образ права, который характеризуется отношением к праву, и систему правовых представлений о содержании права, закономерности его возникновения и развития. Выявлено, что наиболее универсальным подходом к классификации типов правопонимания является комплексный подход, и согласно использованного подхода предложено разделить правовую идеологию на классическую и неклассическую.

Ключевые слова: правовая идеология, правовой идеал, правопонимание, тип правопонимания.

Постановка проблемы. Правовая идеология как форма общественного правосознания отражает текущее состояние правовой реальности и формирует направления развития права. Ключевым элементом в структуре правовой идеологии выступает правовой идеал, который концентрирует в себе содержательное наполнение правовой идеологии и является вектором дальнейшего развития как на государственном уровне, так и в качестве отдельной программы, включенной в систему развития правовой системы в целом. Правовая идеология является мерой воплощения правового идеала, как высшего элемента правосознания, который представляет собой концентрат правовых идей и ценностей, а также образа и цели права. При этом именно образ права формирует правовые идеи, ценности и цели, которые будут включены в правовой идеал. Поэтому разделение правового идеала на виды мы предлагаем осуществлять в

зависимости от образа права, который отображает соответствующий тип правопонимания. Такая методологическая позиция отображает концепцию профессора А.В. Полякова относительно соотношения образа права и правопонимания [1, с. 37].

Актуальность темы исследования подтверждается степенью нераскрытия темы, поскольку нет фундаментальной работы, которая была бы посвящена рассмотрению классификации правовой идеологии через тип правопонимания.

Состояние исследования. Рассмотрение правовой идеологии, правового идеала, а также правопонимания осуществлялось многими учеными, такими как: Е.Н. Аристов, А.Ф. Байков, А.А. Беседин, Н.Л. Вершок, Ю.Б. Власова, А. Коцюба, В.В. Лапаева, И.А. Лихачев, А. И. Луцкий, И.М. Максимова, М. П. Недюха, Е.В. Тимошина, В.Л. Толстенко, С.С. Пискунова, А.В. Поляков, В.И. Попов, П. Рабинович,



А.Н. Сытник, А.В. Скоробогатов, П.А. Роль, Д.Ю. Цыганков и др.

Целью и задачей статьи является исследование типологии правовой идеологии и осуществление классификации правовой идеологии, а именно по типу правопонимания.

Изложение основного материала. Методологической основой нашего исследования является тезис, что правовая идеология формируется на основе правового идеала. Поскольку правовой идеал в зависимости от своей структуры может иметь разное наполнение, то можно выделять различные виды правовых идеологий. В свою очередь вид правового идеала зависит от образа права, который формирует тип правопонимания. Учитывая это, нам необходимо рассмотреть различные типы правопонимания, которые выступают основой для классификации правовых идеологий.

Применение правопонимания в нашем научном исследовании обусловлено установлением связи между правом и идеологией. Так, правовая идеология является частью правосознания, которая органически связана с правом, поскольку они комплексно формируются, воспроизводятся и развиваются. Поэтому концепция правовой идеологии в наиболее существенных своих аспектах оказывается прямо зависимой от находящейся в ее фундаменте трактовки права [2, с. 109]. Ю.А. Тихомиров, рассматривая проблему сопоставления правовой идеологии общества и конкретного отношения общества, государства и граждан к праву, указывает: «Понятие правопонимания, как представляется, удачно сочетает в себе обе грани рассматриваемого феномена и позволяет объективно оценивать процессы и явления правового развития. Выявляются и раскрываются правовые противоречия, определяется мера соотношения правового и неправового, ... а на этой основе – степень соответствия форм права и, прежде всего, закона объективным потребностям» [3, с. 66].

По мнению И.В. Музыки, правопонимание является сложной категорией, которая включает наряду с другими аспектами (социокультурный, функционально-инструментальный, аксиологический, информационно-коммуникативный, эволюционный,

структурно-содержательный) и идеологический аспект. Суть идеологического аспекта сводится к пониманию права, как выражения определенной идеологии (политической, религиозной и т. п.), права как меры свободы, права как определенной возможности (права и свободы человека), равенства и неравенства в праве [4, с. 69].

По нашему мнению, правопонимание – это философско-правовая категория, включающая в себя определенный образ права, который характеризуется отношением к праву, а также систему правовых представлений о содержании права, закономерности его возникновения и развития.

В настоящее время в науке плюрализм концепций правопонимания считается хорошим толчком к выявлению многосторонности понимания права, ведь есть точка зрения, согласно которой единого определения права, пригодного для всех времен и всех народов, найти невозможно. Право многогранное и на разных этапах развития общества может доминировать то или иное его проявление [5, с. 430].

По мнению П.Н. Рабиновича, к причинам плюрализма правопонимания следует отнести: гносеологические и потребностные причины. Суть группы причин, которые называются «гносеологическими», сводится к тому, что какое бы явление не считалось правом, оно обычно является весьма сложным, системным, многоуровневым, многогранным феноменом. Все это обуславливает невозможность при его познании охватить сразу и одновременно все его стороны, проявления, грани. К этой же группе обстоятельств принадлежит также и развитие общественных и других наук, в результате чего возникают новые методы познания. Что касается потребностных причин, то они обусловлены неоднородностью общества, то есть закономерностями его разделения на различные части – нации, классы, профессиональные слои, идеологические группировки и тому подобное. Сказывается и биологическое разделение людей (возрастное, половое). Социальные и биологические группы (сообщества или объединения их участников) имеют, наряду с одинаковыми общественными нуждами и интересами, и специфические, неоди-

наковые потребности и интересы. Это обуславливает то, что эти группы считают правом, прежде всего, такое явление, которое облегчает их существование, жизнедеятельность и развитие, которое способствует удовлетворению их потребностей и интересов. И такие «потребностные» причины нередко становятся еще более влиятельными, действенными, чем обстоятельства первой группы [6, с. 22–24].

Итак, типология правопонимания – это метод научно-юридического познания, который позволяет объяснить право в одном и том же отношении относительно правовой сущности и процесса ее развития. Основу типологии составляет теоретическое расчленение правопонимания, как целостного системного феномена, на элементы и группировки этих элементов по типам. Значение типологии обусловлено тем, что именно определенный тип правопонимания определяет правовую идеологию [7, с. 14].

Как утверждает В.С. Нерсесянц: «... тип правопонимания определяет парадигму (смысловую модель, принцип и образец) юридического познания, собственно научно-правовое содержание, предмет и метод соответствующего учения о праве» [8, с. 132].

По мнению П.А. Оля, под типом правопонимания понимается обобщенная модель феномена права, которая отражает общие существенные признаки определенного множества правовых теорий, представлений и понятий, которые, в свою очередь, отвечают этой модели по образцу [9, с. 51].

Под типологией правопонимания М. Козюбра предлагает понимать расчленение по определенным наиболее существенным признакам такого целостного, системного образования, как правопонимание, на соответствующие составляющие – типы. Тип правопонимания – это обусловленный мировоззренческой позицией познающего субъекта образ права, который отражает наиболее существенные, в соответствии с этой позицией, признаки права. Множественность критериев типологии правопонимания обусловлена многообразием подходов к правопониманию и может проводиться по самым разным признакам [10, с. 14].

Вся история развития юриспруденции – это история борьбы различ-



ных типов правопонимания, то есть различных подходов к пониманию того, что есть сущность права, выраженная в его понятии, и представляет собой конкретизированное, развернутое понятие права. Классификация типов правопонимания, как и любая классификация, зависит, прежде всего, от основания (т. е. критерия) классификации, положенного в ее основу [12, с. 11, 29].

В современной науке общей теории права достаточно распространенной является попытка противопоставления двух основных типов: юридического и легистского правопонимания. Однако, как утверждает И.Л. Вершок, данная типология представляется слишком обобщенной и не учитывает специфику, культурологический контекст права той или иной эпохи и территории, находится в отрыве от существующей в конкретном обществе парадигмальной установки. Более того, грубое отнесение различных теорий правопонимания к первому или второму типу значительно упрощает различные по своей природе и парадигмальной основе концепции права [13, с. 111].

Согласно с А.В. Поляковым, существует два типа правопонимания: практический и теоретический. Практический тип правопонимания отображается в общественном правовом сознании в виде наиболее общих признаков, характеризующих отношение общества к праву, его особое правопонимание и правовые чувства. Каждая цивилизация имеет свой тип правопонимания (например, можно говорить о наиболее общих группах – правопонимание Запада и Востока). В теоретическом типе правопонимания ценностные мотивы идеализированы, он оформлен концептуально [14, с. 82].

В.М. Сырых предлагал классифицировать основные теории правопонимания по используемому им методу познания права: 1) теории, основанные на применении метафизического метода познания права (рассматривают явления, как односторонние и независимые друг от друга, вне их внутренних противоречий и саморазвития – теория естественного права, юридический позитивизм); 2) теории, основанные на применении диалектического метода познания (рассматрива-

ют явления и предметы всесторонне в их взаимосвязи с другими явлениями, в их историческом развитии, источником которого выступают внутренние противоречия изучаемого – философия права Гегеля, марксистская правовая доктрина) [15, с. 427].

Н.И. Мозоль предлагает брать за основу следующие три типа правопонимания:

1) аксиологический. При таком подходе право и закон следует разграничивать, а приоритет нужно предоставлять праву, как нормативно закрепленной справедливости;

2) позитивистский (нормативный). Нормативное правопонимание предполагает отождествление права и закона. В то же время при таком подходе выделяют такие свойства права, как формальная определенность, точность, однозначность правового регулирования;

3) социологический. Согласно этому подходу правом признается его функционирование, реализация, его «действие» в общественных отношениях, а не его создание правотворческими органами в форме закона и других нормативно-правовых актов [16, с. 37–38].

Итак, ученые осуществляют классификацию типологии правопонимания по различным критериям, однако мы предлагаем универсальный критерий – комплексный. Согласно этому подходу «развитие правовых систем идет хотя и в разных темпах, с разными вариациями, но все же в одном направлении. Причем так, что происходит взаимное обогащение права в различных ареалах, и в конечном итоге – своеобразная интеграция в праве, при которой сочетаются в единые правовые образования, в целостные юридические конструкции, преимущества и достижения различных отраслей права» [17, с. 228].

Выделяют следующие критерии типологии правопонимания: господствующая картина мира и общенаучная парадигма эпохи; методы анализа феномена права; философская доктрина и юридическое мировоззрение субъекта правопонимания. Такая типология позволяет выделить два основных подхода к правопониманию: классическое правопонимание и постклассическое (неклассическое) право-

понимание. Представители классического подхода считают, что право можно познать и объяснить с помощью одной «правильной» теории, которую необходимо найти. Зато ученые, выступающие за постклассический подход считают, что право – многомерное явление, и с помощью только одной теории права познать его невозможно [7, с. 21].

В рамках классического правопонимания выделяют естественно-правовой и позитивистский подходы. К неклассическому (интегративному) правопониманию относят теории, которые стремятся объединить в рамках одной правовой теории разработанные в классических типах правопонимания особые аспекты бытия права или объединить методологию нескольких классических теорий для изучения феномена права во всей его многогранности [11, с. 20–21].

Итак, современный правовой дискурс не дает предпочтение какому-либо одному типу правопонимания. Для него характерен плюрализм, который объясняется не только наличием кризиса правопонимания, но и требованиями современного состояния общества. Правовая реальность сегодня характеризуется такими качествами, как динамизм, изменчивость, зависимость от субъективного восприятия и т. д. Если для классического правопонимания характерно неприятие чужого мнения, которое однозначно трактуется как априори неправильное, то постклассическое правопонимание, напротив, ориентируется на множественность правовых теорий, каждая из которых занимает свою нишу в объяснении многогранности правовых явлений [18, с. 150].

Классическое и неклассическое правопонимание является своеобразным стилем теоретико-правового (философско-правового) мышления, типологические особенности которых определяются типом научной рациональности. Как утверждает Е.В. Тимошина, в основе типологии классического и неклассического правопонимания лежит представление о том, что научное знание представляет собой явление, которое исторически развивается и формируется в пределах определенного социокультурного контекста [19, с. 9].



Выводы. Каждый из типов правовопонимания имеет свое содержательное наполнение, что указывает как на его преимущества, так и недостатки, в связи с чем актуально обратиться к рассмотрению типов правовопонимания с целью классификации правовой идеологии и оценки ее перспектив дальнейшего развития. Итак, следует констатировать зависимость классификации правовой идеологии от ее основного структурного элемента – правового идеала, который, в свою очередь, зависит от образа права – типа правовопонимания.

Наиболее универсальным подходом к классификации типов правовопонимания является комплексный подход, предусматривающий разделение правовопонимания на классическое и неклассическое. Согласно использованного подхода мы предлагаем осуществить классификацию правовой идеологии по правовому типу правовопонимания и поделить правовую идеологию на классическую и неклассическую.

Список использованной литературы:

1. Общая теория права: Курс лекций / А.В. Поляков; Ассоциация юридический центр; кафедра теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета. – Учеб. изд. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 642 с.
2. Общественное сознание и его формы [Текст] / Под общ. ред. В.И. Толстых. – М.: Политиздат, 1986. – 367 с.
3. Тихомиров Ю.А. Коллизииное право / Ю.А. Тихомиров. – М., 2000. – 393 с.
4. Музика І.В. Ліберальна ідеологія як фактор трансформації сучасного праворозуміння / І.В. Музика // Проблеми філософії права. – 2006–2007. – Том IV–V. – С. 68–72.
5. Аристов Е.Н. Понятие и структура правовопонимания / Е.Н. Аристов // Мир науки, культуры, образования. – № 6 (37). – 2012. – С. 430–433.
6. Рабінович П.М. Філософія права : навч. посіб. в 5-ти ч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / П.М. Рабінович. – К.: Ін Юре, 2013. – Ч. 1–2. : Філософія права як наука. Гносеологія права. – 232 с.
7. Скоробогатов А.В. Современные концепции правовопонимания: Учебное пособие / А.В. Скоробогатов. – Казань: Познание, 2010. – 158 с.
8. Нерсесянц В.С. Философия права Гегеля / В.С. Нерсесянц. – М., 1998. – 348 с.
9. Оль П.А. Правопонимание: от плюрализма к единству: [монография] / П.А. Оль. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центрПресс», 2005. – 243 с.
10. Козюбра М.І. Праворозуміння: поняття, типи та рівні / М.І. Козюбра // Право України. – 2010. – № 4. – С. 10–21.
11. Гришук О.В. Класичне та не-класичне праворозуміння: окремі філософсько-правові проблеми / О.В. Гришук // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матеріали XXI звітної науково-практичної конференції (12–13 лютого 2015 р.): у 2 ч. – Ч. 1. – Львів: юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2015. – С. 19–22. – С. 20–21.
12. Лапаева В.В. Типы правовопонимания: правовая теория и практика: Монография / В.В. Лапаева. – М.: Российская академия правосудия. – 2012. – 580 с.
13. Вершок И.Л. Проблемы сущности и типологии правовопонимания / И.Л. Вершок // Вестник Полоцкого государственного университета. – Сер. D. – Экономические и юридические науки. – 2012. – № 13. – С. 109–113.
14. Поляков А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : курс лекций / А.В. Поляков. – СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2004. – 864 с.
15. Сырых В.М. Теория государства и права / В.М. Сырых. – М., 1998. – 528 с.
16. Мозоль Н.І. Сучасні концепції праворозуміння: поняття, характеристика та особливості / Н.І. Мозоль // Науковий вісник національної академії внутрішніх справ. – № 1. – 2013. – С. 36–41.
17. Алексеев С.С. Теория права: поиск новых подходов: учебное пособие / С.С. Алексеев. – Екатеринбург, 2000. – 250 с.
18. Скоробогатов А.В. Типология правовопонимания: сравнительно-правовой анализ / А.В. Скоробогатов // Актуал. пробл. экономики и права. – 2008. – № 4. – С. 147–151.
19. Тимошина Е.В. Классика, постклассика ... неоклассика: к обоснованию контрпостмодернистской программы в теории права / Е.В. Тимошина // Правоведение. – 2014. – № 4. – С. 6–29.



ПЕРЕДАЧА МЕСТА В ДОГОВОРЕ КАК СПОСОБ ЗАМЕНЫ СТОРОНЫ В ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕ

Виктор КАСАП,

глава Хмельницкого окружного административного суда

Summary

In article the question of change of parties in obligation are considered. The author defines features of participation of third parties in performance of an obligation, including in transmission space in contract. The author insists of great practical importance of transfer of contract, given that becoming more common contracts of long duration, acquisitions or business combinations, and others. The transfer of place in contract may be applied in case where a third party under contract with the debtor or creditor goes all a set of rights and obligations for liabilities. In fact, it is transition of totality of rights and responsibilities of transmission locations in contract differs from replacement of parties in undertaking by assignment of claim or debt transfer.

Key words: debtor, creditor, third party, change of parties, debt transfer, assignment.

Аннотация

В статье исследован вопрос о способах перемены лиц в обязательстве. Автор определяет особенности участия третьего лица в исполнении обязательства, в том числе в процессе передачи места в договоре. Автор настаивает на большом практическом значении такой передачи контракта, учитывая, что все большее распространение получают контракты длительной продолжительности, поглощения или объединения компаний и др. Передача места в договоре может быть применена в случае, когда к третьему лицу по договору с должником или кредитором переходит вся совокупность прав и обязанностей по обязательствам. По сути именно переходом всей совокупности прав и обязанностей передача места в договоре отличается от замены сторон в обязательстве путем уступки требования или перевода долга.

Ключевые слова: должник, кредитор, третья сторона, передача места в договоре, перевод долга, уступка требования.

Постановка проблемы. Исполнение обязательства по общему правилу осуществляется соответствующей обязанной стороной (должником). Как правило, стороны вступают в договорные правоотношения, учитывая личность контрагента. Кредитор в будущем договорном отношении предполагает, что должник осуществит надлежащее исполнение в соответствии с условиями обязательства. В большинстве случаев исполнение производится должником лично – покупатель платит цену, продавец передает вещь, заемщик возвращает заем и т. д.

Однако специфика гражданско-правовых договоров заключается в том, что в отдельных случаях кредитор безразлично, кто именно будет исполнять обязательства – сам должник лично или любое другое лицо.

Кредитор, который ожидает возврата займа, или продавец, который ожидает уплаты покупной цены, с экономической точки зрения безразлично относятся к лицу, оплачивающему ему сумму долга, поскольку ему важнее получить надлежащее исполнение.

В связи с изложенным научные взгляды в пределах гражданского права неоднократно были прикованы к вопросам, связанным с условиями допустимости исполнения обязательства третьим лицом. Оценивая возможные

перспективы дальнейшего развития института исполнения обязательства третьим лицом, следует заметить, что все усложняющиеся экономические отношения не могут не сказываться и на праве, регулирующем эти отношения. Особенно рельефно это проявляется в сфере коммерческих, предпринимательских отношений, где все большую распространенность приобретает возможность передачи полного набора прав и обязанностей по договору третьему лицу.

Несмотря на распространенность различных способов перемены лиц в обязательстве, передача места в договоре и применение этой правовой конструкции как для защиты прав кредитора, так и должника с научной точки зрения не приобрела надлежащего внимания. Эти вопросы исследуются сегодня фрагментарно, в основном на уровне определения особенностей договоров о переводе долга и уступке права требования. Отдельные наработки в исследуемой сфере осуществлялись такими авторами, как М.М. Агарков, В.А. Белов, Ф.И. Гавзе, Ю.М. Гайдук, Д.В. Дождев, И.В. Жилинкова, В.И. Пушай, Б.Б. Черепанов, В.С. Шевченко и др.

Целью исследования является определение особенностей правовой конструкции передачи места в договоре, как способа замены стороны в обязательстве.

В литературе существует точка зрения, что третье лицо выполняет только фактические действия по отношению к кредитору (осуществление исполнения) или к должнику (принятие исполнения). Это утверждение, как правило, положено в обоснование разграничения между третьим лицом и стороной обязательства. Не углубляясь в проблематику разграничения юридических и фактических действий (четкую границу между фактическими и юридическими действиями в отдельных случаях провести достаточно сложно), вряд ли можно согласиться с тем, что выполнение обязательства или принятие выполнения являются действиями исключительно фактического характера [1, с. 83]. Это связано с тем, что во многих случаях такие действия приводят к прекращению обязательства, а, следовательно, они являются юридическими действиями. С учетом сказанного разграничительной чертой между стороной обязательства и третьим лицом является не характер действий: основное отличие заключается в том, что третье лицо (в отличие от стороны) участвует не в обязательстве, а только в его исполнении.

В связи с изложенным необходимо отметить важность изучения вопросов, связанных с исполнением обязательств третьим лицом, что связано не только с последствиями для должника и креди-



тора, но и, собственно, для самого третьего лица. Особую актуальность этот вопрос обрел в связи с удаленностью таких правовых конструкций, как уступка требования, перевод долга и замена третьим лицом места в договоре.

Для отечественной теории обязательственного права участие третьего лица в обязательстве воспринимается, как основание замены кредитора или должника. Исполнение обязательства третьим лицом является заменой должника, а не кредитора. С целью определения различий между исполнением обязательства третьим лицом на стороне должника и заменой третьим лицом места в договоре стоит отметить следующее.

При возложении исполнения на третье лицо происходит фактическая замена должника, однако само третье лицо не становится стороной в обязательстве, поскольку оно выполняет по отношению к кредитору только фактические действия, например, отгружает продукцию, оплачивает товар, выполняет работу и т. д. Привлечение третьих лиц в правоотношения должно быть исключительно фактическим. В этом есть свои плюсы: третьему лицу можно доверить выполнение действий, которые сам должник осуществить не может или даже не имеет права. Вместе с тем фактический характер участия третьего лица в обязательстве накладывает определенные правовые ограничения. Третье лицо должно учитывать, что оно не имеет той полноты правовых возможностей, которые имеют стороны обязательства. И более того, есть специальные предписания, обусловленные тем, что третье лицо действует от имени и в интересах должника [2].

Вывод о том, что в результате возложения исполнения обязательства на третье лицо возникает новое обязательственное правоотношение, не говоря уже об одном правоотношении с тремя участниками, по мнению И.В. Киселя, не соответствует действительности. При возложении исполнения обязательства на третье лицо должник не перестает быть субъектом этого обязательственного правоотношения и сохраняет принятые на себя права и обязанности до момента прекращения обязательства. Обязанным перед кредитором по-прежнему остается должник, несмотря на то, что исполнение обязательства

он возложил на третье лицо. Он же, по общему правилу, несет ответственность перед кредитором за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства третьим лицом [3, с. 147].

По мнению И.В. Киселя, понятие «обязательство с участием третьего лица» следует использовать в узком (для обозначения единого обязательства со сложной структурой) и широком смысле (для обозначения каждого из взаимосвязанных обязательств, образующих систему). В отличие от обязательства в пользу третьего лица, как обязательства с участием третьего лица в узком смысле, обязательства с участием третьего лица в широком смысле – это одно из пары взаимосвязанных с помощью общего субъекта и в то же время относительно самостоятельных обязательств [3, с. 43].

К числу обязательств с участием третьих лиц в широком смысле указанный автор также относит обязательства, которые имеют место при переадресации выполнения, обеспечение выполнения обязательств посредством поручительства, банковской гарантии, залога (если залогодатель не является должником по основным обязательствам), а также при регрессе [3, с. 43].

Этот взгляд, известный под названием «теории сложных обязательств», как справедливо указывает В.А. Белов, не укладывается ни в один из известных определений ни понятия обязательства, ни понятия правоотношения. Любое правоотношение (в том числе и обязательственное) состоит из одного субъективного права и одной корреспондирующей ему юридической обязанности. Если по одному и тому же основанию возникает несколько субъективных прав с соответствующим количеством обеспечивающих их обязанностей, то фактически имеет место несколько различных правоотношений. А это значит, что в каждом отдельно взятом обязательстве каждый его участник является или должником, или кредитором, но не тем и другим одновременно; фигуры должника-кредитора или кредитора-должника гражданского права не известны. Статус кредитора и должника совместимы в одном лице лишь в том случае, если речь идет как минимум о двух различных обязательствах, в одном из которых нас интересует лицо, являющееся кредитором, в другом – должником

ком. Уступка требования составляет содержание одного из обязательств (того, где лицо, нас интересующее, является кредитором), никак не влияет на судьбу другого обязательства (того, в котором лицо, нас интересующее, является должником). Лицо выбывает из одного обязательственного правоотношения, но сохраняет свой статус (кредитора или должника) в другом обязательственном правоотношении, хотя они и возникли из одного и того же договора [4].

С вопросом привлечения третьего лица к исполнению обязательства неразрывно связана конструкция субдоговоров. По мнению С.М. Мокрова, если третье лицо, к примеру, субподрядчик, предлагает за основного должника выполнить строительный подряд в полном объеме, кредитор по основному обязательству, договору генерального строительного подряда, не имеет права уклониться от принятия исполнения, и после принятия выполнения основной должник, генеральный подрядчик, полностью освобождается от соответствующих обязанностей и ответственности.

Если третье лицо, субподрядчик, предлагает частичное исполнение строительного подряда (общестроительные работы, монтажные или специальные работы), то у кредитора, заказчика по договору строительного подряда, возникает право принять такое исполнение, поскольку в силу принципа надлежащего исполнения обязательства должны выполняться в полном объеме. Если же заказчик согласен принять частичное исполнение договора, то, естественно, генеральный подрядчик в соответствующей части освобождается от выполнения уже выполненных обязательств. Если заказчик отказывается от принятия частичного исполнения, то выполнение части строительно-монтажных работ может быть передано заказчику генеральным подрядчиком, если, например, договором предусмотрена передача отдельных частей, комплексов или элементов, выполняемых строительно-монтажных работ. Итак, конструкция возложения исполнения обязательств на третьих лиц вполне применима для объяснения сущности субподрядных обязательств и правоотношений [5, с. 6162].

Законодатель в идеале может рассмотреть различные дополнительные



условия для заключения договора. Конечно, называть кого-либо третьими лицами следует только тогда, когда эти лица имеют самостоятельный интерес к объекту обязательства и соответственно волю на возникновение, развитие и прекращение правовых отношений.

Правильное суждение, по нашему мнению, выражает В.В. Кулаков, что в отношении каждого конкретного случая, когда в обязательстве видится участие третьих лиц, следует тщательно проанализировать структуру правоотношения и характер его содержания. В итоге можно сделать вывод, является ли так называемое третье лицо посторонним для обязательства или же его участником [6, с. 23].

В связи с изложенным интересной представляется конструкция, предлагаемая ст. III.-5 302: DCFR о передаче места в договоре.

Такая конструкция может быть применена в случае, когда к третьему лицу по договору с должником или кредитором переходит вся совокупность прав и обязанностей по обязательствам. По сути именно переходом всей совокупности прав и обязанностей передача места в договоре отличается от замены сторон в обязательстве путем уступки требования или перевода долга.

Целесообразно обратить внимание на большое практическое значение такой передачи контракта, учитывая, что все большее распространение получают контракты длительной продолжительности, поглощения или объединения компаний и др. Также соглашения о передаче всего договорного положения часто используются относительно соглашений об аренде, кредитных и других заемных обязательств, трудовых отношений (необходимо в этом случае обратить внимание, что трудовые договоры по концепции договорного права ЕС относятся к гражданско-правовым, а потому регулируются фактически одинаковыми нормами) и другие виды длящихся договоров. В отдельных случаях специальные условия таких договоров могут быть определены конкретными нормами. В частности Книга IV.B DCFR имеет положение, по которому при замене собственника арендованного товара предыдущий владелец остается субсидиарно ответственным за невыполнение обязательств по договору как лицо, предоставляющее

личное обеспечение выполнения обязательства перед арендатором (ст. IV.B.-7:101 DCFR).

Передача всего договорного обязательства отличается от новации. Новация предполагает прекращение предыдущих договорных отношений и возникновение новых с различным объектом или другим субъектом, тогда как в передаче всего договорного обязательства отношения остаются прежними. Договорная связь остается прежней, но она передается от одной стороны договора новоизбранному третьему лицу.

Любая сторона договора по согласованию с другой стороной может заменить третье лицо во всех правоотношениях, вытекающих из договора так, чтобы третье лицо приняло на себя и права, и обязанности по договору вместо этой стороны. К примеру, Б. заключил с компанией А. договор строительного подряда и совершил первую оплату. До окончания выполнения договора Б. становится неплатежеспособным и поэтому по согласованию с компанией он передает свое участие в договоре третьему лицу В., которое берет на себя обязанности по оплате договора и соответственно наделяется другими правами по договору строительного подряда.

Согласие другой стороны на передачу места в договоре может быть предоставлено заранее. В таком случае правовые последствия передачи наступают только после того, как сторона была уведомлена о такой замене.

На отношения по передаче места в договоре распространяются нормы об уступке требования в части передачи прав, а также перевод долга в части перевода долга.

Передача места в договоре – больше, чем простая комбинация уступки прав и перевода долга. Это однородное соглашение, которым передается целая структура прав, обязанностей, юридических статусов, которые в соответствии могут рассматриваться больше, чем простая комбинация единых действий, прав и обязанностей, которые передаются. На практике, однако, важнейший результат такой сделки – передача всех договорных прав, включая сопутствующие, а также принятие всех договорных обязательств стороной, которая привлекается. В случае, когда стороны имеют целью оставить соли-

дарного или субсидиарного должника, то такие отношения фактически регулируют вопросы полной или неполной замены должника, но не передачи места в договоре.

Возможность передачи места в договоре известна гражданскому законодательству ряда стран (ст. 1406–1410 ГК Италии, ст. 424–427 ГК Португалии, ст. 6.159 ГК Нидерландов и др.). Согласно ст. 1406 ГК Италии каждая сторона может заменить себя третьим лицом в отношениях, вытекающих из договоров, если они еще не выполнены, при условии, что другая сторона соглашается на такую замену. Этот многосторонний договор и согласие трех сторон, которые принимают в нем участие, имеют важное значение.

Ст. 1408 ГК Италии определено, что поскольку передача места в договоре вступает в силу, цедент освобождается от обязательств первоначальной стороны договора, если эта сторона дает на это согласие. Статья 1409 ГК Италии уполномочивает первоначальную сторону использовать все возможные способы защиты, которые возникают из договора, но не основаны на других отношениях с цедентом.

В тех странах, где прямо в законодательстве не предусмотрена возможность передачи места по договору, такая замена рассматривается судебной практикой и наукой, как односторонняя сделка с обязательным согласованием тремя участниками правоотношения. К примеру, Германское гражданское уложение прямо не устанавливает возможности передачи места в обязательстве, но такая возможность признана Федеральным судом.

Английское законодательство имеет дело с передачей всего договора только в пределах новации, признается важным для объединения компаний, реорганизации юридических лиц, товарных рынков, операций по кредитным картам и в других контекстах.

Польское законодательство не признает передачу всех договорных отношений (то есть взаимные права и обязанности) в пределах одного юридического акта за исключением случаев, связанных с исполнением договоров аренды, а также контрактации сельскохозяйственной продукции.

В отечественном законодательстве общие нормы на этот счет отсутствуют.



Отдельные случаи передачи места в договоре известны российскому законодательству. Так, согласно 2 п. 23 Закона «О финансовой аренде (лизинге)» [7] к приобретателю прав лизингодателя в отношении предмета лизинга в результате удовлетворения взыскания в обязательном порядке переходят не только права, но и обязанности лизингодателя, определенные в договоре лизинга.

Отечественным законодательством (ст. 752 ГК Украины [8]) предусмотрена возможность замены приобретателя по договору пожизненного содержания (ухода) в случае, когда первоначальный приобретатель не имеет возможности дальнейшего выполнения обязанностей приобретателя по основаниям, которые имеют существенное значение.

Вместе с тем законодательством в этой ситуации не установлено, кто остается приобретателем прав по договору, поскольку возникает вопрос, в чью пользу будет осуществляться передача имущества по договору. Нет однозначного ответа по этому вопросу и в судебной практике. Так, в тексте одних судебных решений фактически говорится лишь о выполнении обязанностей новым приобретателем [9–11] с фактическим указанием на то, что новый приобретатель становится стороной договора и в результате приобретает право требования на предмет договора пожизненного содержания, в других судебных решениях говорится как о передаче обязанностей, так и о передаче прав [12]. По нашему мнению, второй вариант является логическим с точки зрения структуры договора, когда изменения стороны договора пожизненного содержания должны происходить в той же форме, что и заключался собственно сам договор. По аналогии с порядком замены приобретателя в связи с его смертью (ст. 757 ГК Украины) нотариус в соответствии с Порядком совершения нотариальных действий нотариусами Украины должен вносить соответствующие изменения в текст договора и в соответствующие реестры.

Фактическая замена должника в договоре пожизненного содержания, по нашему мнению, должна повлечь за собой наложение на него не только обязанностей, но и прав.

В связи с изложенным считаем целесообразным отметить, что пере-

дача места в договоре является специфическим способом замены сторон в обязательстве, предусматривает передачу всей совокупности прав и обязанностей по договору одной из сторон по согласованию с другой стороной.

По нашему мнению, в целях легализации такого способа замены стороны в обязательстве целесообразно дополнить ГК Украины ст. 523¹ такого содержания.

«Передача места в договоре:

1. Сторона в договоре может договориться с третьим лицом о ее замене как стороны в договоре с этим лицом при наличии согласия другой стороны договора.

2. Согласие другой стороны может быть предоставлено заранее. В таком случае правовые последствия передачи наступают только после того, как сторона была уведомлена об этом.

3. В той части, в которой замена на третье лицо вызывает передачу прав, применяются положения об уступке прав; в той части, в которой происходит передача обязанностей, применяются положения о замене должника».

Список использованной литературы:

1. Ненашев М.М. О критериях определения наличия юридического интереса // Проблемные вопросы гражданского и арбитражного процес сов / М.М. Ненашев / Под ред. Л.Ф. Лесниченко, М.А. Рожковой. – М., 2008. – С. 82–85.

2. Украинский Р.О. Обязательства с участием третьих лиц / Р.О. Украинский // Юрист. – 2004. – № 27. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://www.lawmix.ru/comm/2696/>.

3. Кисель И.В. Обязательства с участием третьих лиц: дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.03 / И.В. Кисель. – М., 2002. – 200 с.

4. Белов В.А. К вопросу о соотношении понятий обязательства и договора / В.А. Белов // Вестн. гражд. права. – 2007. – № 4. – С. 239–258.

5. Мокров С.Н. Договор строительного подряда: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С.Н. Мокров. – Волгоград, 2006. – 203 с.

6. Кулаков В.В. Формы участия третьих лиц в обязательстве / В.В. Кулаков // Рос. судья. – 2009. – № 7. – С. 18–23.

7. О финансовой аренде (лизинге): Федеральный закон от 29.10.1998, № 164-ФЗ. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_20780.

8. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р., № 435 // ВВР. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

9. Рішення Печерського районного суду міста Києва у справі № 757/32769/15-ц. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57209105>.

10. Рішення апеляційного суду Черкаської області у справі № 22ц-325/2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8796169>.

11. Рішення Ленінського районного суду м. Донецька. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25043532>.

12. Рішення Феодосійського міського суду АРК у справі № 121/3688/12. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24451263>.



ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ПОЛИЦИИ С НАСЕЛЕНИЕМ: НОВОЕ ПОНИМАНИЕ И ПОИСК ЭФФЕКТИВНЫХ ПРОГРАММ

Роман КАЦУБА,

кандидат юридических наук, декан факультета № 2
Днепропетровского государственного университета внутренних дел

Summary

In article considered interaction of police with population. Described a new understanding of this interaction, which is impossible without awareness of population issues and taking into account specific territory services by police. Paid attention to necessity of finding effective programs implementation of such interaction. Today, interaction of police with population acquires a new understanding. In our opinion, interaction is available with evidence common interests of faith and trust between subjects. Here with, public order and safety are key interest, which combines police and population, faith and trust of population to police, and police to population must be achieved through implementation common programs. The effective interaction of National police of Ukraine with population is impossible without awareness of population issues and taking into account specific territory services by police (region, settlement, district, street).

Key words: National police of Ukraine, society, trust, programs, interaction, population.

Аннотация

В статье рассмотрено взаимодействие полиции с населением. Охарактеризовано новое понимание такого взаимодействия, что является невозможным без осведомленности о проблемах населения и учета полицией специфики территории обслуживания. Уделено внимание необходимости поиска эффективных программ реализации такого взаимодействия. Взаимодействие полиции с населением сегодня приобретает новое понимание. С нашей точки зрения, взаимодействие заключается в наличии общих интересов, веры и доверия между субъектами. При этом публичный порядок и безопасность являются ключевым интересом, что объединяет полицию и население. Вера и доверие населения к полиции, а полиции к населению должны достигаться посредством реализации совместных программ. Эффективное взаимодействие Национальной полиции Украины с населением невозможно без осведомленности о проблемах населения и учета полицией специфики территории обслуживания (региона, населенного пункта, района, улицы).

Ключевые слова: Национальная полиция Украины, общественность, доверие, программы, взаимодействие, население.

Постановка проблемы. Сегодня происходит формирование Украины как независимого демократического социального и правового государства. Переход от чисто декларативного следования демократическим ценностям к их практическому внедрению в жизнь обусловлен стремлением Украины стать полноправной участницей Европейского Союза (далее – ЕС). Вместе с тем внешняя агрессия против Украины в совокупности со сложной политико-экономической ситуацией создают криминогенную ситуацию в государстве и образуют коррупционные риски, снижая тем самым уровень доверия населения к органам государственной власти.

Для стабилизации ситуации в правоохранительной сфере было введено реформирование ключевых правоохранительных органов государства. Сегодня продолжается реформирование судебной системы Украины, Национальной гвардии Украины, Прокуратуры Украины. Создан ряд государственных органов, в частности, Национальное антикоррупционное бюро Украины, Национальная полиция Украины, Государственное бюро расследований и тому подобное. По нашему мнению, успешное реформирова-

ние вышеуказанных государственных органов невозможно без налаживания взаимодействия с населением. Это взаимодействие представляет собой многоаспектное явление и находит проявление в разных формах, реализации совместных программ.

Актуальность темы исследования. В массиве правоохранительных органов Украины Национальная полиция является ключевым субъектом, что в силу возложенных на нее обязанностей больше взаимодействует с населением, используя при этом различные формы и методы.

По опросу фонда «Демократические инициативы имени Илька Кучерива» и Киевского международного института социологии доверие населения к вновь созданной полиции растет, хотя баланс доверия–недоверия все же остается негативным, однако в июле 2015 года баланс доверия–недоверия к милиции составил 57%, а в декабре уже к полиции – 24% [1].

Проблемы деятельности органов внутренних дел рассматривались в трудах: В.Б. Аверьянова, А.М. Бандурки, Ю.П. Битяка, С.Н. Братуся, И.П. Голосниченко, В.К. Колпакова, С.В. Кивалова, Е.В. Куренного, М.В. Лошицкого,

А.В. Негодченко и других специалистов по юридическим наукам.

В свою очередь, исследованиями взаимодействия органов государственной власти с населением занимались: Т.Д. Гаврилюк, И.Ф. Фисенко, Ю.С. Назар, Т.И. Возная, С.К. Гречанюк и другие. В то же время предметные исследования взаимодействия Национальной полиции Украины с населением не проводились, что обуславливает необходимость и целесообразность научного поиска в этом направлении.

Целью и задачей статьи является исследование нового понимания взаимодействия полиции с населением и поиск эффективных программ его реализации.

Изложение основного материала. Напомним, что в соответствии со статьей 1 Закона Украины «О Национальной полиции» от 02 июля 2015 года Национальная полиция (далее – полиция) является центральным органом исполнительной власти, который служит обществу путем обеспечения охраны прав и свобод человека, противодействия преступности, поддержания публичной безопасности и порядка [2].

Интересным моментом является то, что взаимодействию полиции с органа-



ми государственной власти и органами местного самоуправления посвящена 5 статья раздела I «Общие положения», тогда как взаимодействие с населением на принципах партнерства закреплено статьей 11 Закона и отнесено к разделу II «Принципы деятельности полиции» [2].

Согласно требованиям Закона деятельность полиции осуществляется в тесном сотрудничестве и взаимодействии с населением, территориальными общинами и общественными объединениями на принципах партнерства, и направлена на удовлетворение их потребностей (часть 1). С целью определения причин и/или условий совершения правонарушений планирование служебной деятельности органов и подразделений полиции осуществляется с учетом специфики региона и проблем территориальных общин (часть 2). Уровень доверия населения к полиции является основным критерием оценки эффективности деятельности органов и подразделений полиции (часть 3). Оценка уровня доверия населения к полиции проводится независимыми социологическими службами в порядке, определенном Кабинетом Министров Украины (часть 4) [2].

Анализируя содержание данной нормы, остановимся на замечаниях, которые были подготовлены экспертами Национальной общественной платформы «Реформируем МВД: прозрачность и ответственность» и правозащитной повестки дня.

Относительно ч. 1 статьи 11 Закона. Непонятна декларация, поскольку в тексте не раскрывается содержание и формы такого партнерства. Относительно ч. 2 статьи 11 Закона. По логике этого пункта планирование деятельности полиции осуществляется для определения причин правонарушений. Это целесообразное задание для научно-исследовательских структур, но не для территориальных подразделений полиции. Предлагается изложить этот пункт в следующей редакции: «С целью наиболее эффективной нейтрализации причин и/или условий совершения правонарушений планирования служебной деятельности органов и подразделений Национальной полиции». Относительно ч. 3 статьи 11 Закона. Доверие является достаточно сложным показателем, который не всегда зависит от деятельности, из-за чего не может быть ключевым

фактором оценки деятельности. Термин «уровень доверия» предлагается заменить термином «мнение населения о деятельности...» [3].

Т. Шилстон обращает внимание на то, что доверие означает отношение к гражданам как к клиентам, которые ожидают от полиции, что их потребности будут учтены, а действия полиции – подотчетны. Это подкрепляется желанием хорошо служить, информировать об улучшении, с готовностью слушать и действовать, учитывая мнение общественности и приоритеты полицейской службы [4].

Попутно отметим, что рассматривая европейский опыт сотрудничества полиции с населением, Т.Д. Гаврилюк считает целесообразным параллельное употребление терминов «взаимодействие», «сотрудничество» и «коллаборация» для обозначения отношений между полицией и населением в Украине [5].

В свою очередь И.К. Адизес отмечает, что сотрудничество (collaboration) и взаимодействие (cooperation) не имеют одинакового значения. Так, «сотрудничество» является командным трудом, когда люди работают вместе над общим делом и учатся друг у друга. Для достижения сотрудничества уважение и изобретательность являются необходимыми условиями, но они не являются достаточными. Положительный и благоприятный климат также необходим для обучения друг друга. Для этого структурированного и системного процесса обсуждения не требуется. Нужен только благоприятный климат для динамики сотрудничества. А вот взаимодействие сосредоточено не на процессе принятия решений, при котором необходимо сотрудничество, а на реализации принятого решения. Для реализации решения, которое влечет за собой определенные изменения, общность интересов между всеми сторонами является крайне необходимой. Взаимодействие происходит, когда есть общие интересы или когда общие интересы прослеживаются в долгосрочной перспективе. Этот процесс требует веры и доверия. Как видим, для сотрудничества необходимо уважение, а для взаимодействия – доверие. Доверие и уважение, сотрудничество и взаимодействие необходимы для управления изменениями без разрушительных

конфликтов, то есть для принятия эффективных решений и их эффективной реализации [6].

Мы поддерживаем позицию И.К. Адизеса, аргументируя ее тем, что в положениях статьи 11 Закона Украины «О Национальной полиции» термины «сотрудничество» и «взаимодействие» употребляются отдельно. Также «программа» является более приемлемой категорией в сравнении с «формами» или «методами» взаимодействия. Это объясняется тем, что программа реализуется, как правило, с помощью комплекса форм и методов, а следовательно является объединяющей категорией.

По поводу партнерских отношений полиции с населением О.В. Дячук справедливо отмечает, что правоохранительная реформа имеет цель оптимизировать сотрудничество полиции с населением и ввести проверенный временем зарубежный опыт путем подготовки и выполнения совместных проектов [7, с. 155].

Мы также убеждены в том, что именно передовой зарубежный опыт может способствовать воплощению нового понимания взаимодействия полиции с населением. Зато старые подходы к организации такого взаимодействия в форме общественных формирований по охране правопорядка во многом сегодня не являются эффективными и действенными.

Как отмечает Э. Згуладзе-Глуксманн, ориентированность полицейской деятельности на общество состоит не только в тесном взаимодействии с населением, но также в решении проблем самой общины. Это предусматривает новый подход к построению органов полиции и подбора кадров: если унаследованная от бывшего СССР милитаризованная модель МВД направлена преимущественно на жесткое реагирование в условиях организованной преступности, массовых беспорядков, активизировались преимущественно тогда, когда преступление уже было совершено или готовилось, то необходимо обеспечить постоянный интерес полицейских к потребностям общества в безопасности – независимо от масштабы вызовов, вероятности наступления негативных последствий. Центральное место здесь занимает налаживание полицейскими доверительных отношений с населением, внима-



тельность к потребностям общества в безопасности, толерантное отношение к уязвимым категориям общества, внедрение новейших технологий в сфере информирования об уголовных правонарушениях, о наличии рисков для жизни и здоровья лиц. Все это вместе должно вызывать доверие населения к органам правопорядка, желание способствовать их деятельности – вплоть до готовности лично участвовать в обеспечении безопасности общества [8].

Также важной частью нового полицейского подхода в Украине является переход от реактивной модели службы, когда дело расследуют только после того, как произойдет преступление, к активной модели, когда полиция начинает с первопричины инцидента [4].

Что касается поиска эффективных программ взаимодействия полиции с населением, целесообразно обратить внимание на то, что Харьковским институтом социальных исследований был подготовлен подробный обзор программ взаимодействия полиции с населением (полицейской деятельности, ориентированной на общественность) [9]. Проанализировав программы по взаимодействию полиции и населения, мы считаем, что их внедрение должно основываться на следующих составляющих: а) определение проблем конкретной части населения; б) экономичность и целесообразность; в) функциональность.

По поводу первой составляющей полиции важно разбираться в потребностях конкретной общины. Так, места компактного поселения определенных этнических групп имеют свою специфику быта, традиций и другое. Даже мультикультурные жители одного города в рамках различных районов могут иметь дифференциальные проблемы и потребности, на которые должны обращать должное внимание органы и подразделения полиции. Примером является программа «Пешие патрули в квартале, где проживают представители меньшинств в бедных кварталах» (Форт Ворт, Техас, США). Согласно программе районы для пешего патрулирования были определены путем отбора с самым высоким уровнем преступности, изучение демографической ситуации, оценки экономических и культурных ресурсов, а также проектирование настроений населения и воз-

можных уровней преступности. Были сформированы группы по два человека, в состав которых должны обязательно входить по одному представителю меньшинства того района, где производится патрулирование (например, один белый офицер и один черный офицер). Было отобрано 6 человек после набора наибольшего количества баллов в опросе об отношении, затем они прошли подготовку и их направили служить в квартал. К концу года оценивание показало значительное уменьшение количества преступлений части I (не тяжкие), причем другие полицейские практики изменены не были. Независимый консультант также определил одобрительное отношение жителей, так что программа была продолжена еще на год и расширена еще на 3 дополнительных района [9]. Эту программу считаем целесообразной и возможной для внедрения в местах компактного проживания цыган, венгров, татар и других этнических групп и национальных меньшинств в Украине.

Что касается экономичности и целесообразности, то в условиях экономической нестабильности необходимо начинать с внедрения именно экономических программ взаимодействия, не требующих значительных финансово-материальных ресурсов для реализации. К примеру, не требует денежных расходов программа «Останови и поговори» (Корал Гейблз, штат Флорида, США). Принимая во внимание невозможность покрытия пешими патрулями географической территории, начальник полиции ввел программу «Останови и поговори» с целью поощрения коммуникации между полицией и гражданами. Соответственно, каждый полицейский при патрулировании должен был тратить 10 минут ежедневно на беседы с местными жителями, бизнесменами и студентами относительно их видения проблем преступности в городе [9].

Целесообразность программы взаимодействия заключается в ее необходимости и актуальности для внедрения. Так, во Львове функционирует информационный канал «Варта-1», который помогает следить за общественным порядком, оперативно реагировать на правонарушения, контролировать работу чиновников, решать конфликтные ситуации между властью и гражда-

нами. Если на этом канале появляется информация о ситуации, которая требует вмешательства полиции, дежурный может оперативно направить группу. И наоборот, когда в орган полиции поступит информация и будет необходима помощь активистов, работник дежурной части передает всю необходимую информацию на канал «Варта-1». Данный канал работает также посредством социальных сетей, позволяет оперативно обмениваться информацией между активистами, местными властями и полицией [10].

Функциональность программ взаимодействия заключается в направленности действия на всю территориальную общину, определенные социальные группы или представителей определенной специальности. Примером таких программ может служить опыт Японии, где при всех полицейских участках и префектурах функционируют отделения и объединения Ассоциации по предупреждению преступности. В эту Ассоциацию входят не только отдельные граждане, но и объединение лиц одной профессии, которые чаще других становятся жертвами преступлений (банковские работники, кассиры, продавцы и другие). Все они очень активно работают в ассоциации и предоставляют немалые средства и добровольные взносы на ее развитие [11].

Также в Виннице полицейские присоединились к реализации проекта ОО «Паросток» по формированию доверия общества к новой полиции, в частности, реализации ожиданий дополнительной защиты прав уязвимых групп населения и толерантного поведения с людьми, которые имеют инвалидность. В рамках проекта предусмотрено проведение мониторинга административных помещений полиции на доступность для людей с особыми потребностями, тренингов для полицейских с жестового языка, особенностей общения и этики предоставления правоохранительных услуг людям с инвалидностью, ряд мероприятий по повышению качества работы полиции в этой сфере. Целью проекта является содействие по внедрению новых принципов правоохранительной деятельности Винницы, построению партнерства и взаимодействию между полицией и населением, в том числе населением, которое имеет инвалидность, путем



проведения информационно-просветительской и мониторинговой деятельности, направленной на формирование приоритетов полицейской деятельности, ориентированной на общество Виннитчины [12].

Выводы. На основании вышеизложенного, можно констатировать, что взаимодействие полиции с населением сегодня приобретает новое понимание. С нашей точки зрения, взаимодействие заключается в наличии общих интересов, веры и доверия между субъектами. При этом публичный порядок и безопасность является ключевым интересом, который соединяет полицию и население. Вера и доверие населения к полиции, а полиции к населению должны достигаться посредством реализации совместных программ. Это возможно, когда у полиции есть интерес к решению проблем населения, а население заинтересовано в повышении качества работы полиции. Именно мнение населения о полиции, по материалам независимых социологических опросов, в совокупности с уменьшением количества совершенных правонарушений служат основными критериями эффективности ее функционирования.

По нашему убеждению, инициаторами программ взаимодействия полиции с населением должны выступать именно территориальные органы Национальной полиции и представители (активисты) территориальных общин, органов самоорганизации населения, общественных объединений, этнических и социальных групп. Эффективное взаимодействие Национальной полиции с населением невозможно без осведомленности о проблемах населения и учета полицией специфики территории обслуживания (региона, населенного пункта, района, улицы).

Список использованной литературы:

1. Соціологи зафіксували різке падіння довіри українців до органів влади. Zahid.net від 29 грудня 2015 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступа: http://zaxid.net/news/showNews.do?sotsiologi_zafixovali_rizke_padinnya_doviri_ukrayintsiv_do_organiv_vladi&objectId=1378006.

2. Закон України «Про Національну поліцію» від 02.07.2015 № 580-VIII //

Відомості Верховної Ради України від 25.04.2014 – 2014 р. – № 17. – 1216 с. – Ст. 594.

3. Зауваження до проекту Закону «Про Національну поліцію» р. н. 2822. [Електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://ccl.org.ua/wp-content/uploads/2013/07/zakon-policiya.pdf>.

4. Шілстон Тімоті. Досвід ЄС: чому нова поліція має навчитися чути громаду. [Електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://www.eurointegration.com.ua/experts/2016/02/26/7045454/>.

5. Гаврилюк Т.Д. Адміністративно-правові засади співпраці міліції (поліції) з населенням: європейський досвід / Т.Д. Гаврилюк // автореферат дис. к. ю. н. 12.00.07 – адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. – К. – 2011. – 22 с.

6. Іцхак Кальдерон Адизес. Співпраця VS Взаємодія. [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://innovations.com.ua/ua/blogs/mark/17587/spivpracya-vs-vzajemodiya>.

7. Дячук О.В. Правові засади партнерських відносин між поліцією та населенням / О.В. Дячук // Порівняльно-аналітичне право. – № 3. – 2015. – С. 153–156.

8. Європейська мережа попередження злочинності (EUCPN). Поліцейська діяльність, орієнтована на громаду, в Європі: концепція, теорія та практика // Посібник № 2. [Електронний ресурс]. – Режим доступа: http://pravo.org.ua/img/books/files/14586534582015_community_oriented_policing_in_europe.pdf.

9. Огляд програм взаємодії поліції з населенням (поліцейська діяльність орієнтована на громадськість). – ХІСД. – Харків. – 2015. [Електронний ресурс]. – Режим доступа : khisr.kharkov.ua/files/docs/1430217936.doc.

10. Успішні практики: злагоджена взаємодія громадськості, місцевої влади та правоохоронців. [Електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://police-access.info/2015/09/uspishni-praktyky-zlahodzhena-vzajemodiya-hromadskostimistsevoji-vlady-ta-pravoohorontsiv>.

11. Від «ДНД» до охорони громадського порядку і державного кордону. [Електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://www.gunmagazine.com.ua/index.php?id=429>.

12. Вінницьких поліцейських першими в Україні навчатимуть

спілкуватися мовою жестів. [Електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://pda.myvin.com.ua/ua/news/events/39394.html>.



ПРЕОДОЛЕНИЕ ДЕТСКОЙ БЕСПРИЗОРНОСТИ И БЕЗНАДЗОРНОСТИ КАК ОДНО ИЗ ПРОЯВЛЕНИЙ СОЦИАЛЬНОГО ГОСУДАРСТВА В УКРАИНЕ В 1930-Х ГГ.

Светлана КИСС,

старший преподаватель кафедры правоведения
Полтавского института экономики и права университета «Украина»

Summary

The article deals with the study of historical and legal conditions of overcoming of child homelessness and neglect in 1930s on territory of Soviet Ukraine. The nature of social policy in field of child protection and use of state resources for control of civil society at a certain historical stage are analyzed. The problematic issues of overcoming child homelessness and neglect in Ukraine in 1930s as one of manifestations of social state are considered.

Key words: social state, child homelessness, child neglect, orphan children.

Анотация

В статье проводится исследование историко-правовых условий преодоления детской беспризорности и безнадзорности в 30-х годах XX столетия на территории Советской Украины. Анализируется характер социальной политики в сфере защиты детства и использования ресурсов государства для контролирования гражданского общества на определенном историческом этапе. Рассматриваются проблемные вопросы в преодолении детской беспризорности и безнадзорности в Украине в 1930-х гг., как одно из проявлений социального государства.

Ключевые слова: социальное государство, детская беспризорность, детская безнадзорность, дети-сироты.

Постановка проблемы. Детская беспризорность и безнадзорность являются общей социальной проблемой большинства государств мира, в том числе и Украины. Причины возникновения и распространения этого явления многогранны. Они имеют комплексный характер, обусловленный системой правовых и социально-политических условий функционирования государства, состоянием общественной морали, положением института семьи в обществе.

Современное состояние детской беспризорности и безнадзорности в Украине дает основания утверждать, что государству не удается предпринять эффективные меры по предупреждению этого негативного явления, и соответствующих действенных управленческих механизмов противодействия детской беспризорности и безнадзорности государством еще не создано. В условиях неблагоприятной экономической ситуации, в которой находится страна, кризиса института семьи особое значение приобретают превентивные меры государства по профилактике социального сиротства, детской беспризорности и безнадзорности.

Актуальность темы исследования. Современную ситуацию со стремительным ростом сиротства, массовой детской беспризорностью и безнадзорностью часто сравнивают с

30–40 годами XX столетия, ситуацией военного и послевоенного времени. Исходя из этого, именно сейчас необходимо обратиться к историческому решению проблемы детской беспризорности и безнадзорности. Использование исторического опыта и уроков прошлого, а также критическое их осмысление дают возможность для оптимизации политики защиты детства в критических условиях как на общегосударственном, так и на местном уровнях. Это доказывает актуальность исследования в измерении современного общества.

Обозначенная проблема находит свое отражение в трудах советских и современных украинских ученых. К отдельным аспектам государственной политики в сфере социальной защиты несовершеннолетних, а также детской беспризорности и безнадзорности в период 1930-х в своих исследованиях обращались такие ученые, как: Г. Гольш, Т. Долянская, А. Зинченко, Н. Касьянова, О. Мовчан, А. Перехрест, В. Стынская, А. Шермет и другие.

Целью исследования является изучение такого социального явления, как детская беспризорность и безнадзорность в довоенный период, как один из проявлений принципов социального государства в Украине того времени.

Изложение основного материала. Одним из главных направлений деятельности государственных органов

социального обеспечения Советской Украины в 30–40 годах XX столетия была борьба с детской беспризорностью. Эту проблему пытались решить путем поиска возможностей социального воспитания и открытия детских домов, трудовых коммун, воспитательных колоний.

В июле 1920 года Народный комиссариат просвещения УССР издал Декларацию о социальном воспитании детей. Этот документ определил основные принципы политики Советской Украины в области образования и воспитания подрастающего поколения, что, в свою очередь кардинально отразилось на законодательстве в сфере социальной поддержки материнства и детства [1, с. 235]. Так, при ведомстве народного образования были созданы особые отделы правовой защиты несовершеннолетних (Декрет от 04 марта 1920 года), регламентирована деятельность комиссии по делам несовершеннолетних (постановление от 12 июня 1920 года), передано в ведомство народного образования опеку над несовершеннолетними (Декрет от 12 декабря 1920 года), создана чрезвычайная комиссия по улучшению жизни детей и детская социальная инспекция (Декрет от 23 октября 1921 года). В ведомстве здравоохранения организованы особые отделы охраны материнства и детства и охраны здоровья детей. Параллельно развивалось и законодатель-



ство по отдельным вопросам, таким как образование, организация детских учреждений, детского труда, борьба с беспризорностью и тому подобное [2, с. 48–49].

Кроме этого, Декларация указывала на необходимость воспитания детей в духе коммунизма, трудового воспитания, сочетания обучения и воспитания в едином процессе. Народный комиссариат просвещения УССР за основу брал не школу, а социальное воспитание, а вместо школ рекомендовались детские дома и детские коммуны. В Декларации отмечалось, что школа, как таковая, в процессе воспитания себя изжила и должна исчезнуть [3, с. 216]. Основой в воспитании детей считалась партия и коммунистическое общество, а не родственные отношения [4, с. 112]. Существовало ошибочное мнение о неизбежном отмирании семьи в условиях социализма [5, с. 200].

Активно использовалась практика передачи детей в крестьянские семьи, в колхозы и на учебу к кустарям. Крестьянские семьи были заинтересованы брать на воспитание учащихся детских домов, так как на каждого взятого в семью ребенка им предоставлялся дополнительный земельный надел, который освобождался от выплаты единого налога на три года [6, с. 23].

Руководство страны было заинтересовано в формировании советского мировоззрения у детей, потерявших семью из-за ошибок в экономической политике и целенаправленного государственного террора (депортации, репрессии и т. д.) [7, с. 192].

Но политика в отношении детей была неодинаковой: с одной стороны, с целью социального воспитания и перевоспитания молодежи открывались детские дома и трудовые коммуны, а с другой – не скрывалось предвзятое отношение к детям «непролетарских» классов [8, с. 176]. Для примера, заместитель наркома просвещения РСФСР Н. Крупская в своем письме председателю Всероссийского Центрального исполнительного комитета М. Калинину от 03 января 1935 года, анализируя причины беспризорности и безнадзорности, кроме экономических (недостаточное финансирование и хищение бюджетных средств) и кадровых (низкий уровень подготовки персонала детских домов и колоний) факторов,

отмечала социальную дискриминацию в отношении детей «кулаков» и «религиозников» [7, с. 192].

А. Зинченко, рассматривая детскую беспризорность в советской Украине в 20-х – первой половине 30-х годов XX столетия, исследовала основные причины этого негативного явления. Среди них, прежде всего, она выделяла низкий материальный уровень жизни семей; безработицу, особенно распространенную среди молодежи; недостаток становления новой образовательной и воспитательной системы, недоступность системы образования для определенной части детей; социально-психологический климат переходного периода, формирование маргинальной личности; социально-классовую политику советского правительства и формирование авторитарной политической системы; политические репрессии и депортации населения Украины; противоречивый процесс становления системы охраны детства в советской Украине. При этом исследовательница указывает на политические репрессии и депортации населения, как на главные причины детской беспризорности и безнадзорности того времени [9, с. 4].

Наибольший удельный вес беспризорных в начале 1930-х годов составляли крестьянские дети. Детская беспризорность и смертность получили большие масштабы и стали последствием голодомора 1932–1933 годов в Украине. В соответствии с постановлением КЦ(б)У «О борьбе с детской беспризорностью» 1933 года при Совете народных комиссаров УССР была создана Всеукраинская, а при областных исполнительных комитетах – местные чрезвычайные комиссии борьбы с беспризорностью и попрошайничеством, созданы сельские детские приемники, организованы пищевые пункты при школах, формировались трудовые отряды из подростков и т. д. [7, с. 192].

Совместным постановлением Совета народных комиссаров СССР и Центрального Комитета ВКП(б) «О ликвидации детской беспризорности и безнадзорности» от 31 мая 1935 года устанавливалась система детских учреждений: при наркомате просвещения союзных республик – детские дома «нормального типа» для детей, лишенных средств существования, детские дома, которые содержались за счет

родителей, и детские дома для «трудных воспитанников»; при наркомате здравоохранения союзных республик – специальные детские дома для детей, требующих длительного лечения; при наркомате социального обеспечения союзных республик – специальные детские дома для детей-инвалидов; при наркомате НКВД союзных республик – изоляторы, детские приемники-распределители, трудовые колонии [10]. Параллельно с этим пытались улучшить материально-техническое и финансовое положение таких детских учреждений, но не всегда это могло быть реализовано на практике.

В советском трудовом законодательстве того времени появляются прогрессивные нормы по защите труда малолетних, подростков и женщин. Так, был ограничен возраст на использование труда малолетних возрастным пределом в 16 лет, хотя экономическое положение страны и имущественное положение ее граждан скорректировал данный принцип. Так, в соответствии со специальными инструкциями Народного комиссариата труда и ВЦСПС с 14-летнего возраста разрешалось трудоустроить определенные категории малолетних – круглых сирот и особо нуждающихся. Их разрешалось принимать на работу исключительно по ходатайству заинтересованных лиц (опекунов или администрации воспитательного заведения) и после получения разрешения инспекции труда, выданного на основании предварительного медицинского осмотра [11, с. 17]. Также обязательным условием было то, что работа, на которую зачислялись малолетние, должна была быть связана с их профессиональным обучением. Для найма их как домашней прислуги, батраков и учеников кустарей и ремесленников существовали отдельные правила [12, с. 76–77]. Кроме этого, труд несовершеннолетних на ночных и вредных работах был запрещен. При этом ст. 57 Кодекса законов о труде УССР 1922 года устанавливала, что труд несовершеннолетних оплачивался в полном объеме, несмотря на сокращенный рабочий день и уменьшенные нормативы выработки [13, ст. 57].

Чтобы защитить социально слабые слои населения, в том числе и детей (подростков), лишенных отцовской опеки, законодательство устанавли-



вало для них броню рабочих мест. К сожалению, это бронирование имело небольшие размеры и касалось лишь промышленных производств, на развитие которых была направлена новая экономическая политика.

Хотя создание системы специальных детских учреждений в структуре НКВД СССР и предполагало «перевоспитание» детей всех социальных групп и формирование у них «коммунистического мировоззрения», параллельно осуществлялась их эксплуатация. Наличие отделения снабжения и сбыта и финансово-плановое отделение в составе Отдела трудовых колоний для несовершеннолетних НКВД СССР свидетельствует об участии детских производственных мастерских в промышленном производстве. Главный принцип самоокупаемости распространялся и на детские учреждения. В таких условиях трудно представить соблюдения 4-часового рабочего дня, техники безопасности, материально-технического обеспечения детей и подростков [7, с. 195].

Кроме этого, были созданы «специальные учреждения для детей репрессированных родителей», целью которых было не перевоспитание беспризорных, а выделение определенной части «политически опасной» молодежи. Так, в структуре Управления Соловецкого лагеря с 1928 года существовала внутренняя лагерная детская трудовая колония, в которой дети жили по законам преступного мира [8, с. 9].

Кроме исторических событий, повлиявших на увеличение количества беспризорных, необходимо отметить принятие постановления ЦИК и СНК СССР «О запрещении абортов, увеличении материальной помощи роженицам, установлении государственной помощи многодетным, расширении сети родильных домов, детских яслей и детских садов, усилении уголовного наказания за неплатеж алиментов и о некоторых изменениях в законодательстве о разводах» от 27 июня 1936 года [14]. Этим постановлением запрещались аборты и устанавливалась уголовная ответственность для женщин, которые искусственно прерывали беременность, лиц, осуществлявших незаконные операции, и лиц, побудивших женщин к совершению аборта. Запрет абортов, за исключением четко опреде-

ленных в законе медицинских показаний, существовал до середины 50-х годов. Одним из последствий запрета абортов стало появление в 40-х годах значительного количества брошенных младенцев [15, с. 40].

Среди основных факторов, оказавших влияние на распространение детского сиротства, беспризорности и безнадзорности в 1930-х, можно выделить ряд проблемных аспектов, а именно общественно-политические, социальные и психолого-педагогические. Во-первых, голодомор начала 1930-х, следствием которого было общее уменьшение количества населения Украины, массовая смертность детей и беспризорность в результате потери родителей. Во-вторых, массовые репрессии конца 1930 годов, во время которых значительная часть, прежде всего интеллигенции, была уничтожена или отправлена в ссылку, как «враги народа». Для детей таких родителей создавались специальные детские дома, их склоняли к отказу от родителей, изменению фамилии и тому подобное. В-третьих, запрет абортов и установление уголовной ответственности за это привела к появлению в 1930-х годах значительного количества брошенных младенцев.

Осознавая негативные последствия для страны от большого количества беспризорных детей, высшее руководство СССР и УССР пыталось взять данный вопрос под четкий контроль, принимая соответствующие нормативно-правовые акты. Однако главными нормативно-правовыми актами оставались акты, которые были приняты именно в 1930 годах, в частности, такие как: постановление Всеукраинского Центрального исполнительного комитета и Совета народных комиссаров УССР «О комиссиях по делам несовершеннолетних» от 25 марта 1931 года [16], приказ НКВД СССР «О порядке задержания и дальнейшего направления беспризорных и безнадзорных детей» от 07 июня 1935 года [17] и др. Нормативно-правовые акты, которые принимались позже, в 1940 годах, только дополняли существующее законодательство.

Важное значение имело принятие СНК СССР и ЦК ВКП(б) постановления «О ликвидации детской беспризорности и безнадзорности» от 31 мая 1935 года [18]. Кроме этого, Кодекс законов о семье, опеке, браке и актах

гражданского состояния УССР 1926 года был дополнен статьей 16, которая предусматривала в случаях отсутствия должного надзора за поведением ребенка со стороны родителей возможности нарушения органами Народного комиссариата просвещения перед судом вопроса об отобрании ребенка у родителей и передаче его в детский дом с оплатой стоимости его содержания за счет родителей [19, ст. 16]. Кроме этого, с 1930-х начинается формирование специфической группы воспитанников детских домов – детей одиноких матерей [20, с. 140].

Итак, в ситуации фактического отсутствия превентивной работы по профилактике семейного неблагополучия системы оказания социально-психологической помощи уязвимым семьям и семьям, находящимся в кризисном состоянии, лишение родительских прав в течение многих десятилетий оставалось единственным средством защиты прав ребенка, и в будущем стало решающим фактором в формировании структуры сиротства.

Выводы. Таким образом, безнадзорность детей становится главным признаком детства, начиная еще с довоенного времени. В дальнейшем руководство страны пыталось принимать все возможные меры для ликвидации проблем устройства детей-сирот и преодоления детской беспризорности и безнадзорности, но практически до конца 1940-х годов эта проблема не была решена. При этом политика руководства партии в сфере помощи бездомным и безнадзорным детям отмечалась активной нормативной и исполнительно-организаторской деятельностью. Именно этот период определялся существенной нормотворческой деятельностью в этой сфере.

В 1920–1930 годах советской властью формируются основные принципы системы социального обеспечения населения Украины. Создавая систему социального обеспечения, советская власть пыталась создать надлежащие условия жизни населения. Таким образом, формируются первые основополагающие идеи социального государства на территории Советской Украины. Именно добиваясь стойкости в обществе, организовывая управление им, государство должно опираться на социальные ценности и предвзвешивать в



жизнь социальные стандарты, которые, укореняясь в обществе, и делают государство социальным.

Главным способом, которым осуществлялась борьба с детской беспризорностью, было создание областных и районных постоянно действующих комиссий по борьбе с детской беспризорностью, восстановление сети детских домов, передача детей под патронат, а также возможность уравнивать права усыновленных детей. Именно попытки государства преодолеть проблемы, связанные с детской беспризорностью и безнадзорностью, становятся одним из проявлений социального государства в Украине в 1930 годах. Занимаясь социальной деятельностью, государство принуждает к осознанию необходимости поддержки определенного уровня жизни членов общества, а также снижения социальной напряженности, особенно в сфере защиты детства, и предотвращения социальных конфликтов.

Список использованной литературы:

1. Стинська В. Соціальна підтримка материнства й дитинства в УРСР та зарубіжних країнах на початку ХХ століття: правовий аспект / В. Стинська // Освітологічний дискурс. – 2015. – № 4. – С. 230–239.
2. Люблинский П. Защита прав матери и ребенка и товарищеские суды / П. Люблинский // Журнал по изучению раннего детского возраста. – М. – Ленинг., 1931. – Т. XI. – № 1. – С. 46–51, 48–50.
3. Шевченко С. Розвиток «Дослідного дитячого будинку» під керівництвом Я. Резніка на початку ХХ ст. / С. Шевченко // Вісн. Житомир. держ. ун-ту ім. І. Франка. – 2007. – Вип. 36. – С. 216–218.
4. Історія педагогіки: курс лекцій. Навчальний посібник / К., 2004. – 171 с.
5. Фирсов М. История социальной работы в России. Учеб. пособие для студ. высш. учеб. заведений. – М.: Гуманит. изд. центр ВЛАДОС, 1999. – 256 с.
6. Семигіна Т. Основи соціальної роботи / Семигіна Т. – К. : «Києво-Могилянська академія», 2004. – 179 с.
7. Подкур Р. «Дитячий ГУЛАГ» у контексті політики державного терору (1937–1939 р. р.) // 3 архівів ВУЧК–ГПУ–НКВД–КГБ: Науковий і документальний журнал. – 2007. – № 1(28). – С. 189–204.
8. Дети ГУЛАГа. 1918–1956 / Под ред. акад. А. Яковлева. – М.: МФД, 2002. – 631 с.
9. Зінченко А. Дитяча безпритульність у радянській Україні в 20-х – першій половині 30-х років ХХ століття: Автореф. дис. ... канд. іст. наук: 07.00.01 / Одес. нац. ун-т ім. І.І. Мечникова. – Одеса, 2002. – 17 с.
10. Государственный архив Российской Федерации, Ф. 9401, Оп. 12, Д. 103, Л. 4.
11. Мовчан О. Повсякденне життя робітників УСРР. 1920-і р. р. – К.: Інститут історії України НАН України, 2011. – 312 с.
12. Войтинский И. Трудовое право СССР / И. Войтинский ; Ин-т совет. права. – М.; Л. : Гос. изд-во, 1925. – 364 с.
13. Кодекс законів про працю Української СРР від 15 листопада 1922 року // Збірник законів уряду УСРР. – 1922. – № 52. – Ст. 751.
14. О запрещении абортов, увеличении материальной помощи роженицам, установлении государственной помощи многодетным, расширении сети родильных домов, детских яслей и детских садов, усилении уголовного наказания за неплатеж алиментов и о некоторых изменениях в законодательстве о разводах. Постановление Центрального исполнительного комитета и Совета народных комиссаров СССР 27 июня 1936 года // СЗ СССР. – 1936. – № 34. – Ст. 309.
15. Голиш Г. Наслідки німецько-радянської війни для неповнолітніх громадян України // Український історичний журнал. – 2005. – № 3. – С. 37–50.
16. О комиссиях по делам несовершеннолетних: постановление Всеукраинского Центрального исполнительного комитета и Совета Народных Комиссаров УССР от 25 марта 1931 года // СУ УССР. – 1931. – № 10. – 85 с.
17. О ликвидации детской беспризорности и безнадзорности. Постановление СНК СССР и ЦК ВКП (б) от 31 мая 1935 года // СЗ СССР. – 1935. – № 32. – 252 с.
18. О порядке задержания и дальнейшего направления беспризорных и безнадзорных детей. Инструкция, у-

вержденная приказом НКВД СССР от 28 июня 1935 года № 116 // СЗ СССР. – 1935. – № 34. – Ст. 118.

19. Кодекс законов о семье, опеке, браке и актах гражданского состояния УССР. Принят 3-й сессией Всеукраинского Центрального исполнительного комитета IX созыва 31 мая 1926 года // СУ УССР. – 1926. – № 67–69. – Ст. 440.

20. Бондар А. Розвиток суспільного виховання в Українській РСР (1917–1967) // Видавництво Київського університету. – 1968. – 226 с.



EXERCISE OF WTO RIGHT FOR COUNTERACTION THE ABUSE OF RIGHTS TO PATENTS NEEDED FOR STANDARDS

Nataliia KOZACHUK,

Assistant Lecturer at Department of International Private Law,
Institute of International Relations,
Taras Shevchenko National University of Kyiv

Summary

This article is focused on theoretical and practical analysis of provisions of the WTO law that could be used to counteract abuses of standard essential patents (SEPs). Particularly, relevant provisions of Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) and Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT) are analysed. The TBT agreement does not impose discipline on interplay between patents and standards, there are no mechanisms in this agreement to counteract SEPs abuse. To the contrary the TRIPS Agreement protects exclusive rights of patent owners, but at the same time recognizes the need to contribute to a balance of rights and obligations of right holders and contains some provision that could be used to counteract SEPs abuse.

Key words: standard essential patent, abuse of rights, patent hold-up, patent ambush, WTO law, TBT agreement, TRIPS agreement.

Аннотация

Статья посвящена теоретическому и практическому анализу нормативных положений права ВТО, которые могут использоваться для противодействия злоупотреблениям правами на патенты, необходимые для стандартов. В частности, анализируются соответствующие нормативные положения соглашения о Торговых аспектах права интеллектуальной собственности (ТРИПС) и соглашения о Технических барьерах в торговле (ТБТ). Соглашение ТБТ не регулирует взаимосвязь между патентами и стандартами, поэтому в этом соглашении нет механизмов противодействия злоупотреблениям правами на патенты, необходимые для стандартов. Соглашение ТРИПС наоборот защищает эксклюзивные права патентообладателя, но в то же время признает необходимость соблюдения баланса между правами и обязанностями правообладателя и содержит нормативные положения, позволяющие противодействовать злоупотреблениям правами на патенты, необходимые для стандартов.

Ключевые слова: патент, необходимый для стандарта, злоупотребление правами, удержание патента, патентная засада, право ВТО, соглашение ТРИПС, соглашение ТБТ.

Problem statement. Private standards are essential for a modern economy because they provide interchangeability and compatibility of products as well as ensure their safety [1, P. 20]. In areas such as information and communication technologies that involve standardization of innovative technologies, protected by patents, a phenomenon of an interplay between patents and standards emerges [2, P. 11]. Taking into account that there is a need for widespread standards, which can interfere with the exclusive rights of patentee [3, P. 2] once a part of a standard is protected by a patent a conflict between the two may arise.

Thematic justification. Intellectual property law was created to protect the rights of patentee, which are not limited in case of interaction of patents and standards. Given that the problem of abuse of standard essential patents (hereafter – SEPs) is fairly new, legal regulation of this phenomenon is absent in national laws of most states. Therefore, it is important to consider whether international legal mechanisms for counteracting SEPs abuses exist in international law, particularly, WTO law.

State of Research. Problem of counteracting SEPs abuses through

international legal mechanisms available under WTO law has not yet been discussed in Ukraine. While some international scholars, among them H.-W. Liu and Y. Pai, have analysed the possibility of application of international law to counteract SEPs abuses, such studies do not cover particular provisions that may be used to counteract patent ambush or patent hold-up.

The object and purpose of this article is to analyze whether certain provisions of TRIPS agreement and TBT agreement could be used to counteract SEPs abuses in forms of either refusal to license, royalty stacking or injunctive relief.

Statement of key facts. General principles underlying the TRIPS agreement are enshrined in Articles 7 and 8. While Article 7 stipulates that the protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to promotion of technological innovation and to transfer and dissemination of technology, it also emphasized the need to contribute to a balance of rights and obligations of right holders [4]. Article 8 specifies that WTO members may implement «appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement ... to

prevent the abuse of intellectual property rights by right holders» [4].

Practical mechanisms that could limit the exclusive rights of patentee taking into account the public interest and help counteracting SEPs abuses are enshrined in Articles 30, 31, 40 and 41 of TRIPS Agreement.

On one hand, the preamble to TRIPS Agreement recognizes that «intellectual property rights are private rights» [4]. Article 28 states that the patent owner has the right to enter into license agreements. This article specifies that the patent owner must have the following exclusive rights: to prevent third parties not having the owner's consent from making, using, offering for sale, selling, or importing for these purposes that product

On other hand, Article 30 of TRIPS Agreement establishes that «Members may provide limited exceptions to exclusive rights conferred by a patent, provided that such exceptions do not unreasonably conflict with a normal exploitation of patent and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of patent owner, taking account of legitimate interests of third parties» [4]. Although the practice of interpretation of Article 30 of TRIPS Agreement is limited



to the case of Canada-Pharmaceuticals [5] it could be possible to use this article as a justification for violation of Article 28 of TRIPS Agreement when limiting the rights of SEPs owner. In order to qualify for an exemption under Article 30 of TRIPS agreement three conditions must be satisfied simultaneously: 1) exceptions to the exclusive rights of the patent should be limited; 2) exceptions must not substantially conflict with a normal exploitation of patent, and 3) exceptions should not cause significant harm to legitimate interests of patent owner, taking into account the interests of third parties.

To meet the first condition imposed by Article 30 exceptions to exclusive rights of patent should be limited. According to interpretation of the phrase «limited exceptions» it covers a narrow range where reduction of patent rights is limited: «the words «limited exception» express a requirement that exception make only a narrow curtailment of legal rights which Article 28.1 requires to be granted to patent owners» [5]. This interpretation makes it problematic to meet the first requirement of test in cases of SEPs abuses. At the same time, in case of refusal of application of an injunctive relief it is possible still that such an exception could be considered as «limited».

If it is necessary to counteract SEPs abuse in form of royalty stacking granting of patents for free use would not be considered as a «limited» exception. Even restrictions on right to determine the royalty rate that potential licensees have to pay for use of a patent also may be interpreted as a significant exception. However, if SEPs owner has undertaken an obligation to provide a license on free, reasonable and non-discriminatory terms (hereafter – (F)RAND) determination the maximum royalty rate may be qualified as a «limited» exception.

To meet the second requirement of test from Article 30, exceptions should not significantly conflict with a normal exploitation of patent. The term «exploitation» was interpreted as referring to commercial activity by which patent owners employ their exclusive patent rights to extract economic value from their patent [5]. «Normal» refers either to an empirical conclusion about what is common within a relevant community, or to a normative standard of entitlement, but in this context combines the two meanings

[5]. Presumably, normal use refers to paid use. In this case granting of a compulsory licensing will be contrary to second condition of Article 30 and consequently impossible under Article 30. However, a refusal of the application for an injunction with regard to SEPs or a limitation of a maximum amount of a royalty rate on (F)RAND terms could satisfy the second condition of this test.

To satisfy the third condition of test under Article 30 exceptions should not cause significant harm to the legitimate interests of patent owner taking into account the interests of third parties. Here it is important to interpret the concept of «legitimate interests». Legitimate interests were identified as interests that are «justifiable» in sense that they are supported by relevant public policies or other social norms [5]. Examples of such legitimate interests in national legislation include permission to use patented technology when conducting scientific experiments which is not considered a violation of patent rights. Limitations of the commercial rights of SEPs owner can hardly be considered as not harming a legitimate interest of a patent owner. However, if such a limitation is dictated by the importance of the standard that includes patents, i. e. it may be the case with the transfer and dissemination of technology to mutual advantage of producers and users of technological knowledge, third condition of test may be satisfied.

Article 30 of TRIPS agreement can not be used to counteract SEPs abuse in form of refusal to license, because Article 31 of this agreement deals with compulsory licensing. However, Article 30 could be resorted to in cases of abuses in the form of (1) an injunctive relief (2) royalty stacking. In first case it is enough to refuse the right of resort to injunctive relief, while in second case counteracting the abuse is possible through determination of maximum amount of royalties on (F) RAND terms. However, it remains unclear whether exceptions from exclusive rights of patent-owners in context of standardization fall within the scope of the «limited» exceptions. Also it is debatable whether exceptions from exclusive rights of patent-owners necessary to counteract abuse of SEPs can be considered as not unreasonably prejudicing the legitimate interests of patent owner. Therefore, in

this context it could be problematic to cumulatively satisfy three conditions imposed by article 30.

Article 31 of TRIPS Agreement is another tool that can be used to justify restrictions of SEPs owner's rights. This article regulates the granting of compulsory licenses in case of compliance with certain requirements. This international legal mechanism could be used to counteract existing SEPs abuses, but it does not prevent the emergence of new ones. Although concept of compulsory licenses is not used in this article, the phrase «use without authorization of patentee» in fact refers to use of compulsory licenses.

Article 31 of TRIPS Agreement clearly applies to SEPs since it does not establish grounds when it could be used but stipulates conditions when granting of a compulsory license is possible. One of conditions for granting of a compulsory license under Article 31 is that prior to such authorized use, the proposed user has made efforts to obtain authorization from the right holder on reasonable commercial terms and conditions and that such efforts have not been successful within a reasonable period of time. This requirement can be waived when such use is permitted to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anti-competitive [4].

Since there is a requirement that compulsory licenses must be authorized predominantly for the supply of the domestic market of the Member authorizing such use it may be impractical for potential users participating in the global market to use article 31 of the TRIPS Agreement, because their interest is not limited by the market in one Member-state.

Another problem with the application of article 31 to counteract abuse of SEPs is requirement to grant a patentee an adequate compensation taking into account the economic value of the compulsory license [4]. In the context of the interplay between patents and standards most standard setting organizations require a patent owner who wants to include a patented technology into a standard to commit to provide a license on (F)RAND terms. In most cases this has become a condition for inclusion of a patented technology into a standard. Interplay between patents and standards provokes an interesting issue of correlation of the «adequate



compensation» within the meaning of TRIPS agreement and the requirement to grant a licence on (F)RAND terms [6, P. 29]. An obligation to take into consideration an economic value of a compulsory license cannot be considered as the only factor which influences «adequacy» of compensation. Along with the economic value to determine adequate compensation other criteria may be taken into account, i. e. moral damage [7, P. 197]. In the WTO there were disputes initiated with regard to Article 31 of TRIPS agreement: Argentina – Certain Measures on the Protection of Patents and Test Data [8], European Union and a Member State – Seizure of Generic Drugs in Transit [9; 10] – but they either were settled or didn't proceed to dispute settlement stage. In the absence of WTO jurisprudence concerning this issue that would clarify the interpretation of «adequate compensation» in TRIPS agreement, we conclude that amount of adequate compensation within the meaning of Article 31 of TRIPS agreement and of royalty rate under (F)RAND obligations are likely to be different.

In context of SEPs compulsory licenses under Article 31 (k) are most likely to be provided following decision of administrative or judicial authorities to remedy anti-competitive practice. Wide dissemination of standards is among objectives of standardization [3, P. 2]. This leads to a situation where SEPs owners frequently obtain market dominance on markets, where standard is successful. The positive feature of Article 31 (k) is that requirements of paras (b) and (f) of Article 31 shouldn't be followed. In case of abuse of SEPs this means that a compulsory license may be provided promptly to a willing licensee, because he doesn't have to demonstrate efforts to obtain a license from SEPs owner. This makes Article 31 of TRIPS agreement a viable instrument to counteract abuse of SEPs in form of a refusal to license.

According to Article 40.2 of the TRIPS agreement «Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market» [4]. Article 40 further provides that «a Member may adopt, consistently with

the other provisions of this Agreement, appropriate measures to prevent or control such practices» [4]. Thus, Article 40 allows states to stipulate in their national legislation what actions of SEPs owners constitute an abuse and how to prevent or control such practices. However, all such actions must be consistent with the patent rights enshrined in TRIPS agreement.

Having analyzed national legislation of China, EU, India and US we've come to conclusion that to date only China has adopted legislation which prohibits anti-competitive practices stemming from an abuse of intellectual property right, including SEPs [11, P. 177].

Efficacy of application of Article 40 of TRIPS agreement to cases of SEPs abuse is limited by several factors. Firstly, resort to Article 40 requires regulation of SEPs abuse in national legislations, which is usually absent. Secondly, Article 40 encourages cooperation between states with reference to national legislation. However, again, national legislation may or may not contain any special regulation of this problem, or contain a divergent regulation that makes cooperation under Article 40 inefficient mechanism for resolving SEPs abuse. Similarly, national legislation regulating intellectual property and antitrust laws may differ and the political will to conclude bilateral agreements will be absent. Thirdly, Article 40 does not oblige the state to prescribe mechanisms to counter SEPs abuse but only gives this right. All these factors lead to the conclusion that the role of Article 40 in counteracting SEPs abuse is limited since the TRIPS Agreement does not impose obligations on states to prevent or control anti-competitive practices that arise from intellectual property rights but merely allows states to do so.

Article 41 of TRIPS Agreement establishes the principles for enforcement procedures for intellectual property rights. It is state's responsibility to ensure that enforcement procedures are not «applied in such a manner as to avoid creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse». Therefore, Article 41 prohibit abuse of enforcement procedures. A question that arises is whether a refusal to license a SEP; royalty stacking or injunctive relief by a SEP owner bound by (F)RAND terms can be interpreted merely as an enforcement of intellectual property rights

or as an abuse of enforcement procedures. In context of an interplay between patents and standards SEPs abuse in the form of injunction regarding SEPs may amount to an abuse of enforcement procedures under Article 41 of TRIPS agreement. The situation with SEPs abuse in form of a royalty stacking is less clear.

An interesting issue emerges regarding the relationship of Articles 41 and 44 of TRIPS Agreement. On the one hand, Article 41 establishes a general obligation to protect patent rights, which includes the duty to avoid abuses of such rights. On the other hand, Article 44 regulates the use of injunctions and envisages a right to order a party to desist from an infringement through the use of an injunction. Given that the problem of SEPs abuse is quite a new one, it is unsurprising that Article 44 does not include exceptions regarding abuses by SEP owner bound by (F) RAND terms. Still, an application for an injunction of a SEP could be considered as creating barriers to legitimate trade or as an abuse, therefore, prohibited by Article 41.1 of the TRIPS agreement if (1) a willing licensee is present (2) SEP owner is bound by (F)RAND obligations, (3) standard is widespread.

Application of a non-violation complaint pursuant to article 64.2 of TRIPS Agreement and Article XXIII: 1 (b) of General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (hereafter – GATT) [12], could be a mechanism to counteract SEPs abuse. Resort to this articles is possible only if moratorium for application of article 64.2 is lifted. Taking into account that several states, including the US, have expressed political will to lift this moratorium, this mechanism might become available in future.

We have previously determined that TRIPS agreement does not impose an obligation on states to counteract an abuse of SEPs, but allows actions against such abuses through resort to competition law etc. in exceptional circumstances. The principles of TRIPS agreement stipulated in articles 7 and 8, which emphasize that protection and enforcement of intellectual property rights has to contribute to a balance of rights and obligations. On the one hand, SEPs abuse does not violate the TRIPS agreement because it does not conflict with obligations under TRIPS Agreement. On the other hand, according to GATT Article XXIII: 1(b) a claim of



a non-violation complaint may be made if SEPs abuse impedes an attainment of any objective of Agreement [12], in our case, TRIPS agreement. One of goals of TRIPS agreement expressed in Article 7 is contribution to promotion of technological innovation and transfer and dissemination of technology, to mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare [4]. An abuse of SEPs may become a basis for a non-violation complaint under TRIPS agreement if standard has become successful and widespread globally. In this case abuse of SEPs may impede promotion of technological innovation and transfer and dissemination of technology in the meaning of Article 7 of TRIPS agreement and be challenged under Article 64.2 of TRIPS agreement.

The TBT agreement requires WTO members to use international standards as a basis for technical regulations: «Where technical regulations are required and relevant international standards exist or their completion is imminent, Members shall use them, or relevant parts of them, as a basis for their technical regulations» [13]. The decision of Appellate Body in EC-Sardines suggested that determination whether technical regulation is used as a basis for an international standard under Article 2.4 of TBT agreement should assess «whether standard is principal constituent or fundamental principle of technical regulation» [14, P. 67]. Thus, TBT agreement encourages use of international standards. However, this agreement remains silent on interplay between standards and patents. While TBT agreement does not impose discipline on interplay between patents and standards, there are no mechanisms in this agreement for counteracting SEPs abuse.

Chinese submission which suggests that «if Members are not clear of IPRs in relevant international standard, whether all IPRs have been disclosed, under what terms the IPRs are to be licensed by the IPR holders, all WTO Members will face difficulties when adopting international standards» [15, P. 4] is reasonable and should be supported. The discussion on IPR issues in standardization is of great significance to the integrity of international standardization community and multilateral trade system [15, P. 4] and it is appropriate to develop in the TBT

agreement general rules for the regulation of the use of intellectual property rights in standardization.

Conclusions. Despite the fact that TBT agreement imposes certain discipline on standards there are no legal mechanisms for counteracting SEPs abuse in this agreement. To contrary, the TRIPS Agreement protects exclusive rights of patent owners, but at same time recognizes the need to contribute to a balance of rights and obligations of right holders and contains some provision that could be used to counteract SEPs abuse, particularly, articles 30, 31, 40, 41 and 64.2. The significance of the TRIPS Agreement to counteract SEPs abuse is weakened by the fact that the use of Articles 31, 40, and 41 require implementation of the relevant provisions in national legislation, which is usually absent in SEPs context. Article 30 is an exception from this rule and could be used. If moratorium on a non-violation complaint pursuant to Article 64.2 of TRIPS Agreement is lifted this provision could also be used to counteract SEPs abuse.

References:

1. Petrovic U. Competition law and standard essential patents: A transatlantic perspective / Petrovic U. – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. – 218 p.
2. Paul A.D. The Economics of Compatibility Standards: An Introduction to Recent Research / A.D. Paul, S. Greenstein // Economics of Innovation of New Technology. – 1990. – Vol. I. – P. 3–41.
3. Hun Park J. Patents and Industry Standards / J. Hun Park. – Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd, 2010. – 256 p.
4. Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. [Electronic Resource] // World Trade Organization. – Mode of access: <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm>.
5. WT/DS114/R: Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products [Electronic Resource] // World Trade Organization. – Mode of access: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds114_e.htm>.
6. Pai Y., Private Proprietary Standards and Public Law: Invoking WTO's

Competition Dimension to Avoid Global Market Distortion. [Electronic Resource] // November 16, 2012. – Режим доступа: <http://ssrn.com/abstract=2177064 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2177064>.

7. Antons Ch. Intellectual Property and Free Trade Agreements in the Asia Pacific Region / Ch. Antons, R. M. Hilty // Springer, 2015. – 437 p.

8. WT/DS 196: Argentina – Certain Measures on Protection of Patents and Test Data. 2002. [Electronic Resource]. – Mode of access: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds196_e.htm.

9. WT/DS 408: European Union and a Member State – Seizure of Generic Drugs in Transit (Complainant: India). – 2010. [Electronic Resource]. – Mode of access: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds408_e.htm.

10. WT/DS 409: European Union and a Member State – Seizure of Generic Drugs in Transit (Complainant: Brazil). – 2010. [Electronic Resource]. – Mode of access: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds409_e.htm.

11. Yeung N. IP and competition law—the Chinese perspective / N. Yeung // Oxford Journal of Antitrust Enforcement. – 2015. – Vol. 3. – № 1. – P. 172–193.

12. General Agreement on Tariffs and Trade 1994. [Electronic Resource] // World Trade Organization. – Mode of access: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm>.

13. Agreement on Technical Barriers to Trade. [Electronic Resource] // World Trade Organization. – Mode of access: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm>.

14. WT/DS231/AB/R: European Communities – Trade Description of Sardines. – 2002.

15. G/TBT/W/251/Add.1. Intellectual Property Rights (IPR) Issues In Standardization. [Electronic Resource] // World Trade Organization, Committee on Technical Barriers to Trade. – November 9, 2006. – Mode of access: <http://china.wto.mofcom.gov.cn/accessory/200702/1171346578955.doc>.



КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ К КАТЕГОРИИ «ГРАЖДАНСКОЕ ОБЩЕСТВО» В ПРАВОВОЙ НАУКЕ

Игорь КОРОПАТНИК,

кандидат юридических наук, доцент кафедры финансов и права
Военного института Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Summary

The paper conducted theoretical and legal research of conceptual approaches to category of «civil society» described by world-renowned thinkers and scholars domestic lawyers. Analyzes the views of local authors in legal literature on study of essence of category of «civil society» and its relationship with the terms «state», «democracy», «public authorities». It is proved that this category is not particularly pronounced form and content, and carries different meanings depending on approach of researcher. It supports the idea that the classification of civil society is possible only in relation to specific historical and legal and territorial conditions, and it is not constant.

Key words: civil society, state, democracy, public authorities, right.

Аннотация

В статье проводится теоретико-правовое исследование концептуальных подходов к категории «гражданское общество», описанных всемирно известными философами и отечественными учеными-правоведами. Проанализированы содержащиеся в юридической литературе взгляды отечественных авторов относительно сущности категории «гражданское общество», его соотношение с терминами «государство», «демократия», «органы государственной власти». Обосновывается, что данная категория не имеет конкретно выраженной формы и наполнения, а несет различную смысловую нагрузку в зависимости от подхода исследователя. Поддерживается идея, что классификация гражданского общества не является константой и возможна лишь применительно к конкретным историко-правовым и территориальным условиям.

Ключевые слова: гражданское общество, государство, демократия, органы государственной власти, право.

Постановка проблемы. Идеи гражданского общества в современном научном дискурсе опираются на концептуальные разработки великих мыслителей и находят свое отражение как в научных трудах, так и в концептуальных нормативно-правовых актах, определяющих современные направления развития общества. Вопрос понятия, происхождения, сущности категории «гражданское общество» является крайне актуальным, учитывая связанность большого количества процессов с данным феноменом человеческого развития.

Этот феномен выступает одним из ключевых элементов для понимания отношений внутри общества, государства и личности, является базовым при формировании внутренней политики взаимодействия государства, общества, граждан и определения приоритетов развития в современной среде, которая постоянно активно трансформируется.

Идеи гражданского общества и демократического, правового государства нашли свое отражение в Декларации о государственном суверенитете Украины и в дальнейшем были зафиксированы в Конституции Украины, абсорбируя в себе ряд концептуальных положений наработок предыдущих поколений. Вместе с тем в науке сегодня сложилось несколько различных,

иногда противоречивых подходов к пониманию категории «гражданское общество», что требует проведения дальнейших исследований, направленных на уяснение сущности указанного феномена.

Актуальность исследования.

Идеи гражданского общества считаются одним из самых ценных достижений мировой политико-правовой мысли. Понятие «гражданское общество» и сегодня не является четко определенным и постоянным, несмотря на то, что его содержание формировалось и наполнялось в течение многих веков через возникновение и развитие концептуальных представлений о сущности гражданского общества, его структуры и признаков.

Научный анализ проблем развития гражданского общества осуществляется многими как отечественными, так и зарубежными учеными. Среди последних работ необходимо назвать работы О. Лютюк, Г. Берченко, А. Колодия, А. Селиванова, Ю. Тодыки и других авторов. Они послужили научно-методической базой для проведения нашего исследования и, соответственно, вопросов, рассматриваемых в статье.

Целью и задачей статьи является исследование основных подходов к категории «гражданское общество» применительно к украинскому нацио-

нальному законодательству. Новизна работы заключается в том, что в ней сделана попытка определить базовые подходы к реализации на правовом уровне сущности исследуемой категории применительно к Украине.

Изложение основного материала.

Аристотель отождествлял общество с государством и считал, что «всякое государство, как и первичные объединения, – природное образование», поскольку «человек (по своей природе) – существо политическое, а не самодостаточное» [1, с. 16].

Оптимальное состояние общества Аристотель выводил из «взаимного общения», что, в свою очередь, опирается на чувство «взаимной дружбы». Степень участия лица в государственной жизни зависит не от происхождения, а от «политической добродетели» – пользы, которую приносит индивид в обществе. Образцовым гражданином Аристотель считал только того, «кто участвует в управлении и оказывает послушание. Однако, возможно, сущность понятия «гражданин» меняется, учитывая изменение формы государственного устройства». То есть гражданственность зависит от объективных факторов. Соответствовать этим критериям может человек среднего достатка, который способен навести порядок в своих хозяйственных делах и,



соответственно, «те государства имеют наилучший строй, где средний класс составляет значительное количество и пользуется большим влиянием по сравнению с обоими крайними слоями населения» [1, с. 80].

В основных своих трудах Цицерон фактически отождествляет понимание государства и гражданского общества, следуя Аристотелю. Он утверждал, что государство – это «дело народа», оно возникает естественным путем, поскольку людям свойственно стремление к объединению. Народ, по Цицерону, – это «соединение многих людей, связанных между собой согласием в вопросах права и общности интересов, поэтому целью государства является охрана имущественных интересов граждан» [2, с. 86].

Т. Гоббс причины возникновения и существования гражданского общества связывал с природой и качествами человека, как существа разумного, а вместе с тем эгоистического. Поскольку все человеческое поведение мотивируется личной выгодой, общество следует рассматривать, как средство для ее удовлетворения. В своем естественном состоянии люди, согласно пониманию Т. Гоббса, не могут сохранить мир и поэтому предстают перед угрозой взаимного уничтожения. И здесь благодаря инстинкту самосохранения люди понимают, что нужно выйти из состояния «войны всех против всех». В связи с этим Т. Гоббс обосновывает концепцию договорного происхождения политической власти. Государство возникает на основе общественного договора между людьми. То есть люди были вынуждены заключить общественный договор, отдав часть прав суверену ради безопасности жизни. Гражданское общество (*societas civilis*), которое появляется в результате этого договора, он рассматривает как эквивалент государства (*civitas*) и его законов. Кроме этого, Т. Гоббс оперирует понятиями гражданина (подданного) и гражданского лица (*persona civilis*), которое принадлежит к сообществу граждан, образованному по определенным интересам [3, с. 132].

В. Ф. Гегель пришел к выводу, что «гражданское общество – это дифференциация, которая стоит между семьей и государством, хотя развитие гражданского общества приходит позже, чем раз-

витие государства; поскольку в качестве дифференциации оно предполагает государство, которое оно, чтобы существовать, должно иметь перед собой как нечто самостоятельное». Поэтому понятие «гражданское общество», по мнению философа, уже, чем понятие «общество». В этом смысле с ним соглашались многие последователи, потому что лексический смысл слова «гражданское» носит признаковую характеристику и определяет особенность общества, которая характеризуется термином «гражданское». В «Философии права» В.Ф. Гегель определяет суть гражданского общества двумя принципами: 1) самоценностью индивидуального бытия конкретного человека, который «является для себя особой целью, целостностью собственных нужд и смесью природной необходимости и произвола»; 2) опосредованностью индивидуального бытия, формой всеобщности, поскольку «каждый из них утверждает свою значимость и удовлетворяется только как опосредованное другими таким же индивидуальным бытием» [4, с. 154].

Гражданское общество по Гегелю не только общество исключительно частного интереса, которое противостоит, противодействует общему, а как состояние общественных связей, в основе которых лежат взаимодействие и взаимное развитие индивидуального, частного и общего: «В гражданском обществе каждый для себя – цель, все остальное для него ничто». Однако без этих «других» индивид не в состоянии удовлетворить свои потребности и вынужден взаимодействовать с ними. Гражданское общество есть определенным уровнем развития общественных связей, которые стоят выше семейных отношений, но еще не достигли внутренней целостности, присущей государственному способу бытия. Поэтому гражданское общество «можно в ближайшее время рассматривать как внешнее государство, как государство нужды и здравого смысла» (а не разумного внутреннего совершенства). Это опосредующее звено («дифференциация») между простой формой общественных связей (семей) и самой совершенной (государством). Гражданское общество – переходный этап развития общества. Гегель называет гражданское общество «системой атомистики» – этапом

абстрактной свободы, поскольку эта последняя подчиняется слепой природной необходимости, а не отраженной и зафиксированной в законах сознательной общей воли, которую представляет государство. Исторический прогресс, по Г. Гегелю, как раз и заключается в переходе «внешнего» государства во «внутреннее», как высший уровень развития общественной жизни, фиксирующий общую волю, и направляет ее возможности на обеспечение интересов каждого гражданина [4, с. 211].

Размышляя о гражданском обществе, В.Ф. Гегель отрицал отождествление экономических потребностей с биологическими. Потребности, на самом деле, являются состоянием духа и зависят от общественного толкования, экономической системы, принятой в том или ином обществе образа жизни и нравственных оценок. Отсюда следует, что бедность зависит от оценки человека обществом, а также от того, как он сам себя оценивает. Он подчеркивал, что гражданское общество – это сфера частных интересов в рамках правового порядка. В его трудах четко определены отделения понятия «гражданское общество» и «государство». Он пришел к выводу, что социальная жизнь, которая свойственна гражданскому обществу, принципиально отличается от мира семьи и от публичной жизни государства. «Гражданское общество, – отмечал Гегель, – есть дифференциация, которая возникает между семьей и государством, хотя развитие гражданского общества начинается позднее, чем развитие государства» [4, с. 220].

К. Маркс рассматривал гражданское общество, как исторический феномен, как результат исторического развития, а не как данное природой состояние. Он связывал становление гражданского общества с развитием его экономических предпосылок, в частности со свободой частной собственности. К. Маркс сводит гражданское общество к экономической сфере общества. Причем именно гражданское общество имеет переходный характер, поскольку оно порождает пролетариат – могильщика буржуазного общества, которое К. Маркс отождествлял с гражданским обществом [5, с. 98].

Близок с положениями Т. Гоббса в своих идеях был Ж.-Ж. Руссо. Он исходил из индивидуалистической при-



роды человека и пришел к мнению, что почва способностей индивидов находится в обществе. «Этот переход от естественного к гражданскому вызывает весьма заметные изменения в человеке, отдавая справедливости ее место в человеческом поведении, которое ранее принадлежало инстинкту, а также наделяя человеческие действия нравственностью, которой им раньше не хватало». То есть, в обществе индивиды реализуют свои духовные и нравственные способности, и через него становятся личностями, получая «моральную свободу, которая превращает человека в настоящего обладателя самого себя. Потому как побуждение, вызванное одним только твоим желанием, – это рабство, а покорность закону, который ты собственноручно поставил над собой, – свобода». Упорядоченность отношений в обществе и государстве зависит от четырех видов законов: политических, гражданских, юридических и, по утверждению Руссо, важнейших – нравов, обычаев и общественного мнения. Последний «отчеканен не в мраморе или бронзе, а в сердцах граждан» [6, с. 26–27].

Для него термины «гражданское общество» и «государство» были синонимами. Главным признаком гражданского общества, по его мнению, является участие каждого гражданина в государственных делах и безусловное полномочие народа. Руссо признавал «действительным только один акт общественного договора, а именно – сочетание народа и общества (в форме демократического государства), как единого абсолютного источника и суверена общей воли (верховой политической власти)» [6, с. 65].

А. де Токвиль понимал гражданское общество как особую, негосударственную сферу социума, а именно как сферу распространения негосударственных общественных и политических ассоциаций. Он заложил социокультурный подход к пониманию гражданского общества, акцентируя внимание на моральном и социопсихологическом воздействии сети общественных ассоциаций, занятых решением повседневных «малых» дел. Именно эти организации формируют «местные и личные свободы», создают необходимое для демократии активное социальное поле, распространяют дух солидарности,

терпимости и кооперации, а также создают ситуацию наличия «пристального общественного глаза», который постоянно следит за властью. Он подчеркивал, что этические, религиозные, профессиональные, рабочие и локальные объединения образуют такую структуру гражданского общества, из которой может возникнуть правовое государство [7, с. 187].

Дж. Локк породил парадигму «государство ради общества». Протестуя против попыток власти посягать на «жизнь, свободу и состояние народа», он задал интенцию по пересмотру традиционных отношений общества с государственными институтами. Государство уже не поглощает общество, и не изменяет его, а рассматривает, как инструмент общества, исполняющий функцию внешней безопасности и функцию правовой защиты лица (жизни, свобод и состояния) [8, с. 76].

Как предпосылку возникновения гражданского общества он рассматривал естественное состояние людей – «состояние полной свободы в управлении своими действиями, распоряжение своим имуществом и собой», «состояние равенства, при котором вся власть и компетенции являются взаимными». По мнению Дж. Локка, естественное состояние регулируется «законом природы», требует мира и сохранения всего человечества и поддерживается в меру своих возможностей каждым человеком. Понятно, что такая упорядоченность имеет нестабильный характер, поэтому попытки избежать состояния войны являются причиной возникновения гражданского общества. Он убежден, что «каждый человек ... свободен от природы, и ничто, кроме его собственного согласия, не в состоянии покорить его какой-нибудь земной властью». Дж. Локк выделяет две разновидности такого согласия – «молчаливое согласие» (которое ограничивается уже самим фактом признания законов общества) и «выраженное согласие», которое делает человека настоящим членом общества [8, с. 94].

Альтернативу марксистской концепции отчуждения можно найти в трудах Э. Дюркгейма. По его мнению, общество немислимо без солидарности, которая может принимать различные формы – семейной, профессиональной, национальной. Источником

чувства солидарности выступает общественное разделение труда, который интегрирует членов общества, делает их взаимозависимыми [9, с. 53].

По Д. Роулзу, гражданское общество выступает гарантом индивидуальных прав и свобод, их защитником от посягательств государства. Гражданское общество является своеобразным буфером между индивидом и государством, потому что свобода является самой высокой из всех ценностей [10, с. 64].

Как утверждает Ч. Тейлор, «каждое политическое общество требует определенных жертв и требует определенной дисциплины со стороны его членов – они должны платить налоги или служить в армии и вообще испытывать определенные ограничения. Чтобы сделать общество свободным, это принуждение необходимо изменить на другое. Это может быть только «добровольное отождествление граждан с полисом, ощущение того, что политические институты в их обществе являются выражением их самих» [11, с. 87].

Собственно, условие возникновения и расцвета гражданского общества заключается не в вызванном извне страхе, а в наличии внутреннего самоотождествления граждан как с обществом в целом, так и с отдельными его коллективными субъектами, учреждениями. Ведь «дисциплина, при деспотическом режиме навязывающаяся извне страхом, должна при его отсутствии обеспечиваться изнутри, а это может сделать только патриотическая идентификация» [11, с. 98].

Достаточно часто понятие «гражданское общество» сравнивают с понятием «открытое общество», идея которого была предложена К. Поппером. Здесь открытое общество является идеальной конструкцией, которая существует в человеческих представлениях и имеет посредственное отношение к реальной жизни, как некий общественный идеал. Это «идеальный общественный тип» (как выражался М. Вебер) [12, с. 72].

Так как в мире не существует единой модели гражданского общества, нет необходимости говорить о гражданском обществе вообще, а только о вполне определенном, конкретном обществе, чьи отличительные признаки и параметры, которые определяют дина-



мику и характер развития институтов и ценностей последнего.

Констатируя отсутствие научно обоснованной типологии гражданского общества, А. Колодий одновременно ставит «... вопрос о возможности утверждения в Украине других моделей гражданского общества, отличных от либеральных, больше связанных с национальной традицией и менталитетом народа». К важнейшим факторам, по которым определяется конкретная форма гражданского общества, относятся: отношения собственности, реально существующие в данном обществе; уровень и формы обобществления и уровень развития производительных сил; конкретно-исторические условия страны, система общественных и политических институтов, политика правительства [13, с. 45].

Таким образом, большинство ученых считают, что в мире не существует единой, унифицированной модели гражданского общества, равно пригодной для всех стран, а есть конкретно-исторические модели, зависящие от специфики отдельных культур и цивилизаций.

Выводы. На основе анализа сложившихся в научной мысли концепций гражданского общества, можно выделить следующие характеризующие его содержание признаки:

– в политическом аспекте неотъемлемым признаком существования гражданского общества является наличие демократических отношений, в частности, прямых и опосредованных форм народовластия, провозглашенного и имеющего механизм правовой реализации принципа приоритетности человека и гражданина, верховенства права;

– в экономическом аспекте обязательным условием существования гражданского общества является рыночная экономика, в основе которой лежит защита частной собственности, при этом монополия отдельных субъектов ограничивается государством, а отношения экономической конкуренции выступают объектом защиты с его стороны;

– в социально-структурном аспекте существование гражданского общества базируется на наличии в государстве достаточного количества представителей так называемого «среднего

класса», т. е. социальной группы, образование, доходы, содержание труда и сфера интересов которых позволяют им осознавать сущность происходящих в сфере государственного управления процессов и возникающих при этом проблем, вырабатывать собственную независимую позицию по поводу определенных государственных решений и практики деятельности государственных институтов, а также иметь возможность различными способами влиять на них;

– в идеологическом аспекте гражданское общество характеризуется плюрализмом существующих подходов, точек зрения, вариантов решения проблем государственной жизни, толерантностью в оценке позиций других субъектов правоотношений, рефлексивно-аналитическим подходам к деятельности государства.

Список использованной литературы:

1. Аристотель. Политика / пер. с давньогр. О. Кислюка. – К.: Основы, 2000. – С. 16–17, 80, 88, 116.
2. Цицерон Марк Туллий. Диалоги: О государстве; О законах. – М.: Литературные памятники, 1994. – 234 с.
3. Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского / Т. Гоббс; сочинения: [в 2 т.]; [пер. с латин. и англ.] – М.: Мысль, 1991. – Т. 2. – 378 с.
4. Гегель Г.В.Ф. Философия права / Г.В.Ф. Гегель; [пер. с нем.]; АН СССР. Ин-т философии; ред. и сост. Д.А. Керимов и В.С. Нерсесянц; авт. вступ. ст. и примеч. В.С. Нерсесянца. – М.: Мысль, 1990. – 524 с.
5. Маркс К. Избранные произведения / К. Маркс, Ф. Энгельс; [в 3 т.]; Ин-т марксизма-ленинизма при ЦК КПСС. – М.: Политиздат, 1986. – Т. 1. – С. 4–76.
6. Руссо Ж.-Ж. Про суспільну угоду, або Принципи політичного права / Ж.-Ж. Руссо; Ін-т філософії НАН України; Вінниц. держ. тех. ун-т. – Б. м.: Port-Royal, 2001. – 458 с.
7. Токвиль А. Демократия в Америке: [пер. с франц., предисл. Г. Ласки] / А. Токвиль. – М.: Прогресс, 1992. – 554 с.
8. Локк Дж. Два трактата о правлении // Дж. Локк. Сочинения : В 3 т. – М.: Мысль, 1988. – Т. 3. – 668 с.

9. Дюркгейм Э. О разделении общественного труда: Метод социологии / Э. Дюркгейм: [пер. с фр.] / изд. подгот. А.Б. Гофман. – М.: Наука, 1991. – 572 с.

10. Роулз Дж. Політичний лібералізм / Дж. Роулз // Сучасна політична філософія: антологія; [пер. з англ.]; упоряд. Я. Кіш. – К.: Основи, 1998. – С. 192–238.

11. Тейлор Ч. Непорозуміння: дебати між лібералами та комунітаристами / Ч. Тейлор // Сучасна політична філософія: антологія; [пер. з англ.]; упоряд. Я. Кіш. – К.: Основи, 1998, с. 558].

12. Поппер К. Открытое общество и его враги / Пер. В.С. Коломийцева. – СПб: Плазма, 2001. – 262 с.

13. Колодій А.Ф. Концепція громадянського суспільства: проблема узгодженості теоретичних підходів та емпіричних моделей // Громадянське суспільство як здійснення свободи: Центрально-східноєвропейський досвід / А.Ф. Колодій; за ред. А. Карася. – Львів, 1999. – 426 с.



ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ТРЕТЕЙСКИХ СУДОВ С СИСТЕМОЙ ОБЩИХ СУДОВ УКРАИНЫ

Юрий КОТВЯКОВСКИЙ,
старший преподаватель кафедры правосудия
Сумского национального аграрного университета

Summary

This article briefly reviews current condition of national arbitral legislation in a part of legal regulation of cooperation of arbitration courts with general court system of Ukraine. The author considers scientific publications dedicated to certain aspects in problem of judicial control of arbitration courts activity. Conclusions concerning unwarranted restrictions of arbitration courts competence in Ukraine are made on ground of made review, and alterations to Law of Ukraine «On Arbitration Courts» are offered, oriented to removal of states restrictions by means of improvement of mechanism of judicial control over lawfulness of arbitral awards. The problem of «double control» in regard to arbitral awards are also considered, and offers regarding optimization of appeal procedure concerning arbitral awards and issue of enforcement documents are made.

Key words: arbitration court, property dispute, arbitral award, arbitral legislation, arbitration court competence.

Аннотация

В статье осуществлен анализ современного состояния отечественного третейского законодательства в части правового регулирования взаимодействия третейских судов с системой общих судов Украины. Автором рассматриваются научные публикации, посвященные отдельным аспектам проблемы судебного контроля деятельности третейских судов. На основе проведенного анализа делаются выводы относительно необоснованного ограничения компетенции третейских судов в Украине и предлагаются изменения в Закон Украины «О третейских судах», направленные на устранение указанных ограничений за счет усовершенствования механизма судебного контроля за законностью третейских решений. Рассматривается также проблема «двойного контроля» в отношении решений третейских судов и вносятся предложения относительно оптимизации процедур обжалования третейских решений и выдачи исполнительных документов.

Ключевые слова: третейский суд, имущественный спор, третейское решение, третейское законодательство, компетенция третейского суда.

Постановка проблемы. Конституция Украины гарантирует каждому судебную защиту нарушенных, непризнанных или оспариваемых имущественных прав и интересов. Реализация этого права осуществляется на основании доступа к правосудию.

Вместе с тем доступ к правосудию не означает рассмотрение дел исключительно государственными судами, а сама система судов общей юрисдикции не претендует на рассмотрение всех без исключения гражданских, трудовых, жилищных, земельных или семейных дел, в которых существует спор о праве. По этому вопросу в ходе общего заседания представителей органов судебной власти Украины относительно итогов работы судов Украины в 2015 г. обращалось внимание на позицию Европейского суда по правам человека, который, определяя понятие «суд», объяснял, что суд не обязательно должен восприниматься, как юрисдикция классического типа, интегрированная в общую судебную систему государства. В связи с этим были предоставлены рекомендации относительно расширения сферы применения альтернативных способов разрешения споров, в том числе третейского судопроизводства, которые долж-

ны содействовать разгрузке судебной системы, удешевлению, ускорению и упрощению процедур решения отдельных категорий дел [1; 5].

Таким образом, третейское рассмотрение позволяет решить имущественный спор, избежав при этом некоторых отягчающих судебных процедур. Вместе с тем эффективное осуществление третейским судом защиты прав и охраняемых законом интересов как физических, так и юридических лиц нуждается в налаженном механизме взаимодействия третейского судопроизводства с общими судами.

Актуальность темы исследования. Современное состояние третейского судопроизводства в Украине характеризуется существенным сужением сферы его применения, особенно для решения гражданско-правовых споров. Это свидетельствует о несовершенстве правового регулирования деятельности третейских судов, что, в свою очередь, вызывает недоверие к ним как со стороны населения, так и со стороны бизнес-структур. Одновременно анализ мировой практики показывает, что рассмотрение имущественных споров третейскими судами является эффективным способом защиты

прав и охраняемых законом интересов как физических, так и юридических лиц. В связи с этим процедура третейского судопроизводства нуждается в постоянном усовершенствовании в части ее фиксирования, назначения экспертов, вызова свидетелей, построения сбалансированного механизма контроля деятельности третейских судов со стороны государственной судебной системы, чему в отечественной юриспруденции уделяется недостаточно внимания.

Вопросам третейского судопроизводства посвящены исследования таких авторов, как: Ю.Д. Притыки, С.А. Юлдашева, А.А. Гайдулина, Н.М. Ясынка, О.Ю. Скворцова, И.В. Решетниковой, С.А. Курочкина, В.П. Козиревой, Н.П. Курило, А.П. Гаврилишина, М.М. Богуславского, С.А. Короеда, М.Ю. Лебедева, М.А. Попова и других.

Целью статьи является анализ современного состояния отечественного третейского законодательства, а также выработка предложений относительно усовершенствования механизма взаимодействия третейских судов с системой общих судов Украины.

Изложение основного материала. Согласно ст. 51 Закона Украины «О



третейских суда» решение третейского суда является окончательным и не подлежит обжалованию. Вместе с тем указанное положение не исключает юридической возможности отмены решения третейского суда, но не за счет рассмотрения жалоб на уровне апелляционной или кассационной инстанций, а за счет имеющейся возможности обжалования решений третейского суда в компетентный государственный суд.

В связи с этим обоснованной представляется мысль О.Ю. Скворцова о том, что государственный суд не осуществляет апелляционного, кассационного или надзорного пересмотра решений третейского суда, а выполняет в отношении него лишь контрольные функции [2, с. 546]. Этой же мысли придерживается и Ю.Д. Притыка, указывая, что обжалование решений третейских судов по своему характеру является проявлением контрольной функции государственных судов, осуществляемой в определенных законом порядке и объемах [3, с. 699]. Аналогичную позицию занимает и И.В. Решетникова, делая ударение на том, что возможность оспаривания решения третейского суда не связана с пересмотром его по сути компетентным государственным судом, а является лишь специфической формой контроля государства за третейскими решениями [4, с. 104].

Таким образом, наблюдается единый подход к вопросу о том, что государственные суды не могут считаться апелляционной инстанцией по отношению к третейским судам, поскольку последние не являются составляющей государственной судебной системы Украины, а существуют параллельно, как альтернативный способ защиты имущественных прав физических и юридических лиц. В связи с этим соглашаемся с высказанным в литературе мнением о нецелесообразности использования термина «обжалование» относительно решений третейских судов, поскольку данное процессуальное действие предусматривает пересмотр решения третейского суда по сути. Более удачным является использование термина «оспаривание», поскольку он более точно отражает сущность отношений, связанных с осуществлением функций контроля над третейским судопроизводством в части законности судебных решений со стороны государ-

ственных судов [5, с. 70; 2, с. 546–548]. Поэтому считаем целесообразным внесение соответствующих изменений в раздел VII-1 Гражданского процессуального кодекса Украины и Закон Украины «О третейских судах».

В то же время важное значение для эффективного функционирования третейского судопроизводства имеет создание сбалансированного и эффективного механизма контроля со стороны государственных судов за третейскими решениями. В связи с этим С.А. Курочкин подчеркивает, что «как недостаточное, так и чрезмерное внимание со стороны государственных судов к третейскому судопроизводству способно свести на нет преимущества третейской защиты прав и интересов» [6, с. 2].

Исследуя указанную проблематику, профессор М.М. Богуславский выделил несколько направлений такого взаимодействия, в частности: определение государственным судом компетенции третейского суда и определение действительности третейского соглашения; участие государственных судов в формировании состава третейского суда; употребление ими обеспечительных мер, отмена и принудительное выполнение решений третейских судов [7, с. 68].

Несколько иной подход реализован в отечественном третейском законодательстве. Согласно Закону Украины «О третейских судах» формирование персонального состава третейского суда является прерогативой сторон третейского соглашения и в определенных регламентом случаях – руководящими органами постоянно действующего третейского суда. Вопрос о соответствии состава третейского суда требованиям закона может быть рассмотрен компетентным государственным судом лишь в рамках процедуры обжалования третейского решения или решения вопроса о выдаче исполнительного документа.

Также, несмотря на восприятие при конструировании отечественной модели третейского судопроизводства принципов, закрепленных в Типовом законе ЮНСИТРАЛ «О международном коммерческом арбитраже», гражданским и хозяйственным процессуальным законодательством не предусмотрена возможность обращения участников

третейского рассмотрения в государственный суд с ходатайством об упреждении обеспечительных мер.

Вообще меры контроля деятельности третейских судов со стороны государственной судебной системы отечественным законодательством перенесены на стадию обжалования третейских решений или обращения заинтересованной стороны с заявлением о выдаче исполнительного документа. Их реализация зависит исключительно от инициативы сторон третейского рассмотрения или в случае решения третейским судом вопроса о правах и обязанностях лиц, которые не были участниками третейского рассмотрения, по инициативе таких лиц.

Относительно компетенции государственного суда по отношению к третейскому решению С.А. Курочкин выделяет два основных подхода, которые сложились в мире. Согласно английской концепции, государственный суд имеет право пересмотреть третейское решение в полном объеме, в том числе по вопросам применения норм права, отменить его полностью или частично, изменить решение или передать на новое рассмотрение в арбитраж.

В странах континентальной системы права распространилась так называемая частноправовая концепция арбитража, согласно которой государственный суд не может пересмотреть третейское решение, даже если в нем присутствуют явные недостатки. Контроль со стороны государства допускается лишь после вынесения решения и не может касаться вопросов применения права, кроме случаев, когда решением нарушаются основополагающие принципы права. Лишь в таком случае оно может быть отменено по заявлению стороны. На тех же основаниях может быть отказано в его признании и выполнении [6, с. 2–3].

В отечественном третейском законодательстве получила выражение континентальная модель третейского судопроизводства. Однако им не предполагается возможность обжалования решений внутренних третейских судов по мотивам несоответствия его закону или нарушение им основополагающих принципов права. В то же время суд может отказать в выдаче исполнительного документа на решение третейского суда в случае, если оно содержит



способы защиты прав и охраняемых интересов, которые не предусмотрены законами Украины. При наличии в третейском решении иных недостатков, связанных с применением третейским судом норм права при разрешении спора, компетентный государственный суд фактически лишен возможности их устранения.

Такая ситуация создала условия для большого количества злоупотреблений в сфере третейского судопроизводства, на что обращалось внимание в обобщении практики применения судами Закона Украины «О третейских судах», сделанного Верховным Судом Украины в 2009 году. Наибольшее распространение приобрели злоупотребления, связанные с признанием действительными договоров отчуждения недвижимого имущества, которые заключены с нарушением требований закона, а также договоров отчуждения земельных участков сельскохозяйственного назначения; неправомерного установления контроля над юридическими лицами и т. п.

В результате из компетенции третейских судов были изъяты споры относительно недвижимого имущества, включая земельные участки; споры, которые возникают из корпоративных отношений между хозяйственным обществом и его участником; споры, по результатам рассмотрения которых выполнение решения третейского суда будет нуждаться в совершении соответствующих действий органами государственной власти и местного самоуправления, их должностными лицами, и некоторые другие.

Такой подход позволил уменьшить количество злоупотреблений в сфере третейского судопроизводства, но существенно сузил сферу его применения, а вместе с тем и возможности добросовестных участников правоотношений для защиты своих прав и охраняемых законом интересов в третейских судах. Это, в свою очередь, повысило нагрузку на местные суды, на которые легло дополнительное бремя дел.

Указанные законодательные ограничения неоднократно подвергались справедливой критике в научной среде. Так, на недостаточную их обоснованность указывал С.А. Юлдашев [8, с. 167–168]. А.А. Гайдулин отмечал, что подобные средства борьбы со злоупот-

реблениями процессуальными правами резко контрастируют с общемировой практикой либерализации гражданского процесса [9, с. 70].

Исходя из изложенного, представляется целесообразным создание правовой возможности для государственных судов, относительно отмены явно незаконных третейских решений с одновременным устранением неоправданного ограничения компетенции третейских судов.

В связи с этим стоит вопрос относительно объема контроля компетентного государственного суда за соблюдением третейскими судами законодательства.

В этой части С.А. Короед отмечал, что местному суду нужно предоставить право повторного пересмотра третейского решения и возможности постановления нового решения по сути исковых требований [10, с. 66–67]. Однако в таком случае государственный суд фактически получает полномочия апелляционной инстанции относительно третейского суда, которые, как отмечалось, противоречат функции контроля.

Другой подход, согласно которому третейское решение может быть отменено компетентным судом по мотивам нарушения им «основополагающих принципов права», также не безупречен. Так, М.Ю. Лебедев обращает внимание на необходимость четкого определения понятия «основополагающие принципы права», поскольку при его отсутствии государственные суды осуществляют произвольное толкование его в каждом конкретном случае, в связи с чем неоправданно расширяется объем проверки третейского решения [11, с. 21]. Вместе с тем, О.Ю. Скворцов обращает внимание на научную дискуссию относительно определения данного понятия [2, с. 567–577].

На сегодняшний день нормативное определение «основополагающих принципов права» отсутствует и в отечественном законодательстве. В то же время деятельность третейского суда согласно ст. 4 Закона Украины «О третейских судах» базируется на принципе законности. Безусловно, требование законности распространяется и на решение третейского суда.

В связи с этим считаем целесообразным дополнить ч. 3 ст. 51 Закона Украины «О третейских судах» пункта-

ми 6 и 7 в следующей редакции: «6) решением третейского суда нарушается установленный законом порядок возникновения или перехода права собственности на объекты недвижимого имущества, включая земельные участки»; «7) решение, принятое в споре из корпоративных отношений, создаст условия для неправомерного установления контроля над юридическим лицом». Также включить соответствующие положения, как основания для отказа в выдаче исполнительного документа на решения третейского суда. Соответственно п. п. 7 и 10 ч. 1 ст. 6 Закона Украины «О третейских судах» предлагается исключить.

Существенное ограничение компетенции третейских судов связано также с устранением из сферы третейского рассмотрения дел, по результатам рассмотрения которых выполнение решения будет нуждаться в совершении соответствующих действий органами государственной власти, органами местного самоуправления, их должностными или служебными лицами и другими субъектами во время осуществления ими властных управленческих функций на основе законодательства, в том числе во исполнение делегированных полномочий.

Такой подход является логичным, поскольку исходя из частноправовой природы третейского судопроизводства, решение третейского суда обязательно к исполнению лишь для лиц, которые заключили третейское соглашение. Вместе с тем это делает невозможным решение третейскими судами дел как относительно принадлежности недвижимого имущества, так и относительно отдельных видов движимого имущества (например, автомобиля), поскольку выполнение таких решений связано с государственной регистрацией права собственности.

Поэтому обоснованной представляется мысль М.А. Попова относительно установления в законодательстве процедуры признания решения третейского суда в случае, если такое решение является основанием для публичной регистрации прав [12; 16].

Отечественным третейским законодательством предусмотрена процедура признания третейского решения путем выдачи исполнительного документа компетентным государственным судом.



В связи этим предлагается дополнить статью 56 Закона Украины «О третейских судах» частью 9 в следующей редакции: «Получение исполнительного документа на решение третейского суда есть обязательным, если выполнение решения будет нуждаться в совершении соответствующих действий органами государственной власти, органами местного самоуправления, их должностными или служебными лицами и другими субъектами во время осуществления ими властных управленческих функций на основе законодательства, в том числе во исполнение делегированных полномочий». Пункт 13 ч. 1 ст. 6 Закона Украины «О третейских судах» предлагается исключить.

Проблемным вопросом взаимодействия третейского судопроизводства с государственной судебной системой является также проблема «двойного контроля» третейских решений на стадии обжалования решения и стадии выдачи исполнительного документа.

В научной литературе по этому вопросу отсутствует однозначный подход к данной проблеме. В этой связи О.Ю. Скворцов отмечал, что законодательно установленная возможность «двойного контроля» третейских решений свидетельствует о чрезмерном правовом регулировании в этой сфере и нарушении принципа процессуальной экономии [2, с. 550]. Аналогичная мысль высказывалась М.А. Поповым, который считал параллельное существование институтов выдачи исполнительного документа на решение третейского суда и обжалования третейского решения избыточным [12; 19].

В то же время С.А. Курочкин отмечал, что существование указанных институтов обеспечивает баланс процессуальных возможностей сторон третейского рассмотрения, поскольку заявление об отмене третейского решения подается стороной, которая проиграла, а заявление о выдаче исполнительного документа стороной, которая выиграла дело [6, с. 90].

Безусловно, обеспечение процессуального равенства является важной гарантией защиты прав и законных интересов участников третейского рассмотрения. Вместе с тем одним из основных преимуществ третейского судопроизводства есть оперативное рассмотрение спора и вынесение решения.

Возможность «двойного» контроля третейского решения государственным судом лишает третейское судопроизводство указанных преимуществ.

Примером оптимального решения указанной проблемы является третейское законодательство Германии, которое исключает возможность подачи заявления об обжаловании решения третейского суда в случае, если соответствующее решение объявлено государственным судом таким, что подлежит принудительному выполнению.

В связи с этим считаем целесообразным дополнить статью 51 Закона Украины «О третейских судах» частью 7 в такой редакции: «В случае отказа в удовлетворении заявления об отмене решения третейского суда компетентный суд по ходатайству заинтересованного лица решает вопрос о выдаче исполнительного документа на такое решение», а также дополнить статью 56 Закона Украины «О третейских судах» частью 9 в такой редакции: «В случае удовлетворения компетентным судом заявления о выдаче исполнительного документа на решение третейского суда такое решение не может быть обжаловано по основаниям, определенным частью 3 статьи 51 этого Закона».

По нашему мнению, реализация такого подхода позволит избежать продолжительного и затратного для сторон процесса пересмотра третейских решений, обеспечит оперативность их выполнения и создаст условия для разгрузки государственных судов.

Выводы. Исследование современного состояния третейского законодательства позволяет сделать вывод о реализованной отечественным законодателем тенденции к существенному сужению сферы применения третейского рассмотрения. Это противоречит процессам, которые характерны для большинства развитых стран, где альтернативные формы рассмотрения имущественных и других споров имеют давние традиции и занимают стойкое положение в правовой системе.

Устранение необоснованного ограничения компетенции третейских судов вместе с созданием сбалансированного механизма контроля со стороны государственной судебной системы позволит повысить эффективность защиты прав и законных интересов третейскими судами и устранить большинство

злоупотреблений в сфере третейского рассмотрения. Это, в свою очередь, создаст условия для повышения доверия населения и бизнеса к третейскому судопроизводству и расширению сферы его применения.

Список использованной литературы:

1. Рекомендації спільного засідання представників органів судової влади України щодо підсумків роботи судів у 2015 р. // Вісник Верховного Суду України. – № 4 (188). – 2016. – С. 2–8.
2. Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы / О.Ю. Скворцов – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 704 с.
3. Цивільний процес України: підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.; [за загальною ред. д. ю. н., доцента М.М. Ясинка]. – Суми: Видавництво «МакДен», 2013. – 808 с.
4. Решетникова И.В. Основные формы взаимодействия арбитражных и третейских судов / И.В. Решетникова // Третейский суд. – № 4. – 2004. – С. 104–105.
5. Козирева В.П., Гаврилішин А.П. Проблеми третейського судочинства в Україні / В.П. Козирева, А.П.Гаврилішин//Юридичний вісник. – № 4 (21). – 2011. – С. 67–71.
6. Курочкин С.А. Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже / С.А. Курочкин. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 296 с.
7. Богуславский М.М. Связь третейских судов с государственными судами // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.С. Комарова. – М., 2007. – С. 67–73.
8. Юлдашев С.О. Деякі проблеми третейського судочинства і шляхи їх подолання / С.О. Юлдашев // Наше право. – № 7. – 2013. – С. 164–169.
9. Гайдулін О.О. Способи протидії зловживанню процесуальним правом: ефективність та пріоритети / О.О. Гайдулін. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://archive.nbuv.gov.ua/>



gov.ua/portal/soc_gum/ppip/2012_11/Gaidylin.pdf.

10. Короед С.О. Третейське судочинство: питання трансформації у досудову форму захисту прав / С.О. Короед // Судова апеляція. – № 2(35). – 2014. – С. 63–67.

11. Лебедев М.Ю. Развитие института юрисдикции и его проявление в третейском суде: Автореферат диссертации на соискание ученой степени канд. юр. наук. / М.Ю. Лебедев. – Саратов, 2005. – 30 с.

12. Попов М.А. Теоретические и практические проблемы российской модели регулирования деятельности третейских судов: Автореферат диссертации на соискание ученой степени канд. юр. наук. / М.А. Попов. – Санкт-Петербургский государственный университет. – СПб., 2002. – 24 с.

ЦЕННОСТИ КОНСТИТУЦИОННОГО СТРОЯ: ПОНЯТИЕ, СУЩНОСТЬ И СООТНОШЕНИЕ С КОНСТИТУЦИОННЫМИ ПРИНЦИПАМИ

Александр КУШНИРЕНКО,

кандидат юридических наук,

доцент кафедры конституционного права Украины

Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Summary

This article investigates problems of correlation of basic values of constitutional order of Ukraine with constitutional principles. In the article are given their definitions, essence and importance for stability of constitutional order of state and its foundations.

Key words: values of constitutional order, foundations of constitutional system, constitutional principles.

Аннотация

В статье исследуются проблемы соотношения базовых ценностей конституционного строя Украины с конституционными принципами. Даются их понятия, раскрывается сущность и значение для стабильности конституционного строя государства и его основ.

Ключевые слова: ценности конституционного строя, основы конституционного строя, конституционные принципы.

Постановка проблемы. В условиях, когда Украина столкнулась с серьезными вызовами, связанными с необходимостью реформирования практически всех сфер общественной жизни, вряд ли возможно обойтись без внесения необходимых изменений в Конституцию Украины. Как представляется, такие изменения должны коснуться ряда ценностей конституционного строя, а именно: свободы народа, справедливости, территориальной целостности и других. Поэтому дальнейшее исследование проблемы ценностей конституционного строя, их сущности и соотношения с конституционными принципами представляется очень важным.

Актуальность темы исследования. Аксиологический аспект конституционного строя бесспорно является актуальнейшей проблемой, которая была и есть предметом рассмотрения, прежде всего, на теоретическом уровне. В то же время в связи с произошедшей в Украине сменой власти в феврале 2014 г., аннексией соседним государством Автономной Республики Крым и города со специальным статусом Севастополя, сепаратистскими движениями в отдельных регионах Украины, в частности на Донбассе, проблема понимания, реализации и сбережения базовых ценностей конституционного строя нашего государ-

ства неожиданно получила серьезную практическую значимость. Сегодня уже не только ученые, прежде всего конституционалисты, но и миллионы граждан Украины совершенно по-иному воспринимают такие базовые ценности конституционного строя, как независимость, территориальная целостность, свобода, справедливость, равенство, права человека и многие другие морально-правовые установки, которые закрепила в своем тексте Конституция нашего государства.

В Украине эта проблема глубоко изучается в рамках диссертационных исследований сразу несколькими учеными [1]. В соответствующих аспектах проблемам конституционных ценностей посвятили свои теоретические работы: П.М. Рабинович, Ю.Н. Тодыка, Ф.В. Вениславский, М.И. Козюбра, В.В. Речицкий, А.П. Петришин, Т.Н. Слинько и другие ученые. Но соответствующие исследования проводились как бы фрагментарно. Объективная реальность, в которой находится Украина и ее народ сегодня, несколько иная, нежели это было еще несколько лет назад.

Цель статьи – исследовать как теоретические, так и практические аспекты ценностей конституционного строя, выявить позитивный потенциал наиболее важных из них, а также рассмотреть взаимосвязь этих ценностей с принципами конституционного строя.



Изложение основного материала.

Сам термин «ценность» – универсальный и многоплановый, поскольку охватывает все сферы и уровни социальной жизнедеятельности.

Действующая Конституция Украины базовые ценности конституционного строя содержит, прежде всего, в I разделе, под не очень удачным названием «Общие положения». Ценности, которые включены в этот и некоторые другие разделы Конституции, следует рассматривать в качестве социально-моральных, этических регуляторов. Как уже справедливо отмечали некоторые ученые-конституционалисты, ценности являются отображением сверхзадачи, которую народ воплощает в конституционном праве [2, с. 34]. В свою очередь и сам строй отображает такие ценности, как стремление к счастью, свободу, равенство, справедливость, солидарность, порядок.

Основной Закон Украины закрепил значительное количество базовых ценностей, которые условно можно разделить на несколько групп. Это ценности конституционного строя, которые касаются:

- человека и гражданина, гражданского общества: признание человека наивысшей социальной ценностью (ст. 3); единое гражданство (ст. 4); действие государства консолидации и развитию украинской нации, ее историческому сознанию, традициям и культуре; развитие этнической, культурной, языковой и религиозной самобытности всех коренных народов и национальных меньшинств Украины (ст. 11); проявление государством заботы об удовлетворении национально-культурных и языковых потребностей украинцев, проживающих за пределами государства (ст. 12); признание всех людей свободными и равными в своем достоинстве и правах; гарантирование и недопустимость ухудшения конституционных прав и свобод (ст. 22); право на свободное развитие личности (ст. 23); равенство конституционных прав и свобод граждан, равенство граждан перед законом (ст. 24); равенство прав женщин и мужчин (ч. 3, ст. 24);

- украинской государственности: признание Украины суверенным, независимым, правовым государством (ст. 1); унитарный характер государства (ч. 2, ст. 2); целостность и неприкосновенность территории Украины в пределах

существующих границ (ч. 3, ст. 2); республиканская форма правления (ч. 1, ст. 5); признание ратифицированных действующих договоров Украины частью национального законодательства (ч. 1, ст. 9); обеспечение экологической безопасности и поддержание экологического равновесия на территории Украины, сохранение генофонда украинского народа (ст. 16) и др;

- организации власти: разделение государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную (ст. 6); гарантирование местного самоуправления (ст. 7); верховенство права (ст. 8); недопустимость государственной идеологии (ч. 2, ст. 15) и др;

- народа Украины: народный суверенитет (ч. 2, ст. 5); недопустимость узурпации власти, принадлежащей народу (ч. 3, ст. 15) и др.

Конституция закрепляет и другие ценности, реализация которых относится одновременно и к государству, и к народу Украины. Например, защита суверенитета и территориальной целостности Украины (ст. 17).

Следует отметить, что при определении базовых ценностей конституционного строя законодатель, как правило, исходит из объективной или субъективной необходимости, политических, экономических или иных критериев определенной пользы, фиксируя при этом соответствующие положения в Конституции и наделяя их качеством базовых ценностей. При определении базовой ценности достаточно важное место занимает субъективный фактор. Например, согласно ч. 1 ст. 3 Конституции Украины человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в Украине наивысшей социальной ценностью. При принятии в 1996 г. Конституции Украины действительно признание человека наивысшей социальной ценностью не вызвало каких-либо серьезных возражений. Теперь же, спустя некий период времени, с учетом наших украинских реалий возникает множество сомнений относительно того, что государство и общество действительно считают человека наивысшей социальной ценностью. Как, впрочем, и сам человек, поскольку невозможно объяснить пренебрежительное отношение самих людей к правам и свободам других граждан.

Пожалуй, можно утверждать, что сегодня в обществе происходит переосмысление и переоценка многих положений, которые касаются ценностей конституционного строя. Одни ценности по существу перестают быть таковыми (например, признание человека наивысшей социальной ценностью), а другие приобретают качественно новое восприятие значительно увеличивающимся количеством людей из самых разнообразных слоев населения. В качестве примера можно назвать такое положение Конституции, как независимость государства, его территориальная целостность, свобода и многие другие. По существу можно предположить, что даже существующий сегодня в Украине конституционный строй представляет собой ценность для преобладающего числа граждан Украины, многие из которых с оружием в руках защищают существующий в государстве конституционный строй.

Базовые ценности конституционного строя находятся под охраной и защитой целого ряда субъектов охраны и защиты самой Конституции. Достаточно важным и эффективным с этой точки зрения следует считать Конституционный Суд Украины, который наделен соответствующими функциями (конституционности актов и официального толкования Конституции и законов). В процессе осуществления своей деятельности именно Суд должен официально подчеркнуть конституционную значимость ценностей конституционного строя. Очень важно, и это следует подчеркнуть, что в практике деятельности Конституционного Суда Украины получили свое обоснование и некоторые формально незакрепленные в Конституции Украины ценности, такие как справедливость, стабильность и др. [3].

Вышеуказанное свидетельствует о том, что в современном конституционализме базовые ценности закрепляются как в самой Конституции, так и официально фиксируются в решениях Конституционного Суда в результате его нормоконтрольной деятельности. По существу базовые ценности Конституции – это не только общетеоретическая категория, но и категория действующего права. Эта особенность их юридической природы, как категории действующего права, определяет



ся как их конституционно-правовыми особенностями, которые вытекают из природы Конституции, как уникального политико-правового акта, так и нормативно-доктринальной спецификой решений Конституционного Суда Украины.

В то же время бесспорным нужно считать тот факт, что во время действия чрезвычайного или военного положения защита базовых ценностей конституционного строя возлагается на других субъектов. Это, безусловно, Вооруженные Силы, правоохранительные органы, другие силовые структуры государства, а с учетом сепаратистских настроений жителей некоторой части Восточной Украины к таким субъектам можно отнести и добровольные военизированные объединения граждан – так называемые батальоны добровольцев.

Что касается конституционных принципов, как основополагающих, фундаментальных идей, на которых базируется сам конституционный строй, то к ним можно отнести принципы: народовластия; государственного суверенитета; демократического, социального, правового государства; унитаризма; территориальной целостности; признания человека наивысшей социальной ценностью; единого гражданства; республиканской формы правления; разделения власти; гарантирования местного самоуправления; прямого действия норм Конституции; политического, экономического и идеологического многообразия; верховенства права; равенства перед законом и многие другие.

В основе этих принципов лежат общечеловеческие ценности, а потому базовые ценности одновременно являются и принципами. Например, ч. 2 ст. 2 Конституции закрепляет принцип унитарного государства, а унитарный характер Украины считается ценностью конституционного строя. В то же время не каждая из ценностей конституционного строя образует собой принцип. Например, ст. 14 Конституции Украины закрепляет положение, согласно которому земля является основным национальным богатством, находящимся под особой охраной государства. Право собственности на землю гарантируется. Либо закрепление в ч. 1 ст. 10 Конституции Украины украинского языка в качестве государ-

ственного. И такой перечень можно продолжать. В связи с этим не лишним будет пояснить, что в Основном Законе Украины прослеживается взаимосвязь между базовыми ценностями общества и правовыми принципами. Также ценности включаются обычно в текст Конституции и выступают в качестве социально-моральных регуляторов. Как в свое время отмечал О. Румянцев, они есть отображением сверхзадачи, которая включает волю народа, а с другой стороны – конституционный строй включает стремление к счастью, добру, справедливости, свободе, равенству, солидарности, порядку [2, с. 34].

Отдельно от текста Конституции базовые ценности остаются неправовыми категориями, наполненными философским содержанием. Только через нормы Конституции такие ценности получают юридическое значение и становятся принципами конституционного строя [4, с. 22–23].

В принципе, не возражая против такого утверждения, Ю.Н. Тодыка уточнял, что действительно, если норма – это лишь необходимое и обязательное, то ценности – это не только необходимое, но и желаемое. В этом случае мы согласны с В.А. Бачинским, который считает, что если нормам человек подчиняется от ощущения страха, обреченности, необходимости, то к ценностям он стремится свободно в силу внутренних потребностей своего духа. Ценности не наказывают, а призывают и притягивают к себе [5, с. 178].

Принципы отличаются от норм права тем, что государство не создает основополагающие принципы, а только закрепляет их в юридических актах. Понимание идей, как принципов права, идет не от конкретного решения органа или суда, а от ощущения правомерности у обычных субъектов права, считает С.П. Погребняк [6, с. 26].

Таким образом, важно помнить, что в конституционном строе закрепляются принципы и ценности конституционализма и демократии. При этом основы этих ценностей заложены идеалами либеральной демократии, которая, как считает В.В. Речицкий, сочетает в себе аристократическую традицию, конституционную законность и народовластие, которые основаны на политической терпимости, и принципы которой были сформулированы в

Англии, Франции, США [7, с. 122]. Он считает, что политический либерализм насчитывает пять основ характеристики: верховенство права, гражданские свободы, представительское правление, бюрократия за М. Вебером, децентрализация контроля над природными ресурсами. Основными ценностями демократии считает индивидуальную свободу и конституционное правление [7, с. 128].

Действующая Конституция Украины закрепляет довольно значительное количество принципов, и в связи с этим может возникнуть вопрос об иерархии этих принципов. Мы считаем, что с точки зрения конституционного права эти принципы, как и ценности, являются равноценными, так как особенность конституционно-правовой аксиологии состоит в том, что она не признает иерархии между принципами. С точки зрения конституционно-правовой аксиологии возникает феномен, когда в равноценных конституционных принципах находится большое количество важных социальных интересов. В этом случае, как справедливо отмечал Г.А. Гаджиев, конституционные принципы выступают важными носителями юридической информации, в чем и состоит их конституционно-правовая ценность. Таким образом, базовые конституционные принципы существуют с целью подготовки консенсусов в обществе, в котором существует много противоречий и конфликтов [8].

Что касается ценности конституционного строя, то вопрос о преимуществах одних из них над другими является достаточно непростым. Как удачно отметил В.В. Речицкий, в американском конституционализме свобода детерминирует демократию, а в европейском – наоборот [9, с. 5]. По существу это означает, что одно государство склонно к предоставлению преимуществ любой из конфликтующих ценностей, оставляя другие ценности на втором плане.

В своем развитии европейские государства и США прошли все этапы формирования базовых ценностей и их воплощения в психологию людей. От того, какие ценностные ориентации доминируют в обществе, зависит уровень личного благосостояния, уровень терпимости и другие показатели жизни общества. Представляется, что вряд ли



достижимыми будут такие естественные ценности нового уровня, как свобода, равенство, толерантность и доверие друг к другу в тех бедных в экономическом отношении государствах, в которых для большинства людей существует необходимость накормить семью и любым способом улучшить свое материальное положение.

Возвращаясь к Конституции Украины, хочется отметить, что не поддавая сомнению абсолютное большинство ценностей конституционного строя, достигнуть стопроцентной реализации каждой из них достаточно утопично. Это можно объяснить, в первую очередь, тем, что философская проблема ценностей является очень глубокой по сравнению с конфликтностью, заложенной в природе демократии. Ведь, с одной стороны, демократия – это стремление к всеобщему благу, а с другой – свобода, равенство и справедливость. Для И. Берлина ценности всегда считались равнозначными, но свобода всегда брала для него верх, как наивысшая ценность [10, с. 5]. Свобода для человека является сверхценностью, которая определяется возможностью любой другой, которая только может быть. Свобода как сущность и есть глубинный смысл человеческого бытия, без которого оно теряет в конечном итоге свою субъективность. Солидарность – основа свободы, реализация как народного волеизъявления, так и личностной свободы [11, с. 25].

Хотелось бы также отметить, что целый ряд ценностей действующая Конституция Украины в прямой форме не закрепляет. В частности, это справедливость, стремление к счастью, солидарность, толерантность. И тем не менее они вытекают из ряда конституционных принципов или иных правовых норм, и будучи признаваемыми большим числом граждан, оказывают свое исключительно важное влияние на развитие гражданского общества, стабильность конституционного строя государства.

Выводы. В завершении хотелось бы отметить, что нормативные предписания базовых конституционных ценностей вытекают из их объективной социальной значимости для народа, волей которого они и утверждаются в качестве базовых, цель которых состоит в обеспечении наиболее оптимального

развития общества на основе согласованных интересов как внутри страны, так и на международной арене.

Список использованной литературы:

1. Кушниренко А.Г. Конституционный строй Украины: аксиологический аспект; Вениславский Ф.В. Обеспечение стабильности конституционного строя Украины: конституционно-правовые аспекты (материалы докторских диссертаций). Ренёв Е.В. Ценности конституционного строя Украины и их правовая регламентация (материалы кандидатской диссертации).

2. Румянцев О.Г. Основы конституционного строя России (понятие, содержание, вопросы становления): моногр. / О.Г. Румянцев. – М.: Юрист, 1994. – 285 с.

3. Рішення Конституційного Суду України від 25 січня 2012 року № 1-11/2012 (справа за конституційним поданням правління Пенсійного фонду України щодо офіційного тлумачення положень статті 1, частин першої, другої, третьої статті 95, частини другої статті 96, пунктів 2, 3, 6 статті 116, частини другої статті 124, частини першої статті 129 Конституції України, пункту 5 частини першої статті 4 Бюджетного кодексу України, пункту 2 частини першої статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України в системному зв'язку з окремими положеннями Конституції України). [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=168064/>. – Назва з екрану.

4. Тодыка Ю.Н. Основы конституционного строя Украины / Ю.Н. Тодыка. – Х.: Фактор, 1999. – 318 с.

5. Бачинин В.А. Морально-правовая психология / В.А. Бачинин. – Х.: Консум, 2000. – 206 с.

6. Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): моногр. / С.П. Погребняк. – Х.: Право. – 240 с.

7. Речицкий В.В. Политический предмет Конституции / В.В. Речицкий. – К.: Дух і літера, 2012. – 726 с.

8. Гаджиев Г.А. Качество законов с российской точки зрения. [Электронный ресурс] / Г.А. Гаджиев // Корпоративный юрист. – Режим доступа: <http://www.cj.ru/publications/12/2842/>. – Наименование с экрана.

www.cj.ru/publications/12/2842/. – Наименование с экрана.

9. Речицкий В.В. Прості цінності конституціоналізму / В.В. Речицкий // Свобода висловлювань і приватність. – 2010. – № 4. – С. 3–8.

10. Берлин Исайя. Философия свободы. Европа / И. Берлин; предисл. А. Этнинда. – М.: Новое лит. обозрение, 2001. – 448 с.

11. Ременець О. Взаємозв'язок цінностей та архетипів культури / О. Ременець // Вісн. Ін-ту розвитку дитини. – Сер. «Філософія, педагогіка, психологія»: зб. наук. пр. – К.: Вид-во Нац. пед. університету ім. М.П. Драгоманова, 2010. – Вип. 12.



КРИМИНОЛОГИЧЕСКАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ЛИЧНОСТИ, КОТОРАЯ СОВЕРШАЕТ ЗЛОСТНОЕ НЕПОВИНОВЕНИЕ ТРЕБОВАНИЯМ АДМИНИСТРАЦИИ УЧРЕЖДЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ НАКАЗАНИЯ

Евгения ЛЕВЧУК,

соискатель кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права
Национальной академии внутренних дел,
старший преподаватель-методист учебного отдела, майор внутренней службы
Хмельницкого училища повышения квалификации и переподготовки персонала
Уголовно-исполнительной службы Украины

Summary

The article reveals the bases (conditions) under which malicious disobedience of condemned to imprisonment persons takes place, and main signs (features) of subjects of these offenses. On the basis of conducted research the criminological characteristic of identity of criminal committing malicious disobedience to requirements of administration of execution of punishments establishment has been elaborated and a number of scientifically grounded measures to prevent this crime has been developed.

Key words: malicious disobedience, condemned person, establishment of punishment execution, criminological characteristic.

Аннотация

В статье раскрыты основания (условия), при которых совершается злостное неповиновение осужденных к лишению свободы, основные признаки (черты) субъектов этих правонарушений. На основе проведенного исследования выведена криминологическая характеристика личности преступника, совершающего злостное неповиновение требованиям администрации учреждения исполнения наказаний, и разработан ряд научно обоснованных мероприятий по предотвращению данного преступления.

Ключевые слова: злостное неповиновение, осужденный, учреждение исполнения наказания, криминологическая характеристика.

Постановка проблемы. Исследование криминологической характеристики является основательной работой, которая требует глубокого изучения в целом особенностей лица-преступника, совершающего данный вид преступления.

Детальное изучение признаков личности преступника поможет выработать действенный механизм препятствования злостному неповиновению, в частности определить детерминанты, побуждающие осужденного (специального субъекта) к активному противодействию осуществлению возложенных на сотрудника обязанностей по обеспечению режима и правопорядка, предотвращения злостного невыполнения осужденным законных требований администрации учреждений исполнения наказаний (далее – УИН).

Ценность и практическая значимость исследования личности преступника состоит в глубоком изучении и осмыслении конкретных обстоятельств, которые так или иначе влияют на формирование преступного поведения субъекта преступления, ведь именно он является той ключевой фигурой, от которой зависит степень тяжести пре-

ступления, способ его совершения и последствия преступных действий [1].

Актуальность темы. Отдельные элементы криминологической характеристики злостного неповиновения отражены в трудах отечественных и зарубежных ученых, в частности В.А. Бадеры, И.Г. Богатырева, В.В. Василевича, А.П. Геля, А.И. Зубкова, Т.А. Денисовой, А.Н. Джужы, В.В. Карелина, А.В. Кириллюка, А.Г. Колба, И.Н. Копотуна, С.Ю. Лукашевича, И.С. Михалка, Е.И. Плужник, Ю.В. Орла, А.Х. Степанюка, В.М. Трубникова, С.Я. Фаренюка, И.С. Яковец и др. Вместе с тем, как показали результаты изучения научной литературы, комплексных и глубоких работ, которые в полной мере раскрывают содержание вопроса, связанного с изучением криминологической характеристики указанной категории лиц, недостаточно. В частности требуют детализации отдельные основания (условия), обуславливающие совершение лицом злостного неповиновения. Поэтому возникает потребность в более детальном изучении элементов указанного противоправного действия для выработки единого инструментария воздействия на активное противоправное поведение преступника.

Цель исследования. На основании исследования содержания криминологической характеристики сформулировать ряд научно обоснованных мер по предотвращению злостного неповиновения осужденных законным требованиям администрации УИН.

Изложение основного материала исследования. С учетом следующих статистических данных, которые приводятся ниже, следует отметить, что приоритетное место среди видов преступлений, совершаемых в местах лишения свободы, занимает злостное неповиновение.

Как показало изучение официальных данных о состоянии преступности за 2014–2015 г., в 2015 году было открыто 421 уголовное производство, что на 25% больше, чем в 2014 году (336 производств), в том числе по ст. 391 УК Украины «Злостное неповиновение требованиям администрации учреждения исполнения наказаний». Отмечается, что в 2015 году открыто 144 таких уголовных производств (в 2014 – 128) или на 13% больше. Отдельно следует отметить, что несмотря на начало активизации работы в направлении документирования противоправного поведения лиц, которые пытаются про-



тиводествовать администрации, в последнее время следует обозначить рост агрессии осужденных [2, с. 5]. Итак, в наличии есть сложная проблема теоретического и практического характера, требующая решения, в том числе и на научном уровне [3, с. 4].

Сводный статистический «портрет» наблюдается не в отдельной колонии [4, с. 87]. Указанные преступные действия, как справедливо отмечает Ю.В. Орел, – не редкость и не случайность, и одновременно их нельзя отнести к общераспространенным, что обуславливает необходимость пересмотра элементов данного вида преступления криминологической характеристики лиц, совершающих злостное неповиновение [5, с. 13].

А.С. Лукаш считает, что к криминологической характеристике личности преступника следует отнести сведения об уровне, коэффициенте, структуре и динамике преступлений определенного вида, описание личностей тех, кто их совершает, мотивы и их цели (детерминанты, условия или факторы) совершения [6, с. 8]. Важно выяснить, в какой период суток совершалось данное преступление; освобождались ли ранее злостные нарушители режима отбывания наказания с УИН досрочно; поддерживали ли связь с родными; за совершенные ими преступления осужденные снова отбывают назначенное наказание, а также характеристику личности потерпевшего от злостного неповиновения, данные о латентности этого вида преступления.

Криминологическая характеристика личности, которая совершает злостное неповиновение, предусматривает изучение системы признаков, оснований (условий), которые в совокупности создают представление о человеке и его действиях [7, с. 109]. Ведь социальная природа понятия «злостное неповиновение» требует исследования сквозь призму отдельных элементов криминологической характеристики, с помощью которой освещаются основания, обуславливающие совершение злостного неповиновения.

Чтобы понять ту атмосферу, в условиях которой совершается злостное неповиновение осужденных, необходимо определить следующие составляющие:

1. Общеизвестно, что осужденные непосредственно находятся в прямой (непосредственный) зависимости от администрации УИН, следственных изоляторов (далее – СИЗО). Ведь именно представители администрации УИН, СИЗО выступают основными субъектами, которые существенно влияют на дальнейшую жизненную деятельность (позицию) осужденного. Нередко злоупотребляя служебным положением в местах лишения свободы, они могут своим поведением спровоцировать взрывы неповиновения со стороны осужденных. Как по этому поводу заметил В.В. Голина, на формирование вторичной установки на совершение преступлений против правосудия существенно влияют преступные проявления со стороны работников УИН в виде злоупотребления полномо-

чиями, халатности, взяточничества и т. п. Такие действия вызывают справедливое возмущение у осужденных лиц и являться одним из самых опасных криминогенных факторов [8, с. 389].

Применяя все исчерпывающие меры пресечения противоправных деяний осужденных, персонал Государственной уголовно-исполнительной службы Украины (далее – ГУИС Украины) нередко применяет физическое или психическое принуждение (в форме шантажа, запугивания, возможно мнимого или скрытого принуждения, давления (на психологическом уровне), вымогательства и пр.). Приходится констатировать, что осужденные в условиях изоляции являются незащищенными, а отсюда следует согласиться с утверждением А.Г. Колба об отсутствии возможности обеспечить их личную безопасность, что и является объектом преступных посягательств [9, с. 72].

2. Криминологическая характеристика определенного рода преступлений включает в себя социально-демографические, социально-психологические и социально-ролевые данные о личности преступника.

Как установлено в ходе исследования, с точки зрения социально-психологической характеристики причиной совершения злостного неповиновения является демонстративное поведение; желание на фоне других осужденных выделиться из толпы, стремление реализовать себя как личности в данной криминальной среде; высокий уровень

Таблица № 1

Основные показатели преступности в учреждениях исполнения наказаний за 2015 год

Показатель	2014	2015	%
Открыто уголовных производств	336	421	25
Умышленное убийство	1	3	200
Захват в качестве заложника персонала	0	1	100
Умышленное тяжкое телесное повреждение	4	1	-75
Умышленное средней тяжести телесное повреждение	2	2	0
Побег из мест лишения свободы	8	3	-63
Покушение на совершение побега из мест лишения свободы	1	10	-900
Побег из ИК минимального уровня безопасности	32	26	-19
Злостное неповиновение требованиям администрации	128	144	13
Действия, дезорганизующие работу исправительных учреждений	2	10	400
Преступления против авторитета органов государственной власти (ст. 342, 345 УК Украины)	12	24	100
Преступления в сфере оборота наркотических средств	88	129	47
Уклонение от отбывания наказания	53	41	-23
Кража	0	4	100
Другие преступления *	5	23	380



зараженности определенного лица криминологической субкультурой, наличие запущенного (нерешенного) конфликта; недостаточный период адаптации; наличие психических отклонений.

Кроме того, среди оснований, обуславливающих совершение злостного неповиновения осужденными к лишению свободы, важно выделить коррупционные проявления, которые нередко наблюдаются в деятельности лиц рядового и начальствующего состава ГУИС Украины, что в дальнейшем делает невозможным требовать от осужденного соблюдения им режима отбывания наказания [10].

Содержание этой проблемы заключается в следующем. Законодательством Украины об уголовной ответственности в ст. 391 У К Украины «Злостное неповиновение требованиям администрации учреждения исполнения наказаний» указано, что под понятием «злостное неповиновение требованиям администрации учреждения исполнения наказаний» следует понимать привлечение лица, осужденного к лишению свободы, в течение года к дисциплинарной ответственности в виде перевода в помещение камерного типа (одиночную камеру) или на более строгий режим отбывания наказания [11, с. 191].

Так как данное преступление является длительным (сопровождается вынашиванием преступного умысла в течение определенного периода времени), с момента совершения нарушения (по своей малозначительности не может быть преступлением) данное поведение следует рассматривать, как исключительную мстительность, выдержанную во времени. То есть, лицо выжидает момент появления обстоятельств, при которых сможет осуществить проявление (сопротивление) злостного неповиновения и совершить то самое неповиновение, и в конце концов достичь конечной цели – открыто его продемонстрировать.

Таким образом, основными системообразующими признаками данного вида преступления можно определить следующие:

1) неповиновение.

Схематически это выглядит таким образом:

нарушение режима → проявление злостного неповиновения → злостное неповиновение.

Если исходить из содержания энциклопедических источников, то неповиновение – непослушание, отказ от выполнения определенных требований или игнорирование их (команды, приказа), а его проявление – это намерение лица демонстративно показать явное неуважение к представителю администрации в вызывающей форме, при этом без совершения факта злостного неповиновения (пренебрежение законными требованиями администрации УИН, демонстративное выявление непослушания, при этом делать вид, что не понял, не услышал требование прекратить противоправные действия, так как оно было сказано полувслух и т. д.) [12];

2) конфликт. Характеризуя круг действий, которые сопровождаются продолжающимся преступлением, как правило, зарождаются на фоне конфликта (возможно вынужденного, а возможно надуманного) и совершаются совместно с уголовно-активными лицами, с высоким уровнем этической запущенности. Как метко подмечает В.Д. Малков, средства исправления осужденными воспринимаются, прежде всего, как наказуемые, поэтому в осужденных возникает негативное отношение к ним [13, с. 47];

3) тип преступника. Исследуя типологию данных преступников, чертами которых являются: демонстративность, упрямство, целеустремленность, стойкость к преступной ориентации, дерзость, неоднократность, следует отметить, что преступное поведение лиц, совершающих злостное неповиновение, похоже на поведение лица, которое характеризуется как: провоцирующее по отношению к себе; продолжающееся во временном пространстве; рецидивное (неоднократное) в совершении и демонстративное с прямым намеком на уклонение следовать законным требованиям администрации УИН, СИЗО. Поэтому черты (признаки) лица-преступника, характеризующих личность тех, кто совершает данное преступление, во многих случаях повторяют черты лиц, совершающих указанные в ст. 185 КУ-оАП «Злостное неповиновение законному распоряжению или требованию полицейского, члена общественного формирования по охране общественного порядка и государственной границы, военнослужащего» [14, с. 115].

Вышесказанное обуславливает поновому сформулировать диспозицию ст. 391 УК Украины, а именно: «Злостное неповиновение законному распоряжению или требованию представителя администрации учреждения исполнения наказаний»;

4) уровень зараженности уголовной субкультурой. Как показывает практика, нередко осужденные, попадая в места лишения свободы, подвергаются влиянию осужденных с устойчивой преступной ориентацией, которые, в свою очередь, вероятно приобретают статус «криминальной оппозиции» [15, с. 87].

В результате негативного влияния, как отмечает В.В. Голина, неповиновение администрации учреждений исполнения наказаний возникает тогда, когда, по мнению заключенных, она нарушает их права или незаконными действиями лишает некоторых благ. Причем это мнение может быть как обоснованным, так и надуманным, когда лидеры осужденных осуществляют попытку взять фактическое руководство в колонии в свои руки. В этих случаях необоснованное попустительство к требованиям «авторитетов» может полностью дезорганизовать работу УИН [16, с. 359].

Кроме того, «уголовная оппозиция», состоящая среди отдельных групп осужденных, скептически относится к мерам воспитательного воздействия. В первую очередь, это объясняется тем, что существует уголовная иерархия, по которой прямо запрещается осужденным поддержание правопорядка в учреждении и нежелательностью вмешивать руководителей администрации в расторжение данной связи. Как правильно по этому поводу замечает Ю.М. Антонян, наблюдения за лицами, которые всегда находятся в оппозиции к режиму в колонии, показывает, что многим из них их образ жизни нравится и они не хотели бы его менять. Для этих тюремных бунтарей главное – высказаться, обратить на себя внимание. Они в основном истероидные, демонстративные личности. Это создает им ореол мученика за справедливость, позволяет все время эмоционально разряжаться [17, с. 398].

Кроме того, как установлено в ходе данного исследования, источниками негативного воздействия на поведение лиц, совершающих злостное непови-



вание, есть другие осужденные со стойкой преступной ориентацией. Соответственно, с точки зрения социально-ролевой характеристики личности стоит отметить, что наибольшего внимания заслуживает характеристика преступника по его общественной опасности, анализ его «до преступного» противоправного поведения (наличие судимости, поддерживал ли преступные традиции, «криминальный стаж» и т. д.). Как по этому поводу справедливо отмечает А.Н. Джужа, уровень криминальной зараженности, который отражен в личности осужденного, прямо влияет на проявления злостного неповиновения [17, с. 693]. Таким образом, одним из факторов, что движет лицом-преступником совершить злостное неповиновение, является его уголовная оппозиция, целью которой есть явное неповиновение и поддержание преступных традиций в криминальной среде, что нередко является преимуществом даже над возможностью воспользоваться поощрительными нормами для самих осужденных;

5) изучение приговоров, которые зарегистрированы в Едином реестре судебных решений по ст. 391 УК Украины «Злостное неповиновение требованиям администрации учреждения исполнения наказаний», позволяет утверждать, что наиболее преступную активность осужденные проявляют утром, совершая противоправную деятельность в отношении представителей администрации УИН. В вечернее время имеют место личностные конфликты, которые, как правило, переходят в конфликт с представителем администрации УИН. Заслуживает внимания и то, что наиболее криминально-активной группой являются лица, имеющие устойчивую преступную ориентацию, образовательный уровень является средним или вообще отсутствует [18]. Выяснено, что в основном совершали преступления те лица, которые ранее были судимы, то есть, это свидетельствует об их преступном поведении и повышенной общественной опасности. Проведенный анализ уголовных производств по данной статье дает возможность сделать вывод о том, что в основном осужденные ранее привлекались к дисциплинарной ответственности, и, как правило, имели опыт преступной деятельности [19, с. 8];

6) как установлено в ходе исследования, одной из причин такого положения вещей продолжает иметь место нежелательность руководителей администрации УИН освещать негативные количественно-качественные показатели данного преступления с целью избежать ответственности за последствия и нежелание персонала (в основном, руководителя) разрушать устоявшиеся принципы «второй» жизни осужденных. Это, в частности, выражается в их: 1) системном попустительстве; 2) панибратстве; 3) отсутствии контроля; 4) нежелательности; 5) коррупционных действиях.

Вывод. Итак, следует заметить, что в последнее время приобретают достаточные признаки как статистические данные, так и другие сведения, относящиеся к содержанию криминологической характеристики осужденных к лишению свободы, которые совершают злостное неповиновение администрации УИН, свидетельствует об устойчивых тенденциях, на научном и практическом уровнях, направленных на отмену (изъятие) ст. 391 УК Украины «Злостное неповиновение требованиям администрации учреждения исполнения наказаний».

Исходя из проведенного анализа, можно сформулировать собственную криминологическую характеристику лиц, совершающих злостное неповиновение. Это сведения о лице, которое неоднократно нарушает пределы режима содержания, что подтверждается уровнем криминальной зараженности, устойчивостью к преступной ориентации, субкультуре; динамикой, коэффициентом совершенного преступления, и включает в себя социально-демографические, социально-психологические и социально-ролевые сведения о ней.

Список использованной литературы:

1. Мозоль С.А. Определение и характеристика основных криминологических признаков личности преступника / С.А. Мозоль // Криминологическая теория и практика: опыт, проблемы и пути их решения. Тезисы докладов научно-теор. конф. (г. Киев, 20 марта 2014 г.) / Ред. кол. В.В. Коваленко, В.В. Черней, А.Н. Джужа, В.В. Василевич и др. – К.: Национальная акад. внутр. дел. – 2014. – С. 61–64.

2. О состоянии преступности в учреждениях исполнения наказаний, следственных изоляторах за первое полугодие 2015 года и меры его улучшения: указание ГПтС Украины от 05.08.2015 № 10 / 1-3477 / от 2-15.

3. О деятельности подразделений охраны, надзора и безопасности уголовно-исполнительных учреждений в 2015 году: Информационный бюллетень. – К.: ГПтСУ, 2016. – 44 с.

4. Курило В.И., Михайлов Е.Е., Яра А.С. Криминология: Общая часть. Курс лекций. Учебное пособие. – К.: Кондор, 2006. – 192 с.

5. Орел Ю.В. Уголовная ответственность за злостное неповиновение требованиям администрации исправительного учреждения: автореф. дис. на получение науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. – Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право / Ю.В. Орел. – Днепрпетровск, 2008. – 20 с.

6. Лукаш А.С. Изнасилование: криминологическая характеристика, детерминация и их предупреждение: автореф. дис. на получение науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 – Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право / А.С. Лукаш. – Харьков, 2007. – 20 с.

7. Романцова С.В. Криминологическая характеристика лиц, совершающих сексуальное насилие в отношении детей / С.В. Романцова // Вестник Харьковского государственного университета. – 2015. – № 3. – С. 109–112.

8. Криминология: Общая и Особенная части: учебник / В.В. Голина, Б.М. Головкин, М.Ю. Валуйская, О.В. Лисодед и др.; под ред. В.В. Голиной и Б.М. Головкина. – Х.: Право, 2014. – 511 с.

9. Колб А.Г., Яворская А.А. О необходимости исследования в науке проблем, связанных с обеспечением права осужденных на личную безопасность / А.Г. Колб, А.А. Яворская // Актуальные вопросы применения уголовно-исполнительного законодательства: материалы круглого стола (Киев, 18 марта 2015 г. / отв. В.А. Кирилюк. – К.: Государственная пенитенциарная служба Украины, Институт уголовно-исполнительной службы. – 2015. – С. 72–74.

10. О фактах совершения работниками уголовно-исполнительной службы чрезвычайных событий, правонарушений с коррупционными признаками



и служебных преступлений, установления с осужденными и заключенными или их родственниками отношений, которые не регламентируются уголовно-исполнительным законодательством, в период с 26 октября по 01 ноября 2015 года : указание ГПТС Украины от 04.11.2015 № 5/4 -2281 / 34-15.

11. Уголовный кодекс Украины: действующее законодательство с изменениями и допол. по состоянию на 22 февр. 2013 г.: (официальный текст). – К.: А.В. ПОЛИВОДА. – 2013. – 216 с.

12. Юридическая энциклопедия: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (председатель ред. кол.) и др. – К.: «Укр. энцикл.», 1998.

13. Криминология: Учебник для вузов / под ред. проф. В.Д. Малкова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ЗАО «Юстицинформ», 2006. – 528 с. (Серия «Образование»).

14. Кодекс Украины об административных правонарушениях: действующее законодательство с изменениями и допол. по состоянию на 23 декабря 2015 года. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: zakon3.rada.gov.ua/laws/show/80731-10/page11.

15. Кутякин С.А. Идеологические и правовые детерминанты возникновения криминальной оппозиции среди осужденных / С.А. Кутякин // Человек: преступления и наказания. – 2007. – № 3 (8). – С. 86–88.

16. Антонян Ю.М. Криминология. Избранные лекции. – М.: «Логос», 2004. – 448 с.

17. Профилактика преступлений: Учебник / А.Н. Джужа, В.В. Василевич, А.Ф. Гида и др.; под общ. ред. док. юрид. наук, проф. А.Н. Джужа. К.: Атика, 2011. – 720 с.

18. Единый государственный реестр судебных решений. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.reyestr.court.gov.ua>.

19. Сербин С.М. Расследование преступлений, совершенных в местах лишения свободы: автореф. дис. на получение науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 – Уголовный процесс и криминалистика; судебная экспертиза / Н.Н. Сербин. – Харьков, 2007. – 14 с.

КОМПАРАТИВИСТСКИЙ АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, ОПРЕДЕЛЯЮЩЕГО ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА ГРАБЕЖ

Людмила ЛЕНСКАЯ,

адъюнкт кафедры юридической психологии
Национальной академии внутренних дел

Summary

In the article the comparative analysis of legislation of Ukraine and foreign countries, that determining criminal liability for burglary. Various approaches to determine the legal characteristics of this wrongful act are analyzed. Focuses on fact that codes of some states see following types of stolen property: theft, robbery, burglary, while only two legal categories – «theft» and «burglary» in codes of other countries, and term «burglary» is absent in criminal codes of some countries. Also the author establishes that robbery is defined as an open stolen in some codes and as an open embezzlement of certain items in most codes.

Key words: burglary, theft, robbery, liability, stolen, embezzlement, criminal code.

Аннотация

В статье проводится компаративистский анализ законодательства Украины и зарубежных стран, определяющий уголовную ответственность за грабеж. Анализируются различные подходы к определению юридических признаков этого противоправного деяния. Акцентируется внимание на том, что в кодексах одних государств отражаются такие виды хищений имущества как кража, грабеж, разбой, тогда как в кодексах других стран это разделение осуществляется лишь на две юридические категории – «кражу» и «грабеж» («ограбление»), а в уголовных кодексах некоторых государств понятие «грабеж» вообще отсутствует. Также автор устанавливает, что в одних кодексах грабеж определяется, как открытое похищение, а в большинстве кодексов – как открытое хищение определенных предметов.

Ключевые слова: грабеж, кража, разбой, ответственность, похищение, хищение, Уголовный кодекс.

Постановка проблемы. Преступления против собственности являются самыми распространенными и интенсивно возрастающими по численности, среди которых грабеж заслуживает особого внимания. Это преступление содержит повышенную общественную опасность, поскольку имеет открытый характер и очень часто совершается с применением насилия или с угрозой применения последнего.

Важным для понимания сущности грабежа является изучение зарубежного опыта рассмотрения этого противоправного деяния и соотношение его с аналогичным анализом в рамках национального подхода. Территориально-пространственное сравнение дает возможность получить более обширные знания по этому вопросу и является одним из наиболее важных методов познания.

Изложение основного материала. В Уголовном кодексе (далее – УК) Украины ответственность за грабеж предусмотрена 186 статьей, в которой указанное преступление определяется,

как открытое похищение чужого имущества. Статья состоит из пяти частей, отображающих запрещающие нормы. Максимальное наказание в виде лишения свободы на срок от восьми до тринадцати лет с конфискацией имущества предусмотрено за грабеж, совершенный в особо крупных размерах или организованной группой [1].

Помимо УК Украины, еще в двенадцати кодексах постсоветских государств такие преступления против собственности, как кража, грабеж (без насилия или с насилием, не опасным для жизни или здоровья потерпевшего, либо с угрозой применения такого насилия) и разбой имеют самостоятельные, отдельные друг от друга составы преступлений.

При этом в УК Республики Беларусь и Эстонской Республики грабеж определяется, как открытое похищение имущества. В Азербайджане, Армении, Казахстане, Киргизии, Молдове, Российской Федерации, Таджикистане, Туркменистане и Узбекистане грабеж трактуется, как открытое хищение



чужого имущества. Исходя из текста УК Грузии, в этой стране грабежом считается открытое завладение чужой вещью с целью противоправного присвоения.

Рассмотрим более детально особенности трактовки грабежа в каждом из перечисленных уголовных кодексов.

УК Республики Беларусь определяет кражу, как тайное хищение имущества (ст. 205 УК), а грабеж – как открытое похищение имущества (ст. 206 УК). В то же время во многих статьях УК Республики Беларусь употребляется термин «хищение», к примеру: хищение культурных ценностей (п. 8 в. 136 УК), хищение путем злоупотребления служебными полномочиями (ст. 210 УК), хищение путем использования компьютерной техники (ст. 212 УК), хищение радиоактивных материалов (ст. 323 УК), хищение личных документов (ст. 378 УК) и так далее. При этом в примечании 1 к Главе 24 «Преступления против собственности» дается такое разъяснение: «Под хищением в настоящей главе подразумевается умышленное противоправное безвозмездное завладение чужим имуществом или правом на имущество с корыстной целью путем кражи, грабежа, разбоя, вымогательства, мошенничества, злоупотребления служебными полномочиями, присвоения, растраты или использования компьютерной техники» [2]. То есть, грабеж одновременно является и похищением.

УК Эстонской Республики кражу и грабеж также определяет, как тайное (ст. 139 УК) или открытое (ст. 140 УК) похищение чужого имущества соответственно, но в ст. 141-1 УК уже идет речь о хищении имущества путем присвоения, растраты или злоупотребления служебным положением. Далее термин «похищение» имеет место в статьях, которые устанавливают ответственность за похищение ребенка (ст. 124 УК), похищение документов, штампов, печатей, личных документов гражданина (ст. 185 УК), мародерство (ст. 265 УК), а термин «хищение» употребляется в статьях, которые предусматривают ответственность за разворывание огнестрельного оружия, боевых припасов, взрывчатых веществ (ст. 207-1 УК) и за хищение наркотических средств или психотропных веществ (ст. 210-3 УК). В то же время

содержание понятия «хищение» в статьях 207-1 и 210-3 УК исчерпывается такими деяниями, как кража, грабеж и разбой.

В соответствии с УК Азербайджанской Республики кража, грабеж, разбой, мошенничество, присвоение и растрата, как преступления против собственности, принадлежат к хищению (статьи 177-181 УК), поэтому кража определяется, как тайное хищение (ст. 177 УК), а грабеж – как открытое хищение имущества (ст. 180 УК). Вместе с тем в ст. 118 УК устанавливается ответственность за военный грабеж, который определяется, как похищение на поле боя имущества, которое находится на убитых или раненых. Термин «похищение» содержится также в статьях, которые предусматривают ответственность за насильственное удерживание человека (ст. 110 УК), умышленное убийство, сопряженное с похищением человека (ст. 120.2.9 УК), похищение человека (ст. 144 УК), шпионаж (ст. 276 УК) и похищение документов, штампов, печатей, личных документов гражданина (ст. 326 УК). С другой стороны, термин «хищение» имеет место в статьях, которые устанавливают ответственность за хищение предметов, имеющих особую ценность (ст. 183 УК), хищение радиоактивных материалов (ст. 227 УК), хищение или вымогательство огнестрельного оружия, боевых припасов, взрывчатых веществ, взрывных устройств (ст. 232 УК), хищение или вымогательство наркотических средств, психотропных веществ или прекурсоров (ст. 235 УК). Самым суровым наказанием за грабеж является лишение свободы на срок до тринадцати лет с конфискацией имущества или без таковой.

Как открытое хищение, грабеж определяется и в УК Республики Армения (ст. 176 УК). Также термин «хищение» используется в статьях, которые устанавливают ответственность за разбой (ст. 175 УК), кражу (ст. 177 УК), мошенничество (ст. 178 УК), присвоение или растрату (ст. 179 УК) и некоторые другие преступления. А термин «похищение» используется в статьях, которые предусматривают ответственность за похищение человека (ст. 131 УК), торговлю людьми (ст. 132 УК), похищение сведений, которые представляют государственную

тайну (ст. 302 УК), похищение документов, штампов, печатей, личных документов гражданина (ст. 324 УК) и так далее. Следует отметить, что минимальным наказанием за совершение грабежа являются исправительные работы сроком на один год, а максимальным – лишение свободы на срок до восьми лет с конфискацией имущества, которое можно считать относительно мягким наказанием.

В статьях УК Республики Казахстан термин «хищение» употребляется, когда речь идет о краже (ст. 188 УК), присвоении или растрате вверенного чужого имущества (ст. 189 УК), мошенничестве (ст. 190 УК), грабеже (ст. 191 УК), разбое (ст. 192 УК), хищении предметов, имеющих особую ценность (ст. 193 УК), и других преступлениях против собственности. Термин «похищение» имеет место в статьях УК, которые устанавливают ответственность за убийство, сопряженное с похищением человека (п. 3 ч. 2 ст. 99 УК), похищение человека (ст. 125 УК), похищения лица, которое имеет международную защиту (ст. 173 УК), похищение сведений, которые представляют государственную тайну (ст. 176 УК) и так далее. Кроме того, в ст. 163 УК, которая предусматривает ответственность за нарушение законов и обычаев войны, указывается на разграбление национального имущества на оккупированной территории. Самым тяжелым квалифицирующим признаком грабежа является совершение его в особо крупном размере, что влечет за собой наказание в виде лишения свободы на срок от семи до двенадцати лет с конфискацией имущества.

УК Киргизской Республики определяет кражу, как тайное хищение чужого имущества (ст. 164 УК), кражу скота («скотокрадство»), как тайное похищение чужого скота (ст. 165 УК), тогда как грабеж – это открытое завладение чужим имуществом (ст. 167 УК). В примечании 1 к ст. 164 УК указывается, что хищение – противоправное, безвозмездное завладение чужим имуществом в пользу виновного или других лиц, совершенное с корыстной целью, причинившее ущерб собственнику или иному владельцу этого имущества.

УК Республики Молдова в составе преступлений против собственности в случае признаков совершения кражи



(ст. 186 УК), грабежа (ст. 187 УК), разбоя (ст. 188 УК), присвоения чужого имущества (ст. 191 УК), карманной кражи (ст. 192 УК) использует термин «хищение». Термин «похищение» имеет место в статьях, в которых речь идет об ответственности за похищение лица, которое имеет международную защиту (ст. 142 УК), похищение человека (ст. 164 УК), похищение несовершеннолетнего близкими родственниками (ст. 164-1 УК) и так далее.

В УК Российской Федерации под грабежом имеется в виду открытое хищение чужого имущества (ст. 161 УК). Под хищением в статьях настоящего Кодекса согласно примечанию 1 к ст. 158 понимаются совершенные с корыстной целью противоправное безвозмездное изъятие и (или) обращение чужого имущества в пользу виновного или вторых лиц, причинившее ущерб собственнику или иному владельцу этого имущества. В то же время термин «похищение» имеет место в статьях, которые устанавливают ответственность за преднамеренное убийство, соединенное с похищением лица (п. «в» ч. 2 в. 105 УК), похищение человека (ст. 126 УК), похищение сведений, представляющих государственную тайну (ст. 276 УК), похищение документов, штампов, печатей, марок акцизного сбора, личных документов граждан (ст. 325 УК). Кроме того, в ст. 356 УК идет речь о разграблении национального имущества на оккупированной территории [4].

Точно так же, как в УК Российской Федерации, определяется грабеж и в УК Республики Таджикистан. При этом в примечании 1 к ст. 244 УК указывается, что под хищением в статьях настоящего Кодекса подразумевается совершенное с корыстной целью противоправное безвозмездное изъятие и (или) обращение чужого имущества в пользу виновного или вторых лиц. Законодателем предусмотрены достаточно суровые меры наказания за совершение грабежа. Так, минимальное наказание предусмотрено в виде лишения свободы на срок от трех лет, а грабеж, совершенный при особо опасном рецидиве или в особо крупном размере, наказывается лишением свободы на срок от двенадцати до пятнадцати лет с конфискацией имущества.

В УК Туркменистана под грабежом понимается открытое хищение

чужого имущества (ст. 230 УК). При этом в примечании 1 к ст. 227 УК дается такое определение этого понятия: «Под хищением в статьях настоящего Кодекса понимается противоправное, безвозмездное изъятие и (или) обращение чужого имущества в пользу виновного или вторых лиц, совершенное с корыстной целью, причинившее ущерб собственнику или иному владельцу этого имущества» [5]. А термин «похищение» имеет место в статьях, которые предусматривают ответственность за похищение человека (ст. 126 УК), похищение женщины с целью вступления в фактические брачные отношения (ст. 127 УК), похищение сведений, которые представляют государственную тайну (ст. 172 УК) и так далее. Грабеж, совершенный с причинением ущерба в особо крупном размере либо преступным сообществом, наказывается лишением свободы на срок от восьми до пятнадцати лет с конфискацией имущества или без таковой.

В УК Республики Узбекистан грабеж также определяется, как открытое хищение чужого имущества (ст. 166 УК). Также термин «хищение» используется для определения таких преступлений, как разбой (ст. 164 УК), вымогательство (ст. 165 УК), хищение путем присвоения или растраты (ст. 167 УК), мошенничество (ст. 168 УК) и кража (ст. 169 УК). Термин «похищение» присутствует, когда в статьях УК идет речь о похищении женщины с целью вступления в брак (ст. 136 УК), похищение человека (ст. 137 УК) и похищение сведений, которые представляют государственную тайну (ст. 160 УК). Не содержат ни термина «хищение», ни термина «похищение» статьи УК Республики Узбекистан, в которых предусмотрена ответственность за незаконное завладение огнестрельным оружием, боевыми припасами, взрывчатыми веществами или взрывными устройствами (ст. 247 УК), незаконное завладение сильнодействующими или ядовитыми веществами (ст. 251 УК), незаконное завладение наркотическими средствами или психотропными веществами (ст. 271 УК), но в частях вторых данных статей квалифицирующим признаком является совершение указанных деяний путем грабежа, а в частях третьих – путем разбойного нападения.

В УК Грузии законодатель пытается избежать использования таких понятий, как «похищение» или «хищение», поэтому кража определяется, как тайное завладение чужой подвижной вещью с целью противоправного присвоения (ст. 177 УК), грабеж – как открытое завладение чужой движимой вещью с целью противоправного присвоения (ст. 178 УК), а разбой – как нападение с целью противоправного присвоения чужой движимой вещи, совершенное с применением насилия, опасного для жизни или здоровья, либо с угрозой такого насилия (ст. 179 УК). Минимальное наказание за грабеж – штраф, максимальное – лишение свободы сроком от семи до одиннадцати лет.

В кодексах ряда государств, в частности в уголовных кодексах Латвийской Республики, Литовской Республики, Польше, Федеральной Республики Германия, Швейцарии и Японии, похищение имущества дифференцируют на кражу и разбой. При этом под кражей в этих кодексах подразумевается тайное или открытое похищение чужого имущества, совершенное без насилия, а разбой определяется, как похищение чужого имущества, соединенное с насилием или с угрозой его применения. То есть, привычная для нас правовая категория «грабеж», так сказать, «разобщается» на кражу и разбой.

Статья 175 УК Латвийской Республики определяет кражу, как тайное или открытое похищение чужого движимого имущества, а ст. 176 УК отображает признаки разбоя, а именно: «похищение чужого движимого имущества, соединенное с насилием или с угрозой насилия» [6].

В УК Литвы также отсутствует характеристика состава грабежа. Открытое ненасильственное похищение чужого имущества считается кражей – «тот, кто похитил чужое имущество» (ст. 178 УК), а любое насильственное похищение считается разбоем – «тот, кто с применением физического насилия или с угрозой немедленного его использования или в любой другой способ лишил потерпевшего возможности оказывать сопротивление, похитил чужое имущество» (ст. 180 УК) [7].

В ст. 278 УК Польши признаки кражи определены так: «... кто завладевает с целью присвоения чужой под-



вижной вещью», а признаки разбоя в ст. 280 УК – таким образом: «... кто совершает похищение, применяя насилие к лицу или угрожая немедленным его использованием, или доводя лицо до беспомощного состояния» [8].

В соответствии со ст. 235 УК Японии, «тот, кто похитил имущество другого лица, признается виновным в совершении кражи», а в соответствии со ст. 236 УК Японии, «тот, кто путем применения насилия или угроз отобрал у другого лица ее имущество, признается совершившим разбой» [9].

В уголовных кодексах многих других стран осуществляется разделение похищений имущества на кражу и грабеж (ограбление). Это такие страны, как Англия, Республика Болгария, Дания, Испания, Китайская Народная Республика, Нидерланды, Республика Сан-Марино, Швеция и другие.

Уголовное право Англии устанавливает ответственность за грабеж в ст. 8 Закона «О краже», принятом в 1968 году. Согласно данной статьи человек является виновным в грабеже, если он похищает что-нибудь, и непосредственно перед этим, во время этого и для этого использует физическую силу или угрожает ее использованием. Примененное насилие или насилие, которым угрожают, может быть опасным или безопасным для жизни, что фактически есть признаками грабежа и разбоя. Существует также понятие кражи, отягощенной насилием, которое может быть применено или с угрозой его применения, но таковой, что может быть реально осуществленной. Наказание за грабеж – тюремное заключение на срок вплоть до пожизненного.

В ст. 194 УК Республики Болгария устанавливаются такие признаки кражи: «Кто изымает чужую подвижную вещь из владения другого лица без его согласия с целью противоправного завладения ею», а относительно грабежа, то ст. 198 УК устанавливаются такие признаки: «Кто изымает чужую подвижную вещь из владения другого лица с целью противоправного завладения ею путем применения насилия или угрозой, карается за грабеж» [10]. В то же время в ст. 199 УК предусматриваются такие квалифицированные виды грабежа, как грабеж, соединенный с нанесением средней тяжести или тяжелых телесных повреждений, а

также с убийством или покушением на убийство.

Статья 263 УК Китайской Народной Республики устанавливает ответственность за грабеж государственного или частного имущества, совершенный с применением насилия, угроз и иных методов. Отягчающими обстоятельствами являются: 1) ограбление с вторжением в жилище; 2) ограбление в средствах общественного транспорта; 3) ограбление банка или иной финансовой структуры; 4) неоднократное совершение грабежа или крупная сумма награбленного; 5) ограбление, приведшее к увечью или смерти; 6) ограбление, совершенное под видом сотрудника милиции или полиции; 7) вооруженное ограбление; 8) грабеж материальных ценностей, принадлежащих армии, службам оперативного реагирования, пожарным и спасательным службам. При наличии любого из вышеперечисленных обстоятельств грабеж наказывается лишением свободы на срок свыше 10 лет, бессрочным лишением свободы или даже смертной казнью.

Уголовный кодекс Швеции в статьях 1, 5 и 6 главы 8 разделяет похищение имущества на кражу, грабеж и тяжелый грабеж в зависимости от наличия или отсутствия насилия, а также от характера этого насилия [11].

Выводы. Компаративистский анализ зарубежного законодательства, определяющего уголовную ответственность за грабеж, показывает, что, невзирая на сходство социально-правовой сущности этого противоправного деяния, подход к определению его юридических признаков разный. В кодексах одних государств отражается известная триада похищений имущества (кража, грабеж, разбой), тогда как в кодексах других стран это разделение осуществляется лишь на две юридические категории – «кражу» и «грабеж» («ограбление»). В УК некоторых государств понятие «грабеж» вообще отсутствует, а признаки деяний, которые подпадают под это понятие в законодательстве Украины, разделяются между понятиями «кража» и «разбой». Однако, независимо от того, вспоминается термин «грабеж» как таковой в уголовном кодексе того или иного государства, или он отсутствует вообще, ответственность за сами деяния, которые

охватываются этим понятием, предусматривается во всех без исключения государствах, а расхождения имеют глубоко терминологический характер.

В ходе сравнения кодексов зарубежных стран обращает на себя внимание еще одно обстоятельство: если в уголовных кодексах Украины, Латвийской Республики и стран дальнего зарубежья для характеристики грабежа и других смежных деяний используется лишь одно родовое понятие – «похищение», то в подавляющем большинстве кодексов постсоветских государств присутствуют два родовых понятия – «похищение» и «хищение». При этом в одних кодексах грабеж определяется, как открытое похищение, а в большинстве кодексов – как открытое хищение определенных предметов.

Список использованной литературы:

1. Уголовный кодекс Украины от 05 апреля 2001 года № 2341-III. [Электронный ресурс] / Верховная Рада Украины. – Режим доступа: <http://www.zakon4.rada.gov.ua>.
2. Уголовный кодекс Республики Беларусь / вступ. ст. А.И. Лукашова, Э.А. Саркисовой. – 2-е изд., испр. и доп. – Мн.: Тесей, 2001. – 312 с.
3. Уголовный кодекс Российской Федерации. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.
4. Уголовный кодекс Туркменистана. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://aarhus.ngo-tm.org>.
5. Уголовный кодекс Латвийской Республики / науч. ред. и вступ. ст. канд. юрид. наук А.И. Лукашова и канд. юрид. наук Э.С. Саркисовой; пер. с лат. канд. наук А.И. Лукашова. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. – 313 с.
6. Уголовный кодекс Литовской Республики / науч. ред. докт. юрид. наук, проф. В. Павилониса; предисл. канд. юрид. наук, доц. Н.И. Мацнева; вступ. ст. докт. юрид. наук, проф. В. Павилониса, докт. юрид. наук, доц. А. Абрамвичюса, докт. юрид. наук, доц. А. Дракшене; пер. с лит., канд. филол. наук, доц. В.П. Казанскене. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. – 470 с.
7. Уголовный кодекс Польши / науч. ред. канд. юрид. наук, доц. А.И. Лукашов, докт. юрид. наук, проф. Н.Ф. Кузнецова; вступ. ст. канд. юрид.



наук, доц. А.И. Лукашова, канд. юрид. наук, проф. Э.А. Саркисовой; пер. с польск. Д.А. Барилевич. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. – 234 с.

8. Уголовный кодекс Японии / науч. ред. предисл. и перевод докт. юрид. наук, проф. А.И. Коробеева. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. – 226 с.

9. Уголовный кодекс Республики Болгария / ред. кол. А.И. Лукашов (науч. ред.) и др.; пер. с болг. Д.В. Милушев, А.И. Лукашов; вступ. ст. Й.И. Айдаров. – Мн.: Тесей, 2002. – 192 с.

10. Уголовный кодекс Швеции / науч. ред. Н.Ф. Кузнецова и С.С. Беляев; пер. с англ. С.С. Беляева. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 2000. – 168 с.

ПУБЛИЧНАЯ АДМИНИСТРАЦИЯ КАК СУБЪЕКТ КОНТРОЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В СФЕРЕ ЛОТЕРЕИ

Максим ЛЫСЬКОВ,

кандидат юридических наук,
докторант кафедры административного права и процесса
Национальной академии внутренних дел

Summary

In this scientific article analyzes the control activities in lottery business. An definition of «control in field of lottery business». Control in field of lottery activities carried out in several ways: 1) compliance with license conditions of business of issuing and lotteries; 2) on-playing awards during draw; 3) serviceability devices and means of removal, storage, input and output information associated with movement of money and lottery tickets from unauthorized access by third parties; 4) control in real time on electronic lotteries; 5) compliance by operators of lotteries current legislation of Ukraine lottery.

Key words: public administration, entity, organization, lottery, lottery activities.

Аннотация

В научной статье осуществлен анализ контрольной деятельности в сфере лотерейной деятельности. Приведены определения понятия «контроль в сфере лотерейной деятельности». Контроль в сфере лотерейной деятельности осуществляется в нескольких направлениях: 1) за соблюдением лицензионных условий осуществления хозяйственной деятельности по выпуску и проведению лотерей; 2) по розыгрышу приза во время проведения розыгрыша; 3) за исправностью розыгрышающих устройств и средств снятия, хранения, ввода и вывода информации, связанной с движением средств и лотерейных билетов от несанкционированного доступа третьих лиц; 4) осуществление контроля в режиме реального времени по электронной системе проведения лотерей; 5) за соблюдением операторами лотерей действующего законодательства Украины о лотереях.

Ключевые слова: публичное администрирование, субъект, организация, лотерея, лотерейная деятельность.

Постановка проблемы. Видовым элементом контроля является государственный контроль. Государственный контроль является объемным правовым явлением, которое может осуществляться различными субъектами сферы публичного управления. Так, в зависимости от субъекта (осуществляющего контроль) в системе государственного управления выделяют следующие виды контроля: 1) контроль со стороны органов законодательной власти (парламентский контроль); 2) контроль со стороны Президента Украины и его аппарата (президентский контроль); 3) контроль со стороны Кабинета Министров Украины (правительственный контроль); 4) контроль со стороны центральных органов исполнительной власти; 5) контроль со стороны местных органов исполнительной власти; 6) контроль со стороны органов судебной власти; 7) контроль со стороны органов местного самоуправления; 8) контроль со стороны общественности (общественный контроль) [1, с. 525].

Таким образом, по нашему мнению, контроль в сфере лотерейной деятельности – это систематическая, специфическая деятельность органов публичной администрации и их должностных лиц с использованием специфических форм и методов, которая предусматривает возможность оперативного вмешательства в деятельность субъектов хозяйствования лотерейной деятельности, применении мер по предупреждению и устранению нарушений законодательства, выявлению причин и условий, способствовавших нарушениям правовых норм, и в случае необходимости – применению мер административного принуждения.

Надо отметить, что в сфере лотерейной деятельности на публичные органы возложено достаточно большое количество контрольных функций. Рассмотрим их и проанализируем.

Статьей 13 Закона Украины «О государственных лотереях в Украине» определено, что государственный надзор (контроль) в сфере лотерейной



деятельности осуществляется уполномоченным органом государственного надзора (контроля) за проведением лотерей в Украине – Министерством финансов Украины и Государственной регуляторной службой Украины.

Данной нормой определено, что плановые проверки операторов государственных лотерей проводятся не чаще одного раза в 24 месяца.

Вместе с тем следует акцентировать внимание на противоречиях данной нормы положения приказа Государственного комитета Украины по вопросам регуляторной политики и предпринимательства и Министерства финансов Украины, которым утвержден «Порядок контроля за соблюдением лицензионных условий осуществления хозяйственной деятельности по выпуску и проведению лотерей» [2], в котором предусмотрено, что плановые проверки соблюдения оператором Лицензионных условий проводятся Министерством финансов Украины и/или по его поручению финансовыми управлениями местных государственных администраций; Государственным комитетом Украины по вопросам регуляторной политики и предпринимательства и его территориальными органами не чаще одного раза в год в соответствии с годовыми планами проверок, утвержденными в соответствии приказами Министерства финансов Украины и Государственного комитета Украины по вопросам регуляторной политики и предпринимательства. В годовом плане проверок, утвержденном приказом Министерства финансов Украины, определен перечень проверок, на проведение которых уполномочено финансовое управление местных государственных администраций.

Таким образом, нормы Закона Украины «О государственных лотереях в Украине» противоречат нормам Порядка контроля за соблюдением лицензионных условий осуществления хозяйственной деятельности по выпуску и проведению лотерей, по нашему мнению, является недопустимым фактом и способствует двоякой трактовке законодательной нормы. Именно поэтому считаем необходимым устранить различность нормативно-правовых актов по регулированию одного и того же вопроса.

Так, п. 2 ч. 1 ст. 5 Закона Украины «Об основных принципах государ-

ственного надзора (контроля) в сфере хозяйственной деятельности» предусмотрено, что в течение одного года проведение более одного планового мероприятия государственного надзора (контроля) по одному субъекту хозяйствования не допускается. Критерии, по которым оценивается степень риска от осуществления хозяйственной деятельности и периодичность проведения плановых мероприятий, утверждаются Кабинетом Министров Украины по представлению органа государственного надзора (контроля). В то же время постановлением Кабинета Министров Украины от 02 апреля 2009 № 303 «Об утверждении критериев, по которым оценивается степень риска от хозяйственной деятельности по выпуску и проведению лотерей и определяются периодичность осуществления плановых мероприятий государственного надзора (контроля)» четко определено, что плановые мероприятия государственного надзора (контроля) за деятельностью субъектов хозяйствования проводятся со следующей периодичностью: с высокой степенью риска – не чаще, чем один раз в два года; со средней степенью риска – не чаще, чем один раз в три года; с незначительной степенью риска – не чаще, чем один раз в пять лет.

Итак, считаем необходимым внести изменения в ст. 13 Закона Украины «О государственных лотереях в Украине» и приказа Государственного комитета Украины по вопросам регуляторной политики и предпринимательства и Министерства финансов Украины, которым утвержден «Порядок контроля за соблюдением лицензионных условий осуществления хозяйственной деятельности по выпуску и проведению лотерей», и определить, что «плановые проверки операторов государственных лотерей в зависимости от степени риска деятельности предприятия проводятся не чаще одного раза в 24 месяца и не реже одного раза в пять лет».

Внеплановые проверки операторов государственных лотерей проводятся исключительно по следующим основаниям: 1) оператором государственных лотерей не представлены в установленный срок отчетность в центральный орган исполнительной власти, реализующий государственную финансовую политику, политику в сфере выпуска

и проведения лотерей, если ее представление предусмотрено настоящим Законом; 2) выявлена недостоверность данных, содержащихся в отчетности, представленной оператором государственных лотерей, если оператор государственных лотерей не предоставит объяснения и их документальные подтверждения на обязательный письменный запрос центрального органа исполнительной власти, реализующего государственную финансовую политику, политику в сфере выпуска и проведения лотерей, в течение тридцати рабочих дней со дня получения запроса; 3) оператор государственных лотерей подал в установленном лицензионным условиям порядке жалобу о нарушении законодательства должностными лицами центрального органа исполнительной власти, реализующего государственную финансовую политику, политику в сфере выпуска и проведения лотерей, во время проведения плановой или внеплановой проверки, в которой требует полной или частичной отмены результатов соответствующей проверки; 4) в случае возникновения необходимости в проверке сведений, полученных от игрока, если оператор государственных лотерей не предоставит объяснения и их документальные подтверждения на обязательный письменный запрос центрального органа исполнительной власти, реализующего государственную финансовую политику, политику в сфере выпуска и проведения лотерей, в течение тридцати рабочих дней со дня получения запроса.

Вместе с тем следует отметить, что в соответствии с ч. 2 ст. 13 данного Закона определено, что контроль (надзор) в форме проведения плановых и внеплановых проверок осуществляется только по отношению к операторам лотерей. При этом положениями данного акта не определено, что контролю (надзору) подлежат не только операторы, но и распространители государственных лотерей. Так, например, п. 4.3.8. приказа Государственного комитета Украины по вопросам регуляторной политики и предпринимательства и Министерства финансов Украины «Об утверждении Лицензионных условий осуществления хозяйственной деятельности по выпуску и проведению лотерей и Порядка контроля за соблюдением Лицензионных условий осуществления хо-



зяйственной деятельности по выпуску и проведению лотерей» определено, что контроль за соблюдением требований нормативно-правовых актов, регламентирующих выпуск и проведение лотерей, подлежат и распространители лотерей, а процедура контроля (надзора) за их деятельностью осуществляется в порядке проведения контроля за соблюдением оператором Лицензионных условий, предусмотренных соответствующим нормативно-правовым актом.

Именно поэтому считаем необходимым привести нормы специального нормативно-правового акта в сфере лотерейной деятельности Закона Украины «О государственных лотереях в Украине» и нормы уточняющего специального нормативно-правового акта приказа Государственного комитета Украины по вопросам регуляторной политики и предпринимательства и Министерства финансов Украины «Об утверждении Лицензионных условий осуществления хозяйственной деятельности по выпуску и проведению лотерей и Порядка контроля за соблюдением Лицензионных условий осуществления хозяйственной деятельности по выпуску и проведению лотерей» в соответствии и выложить ч. 2 ст. 13 Закона Украины «О государственных лотереях в Украине» в следующей реакции: «2. Центральный орган исполнительной власти, реализующий государственную финансовую политику, политику в сфере выпуска и проведения лотерей, осуществляет надзор (контроль) в форме проведения плановых и внеплановых проверок операторов и распространителей лотерей в порядке, определенном законом».

Контроль в сфере лотерейной деятельности осуществляется в нескольких направлениях: 1) за соблюдением Лицензионных условий осуществления хозяйственной деятельности по выпуску и проведению лотерей; 2) по розыгрышу приза во время проведения розыгрыша; 3) за исправностью разыгрываемых устройств и средств снятия, хранения, ввода и вывода информации, связанной с движением средств и лотерейных билетов от несанкционированного доступа третьих лиц; 4) осуществление контроля в режиме реального времени по электронной системе проведения лотерей; 5) за соблюдением

операторами лотерей действующего законодательства Украины о лотереях.

Рассмотрим более подробно данные направления контроля в сфере лотерейной деятельности.

Контроль за соблюдением Лицензионных условий осуществления хозяйственной деятельности по выпуску и проведению лотерей.

Субъектами данного контроля является Министерство финансов Украины, Государственная регуляторная служба Украины и ее территориальные органы в пределах своих полномочий путем проведения плановых и внеплановых проверок. Данный контроль распространяется не только на субъекты хозяйствования, которые получили лицензию на проведение государственной лотереи, но и на распространение лотерей, которые выпускаются и проводятся операторами. Формами проведения данного контроля является плановые и внеплановые проверки. Плановые проверки соблюдения оператором Лицензионных условий проводятся Министерством финансов Украины и/или по его поручению финансовыми управлениями местных государственных администраций; Государственной регуляторной службой Украины и ее территориальными органами в соответствии с годовым планом проверок, утвержденным в соответствии с приказом Министерства финансов Украины и Государственной регуляторной службой Украины. Внеплановые проверки осуществляются Министерством финансов Украины и/или по его поручению финансовыми управлениями местных государственных администраций; Государственной регуляторной службой Украины и ее территориальными органами на основании поступления к ним в письменной форме заявления (сообщения) о нарушении оператором Лицензионных условий, в том числе в случае выявления нарушений Лицензионных условий по результатам рассмотрения отчетности и соответствующей информации операторов подаваемого или несвоевременной подачи соответствующих отчетов, или с целью проверки выполнения распоряжений об устранении нарушений Лицензионных условий.

Для проведения проверки контролирующие органы выдают: приказ (распоряжение) о создании комиссии

(состоит как минимум из двух человек), назначение председателя и членов комиссии для проведения проверки; удостоверения на проведение проверки оператора, которое подписывается руководителем (его заместителем) органа, осуществляющего проверку, и заверяется печатью этого органа.

Проверки могут проводиться с привлечением специалистов других центральных и местных органов исполнительной власти, представителей общественных организаций, научно-исследовательских учреждений и т. д. (с их согласия).

Контролирующие органы публичной администрации за 10 рабочих дней до начала проведения плановой проверки сообщают оператору о проведении такой проверки заказным письмом или телефонограммой, оформленной в соответствии с требованиями законодательства.

Объектом данного контроля может быть как оператор, так и его филиал или другие обособленные подразделения с согласия оператора, так и распространители лотерей.

Предметом проверки является: а) соблюдение Лицензионных условий; б) выполнение предписаний об устранении нарушений Лицензионных условий; в) соответствие сведений, приведенных в лицензии, сведениям, указанным в свидетельстве о государственной регистрации субъекта хозяйствования и в учредительных документах; г) наличие копии лицензии, подтверждающей право филиала или другого структурного подразделения оператора на осуществление деятельности по выпуску и проведению лотерей; д) наличие решений о создании филиалов, других структурных подразделений оператора; е) достоверность данных в документах, представленных оператором для получения лицензии и при осуществлении деятельности по выпуску и проведению лотерей; ё) выполнения запланированной сметы; ж) своевременность сообщения Министерству финансов Украины об изменениях в документах, которые подавались для получения лицензии; з) своевременность сообщения Министерству финансов Украины и органу государственной регистрации, в котором зарегистрировано оператора, об измене-



нии местонахождения, организационно-правовой формы, формы собственности, названия и тому подобное; и) своевременность переоформления лицензий; й) наличие справки о принятии заявления о переоформлении лицензии на осуществление деятельности по выпуску и проведению лотерей или о принятии заявления о выдаче дубликата лицензии и тому подобное. Срок проведения проверки составляет не более 5 рабочих дней. В случае большого объема работ руководитель органа, проводящего проверку, может продлить срок ее проведения до 10 рабочих дней. Окончание срока проведения проверки прерывается на время проведения инвентаризации [3].

По результатам проверки составляется Акт проверки в двух экземплярах по установленному образцу. Один экземпляр акта выдается руководителю (или лицу, исполняющего его обязанности) оператора, которого проверяли, второй хранится органом, который осуществил проверку.

В акте могут содержаться следующие результаты: 1) предписание об устранении нарушений Лицензионных условий; 2) решение об аннулировании лицензии.

Контроль за розыгрышем приза во время проведения розыгрыша. Розыгрыш тиража лотереи должен проводиться в прямом телевизионном эфире (или в телевизионной записи с последующей обязательной трансляцией результатов) в присутствии тиражной комиссии, состоящей из представителей органа лицензирования (или уполномоченных лиц) или других центральных органов исполнительной власти и общественности. Телевизионный розыгрыш бестиражной лотереи должен проводиться в прямом телевизионном эфире или в телевизионной записи с обязательной последующей трансляцией результатов такого розыгрыша.

Разыгрывание бестиражной лотереи проводится в присутствии комиссии, количественный состав которой должен составлять не менее 3-х человек. В состав комиссии могут входить представители оператора, органа лицензирования, других органов исполнительной власти или представители общественности.

Данный вид контроля подразделяется на: 1) входной контроль к пре-

крашению продажи билетов (оплат участия в лотерее) на розыгрыш тиража информация о принятых оплатах для участия в лотерее до прекращения продажи билетов на розыгрыш; 2) выходной контроль после прекращения продажи билетов (оплат участия в лотерее) на розыгрыш тиража и к проведению розыгрыша тиража – информация о принятых оплатах за участие в лотерее, общий объем продаж на тираж, время прекращения продажи билетов на тираж, размер призового фонда тиража; 3) выходной контроль после проведения розыгрыша тиража, информация о принятых оплатах для участия в лотерее, общий объем продаж на тираж, время прекращения продажи билетов (оплат участия в лотерее) на тираж, размер призового фонда тиража, выигрышные комбинации номеров, результаты распределения призового фонда.

Контроль должен осуществляться Государственным казначейством Украины и оператором как до, так и после розыгрыша тиража. Результаты контроля протоколируются (по форме, установленной Министерством финансов Украины) и хранятся в течение 3-х лет.

Контроль исправности разыгрывающих устройств и средств снятия, хранения, ввода и вывода информации, связанной с движением средств и лотерейных билетов, от несанкционированного доступа третьих лиц. Обеспечение обязательной технологической и физической защиты разыгрывающих устройств и средств снятия, хранения, ввода и вывода информации, связанной с движением средств и лотерейных билетов (иных документов (средств), которые удостоверяют участие в лотерее), от несанкционированного доступа третьих лиц является одним из главных принципов производства лотерейной деятельности.

Каждый лотерейных терминал самообслуживания должен быть оборудован устройством или передатчиком, который позволяет определить местонахождение лотерейного терминала самообслуживания. Защита считывающих устройств достигается особенностью алгоритма формирования терминального штрих-кода, нанесенного на чек игрока.

Список использованной литературы:

1. Колпаков В.К., Кузьменко О.В. Адміністративне право України: Підручник / В.К. Колпаков, О.В. Кузьменко – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 544 с.
2. Порядок контролю за додержанням ліцензійних умов провадження господарської діяльності з випуску та проведення лотерей : затв. наказом Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва і Міністерства фінансів України, яким затверджено від 12.12.2002 № 128/1037 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1006-02>.
3. Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з випуску та проведення лотерей і Порядку контролю за додержанням Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з випуску та проведення лотерей: затв. наказом Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва і Міністерства фінансів України від 12.12.2002 № 128/1037 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.
4. Про затвердження Положення про Державну казначейську службу України : затв. постановою Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2015 р. № 215 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.



PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF THE APPLICATION OF LAW: ORIGINS OF UKRAINIAN DOCTRINE

Halyna MARTYNYSHYN,

postgraduate student of chair of theory and philosophy of law
Khmelnitskyi University of Management and Law

Summary

The article unveils philosophical underpinnings of application of law. The author begins with general concept of law application provided by Ukrainian legal doctrine and proceeds with showing its origins – these are dogmas of dialectical materialism and theory of reflection. The author demonstrates that actually the whole mechanism of legal regulation – and law application as its essential element – are subject to general purpose that is materializing the logic of social and first of all economic relations. The weaknesses of this approach is being analyzed.

Key words: application of law, economic relations, truth.

Аннотация

Статья раскрывает философские основания применения права. Автор начинает с рассмотрения общего понятия применения права, которое встречается в украинской правовой доктрине, а затем переходит к анализу ее истоков, которыми являются догмы диалектического материализма и теории отражения. Автор демонстрирует, что в целом весь механизм правового регулирования и применение права, как его определяющая составляющая, подчинены общей цели, которой является материализация логики общественных и, прежде всего, экономических отношений. Проанализированы уязвимые положения такого подхода.

Ключевые слова: применение права, экономические отношения, истина.

Introduction. Application of law is one the most important concepts of the general theory of law. As other questions of this regard, application of law has attracted attention of many scientists in the field of law. But none of them actually tried to appreciate philosophic dimension of the issue. It is not even a well-established fact that any philosophical analysis of this phenomenon are actually possible.

Article's objectives. Given this initial data, this article unveils philosophical foundations of the application of law. We shall start with general concept of law application provided by Ukrainian legal doctrine and proceed with showing its origins – these are dogmas of dialectical materialism and the theory of reflection. Then we are going to demonstrate that actually the whole mechanism of legal regulation – and law application as its essential element – are subject to the general purpose, that is materializing the logic of social and first of all economic relations. Despite the fact that this is a strict output of the initial premises, I shall argue that the sense of the application of law was hugely misconceived by Soviet general theory and Ukrainian legal theory inherited this misunderstanding.

I. Application of law, being a shared phenomenon for different legal systems, cannot be analyzed in a universal way as it reflects particular features legal systems. That's why we'll focus on application of law in those systems which meet the

following requirements outlined by J. Wroblewski:

(a) The system of law is composed of rules. Abstract and general rules (statutory in origin and form) are the materials applied through judicial application of law. Such abstract and general rules together with more concrete and specific rules consequent upon them, constitute the legal system.

(b) In the system in question there is a normatively stated opposition between law-making (the creation of abstract and general rules) and law-application (the making of concrete and individual decisions). This opposition is manifested in the functional separation of parliament as a statute-enacting agency from the courts and the administrative branches of government as agencies engaged in law-applying activity.

(c) The model of statutory law systems is instantiated in those concrete legal systems in which condition (b) is fulfilled, i.e., where creation of law is not included in the practical activity of the lawapplying agencies. The opposition between law-making and application of law is controversial both in theory and in ideology (Ch XV), but for systems of statutory law such an opposition is presupposed as based on the distinction between abstract and general rules and concrete and individual rules or decisions.

(d) Law-applying organs have a duty to decide any properly presented case according to those legal rules which are

valid and applicable. That is, they must in each case state whether the facts of the case have determinate legal consequences («positive solution») or have no such consequences («negative solution»). This condition implies an assumption of the existence of a «closing norm» of the system, on account of which the system becomes a «procedurally closed system».

(e) In their application the valid rules of system determine the consequences of facts specified in them as operative facts [1, p. 4, 5].

So let's start with brief sketches of what is the point for this article. Application of law, its rules and principles were obviously not a neglected theme. It is enough to be said that prominent representatives of the Soviet legal theory – N. Alexandrov, I. Duragin, V. Lazarev, P. Nedbaylo – devoted their fundamental works to the question at issue. These works reflected the spirit of modern state and society – this was the epoch of the Khrushchev Thaw that entailed softening of the totalitarian regime and its exuberant pressure on the society and person. The doctrine of law application, developed at the late 50s – 60s, offered a kind of response of the general jurisprudence to the demand of that time – to restrict the tyranny and arbitrariness in performing the state power. And as the analysis of the modern literature persuasively demonstrates, the invented concept of the application of law remains pretty unchanged for the time being.



N. Krestovska and L. Metveyeva define application of law as the activity of authoritative bodies and officials that provide the application of law by adjudicating on a matter [2, p. 286]. These authors point out the following features of law application:

- authoritative (official) character – as law may be applied only by authoritative bodies and persons;
- individual attitude – as application of law provides a decision for a certain case, and hence defines rights and duties at issue;
- procedural form – as application of law runs through a number of stages and is conveyed under a procedure established by law;
- is made up in a formal legal act – an act of law application [2, p. 286].

B. Malyshev and O. Moskaliuk define application of law as an administrative activity of state bodies, its officials that results in producing individual adjudications under which one person has a right and the other has a duty [3, p. 10]. Following are the elements of law application:

- law enforcer;
- matter for law enforcement;
- act of law application.

The authors conclude that among all these features its official character is most essential [3, p. 10].

P. Rabinovych provides the following definition: «Application of law – is an organizing activity of authoritative state bodies, its officials and authorized bodies of local self-government ... that consists of establishment of personified prescriptions aiming to create due conditions of law enforcement» [4, p. 169]. That means that in contrast to the described above interpretation of law application the author adds one more essential feature – under-normative property of the application of law. Here's implied that legal norm is only applied but not created by judge or any other law-enforcer.

Summarizing the abovementioned information, we may now point out features of application of law:

- this is the activity of state bodies;
- it is aimed to fulfill normative statements;
- it is conducted under well-established procedure to prevent arbitrariness in administrating state powers;

- this activity is essentially organizing;
- the result of this activity is made up in a formal legal act – an act of law application.

As we shall see, these insights were inspired by Soviet legal doctrine and have its philosophic foundations.

II. The issue of the application of law was always conceived in Ukrainian literature as a part of a more general concept of law realization – process of bringing law to life. Application of law was however regarded as a very special form of law realization. Soviet legal doctrine set the priority of legal norm in regard to application of law, stressing that law can never be created by a judgement. As P. Nedbailo noted: «Legal norm is chosen and applied on the ground of important legal facts. Estimation of the facts' importance, their analysis and evaluation are conducted on the basis of legal norms. That is why the very process of estimation of legal norms' importance must be conducted in the light of legal norms» [5, p. 137]. So as we can see, application of law consists of searching and finding a norm in the light of a previously interpreted fact. That's why the application of law is a kind of interlink between fact and norm.

The process of application of law runs by stages. The first stage is the establishment of facts. Not all the facts matter, but only those which are important. Importance of fact is designated by a norm. The second stage is often called legal qualification. Here the law enforcer considers how the norm regulates a certain case. The first appreciation of case may be false and that is why it must be clarified and specified. Finally, the third stage contains resolution of the case, embodied in a formal legal act – an act of law application.

Besides, every stage is subject to truth: first, legal norm must correctly reflect the civil relations; second, all the important facts must be investigated and proved correctly (that means statement of the facts must reflect the fact). Third, a suitable norm must be interpreted correctly to reflect the true meaning of the text. Finally, the cohesion of fact and norm must get along together.

Given these insights, we may now point out the philosophical underpinnings of the application of law.

Premise I. The material truth of the legal norm (norm fits the economic relations at hand)

Premise II. Objectivity of investigation and the founded out facts.

Premise III. Objectivity of statutory interpretation.

Premise IV. Logical accurateness of decision.

The mechanism of legal regulation accomplishes its aim if and only if all four premises are valid in case: the norm correctly (truthfully) reflects current economic relations, fact are established beyond any doubt, the norm is correctly (truthfully) interpreted i.e. according to real intent of the framers and finally, the judge succeeds in applying a true norm to a true fact. Of only one of these elements is not fulfilled, the adjudication of a matter is false. A shared feature for all the stages of the application of law is that something must be reflected correctly, i.e. economy in legislator's intent, letter in the norm. Law enforcer makes his path in the opposite direction, moving from the text to final point – economic relations which are reflected in legislator's intent. This all resembles process of pulling a nest-doll up and down.

And now we'll address question what philosophical theory provides philosophical foundation for this insight on application of law. This is Marxist-Lenin reflection theory, under which: «The material world is knowable through consciousness because consciousness reflects material reality and test of truth is practice (praxis). ... Like Hegel, Lenin is opposed to subjective idealist view that 'sensation' constitutes the world. He argues instead that sensation is the connection between consciousness and the external world, such that they constitute a single entity. Sensation is, for Lenin, the subjective form of appearance of thing in itself, (the form in which the thing in itself is manifested to consciousness). The thing in itself is transformed via sensation into the apparent thing in itself. There is no dualistic barrier, rather there is a constant process of transition and transformation of one into the other. ... Lenin is aware that both forms of dualism must be rejected and argues that sensations are not merely mental entities but are also 'physical' in some way. Consciousness, via processes of brain, becomes an internal state of matter. For Lenin, all reality is material.



It is matter in motion. Consciousness is matter organized and acting at its most complex and developed level» [6]. Given this reasons that is no wonder why national jurisprudence appreciates application of law in terms of reflection and truth.

Conclusion. Our basic objection to this theory is that law cannot be reduced to economic relations. First, this position breaks down with any moral foundation to law, giving, actually, no foundation to it unless we regard interests of ruling class as a good reason to obey the law. Second, even if we admitted the letter premise, we would still be unable to justify the statement that economic relations may be reflected correctly in one and only true way. Third, as law is often applied to changing social conditions, it is almost impossible to get the desired cohesion of true law with a true fact. This is most obviously seen with regard to application of law in the context of social change.

References:

1. Wróblewski J. *Judicial Application of Law* / J. Wróblewski. – Dordrecht : Kluwer Academic Publishers, 1992. – 357 p.
2. Крестовська Н.М. *Теорія держави і права* / Н.М. Крестовська, Л.Г. Матвеева. – Видання друге. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – 432 с.
3. Малишев Б.В. *Застосування норм права (теорія і практика): Навч. посіб.* / Б.В. Малишев, О.В. Москалюк: за заг. ред. Б. В. Малишева. – К.: Реферат, 2010. – 260 с.
4. Рабінович П.М. *Основи загальної теорії права та держави* / П.М. Рабінович. – Вид. 10-е, доповнене, – Львів: Край, 2008. – 224 с.
5. Недбайло П.Е. *Применение советских правовых норм* / П.Е. Недбайло. – Москва: Госюриздат, 1960. – 511 с.
6. Harvey Lee. *Reflection theory* / Lee Harvey; [Electronic resource]. – Access regime: <http://www.qualityresearchinternational.com/socialresearch/reflectiontheory.html>.

ИНСАЙДЕРСКАЯ ИНФОРМАЦИЯ КАК СПЕЦИАЛЬНЫЙ СУБЪЕКТ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИНФОРМАЦИОННОЙ БЕЗОПАСНОСТИ ПРЕДПРИЯТИЙ

Анфиса НАШИНЕЦ-НАУМОВА,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры правоведения
Киевского университета имени Бориса Гринченко

Summary

This article discusses the current issues relating to insider information. On insider information in administrative and legal sense, the author proposes to consider information that is not published or made public, and it is an unknown number of potential investors. The author notes that in addition to information transparency, there are restrictions on the disclosure of inside information. This may be due to the acquisition or disposal of financial instruments of the entity. It is proposed to allocate three key elements that characterize the insider information, in particular with: the status information, the nature and content of the information.

Key words: insider information, disclosure of information access to information information medium.

Аннотация

В статье рассматриваются современные вопросы, касающиеся инсайдерской информации. Под инсайдерской информацией в административно-правовом смысле автор предлагает рассматривать информацию, которая не опубликована или не обнародована, и является неизвестной кругу потенциальных инвесторов. Автор обосновывает, что наряду с информационной прозрачностью существуют запреты на разглашение инсайдерской информации. Это может быть связано с приобретением или отчуждением финансовых инструментов предприятия. Предлагается выделить три ключевых элемента, характеризующих инсайдерскую информацию, в частности это: статус информации, характер и содержание информации.

Ключевые слова: инсайдерская информация, раскрытие информации, доступ к информации, информационная среда.

Постановка проблемы. Неправомерное использование инсайдерской информации – явление, которое увеличивает риск, связанный с утечкой информации, существенно повышает стоимость привлечения капитала, дестабилизирует равенство инвесторов и добросовестную конкуренцию, создает информационную асимметрию. В конечном счете, это может крайне негативно сказаться на деятельности субъектов хозяйствования или привести к их полному исчезновению. Злоупотребление инсайдерской информацией заставляет государственные органы жестко подходить к раскрытию предприятием информации о своей деятельности, а также к использованию непубличной информации [1, с. 9]. Учитывая то, что серьезные негативные последствия возникают на предприятиях при потере информации, без которой дальнейшее продолжение бизнеса становится проблемным, защита инсайдерской информации становится актуальной проблемой.

Актуальность темы. Проблематика инсайдерской информации как специального субъекта рассматривается в научных работах как отечественных ученых: Н.Т. Белухи, Ф.Ф. Бутынца, Н.И. Дороша, Е.А. Петрика, В.В. Саенко, Г.Г. Почепцова, С.П. Росторгуева, М.Я. Швеца, Б.Ф. Усача и др., так и зарубежных: С.Н. Бычковой, Я.В. Соколова, Р. Адамса, А. Аренса, Дж. Лоббека, Дж. Робертсона, Т. Бу-Пеоу (Nanyang Technological University), М. Нелсона, С. Смита и др. В работах этих ученых анализируются факторы информационной безопасности предприятия, вопрос ответственности за распространение недостоверной информации, правовые проблемы информатизации и т.п. В то же время дальнейшего исследования требуют проблемы защиты инсайдерской информации на предприятиях, что и является целью данной статьи.

Изложение основного материала. Инсайдер (от англ. Inside – внутри) – любое лицо, имеющее доступ к конфи-



денциальной информации о состоянии дел предприятия благодаря своему служебному положению или родственным связям [2, с. 282]. Однако В.В. Саенко утверждает, что инсайдерской информацией является любая конкретная необнародованная информация об эмитенте, его ценных бумагах или договорах о них, что является существенным, то есть в случае обнародования может значительно повлиять на рыночную стоимость ценных бумаг [3, с. 4].

Согласно ч. 1 ст. 44 Закона Украины «О ценных бумагах и фондовом рынке» [4] под инсайдерской информацией следует понимать любую необнародованную информацию об эмитенте, его ценных бумагах или сделках по ним. К информации, содержащей сведения об эмитенте, можно отнести следующие данные: о смене руководства эмитента; о численном составе руководящего звена эмитента; о получении (предоставлении) или досрочном погашении кредита; об образовании дочернего предприятия или слиянии с ним и тому подобное. К информации, содержащей сведения о ценных бумагах эмитента или сделках по ним, можно отнести следующие данные: сведения о досрочной уплате процентов инвесторам, покупка-продажа большого объема ценных бумаг. Следует отметить, что это не исчерпывающий перечень сведений, которые могут содержать инсайдерскую информацию. И как отмечает В.В. Саенко, толкование относительно того, какая информация является инсайдерской, нецелесообразно закреплять на уровне нормативных актов. Инсайдерская информация может содержаться как в бухгалтерских, финансовых, учредительных документах, договорах, отчетах, так и в устной форме [5, с. 53].

Порядок раскрытия инсайдерской информации устанавливается исключительно нормативно-правовыми актами Национальной комиссии ценных бумаг и фондового рынка Украины. Однако следует отметить, что в ст. 163-9, ст. 163-11 Кодекса Украины об административных правонарушениях, кроме термина «несвоевременное раскрытие», используется термин «нераскрытие информации». Оба термина относятся к качеству информации, сам факт «несвоевременности» или «нераскрытости» делает информацию об эмитенте, его ценных бумагах или сделках

по ним охраняемой административным законом [6]. Когда информация становится известной другим лицам из публичных источников или средств массовой информации, такая информация перестает быть инсайдерской.

Под инсайдерской информацией в административно-правовом смысле следует понимать информацию, которая не опубликована или не обнародована, то есть она неизвестна кругу потенциальных инвесторов. И как справедливо утверждает В.В. Саенко, обнародованная информация считается тогда, когда она известна неограниченному кругу лиц [7, с. 75]. В Германии даже существует подход, согласно которому раскрытой считается информация, доступная только инвесторам, которые обычно осуществляют операции с соответствующими ценными бумагами. Поэтому нежелательно разглашать информацию через средства массовой информации, ведь разглашение даже узкому кругу заинтересованных инвесторов приведет к отображению информации в курсовой стоимости соответствующей ценной бумаги [8, с. 12].

Понятно, что инсайдерская информация как специальный объект обеспечения информационной безопасности субъектов хозяйствования связана с информационной прозрачностью. Открытость рынка в цивилизованном обществе становится одним из основных условий его функционирования. Без информационной прозрачности принятие эффективных решений становится просто невозможным, отсутствие информации об эмитенте в открытом доступе приводит к тому, что инвесторы просто снижают свою инвестиционную активность, а средства, которые могли бы работать на отечественном рынке ценных бумаг, сегодня, в лучшем случае, работают в теневом секторе страны, а в худшем, – на зарубежных рынках. От движения информационных потоков на рынке меняются и направление финансовых потоков. Эмитент может под свою собственную ответственность отсрочить обнародование инсайдерской информации, например, в целях недопущения нарушения его законных интересов, при условии, что такие отсрочки не могут ввести общественность в заблуждение, и при условии, что эмитент будет в состоянии обеспечить конфиденциаль-

ность этой информации. Однако при этом государствам-членам предоставлено право требовать немедленного информирования соответствующего компетентного органа о решении эмитента отсрочить обнародование инсайдерской информации [9, с. 24].

На предприятия возлагается обязанность принять меры по имплементации относительно: специальных правил надлежащего обнародования инсайдерской информации; специальных правил отсрочки обнародования инсайдерской информации; условий, при которых эмитенты или другие юридические лица, действующие от имени эмитента, должны составлять список лиц, работающих на них, или имеющих доступ к инсайдерской информации; условий, при которых такие списки должны обновляться [10, с. 53].

Так, в частности, информация о лицах, имеющих доступ к инсайдерской информации, раскрывалась в специальных инсайдерских списках. К последним предъявляются требования по их регулярному обновлению и публичной доступности в течение 5 лет с даты составления или восстановления. Все сделки лиц, осуществляющих управленческие функции эмитента, подлежат обязательному надзору со стороны компетентного органа предприятия, за исключением сделок, стоимость которых не превышает 5000 евро на конец года. Целостность рынка требует соответствующего публичного раскрытия информации по стабилизационной деятельности эмитентов и субъектов, прибегающих к стабилизации, независимо от того, действуют ли они от имени таких эмитентов или нет. Методы, используемые для соответствующего раскрытия информации, должны быть эффективными и могут учитывать рыночные правила, принятые компетентными органами власти. Деятельность всех инвестиционных обществ и кредитных учреждений должна стремиться к стабилизации, соответственно, – согласовываться. Во время стабилизации инвестиционное общество или кредитное учреждение выступает в качестве центрального справочного пункта для любого регуляторного вмешательства компетентных органов власти.

Проблема раскрытия информации и использование инсайдерской информации при совершении сделок с ценными



бумагами актуальна даже для стран, где соответствующее законодательство действует уже не первый год.

В Украине долгое время оставались неурегулированными проблемы использования инсайдерской информации при заключении сделок с ценными бумагами, искажались цены на фондовом рынке, снижалось доверие к рынку ценных бумаг и его участникам. На защиту прав и законных интересов эмитентов и инвесторов, с целью контроля за деятельностью инсайдеров на рынке ценных бумаг, направлены нормы Закона Украины «О ценных бумагах и фондовом рынке». В Законе Украины «О ценных бумагах и фондовом рынке» вопрос раскрытия информации на фондовом рынке посвящен раздел 5.

Согласно ст. 39 Закона Украины «О ценных бумагах и фондовом рынке» эмитенты, которые осуществили открытое (публичное) размещение ценных бумаг, обязаны своевременно и в полном объеме раскрывать информацию о:

- финансово-хозяйственном состоянии и результатах деятельности эмитента в сроки, установленные законодательством;

- любых действиях, которые могут повлиять на финансово-хозяйственное состояние эмитента и привести к значительному изменению цены на его ценные бумаги;

- владельцах крупных пакетов (10 процентов и более) акций.

Информация о владельцах крупных пакетов (10 процентов и более) акций подается Национальной комиссии по ценным бумагам и фондовому рынку (НКЦБФР) лицом, которое ведет учет права собственности на акции эмитента в депозитарной системе Украины, в сроки, порядке и по форме, которые устанавливает Комиссия.

Информация о владельцах крупных пакетов (10 процентов и более) акций является открытой и обнародуется НКЦБФР путем размещения в общедоступной информационной базе данных Комиссии. Ст. 40 Закона Украины «О ценных бумагах и фондовом рынке» дает определение понятию и определяет порядок предоставления регулярной информации эмитента. Регулярная информация об эмитенте – годовая и квартальная отчетная информация о результатах финансово-хозяйствен-

ной деятельности эмитента – подается НКЦБФР (в том числе и в электронном виде). Отчетным периодом для составления годовой информации об эмитенте является календарный год. Годовая информация об эмитенте должна содержать следующие сведения: наименование и местонахождение эмитента, размер его уставного капитала; орган управления эмитента, его должностные лица и основатели; хозяйственная и финансовая деятельность эмитента; ценные бумаги эмитента (вид, форма выпуска, тип, количество), размещение и листинг ценных бумаг; годовая финансовая отчетность; аудиторское заключение. Эмитент имеет право дополнительно подавать другую информацию.

Годовая информация об эмитенте является открытой и подлежит обнародованию эмитентом в срок не позднее 30 апреля года, следующего за отчетным, путем опубликования ее в одном из официальных печатных изданий Верховной Рады Украины, Кабинета Министров Украины или Национальной комиссии по ценным бумагам и фондовому рынку. Экземпляр официального печатного издания, в котором опубликована годовая информация об эмитенте, направляет в Национальную комиссию по ценным бумагам и фондовому рынку.

Квартальная информация об эмитенте должна содержать следующие сведения: наименование и местонахождение эмитента, размер его уставного капитала; орган управления эмитента, его должностные лица и основатели; хозяйственная и финансовая деятельность эмитента; ценные бумаги.

К особой информации относятся сведения о:

- принятии решения о размещении ценных бумаг на сумму, превышающую 25 процентов уставного капитала;

- принятии решения о выкупе собственных акций;

- фактах листинга / делистинга ценных бумаг на фондовой бирже;

- получении займа или кредита на сумму, превышающую 25 процентов активов эмитента;

- изменении состава должностных лиц эмитента;

- смене собственников акций, которым принадлежит 10 и более процентов голосующих акций;

- решении эмитента об образовании, прекращении его филиалов, представительство;

- решении высшего органа эмитента об уменьшении уставного капитала;

- возбуждении дела о банкротстве эмитента, вынесении решения о его санации;

- решении высшего органа эмитента или суда о прекращении или банкротстве эмитента.

Сроки, порядок и формы предоставления особой информации об эмитенте устанавливаются НКЦБФР и составляют два рабочих дня. Особая информация об эмитенте является открытой и обнародуется путем опубликования ее в одном из официальных печатных изданий Верховной Рады Украины, Кабинета Министров Украины или Национальной комиссии по ценным бумагам и фондовому рынку.

Ст. 43 Закона Украины «О ценных бумагах и фондовом рынке» определяет порядок раскрытия информации об учете именных ценных бумаг участниками депозитарной системы Украины. Информация об учете именных ценных бумаг раскрывается участниками депозитарной системы Украины:

- на письменный запрос владельца информации или с его письменного разрешения, кроме случаев, предусмотренных абзацами третьим и четвертым ст. 43;

- по решению суда;

- по письменному требованию органов прокуратуры, Службы безопасности Украины, органов внутренних дел, Национальной комиссии по ценным бумагам и фондовому рынку, Антимонопольного комитета Украины, других государственных органов, в соответствии с законодательством. Эта информация раскрывается относительно операций в системах учета именных ценных бумаг, осуществляемых конкретным юридическим или физическим лицом за конкретный промежуток времени.

Участнику депозитарной системы Украины запрещается предоставлять информацию о клиентах другого участника депозитарной системы Украины, даже если их данные указаны в документах и договорах клиента. Лица, виновные в нарушении порядка раскрытия и использования информации об учете именных ценных бумаг, несут



ответственность в соответствии с законом.

Порядок раскрытия и защиты информации из системы депозитарного учета определяется Законом Украины «О системе депозитарного учета ценных бумаг» [11], разработанным Национальной комиссией по ценным бумагам и фондовому рынку Украины.

На основании вышеизложенного мы можем выделить три ключевых элемента, характеризующих инсайдерскую информацию, в частности это: статус информации (необнародованная), точный характер (юридический факт) и содержание информации (относительно эмитента ценных бумаг). Все три ключа непосредственно связаны с информацией с ограниченным доступом. И безопасность этой информации, разумеется, напрямую зависит от лиц, которые будут отвечать за ее сохранность.

Итак, рассмотрим каждый ключ отдельно.

Статус информации. Как уже отмечалось, инсайдерская информация является необнародованной, то есть неразглашенной, неизвестной широкому кругу посторонних лиц. Поэтому неважно, является ли эта информация секретной или относится к информации с ограниченным доступом. Обнародованная информация считается тогда, когда она известна неограниченному кругу лиц. Причем нет необходимости, чтобы каждый инвестор имел эту информацию или чтобы она была обнародована через средства массовой информации. Достаточно, чтобы она была доступна посредством информационных систем широкого пользования.

Понятно, что инсайдеры не имеют права совершать сделку с ценными бумагами сразу после сообщения инсайдерской информации общественности. Необходимо выждать определенное время не только для того, чтобы информация распространилась через средства массовой информации, но и для того, чтобы общественность отреагировала, и курс ценных бумаг отражал новость [12, с. 51]. Такой подход является консервативным. Директива ЕС не предусматривает конкретного времени, в течение которого инвесторы имели бы возможность оценить информационное сообщение и отреагировать на него. Но она не запрещает государ-

ствам-членам сделать это на уровне их законодательства, чтобы ввести более объективный критерий.

Итак, только если информация уже была обнародована (независимо от того, было ли это обнародование правомерным), любые ограничения на операции по ценным бумагам в связи с инсайдерской информацией снимаются.

Характер информации. Во-первых, информация должна быть «точного характера». Интересен опыт немецкого законодательства. В этой стране применяется термин «инсайдерские факты», а не «инсайдерская информация». Факты указывают на то, что инсайдерской информацией могут быть только объективные явления или события, а не чья-то точка зрения, выводы, рекомендации или слухи. Понятно, что информация, которая является результатом возведения и анализа опубликованных данных, не может быть инсайдерской. Во-вторых, информация должна быть существенной в том смысле, что ее влияние на курс соответствующих ценных бумаг в случае разглашения будет «значительным». Хотя эта вероятность должна оцениваться на момент заключения соглашения, а не после обнародования, фактическое изменение курса после раскрытия информации будет первым показателем существенности информации.

Содержание информации. Необходимо, чтобы существовала связь между информацией и эмитентом. Информация должна касаться одного или нескольких эмитентов или одного или нескольких ценных бумаг. Содержанием инсайдерской информации может быть увеличение или уменьшение уставного фонда, заключение договоров о распределении прибыли или убытков, тендерные предложения, реорганизация предприятия, продажа активов, изменение организационно-правовой формы, ликвидация и тому подобное.

Инсайдерам запрещается использовать информацию с полным знанием дела путем приобретения или продажи оборотных ценных бумаг эмитента или эмитентов, которых эта информация касается, для себя или для третьих лиц прямо или косвенно.

Запрет распространяется не только на осуществление операций с ценными бумагами на бирже, но также и на

внебиржевом рынке, если такая операция осуществлена через профессионального посредника. В то время как владеть инсайдерской информацией могут только физические лица, инсайдерские операции могут осуществляться и в пользу юридических лиц. Если инсайдером является юридическое лицо, то запрет распространяется на физических лиц, принимающих решения совершить сделку в пользу соответствующего юридического лица. Для привлечения к ответственности существует несколько существенных ограничений. Во-первых, инсайдер должен знать, что информация, которую он использует, является инсайдерской. Итак, в действиях инсайдера должен быть умысел на использование инсайдерской информации для проведения сделки купли-продажи ценных бумаг. Неосторожность, даже в самых грубых ее формах, не может быть основанием привлечения к ответственности. Во-вторых, должна присутствовать причинно-следственная связь между владением информацией и решением совершить сделку. В-третьих, операция должна быть завершена, то есть незаконным считается выполнение соглашения, заключенного на основе инсайдерской информации. Заключение соглашения на основе инсайдерской информации только создает обязательства, что является недостаточным для привлечения к ответственности. Директива ЕС не предусматривает необходимости доказывать умысел на получение прибыли или избежание убытков для себя или третьих лиц, достаточно доказать умысел инсайдера на совершение сделки на основе инсайдерской информации. Также нет необходимости доказывать, что операция принесла прибыль в любом виде. Директива ЕС запрещает не только осуществление операций с ценными бумагами на основе инсайдерской информации, но и передачу инсайдерской информации другим лицам, точнее «раскрытие инсайдерской информации третьим лицам, за исключением случаев, когда такое раскрытие осуществляется в ходе обычного осуществления трудовых обязанностей» [13]. На первый взгляд, это правило выглядит понятным. На самом деле оно вызывает больше вопросов, чем запрет осуществ-



влять операции с ценными бумагами. Директива не требует наличия умысла в действиях лица, передающего информацию. Это лицо может даже не знать об инсайдерском статусе информации и не подозревать, что лицо, которое получает информацию, может использовать ее для проведения операции с ценными бумагами.

В то же время раскрытие информации в рамках обычного осуществления трудовых профессиональных или иных обязанностей освобождает от ответственности. Логика этого положения понятна: передача информации в рамках предприятия, а также консультантам, аудиторам и т.п. должна быть разрешена. Например, корпоративный секретарь обязан информировать наблюдательный совет о состоянии дел акционерного общества (ст. 56 Закона Украины «Про акционерные общества» [14]). Такая передача инсайдерской информации наблюдательному совету не запрещена. Анализируя круг лиц, которым информация может передаваться «в рамках обычного осуществления трудовых, профессиональных или других обязанностей», можно увидеть, что это будут те же лица, которые попадают в категорию инсайдеров. Следовательно, они обязательно будут ограничены в своей способности осуществлять операции и передавать инсайдерскую информацию.

Выводы. Проведенный нами анализ кратко показал сущностные характеристики инсайдерской информации. Подводя итог вышеизложенному, отметим, что инсайдерская информация является самостоятельным субъектом, со своим комплексом характеристик. Как уже отмечалось, инсайдерская информация является необнародованной, то есть неразглашенной, неизвестной широкому кругу посторонних лиц. Инсайдерской информацией могут быть только объективные явления или события, а не чья-то точка зрения, выводы, рекомендации или слухи. Содержанием инсайдерской информации может быть увеличение или уменьшение уставного фонда, заключение договоров о распределении прибыли или убытков, тендерные предложения, реорганизация предприятия, продажа активов, изменение организационно-правовой формы, ликвидация и тому подобное.

Список использованной литературы:

1. Музиченко Г.Г. Формування та розвиток світового ринку цінних паперів в умовах економічної глобалізації : автореф. дис. ... канд. екон. наук : 08.05.01 / Г.Г. Музиченко. – Донецьк, 2006. – 18 с.

2. Новый экономический и юридический словарь / под ред. А.Н. Азримиана. – М. : Институт новой экономики, 2003. – 1088 с.

3. Саєнко В.В. Правове регулювання використання інсайдерської інформації на ринку цінних паперів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / В.В. Саєнко; К., 2002. – 19 с.

4. Про цінні папери та фондовий ринок : Закон України // Верховна Рада України від 23.02.2006. – № 3480-IV.

5. Саєнко В.В. Регулювання торгівлі цінними паперами на основі інсайдерської інформації // Підприємництво, господарство і право. – 1991. – № 2. – С. 52–55.

6. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Кодекс // Верховна Рада України від 07.12.1984. – № 8073-X.

7. Саєнко В.В. Правове регулювання інсайдерської торгівлі у державах ЄС / Саєнко В.В. // Вісник КНУ, юридичні науки. – 2001. – № 42. – С. 74–79.

8. Кошкарів О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / О.О. Кошкарів. – Х. : ХНУВС, 2006. – 20 с.

9. Васильченко Е. Инсайдерская информация: о необходимости новых понятий в украинском законодательстве о ценных бумагах / Е. Васильченко // Бизнес Информ. – 1996. – № 15 (август). – С. 23–25.

10. Паттон Х. Торговля ценными бумагами с использованием инсайдерской информации: инсайдерам скоро придется несладко / Х. Паттон, Е. Васильченко // Ufe Review. Аналитическое обозрение фондового рынка. – 1997. – № 4. – С. 51–55.

11. Про депозитарну систему України : Закон України // Верховна Рада України від 06.07.2012. – № 5178-VI.

12. Hopt K.J. The European insider trading directive // Common Market Law Review. – 1990. – № 27. – P. 51.

13. Директива № 89/592/ЕЕС «Про координацію законодавства щодо інсайдерських операцій. Council Directive of 13 November 1989 Coordinating regulations on insider // Official Journal EC 18.11.1989 L 334/30.

14. Про акціонерні товариства : Закон України // Верховна Рада України від 17.09.2008. – № 514-VI.



ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ НЕЗАКОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КОМПАНИЙ, АДМИНИСТРИРУЮЩИХ ФИНАНСОВЫЕ АКТИВЫ ДЛЯ ПРИОБРЕТЕНИЯ ТОВАРОВ В ГРУППАХ

Александр ПАХОЛЮК,
соискатель кафедры ОРД

Национальной академии внутренних дел Украины

Summary

The article deals with the theoretical and practical aspects of business entities that provide services to administer financial assets to purchase goods in groups and issues combating criminal offenses committed by officials of nonbank financial institutions in the implementation of activities to attract funds of individuals.

Key words: management of financial assets for the purchase of goods groups, involving financial assets of individuals, non-banking financial institutions, non-return funds, fraud with financial assets.

Аннотация

В статье рассматриваются теоретико-практические аспекты деятельности субъектов, которые администрируют финансовые активы для приобретения товаров в группах, проблемные вопросы противодействия уголовным правонарушениям, которые совершаются должностными лицами небанковских финансовых учреждений в ходе осуществления деятельности, которая заключается в прямом или опосредованном привлечении финансовых активов от физических лиц.

Ключевые слова: администрирование финансовых активов для приобретения товаров в группах, привлечение финансовых активов от физических лиц, небанковские финансовые учреждения, невозвращение средств, мошенничество со средствами.

Постановка проблемы. Кредитно-финансовая система каждой страны включает в себя банковскую и парабанковскую системы. К последней относят небанковские финансовые учреждения, которые имеют ряд преимуществ над банковскими учреждениями и является залогом бесперебойного функционирования всей системы в целом.

Финансовые услуги, предоставляемые небанковскими финансовыми учреждениями, которые осуществляют деятельность по администрированию финансовых активов для приобретения товаров в группах, являются новшеством на отечественных рынках Восточной Европы и становятся всё более популярными. Именно поэтому актуальным является изучение нового понятие в науке: «администрирования финансовых активов для приобретения товаров в группах». Несмотря на то, что такую деятельность субъекты предпринимательской деятельности осуществляют уже в течение достаточно длительного времени, а об их деятельности, хотя и под другим названием, знает едва не каждый гражданин, сама деятельность остается неизученной, достаточно противоречивой и неоднозначной. Указанный фактор является причиной запрета во многих странах деятельности компаний, которые предоставляют финансовую услугу,

включающуюся в администрирование финансовых активов для приобретения товаров в группах, поскольку осуществить надлежащую государственную регуляцию в указанной сфере без применения избыточного административного ресурса сложно.

Кроме этого, такие учреждения часто имеют признаки «пирамидальных» субъектов предпринимательской деятельности. Их деятельность сопровождается большим количеством совершенных уголовных правонарушений, из-за которых граждане все чаще обращаются в органы полиции. В связи с этим важным является правильное определение квалификации деяния, с целью решения вопроса относительно привлечения к уголовной ответственности виновных лиц. Внимания заслуживает правовой анализ противодействия указанным уголовным правонарушениям и организации документирования. Именно поэтому научные исследования в данной сфере являются необходимыми, с целью разработки практических рекомендаций для правоохранительных органов относительно определения оперативно-розыскной характеристики уголовных правонарушений, а также совершенствования законодательной базы и предупреждения совершения уголовных правонарушений с финансовыми активами физических лиц.

Актуальность темы исследования. Вопрос относительно невозврата средств вкладчиков финансовых учреждений освещается в трудах таких современных ученых, как П. Коваленко, В. Мойсика, С. Чернявского, А. Бакрадзе, З. Фаткудинова и других.

Однако проблема организации документирования уголовных правонарушений в случае присвоения финансовых активов физических лиц работниками, уполномоченными лицами субъектов предпринимательской деятельности, которые осуществляют администрирование приобретения товаров в группах, требует дальнейшего исследования. Оперативно-розыскная характеристика таких уголовных правонарушений в научной литературе недостаточно изучена.

Целью данной статьи является осуществление теоретического анализа содержания деятельности по администрированию финансовых активов для приобретения товаров в группах, а также определение правовых оснований для квалификации незаконных действий работников, уполномоченных лиц и должностных лиц субъектов предпринимательской деятельности, которые предоставляют такую финансовую услугу; предоставление разъяснений практическим работникам о наличии в действиях виновных лиц признаков состава



уголовного правонарушения, а также выработка личных рекомендаций по выявлению недобросовестных организаций и учреждений, которые созданы с целью завладения средствами граждан.

Изложение основного материала. Узаконивание деятельности по администрированию финансовых активов для приобретения товаров в группах – это аргентинский путь, которым пошли некоторые страны Латинской Америки. Однако в большинстве стран Европы подобные услуги запрещены как вводящие в заблуждение или как содержащие пирамидальные схемы [1, с. 82]. Именно поэтому рынок данных финансовых услуг, который полностью не сформирован и несовершенен в части государственного регулирования, является привлекательным для многих иностранцев, которые намерены обогатиться за счет граждан постсоветского пространства.

Сущность финансовой услуги состоит в привлечении финансовым учреждением денежных средств физических и юридических лиц, которые становятся участниками группы. Учреждением (организатором) определяется количество участников в группе и устанавливается сумма периодических платежей. Средства объединяются с целью приобретения и распределения товаров между участниками группы. Благодаря простоте процедуры и отсутствию проверки финансового состояния клиента покупка товаров в группах стала определенной альтернативой банковскому кредитованию. Кроме того, такая услуга дешевле банковского кредита на 10–20%.

Администрирование финансовых активов по приобретению товаров в группах предусматривает: заключение договора с поставщиком; определение текущей цены товара; ознакомление клиентов с внутренними правилами, условиями договора об администрировании; предоставление клиентам информации, определенной законодательством; заключение договоров об администрировании; формирование группы; сообщение участников группы о ее создании; получение финансовым учреждением периодических платежей и вознаграждения в

соответствии с условиями договоров об администрировании; ведение финансовым учреждением регистрации участников групп; учет периодических платежей участников групп; приобретение финансовым учреждением товара и его распределение между участниками группы; передачу поставщиком товара в собственность получателю товара; закрытие группы.

Стоит отметить, что покупка товаров в группах как вид потребительской активности является своеобразной альтернативой банковскому кредитованию, в сравнении с которым имеет такое важное конкурентное преимущество, как относительная дешевизна процентных ставок. В Украине, на сегодняшний день, условия осуществления деятельности по администрированию финансовых активов для приобретения товаров в группах установлены Лицензионными условиями осуществления деятельности по администрированию финансовых активов для приобретения товаров в группах, утвержденными распоряжением Национальной комиссии, которая осуществляет государственное регулирование рынков финансовых услуг от 09.10.2012 № 1676 [2].

Рынок финансовых услуг – сфера деятельности участников рынков финансовых услуг с целью предоставления и потребления определенных финансовых услуг [3]. Объектом финансовых услуг являются финансовые активы, которые и обуславливают наличие услуги. Субъектом финансовых услуг являются участники финансового рынка. Отношения возникают между заказчиками услуги: потребителями финансовых услуг и небанковскими финансовыми учреждениями, которые предоставляют такие услуги. Главная функция финансового рынка заключается в трансформации средств, которые не работают в заимобразном капитале [4].

Согласно п.п. 5 п. 1 ст. 1 Закона Украины «О финансовых услугах и государственном регулировании рынков финансовых услуг» финансовые услуги – это операции с финансовыми активами, которые осуществляются в интересах третьих лиц за собственный счет или за счет этих

лиц, а в случаях, предусмотренных законодательством, – и за счет привлеченных от других лиц финансовых активов, с целью получения прибыли или сохранения реальной стоимости финансовых активов. Финансовые активы – это средства, ценные бумаги, долговые обязательства и право требования долга, которые не отнесены к ценным бумагам [3].

Перечень операций, которые являются финансовыми услугами, определен ст. 4 Закона Украины «О финансовых услугах и государственном регулировании рынков финансовых услуг». К ним относят и деятельность по администрированию финансовых активов для приобретения товаров в группах. Уместным в данном контексте является принятие законодателем изменений к некоторым законам Украины относительно регулирования рынков финансовых услуг, в частности в вопросе отнесения администрирования финансовых активов для приобретения товаров в группах к финансовым услугам [3].

Показательным является то, что одними из инициаторов законодательного урегулирования указанной деятельности выступают также те компании-администраторы, которые положительно зарекомендовали себя на финансовом рынке Украины и имеют значительную базу клиентов, так как упомянутое администрирование регулируется в рамках общегражданского права, что не позволяет учесть все аспекты такой деятельности.

Учитывая определенные проблемы в праве, можем наблюдать массовость субъектов ведения хозяйства, которые осуществляют деятельность по администрированию финансовых активов для приобретения товаров в группах в условиях кризисных явлений экономики, а также большое количество рекламной продукции, в которой предлагается получение товаров, услуг и предоставление наличных кредитов на выгодных условиях (минимальный срок оформления, отсутствие потребности в справках о финансовом состоянии и доходах, отсутствие потребности в поручительстве, залоге, любых других дополнительных гарантиях и тому подобное).

Легкость и простота получения средств мошенниками отрицательно



вливают на уровень доверия физических лиц финансовому сегменту, а это, в свою очередь, удерживает значительную часть средств от инвестирования в экономику. Также разработано предостережение для граждан относительно администрирования финансовых активов для приобретения товаров в группах. С учётом количества случаев недобросовестной предпринимательской деятельности её субъектами, предоставлено разъяснение относительно сущности финансовой услуги по администрированию финансовых активов для приобретения товаров в группах, и отмечено, что юридические лица, которые имеют право предоставлять эту услугу, обязательно должны иметь два разрешительных документа: свидетельство о регистрации финансового учреждения и лицензию на осуществление деятельности по администрированию финансовых активов для приобретения товаров в группах. Документы должны быть размещены в доступном для обзора месте. Предоставление этой финансовой услуги без наличия указанных документов – свидетельства и лицензии – запрещено. Только 9 юридических лиц получили лицензии на осуществление деятельности по администрированию финансовых активов для приобретения товаров в группах [5].

Также граждане предостерегаются от сотрудничества с компаниями, которые предлагают деньги в ссуду под невысокие проценты с условием предыдущей оплаты денежных взносов, в том числе и ежемесячных, а уже потом обещают предоставить ссуду (кредит). Эта деятельность известна еще как «предоставление ссуд (кредитов) путем администрирования средств участников групп». Как правило, подобные схемы применяются к гражданам, которые в силу жизненных обстоятельств срочно нуждаются в денежных средствах, но не могут получить кредит в банке или другом финансовом учреждении. Пользуясь их трудным финансовым положением и неосведомленностью, компании предлагают получить ссуду (кредит) на выгодных условиях и, как правило, без любых документов о доходах, но при условии предыдущей уплаты денежных взносов. При этом обычно

срок предоставления обещанной ссуды (кредита) согласно условиям договора не определен, однако гражданин обязан платить взносы и осуществлять погашение ссуды (кредита), даже если последняя не была выдана.

В то же время деятельность по администрированию финансовых активов для приобретения товаров в группах не предусматривает предоставления ссуд (кредитов) и привлечения средств от физических лиц для предоставления этих ссуд (кредитов). Предоставлять финансовые кредиты за счет привлеченных средств имеет право исключительно кредитное учреждение (банк или небанковское кредитное учреждение). Поэтому следует отказаться от предыдущей уплаты любых денежных взносов в интересах юридических лиц, которые предлагают так называемую услугу «предоставления ссуд (кредитов) путем администрирования средств участников групп». Такие недобросовестные компании, как правило, не возвращают гражданам оплаченные ими денежные средства. Прежде чем заключить договор о предоставлении финансовых услуг, необходимо удостовериться, что юридическое лицо, с которым заключается договор, является зарегистрированным финансовым учреждением и имеет соответствующую лицензию на предоставление финансовых услуг. Информацию о юридическом лице можно проверить на сайтах государственных органов www.dfp.gov.ua, www.irc.gov.ua [5].

На практике деятельность финансовых пирамид осуществляется без регистрации юридического лица или физического лица – предпринимателя. Физические лица, которые зачисляют свои средства в финансовую пирамиду, нельзя считать потребителями в том значении, которое используется в Законе Украины «О защите прав потребителей» [6]. Ведь такие физические лица не намереваются приобрести или заказать продукцию. Лица, которые отважились обратиться с иском о признании недействительными соглашений о предоставлении услуг с целью приобретения товара в группах наталкиваются на хорошо подготовленное юридическое сопровождение со стороны

ответчиков, поэтому в подавляющем большинстве получают отказ в удовлетворении иска. Более того, суды разных инстанций и юрисдикций, ссылаясь на п. 7 ч. 3 и ч. 6 в. 19 Закона Украины «О защите прав потребителей», неодинаково применяют норму относительно запрещения нечестной предпринимательской практики, которая влечет принятие разных по содержанию судебных решений в подобных правоотношениях. Несмотря на это, в настоящее время наиболее применяемый на практике, хотя и не эффективный, механизм защиты прав потребителей финансовых услуг – это судебный. К примеру, по состоянию на 01.05.2016 в Единственном государственном реестре судебных решений имеется информация относительно нарушенных прав участников компаний, которые осуществляют администрирование финансовых активов для приобретения товаров в группах [7]. В ходе исследования обнаружено значительное количество проблемных вопросов судебной практики решения отмеченной категории споров, связанных с неправильным толкованием судами норм материального или процессуального права, а также неодинаковыми подходами к решению аналогичных споров. Таким образом, с учетом изложенного, кажется правильной позиция законодателя о лицензировании, начиная с 07.01.2012, деятельности по администрированию финансовых активов для приобретения товаров в группах. Однако такая позиция кажется недостаточной. Предлагаем внести дополнение в законодательные акты, которые регулируют деятельность на рынке финансовых услуг в части обязательства участника финансового рынка создавать прозрачную систему гарантирования вкладов. В том числе необходимым изменением в законодательстве являются привлекательные для граждан условия участия в программах администрирования, которые распространяются в средствах массовой информации и с помощью рекламных носителей. Указанное обстоятельство способствует распространению деятельности учреждений, которые созданы именно с целью завладения средствами граждан.



Предлагаем разработать механизм компенсации потребителям материальных убытков, в том числе путем создания фондов гарантирования возвращения финансовых активов граждан. Также, по нашему мнению, необходимо дополнить лицензионные условия осуществления деятельности небанковским финансовыми учреждениями в части установления основания для аннулирования лицензии – распространения представителями небанковского финансового учреждения неправдивой информации на бумажных, электронных или других носителях о предоставлении ими финансовых услуг, разрешение на которых у них отсутствует. С целью выработки в сознании каждого гражданина негативного отношения к экономическим уголовным правонарушениям необходимо проводить соответствующую разъяснительную работу. Более того, граждане обращаются в органы полиции только после того, как лично потерпели ущерб от деятельности небанковского финансового учреждения, тогда как договор уже заключен, и в возвращении средств им отказано, чем и бывает спровоцирован конфликт.

Граждане добровольно передают средства, что является одним из условий состава уголовного правонарушения, предусмотренного ст. 190 Уголовного кодекса Украины (мошенничество) [8], хотя эта добровольность является фиктивной, ведь владелец средств действует под воздействием обмана и легкомысленной доверчивости. Обман заключается в том, что менеджеры-консультанты или другие региональные представители, с целью привлечения максимального количества клиентов, за что получают соответствующее вознаграждение, указывают ложную информацию об условиях участия в программах, замалчивают факты отсутствия статуса банковского учреждения, отсутствия лицензии, а также факт предоставления услуг по администрированию приобретения товаров в группах, а главное, – обещают, что товар, жилье, автотранспорт или кредитные средства будут предоставлены в кратчайшие сроки (от 1 часа до нескольких дней) после оплаты гарантийного, первого или же консультационного

взноса. Таким образом, с целью привлечения большего количества участников и, соответственно, средств для приобретения товаров в группах менеджеры компаний скрывают факт данной деятельности, поскольку схема приобретения товаров в группах подходит незначительной части потребителей. Другие же, зная условия программы, однозначно отказались бы от заключения договора. Именно поэтому тщательным образом скрываются все недостатки схемы, а также предоставляется ложная информация. Еще средневековый французский ученый – математик Рене Декарт говорил: «Правильно определяйте слова, и вы освободите мир от половины недоразумений» [9, с. 798].

На решение некоторых граждан относительно выбора того или иного небанковского финансового учреждения или юридического лица, которые не имеют статуса финансового учреждения, но имеют право предоставлять отдельные финансовые услуги, влияет, в частности наличие слов в названии учреждения, которые создают представление о банковском учреждении. Пользуясь трудным финансовым положением и неосведомленностью граждан, отдельные субъекты предлагают им получить ссуду (кредит) якобы на выгодных условиях и быстро. Следующим является совершение всех возможных ненасиленных действий, с предоставлением ложных сведений, с целью склонить такого участника к подписанию договора. Прибегают к абсурдным убеждениям о, например, получении имущества в кратчайшие сроки, при условии уплаты сравнительно незначительных средств. Каждый менеджер получает вознаграждение от учредителей в зависимости от количества обманутых участников программ и привлеченных средств. Последующие действия заключаются в присвоении, или завладении полученными средствами. Объективная сторона зависит от конкретных действий субъекта, которые квалифицируются в зависимости от обстоятельств уголовного правонарушения. В целом субъект совершения уголовных правонарушений не персонифицирован.

Расследование таких уголовных правонарушений является неэффек-

тивным, поскольку доказательства, полученные в ходе проведения следственных (розыскных) действий, являются недостаточными. Это создает негативное общественное мнение в обществе о деятельности системы власти и правоохранительной системы в частности и, в худшем случае, распространяет, надуманную ложную информацию, которая дискредитирует работников полиции. При этом работники полиции иногда прямо обвиняются в бездеятельности, а иногда и в коррупции. Результативность работы подразделов органов внутренних дел по данному направлению достигается за счет осуществления надлежащего оперативного обслуживания объектов данной сферы, получения информации и профессионального реагирования, вместе с следователем, на заявления о совершении уголовных правонарушений.

Выводы. Следовательно, присутствие на рынке финансовых услуг небанковских финансовых учреждений, которые постоянно нарушают права человека и присваивают средства потребителей их услуг, тормозит стабильное развитие государства в целом и отдельных его сферах в частности. Поэтому противодействие их деятельности является приоритетным направлением как для законодателя, в части создания условий, при которых мошеннические преступные группировки будут вытеснены из общества, так и для правоохранительных органов, на которые возложена обязанность выявления участников этих преступных групп, а также сбора информации о любых активах, с целью наложения на них ареста и последующего возмещения причиненных пострадавшим убытков. Значительным шагом в их преодолении является создание надлежащей законодательной базы, которая бы сделала невозможной деятельность таких небанковских финансовых учреждений.

В настоящее время законодателем предусмотрено достаточное количество составов уголовных правонарушений и суровая ответственность за их совершение. Однако ожидаемый эффект пока отсутствует. Действительным показателем сложившейся ситуации является общее мнение экспертов, пользователей финансовых



услуг, а особенно граждан, пострадавших от деятельности преступных небанковских учреждений. Причиной низкой эффективности противодействия небанковским финансовым учреждениям, которые созданы именно для присвоения финансовых активов, является отсутствие системной работы по ликвидации указанных учреждений на этапе их создания.

Отрицательным примером является бесконтрольная и недобросовестная реклама ложных финансовых услуг небанковских финансовых учреждений, в частности, тех компаний, которые осуществляют администрирование финансовых активов для приобретения товаров в группах, в то время как социальная реклама для потребителей таких услуг отсутствует вообще. Поэтому, в первую очередь, государственным органам следует постоянно проводить необходимую разъяснительную работу среди населения, в том числе путем распространения социальной рекламы. Кроме предложенных выше изменений в законодательстве Украины, считаем целесообразным выступить с инициативой принятия правовых норм относительно установления ответственности за размещение ложной рекламной продукции, а также определения обязательной информации, с которой обязаны ознакомить граждан. Имеются объективные причины, связанные с частыми изменениями законодательства относительно финансовых услуг. И все же считаем целесообразным усовершенствовать правовое обеспечение защиты прав потребителей в части заключения договоров, в частности, – изложение их условий понятным языком, доведение их содержания до потребителя. Также считаем недопустимым промедление законодателя в вопросе принятия во втором чтении законопроекта № 2700 «О запрещении финансовых пирамид в Украине» [10]. Принятие указанного закона с введением уголовной ответственности за создание, содействие деятельности, предложение участия, рекламирование пирамидальной схемы, – конкретное позитивное действие на пути предупреждения создания финансовых пирамид и упорядочивания судебной практики в таких спорах.

Список использованной литературы:

1. Витка Ю.В. Анализ судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг. Программа развития финансового сектора экономики USAID/FINREP-II / Ю.В. Витка, В.К. Страхова, Ханик-Р.Ю. Посполитак и др. – К. : USAID/FINREP-II, 2014. – 127 с.

2. Распоряжение Национальной комиссии, которая осуществляет государственную регуляцию в сфере рынков финансовых услуг от 09.10.2012 № 1676 «Об утверждении Лицензионных условий осуществления деятельности по администрированию финансовых активов для приобретения товаров в группах» // Официальный вестник Украины. – 2012. – № 84. – С. 59.

3. Закон Украины «О финансовых услугах и государственной регуляции рынков финансовых услуг» от 12.07.2001 // Ведомости Верховной Рады Украины – 2002. – № 1. – С. 1.

4. Плещак В.Л. Финансовые услуги как составляющая интеграции Украины в мировое информационно-экономическое пространство / В.Л. Плещак // Финансы Украины. – 2008. – № 8. – С. 89–95.

5. Информация Нацкомфинуслуг Украины от 16.05.2013 о сущности финансовой услуги по администрированию финансовых активов для приобретения товаров в группах [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://nfr.gov.ua/news/273.html>.

6. Закон Украины «О защите прав потребителей» от 12.05.1991 // Ведомости Верховной Рады УССР – 1991. – № 30. – С. 379.

7. Информация из Единственного государственного реестра судебных решений // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.reyestr.court.gov.ua>.

8. Уголовный кодекс Украины от 05.04.2001 // Ведомости Верховной Рады Украины – 2001. – № 35. – С.131.

9. Душенко К.В. Большая книга афоризмов. Изд. 8-ое, исправленное. / К.В. Душенко. – М. : Эксмо, 2005. – С. 1056.

10. Постановление Верховной Рады Украины от 19.11.2013 № 687-VII «О принятии за основу проекта Закона Украины о запрещении финансовых

пирамид в Украине (регистрационный номер 2700)» [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/687-18>.



О ПРОБЛЕМАХ РЕАЛИЗАЦИИ СУДАМИ ПРИНЦИПА ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА (НА ПРИМЕРЕ ВЫСШЕГО АДМИНИСТРАТИВНОГО СУДА УКРАИНЫ)

Михаил ПЛИШ,
соискатель

ЧВУЗ «Львовский университет бизнеса и права»

Summary

In the current article special attention is paid to the rule of law principle as the key (defining) function of the Superior Administrative Court of Ukraine (hereafter Court), which due to its special legal nature in judicial authority serves as the cassation instance in administrative court system. Also, within the paper's framework, some scientific proposals to the rule of law application in administrative legal proceedings were entertained. Among such types of application are interpretation and invocation of procedural rules in compliance with underlying principles that build up the substantive aspects of the rule of law idea. The author focuses on the application of the rule of law basic tenets, legislative regulation of which is not well-managed. The author promotes an idea about impossibility of the rule of law abridgement specifically within the Court procedural jurisdiction. Aforecited creates the basis for correlation of this function with the other functions of the Court, embodied in the Administrative Procedure Code of Ukraine through the application not only procedural but also non-procedural mechanisms.

Key words: Superior Administrative Court of Ukraine, administrative legal proceedings, rule of law, legal certainty, judicial decision.

Аннотация

В статье акцентировано внимание на том, что реализация принципа верховенства права является определяющей функцией Высшего административного суда Украины (ВАСУ) в силу особенностей правового статуса этого судебного органа, который выступает кассационной инстанцией в системе административных судов. Также поддерживаются предложения ученых, которые определяют такие направления применения принципа верховенства права в административном судопроизводстве, как толкование и применение судами норм процессуального закона с учетом основных положений, составляющих содержание принципа верховенства права, применение основных принципов верховенства права в процессуальных ситуациях, прямое законодательное регулирование которых отсутствует. Автор утверждает тезис о невозможности ограничения функции реализации принципа верховенства права только сферой процессуальных полномочий ВАСУ, обосновывает необходимость взаимосвязи реализации этой функции с другими функциями ВАСУ, закрепленными в Кодексе административного судопроизводства Украины, посредством применения как процессуальных, так и непроцессуальных механизмов.

Ключевые слова: Высший административный суд Украины, административное судопроизводство, верховенство права, правовая определенность, судебное решение.

Постановка проблемы. Принцип верховенства права, который является определяющим в правовом регулировании общественных отношений, согласно части первой статьи 8 Конституции Украины не только признается, но и действует в Украине [13]. На реализацию этого принципа должна быть сориентирована деятельность всех существующих органов и должностных лиц публичной власти в Украине, но особенно важной в этом аспекте представляется роль именно судов, поскольку сама концепция верховенства права рассматривает суд как действенный инструмент ее применения, ведь только суд может выйти за пределы формального права и определить целесообразное и надлежащее регулирование в каждой конкретной ситуации [3, с. 52].

Актуальность темы. В статье используются диалектический и исторический методы для исследования проблем создания административных судов и функционирования ВАСУ, метод сравни-

тельного правоповедения для исследования особенностей функционирования административных судов в других странах.

Вопросы существования и функционирования специализированных административных судов в Украине в контексте проводимой судебной реформы следует рассматривать с учетом реализации судами принципов права, в первую очередь, – принципа верховенства права, в том числе и ВАСУ, призванного средствами, свойственными этой судебной инстанции, обеспечивать реальность, действенность и институциональную способность указанного конституционного принципа. Правильное применение принципа верховенства права зависит от уровня правовой подготовки, правосознания и правовой культуры судей ВАСУ, позволяет обеспечить надлежащую защиту прав, свобод и законных интересов физических и юридических лиц от нарушений со стороны органов публичной власти, их должностных и служебных лиц и т.д. [1, с. 77–78].

Цель статьи. В статье исследуются проблемы организации и функционирования ВАСУ в контексте реализации принципа верховенства права с целью определения места и роли суда в обеспечении прав и свобод граждан и определения места и роли административного судопроизводства в системе правосудия.

Изложение основного материала исследования. Ученые определяют следующие направления применения принципа верховенства права в административном судопроизводстве: 1) толкование и применение судами норм процессуального закона с учетом основных принципов, составляющих содержание принципа верховенства права; 2) применение указанных основных принципов в процессуальных ситуациях, когда необходимо применение судебного усмотрения; 3) применение основных принципов верховенства права в процессуальных ситуациях, прямое законодательное регулирование которых отсутствует, и нет также указаний о наличии у судьи



полномочий на применение судебного усмотрения при разрешении судом тех процессуальных вопросов, которых законодательством отнесено к судебному усмотрению [18, с. 173].

Между тем, по нашему мнению, вышеприведенными предписаниями Кодекса административного судопроизводства Украины (далее – КАСУ) и направлениями применения принципа верховенства права нельзя ограничивать функцию по обеспечению верховенства права в деятельности ВАСУ. Здесь, очевидно, следует учесть особенность самого ВАСУ как высшего специализированного суда в системе административных судов, а также взаимосвязь этой функции с другими функциями ВАСУ, закрепленными в КАСУ.

Наверное, правы М. Кобылянский и В. Демченко в том, что «применение принципа верховенства права в административном судопроизводстве требует его конкретизации с целью определения границ и механизма его правильного применения, что позволило бы принимать справедливые решения ...» [1, с. 76].

Приведенные мнения этих специалистов крайне актуальны для всех без исключения административных судов. Но для ВАСУ их значимость приобретает особый смысл, учитывая функциональное назначение этого суда, в силу которого он не только возглавляет подсистему соответствующих судебных органов, выступая по ним кассационной инстанцией, а также с учетом того, что ВАСУ осуществляет полномочия по обеспечению одинакового применения норм права при решении отдельных категорий дел административной специализации (пункт 2 части второй статьи 36 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей» [8]).

Поэтому нельзя полностью согласиться с позицией В. Городовенко, который, в частности, полагает, что роль суда в обеспечении принципа верховенства права связана с его правоприменительными полномочиями, поскольку именно суд должен стоять на страже прав граждан, защищая их от явно несправедливых действий государственных органов и неправовых нормативных актов [6, с. 3]. С нашей точки зрения, касательно особенностей правового регулирования деятельности ВАСУ эта позиция ученого требует существенного уточнения, особенно с учетом наличия у этого суда как процессуальных, так и непроцессу-

альных полномочий, которые должны направляться именно на обеспечение действенности принципа верховенства права как в деятельности этого суда, так и в деятельности других административных судов Украины.

В данном случае можем согласиться с С. Глушенко, которая считает, что обеспечение принципа верховенства права целесообразно определять как самостоятельную функцию высшего специализированного суда, в том числе и ВАСУ, учитывая, что на этот суд возложена задача реализации принципа верховенства права. Ученые считают, что для этого пригодны два пути: первый основывается на соблюдении принципа правовой определенности решения суда кассационной инстанции, сущность которого заключается в том, что последняя реализует предоставленные процессуальные полномочия в пределах кассационного производства исключительно с целью проверки правильности юридической оценки обстоятельств дела в решениях судов низших инстанций; второй же путь (дуалистический) состоит в предоставлении пленуму соответствующего высшего специализированного суда полномочия по принятию решения об обращении в Верховный Суд Украины о направлении конституционного обращения о конституционности законов и других правовых актов или об официальном толковании Конституции и законов Украины [5, с. 41–42].

Исследовательница приводит в качестве примера решение КСУ от 11 марта 2010 года, в котором, в частности, было отмечено, что проверка Верховным Судом Украины в порядке повторной кассации решений высших специализированных судов не может быть оправдана с точки зрения обеспечения права на справедливое рассмотрение дела в разумный срок, а наличие двух кассационных инстанций для проверки решений специализированных судов не соответствует принципам правовой определенности.

Согласимся, что применение судом нормативно-правового акта, который противоречит принципам верховенства права, будет означать не только нарушение принципа верховенства права, но и нарушение Конституции Украины. В случае возникновения сомнения относительно соответствия нормативно-правового акта Конституции Украины ВАСУ должен обратиться в Верховный

Суд Украины для решения вопроса о внесении в Конституционный Суд Украины обращения относительно конституционности такого нормативно-правового акта (часть пятая статьи 9 КАСУ) [18, с. 129].

Обратимся также к возможностям использования принципа правовой определенности в функционировании органов судебной власти. Определение этого принципа как условия соблюдения принципа верховенства права находим в решениях Конституционного Суда Украины от 22 сентября 2005 № 5– рп / 2005 [20]; от 11 марта 2010 № 8– рп / 2010 [21]; от 29 июня 2010 № 17– рп / 2010 [22]; от 22 декабря 2010 № 23– рп / 2010 [23]; от 11 октября 2011 № 10– рп / 2011 [24]. Конституционный суд Украины считает, что правовая определенность решений судебных органов является обязательным элементом принципа верховенства права [14].

По мнению Европейского суда по правам человека, действие принципа правовой определенности также является условием стабильности деятельности суда и реализации судебных актов, вступивших в законную силу, что, в свою очередь, обуславливает перенос основного бремени пересмотра решений судов на ординарные судебные инстанции – апелляционную и кассационную, которые должны строго соблюдать требования окончательности и стабильности судебного решения, вступившего в законную силу; отступления от этого принципа возможны только при обстоятельствах существенного и неопровержимого характера для исправления судебной ошибки [28, с. 46].

Само судебное решение ВАСУ, в этом контексте, с точки зрения учета материально-правовой стороны, должно иметь предсказуемый, четкий и понятный характер, то есть соответствовать требованиям правовой определенности, а также устранять избыточные запреты и препятствия в реализации прав и свобод человека и гражданина, физических и юридических лиц, обеспечивать справедливое решение правового спора [26].

Одновременно такое решение должно соответствовать Конституции и законодательству Украины. Принятие такого должно осуществляться в пределах полномочий ВАСУ, установленных законами Украины, что должно также обеспечивать исключение ограничений гарантированных Конституцией Украи-



ны прав и свобод человека и гражданина. Решение КАСУ также должно быть обоснованным, мотивированным и структурированным (иметь вводную, описательную, обоснованную, мотивировочную и резолютивную части решения), а также быть принятым с соблюдением установленной законом правовой процедуры.

Юридическими способами обеспечения правовой определенности, пропорциональности и справедливости в деятельности ВАСУ являются, с нашей точки зрения, как процессуальные, так и внепроцессуальные способы, что соответствует распределению полномочий ВАСУ на процессуальные и внепроцессуальные [4, с.142–146].

В частности, к процессуальным способам обеспечения принципа верховенства права можно отнести следующие: просмотр ВАСУ решений нижестоящих административных судов в кассационном порядке в отношении тех категорий дел, которые непосредственно обусловлены нормами КАС Украины; решения ВАСУ административно-правовых споров в качестве судом первой и апелляционной инстанции в соответствии с принципами КАС Украины и с учетом решения КСУ по делу по конституционному обращению 49 народных депутатов Украины о соответствии Конституции Украины (конституционности) положений части четвертой статьи 18, статьи 171-1, части первой статьи 180 Кодекса административного судопроизводства Украины, 50 народных депутатов Украины о соответствии Конституции Украины (конституционности) положений части четвертой статьи 18, части второй, третьей, пятой статьи 171-1, части второй, шестой статьи 183-1 Кодекса административного судопроизводства Украины и 54 народных депутатов Украины о соответствии Конституции Украины (конституционности) положений части первой статьи 89 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей», части четвертой статьи 18, статьи 171-1 Кодекса административного судопроизводства Украины (дело о подсудности отдельных категорий административных дел) от 29 Август 2012 № 16-рп / 2012 [25]. Фактически речь идет о всем массиве решений ВАСУ, содержащих выводы по применению конкретных норм материального и процессуального права [29, с. 29].

Как важный элемент утверждения правовой определенности и надлежащей

правовой процедуры решения административных дел в судебном порядке расцениваем ликвидацию института допуска административных дел к рассмотрению Верховным Судом Украины как такового, который нарушает принципы верховенства права в судебном процессе. Напомним, что это решение явилось результатом принятия Закона Украины «Об обеспечении права на справедливый суд» от 12 февраля 2015 года [9].

К внепроцессуальным способам обеспечения принципа верховенства права в деятельности ВАСУ можно отнести, прежде всего, рекомендательные разъяснения по вопросам применения законодательства при рассмотрении дел административной юрисдикции (информационные письма, постановления пленума ВАСУ). Таким образом обеспечивается единство правоприменения, что, по мнению М. Цуркана и Я. Романюка, утверждает правовую определенность в качестве элемента принципа верховенства права [10].

Значение единства правоприменения в обеспечении требований правовой определенности судебными органами также нашло свое отражение в соответствующих решениях Европейского суда по правам человека [27, с. 61]. Как отмечает С. Шевчук, «принцип правовой определенности состоит, среди прочего, не только в четкости и понятности норм права, но и в обеспечении единства судебной практики и едином понимании и толковании соответствующих норм права судами» [30, с. 98]. Впрочем, даже абсолютно единая судебная практика, как показывает опыт, может противоречить требованиям верховенства права. Тогда она требует не защиты со стороны высшей судебной инстанции, а разрушения [12, с. 24].

В постановлении Пленума ВАСУ «О судебной практике разрешения административными судами споров, возникающих в связи с применением статьи 6 Закона Украины «О социальной защите детей войны» ВАСУ, в частности, отметил, что, «учитывая положения части второй статьи 8 КАС Украины о применении принципа верховенства права в соответствии с положениями статьи 17 Закона Украины от 23 февраля 2006 года № 3477-IV «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» суды также должны применять

практику Европейского суда по правам человека как источник права» [17].

Однако следует иметь в виду, что полное судебское усмотрение, как неоднократно подчеркивал М. Козюбра, грозит превращением верховенства права на верховенство судей. Конечно, и здесь нужны правовые рамки, которые сделали бы злоупотребление судей предоставленным усмотрением [3, с. 52].

В общем, в контексте обеспечения реализации принципа верховенства права (в частности, требований правовой определенности) ВАСУ приложил также немало усилий для обеспечения единообразного применения окружными и апелляционными административными судами положений КАС Украины, в частности посредством толкования ключевого понятия – «публично-правовой спор», и ограничения административной юстиции от других видов судебных юрисдикций (Постановление Пленума ВАСУ «Об отдельных вопросах юрисдикции административных судов» от 20 мая 2013 №8 [16]). Эта же задача решалась также и через определение ВАСУ основных понятий и требований к судебному решению, в частности таких, как законность и обоснованность судебного решения, а также таких требований, как полнота, понятность, ясность (Постановление Пленума ВАСУ «О судебном решении по административному делу» от 20 мая 2013 №7) [29].

Выводы. Реализация принципа верховенства права является определяющей функцией ВАСУ в силу особенностей правового статуса этого судебного органа, который выступает кассационной инстанцией в системе административных судов, призванных решать публично-правовые споры, в которых одной из сторон выступает субъект осуществления властных полномочий. Учитывая это, такая функция ВАСУ, в частности, реализуется в совокупности и во взаимосвязи с другими функциями этого судебного органа.

В то же время данная функция имеет своеобразное дуалистическое значение: с одной стороны, она реализуется процессуальным способом, посредством принятия ВАСУ судебных решений, с другой стороны, – внепроцессуальным образом, в частности путем принятия ВАСУ разъяснений законодательства, которые используются административными судами, а также посредством исполь-



зовання інститута об'єкції ВАСУ в Верховний Суд України с ходатайством направити конституційне представлення в Конституційний Суд України о признання того или иного правового акта противоречашим Конституції України.

Список использованной литературы:

1. Адміністративне судочинство України : підручник / [О.М. Пасенюк та ін.] ; за заг. ред. О.М. Пасенюка ; Вищ. адм. суд України. – К. : ЮрінкомІнтер, 2009. – 670 с.
2. Бігун В.С. Філософія правосуддя: ідея та здійснення : [монографія] / В.С. Бігун. – К. : Бібліотека Міжнародного часопису «Проблеми філософії права», 2011. – С. 114–115.
3. Венгер В.М. Обмеження дискреційних повноважень як складова принципу верховенства права / В.М. Венгер // Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. – 2013. – Т. 144–145. – С. 52. – [Електроний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/NaUKMAun_2013_144-145_13.pdf.
4. Вільгушинський М.Й. Позапроцесуальні повноваження Верховного Суду України та вищих судів щодо забезпечення єдності судової практики / М.Й. Вільгушинський // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2012. – № 3 (6). – С. 142–146.
5. Глущенко С.В. Функції вищих спеціалізованих судів України: сутність і зміст / С.В. Глущенко // Вісник Вищої ради юстиції. – 2013. – № 1(13). – С. 41–42.
6. Городовенко В.В. Верховенство права як фундаментальний принцип судової влади / В.В. Городовенко // Часопис Академії адвокатури. – 2012. – № 1 (14). – С. 3.
7. Гульгай М., Кияниця І. Правова визначеність у рішеннях Конституційного Суду України / М. Гульгай, І. Кияниця // Вісник Конституційного Суду України. – 2012. – № 5. – С. 83–93.
8. Закон України «Про судоустрій та статус суддів» від 7 липня 2010 року // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41–42, № 43, № 44–45. – Ст. 529.
9. Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12 лютого 2015 року // Голос України від 26.02.2015. – № 35.
10. Інтерв'ю Голови Верховного Суду України Ярослава Романюка – головному редакторові журналу «Право України» Олександрю Святоцькому // Право України. – 2014. – № 11. – С. 62.
11. Капустинський В., Хотинська-Нор О. Інформаційні листи суду касаційної інстанції як форма реалізації його позапроцесуальних повноважень / В. Капустинський, О. Хотинська-Нор // Вісник Вищого адміністративного суду України. – 2013. – № 2. – С. 60.
12. Козюбра М. Система судів України та місце в ній Верховного Суду України: стан та перспективи реформування / М.Козюбра // Право України. – 2012. – № 11–12. – С. 24.
13. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – Ст. 141.
14. Марчук Р., Савчин М. Принципи правової визначеності у діяльності Конституційного Суду України / Р. Марчук, М. Савчин // Вибори та демократія. – 2008. – № 4 (18). – С. 35–42.
15. Бернюков А.М. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення: колективна монографія / А.М. Бернюков, В.С. Бігун, Ю.П. Лобода, Б.В. Малишев, С.П. Погребняк, С.П. Рабінович, В.С. Смородинський, О.В. Ствба / (Відп. ред. Бігун В.С.). – К. : Бібліотека Міжнародного часопису «Проблеми філософії права», 2009. – С. 74–84.
16. Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України «Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів» від 20 травня 2013 року №8. – [Електроний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/rada/show/v0008760-13>.
17. Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України «Про судову практику вирішення адміністративними судами спорів, що виникають у зв'язку із застосуванням статті 6 Закону України «Про соціальний захист дітей війни» від 19.12.2011 року № 8 // Закон і Бізнес від 01.2012. – 2012 р. – № 1.
18. Рибченко А.О. Забезпечення належного застосування адміністративними судами принципу верховенства права при здійсненні правосуддя (на прикладі роз'яснень Вищого адміністративного суду України) / А.О. Рибченко.
19. Романюк Я., Бейцун І. Правова природа обов'язковості рішень Верховного Суду України та вдосконалення механізму забезпечення єдності судової практики / Я. Романюк, І. Бейцун // Право України. – 2012. – № 11–12. – С. 124.
20. Цуркан М.І. Роль Вищого адміністративного суду України у забезпеченні однакового правозастосування / М.І. Цуркан // Право України. – 2014. – № 3. – С. 29.
21. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу Х «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 // Урядовий кур'єр від 5.10.2005. – № 188.
22. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів «найвищий судовий орган», «вищий судовий орган», «касаційне оскарження», які містяться у статтях 125, 129 Конституції України від 11 березня 2010 року № 8-рп/2010 // Вісник Конституційного Суду України. – 2010. – № 3. – С. 12.
23. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» від 29 червня 2010 року № 17-рп/2010 // Вісник Конституційного Суду України. – 2010 р. – № 5. – С. 11.
24. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Багінського Артема Олександровича щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 14-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху) від 22 грудня 2010 року № 23-рп/2010 // Вісник Конституційного Суду України. – 2011 р. – № 1. – С. 13.
25. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції



України (конституційності) окремих положень статті 263 Кодексу України про адміністративні правопорушення та пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» (справа про строки адміністративного затримання) від 11 жовтня 2011 року № 10–рп/2011 // Вісник Конституційного Суду України. – 2011 р. – № 6. – С. 121.

26. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини четвертої статті 18, статті 171-1, частини першої статті 180 Кодексу адміністративного судочинства України, 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини четвертої статті 18, частин другої, третьої, п'ятої статті 171-1, частин другої, шостої статті 183-1 Кодексу адміністративного судочинства України та 54 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 89 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», частини четвертої статті 18, статті 171-1 Кодексу адміністративного судочинства України (справа про підсудність окремих категорій адміністративних справ) від 29.08.2012 р. № 16–рп/2012 // Вісник Конституційного Суду України. – 2012 р. – № 5. – С. 26.

27. Савчин М.В. Конституціоналізм і природа конституції : [монографія] / М.В. Савчин. – Ужгород : Поліграфцентр «Ліра», 2009. – С. 340–341.

28. Тоцький Б.А. Теоретичні засади принципу правової визначеності / Б.А. Тоцький // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного ун-ту. Серія : Юриспруденція. – 2014. – № 7. – С. 61.

29. Ульмер М. Реалізація принципів адміністративного судочинства у суді касаційної інстанції / М. Ульмер // Наше право. – 2013. – № 13. – С. 46.

30. Цуркан М.І. Роль Вищого адміністративного суду України у забезпеченні однакового правозастосування / М.І. Цуркан // Право України. – 2014. – № 3. – С. 29.

31. Шевчук С. Роль Верховного Суду України в умовах конституційної демократії / С. Шевчук // Право України. – 2012. – № 11–12. – С. 98.

СПРАВЕДЛИВОСТЬ КАК БАЗОВАЯ КОНСТИТУЦИОННАЯ ЦЕННОСТЬ

Евгений РЕНЁВ,

аспирант кафедры конституционного права Украины
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Summary

The article deals with the axiological aspects of «justice» as the most important category of constitutional values. It noted the relevance of this category in the practice of the Constitutional Court. The author examines the validity of the ratio with other constitutionally significant values: equality, freedom, rule of law, humanism, etc. The thesis that the system of constitutional values of justice can be regarded as relevant, mutually agreed co-existence of all these values, their balance.

Key words: justice, justice of law, values of law, basic constitutional values.

Аннотация

В статье рассматриваются аксиологические аспекты категории «справедливость» как важнейшей конституционной ценности. Отмечается востребованность данной категории в практике Конституционного Суда. Автор рассматривает справедливость через соотношение с другими конституционно значимыми ценностями: равенством, свободой, правовым государством, гуманизмом и т.п. Обосновывается тезис о том, что в системе конституционных ценностей справедливость можно рассматривать как актуальное, взаимосогласованное сосуществование всех этих ценностей, их сбалансированность.

Ключевые слова: справедливость, справедливость в праве, ценность в праве, базовые конституционные ценности.

Постановка проблемы. Острая необходимость и особый интерес к изучению аксиологической тематики заметно повышается в переходные или кризисные периоды развития государства и общества. Сегодня, как никогда в другое время, в этот сложный и определяющий для развития украинской государственности этап, представляется важным изучение такой ценности, как «справедливость».

Актуальность темы. Согласно меткому высказыванию Ю.Н. Тодьки, такая необходимость обусловлена тем, что, «рассматривая право через категорию справедливости, мы получаем возможность увидеть его высшее назначение и конечную цель, взглянуть на право за пределами его строгих очертаний» [1, с. 2]. Причина такой возможности проистекает из природы справедливости, которая как категория лежит в сфере морали. Хотя на этот счет среди ученых не существует единого мнения. Так, В.С. Нерсесянц пишет: «Справедливость – сущностное свойство и качество права, категория и характеристика правовая, а не неправовая (моральная, нравственная, религиозная и т.д.)» [2, с. 20]. Как известно, в Древней Греции и Древнем Риме понятия «право» и «справедливость»

практически отождествлялись, что позволяет говорить о том, что право и не мыслилось несправедливым или в отрыве от справедливости. Более того, эти понятия были синонимичны. В то же время существует мнение, что Аристотель объясняет не право через справедливость, а, наоборот, справедливость через право.

Состояние исследования. Проблематике ценностей конституционного строя и, в частности, категории справедливости посвятили свои теоретические работы такие ученые, как Ф.В. Вениславский, М.И. Козюбра, А.Г. Кушниренко, А.В. Петришин, П.М. Рабинович, В.В. Речицкий, Ю.Н. Тодька и другие. Тем не менее, несмотря на присутствие научного интереса к обозначенной теме, вопрос справедливости как базовой ценности конституционного строя разрешен учеными и, как следствие, правоприменительной практикой несколько фрагментарно. Так, например, как в решениях Конституционного Суда Украины по конкретным делам, так и в специальной литературе понятие справедливости зачастую взаимосвязано с терминами «ценности», «правовые ценности» или «конституционно значимые ценности». Иными словами, речь идет не о



регулятивном правовом принципе, а об идее справедливости, которая, конечно, также детерминирует общественные отношения, но уже на уровне общественного сознания и посредством целеполагания.

Цель статьи. Детерминировать категорию справедливости с точки зрения базовой ценности конституционного строя. Соотнести справедливость с иными ценностями, такими как: свобода, равенство, гуманизм и т.д. Обозначить роль и место категории «справедливость» среди иных базовых ценностей конституционного строя.

Изложение основного материала. Социокультурная обусловленность ценностей конституционного строя трактуется нами не как отрицание существования собственных имманентных свойств права, а также правовых ценностей, но как отражение в формализации правовых ценностей конкретной правовой системы социокультурных ценностей данного общества, обретающих в праве самостоятельное существование и, в свою очередь, оказывающих влияние на социокультурные ценности.

Правовые ценности закрепляются и реализуются в условиях конкретного общества. Определяя цель нормативного содержания права, они обусловлены отражением в нормативной системе права системы морально-нравственных и социокультурных ценностей, причем сами оказывают влияние на морально-нравственные, социальные и культурные ценности [3, с. 14]. При этом анализ юридической литературы показывает, что ценности справедливости, свободы и равенства представляют собой имманентное начало права. Без ценностей, которые присущи праву как некая данность, оно не сможет существовать в качестве единой системы. Так, ценность справедливости проявляется в равной силе юридической нормы в отношении равноправных субъектов. Круг субъектов, обладающих равными правами, может меняться, но сам подход остается неизменным. Если одна и та же норма будет применяться в отношении равных субъектов неодинаковым образом, исчезнет всякая определенность правового регулирования. Это значит, что правовая система будет разрушена.

Справедливость с позиции конституционной аксиологии представляет

собой очень емкую, неоднозначную, а зачастую и противоречивую категорию. Начнем с того, что справедливость как правовая ценность практически никогда не анализируется «единолично», с позиции собственного содержания. Понятие «справедливость» всегда рассматривается в соотнесенности, «в совокупности» с иными ценностями: равенство, свобода, правовое государство, гуманизм и т.п.

Чаще всего справедливость рассматривается в соотношении с такими ценностями, как равенство и свобода. При этом справедливость рассматривается как мера равенства и свободы.

Интересную точку зрения по поводу идентификации неравенств как допустимых и оправданных или, наоборот, дискриминационных, неконституционных, высказывает В.И. Крусс. Дифференциация, по мнению ученого, предполагает установление разумных правовых неравенств, «которые могут и должны использоваться для исправления фактического неравенства в зависимости от обстоятельств, сферы применения и контекста». Подобная дифференциация в понимании В.И. Крусса может устанавливать дополнительные права или ограничения в отношении отдельных категорий граждан. При этом «важнейшей ценностью, позволяющей отграничить дифференциацию от дискриминации, выступает идея и принцип справедливости» [3, с. 181]. Действительно, совершенно нелогично соотносить справедливость и категорию равенства. Поскольку сама категория справедливости в конечном итоге продиктована существованием неравенства.

Не менее сложный и противоречивый характер имеет соотношение категорий свободы и справедливости. В философской доктрине эта проблема рассматривается в споре представителей двух подходов: коммунитарного и эгалитарного. Эгалитаристская концепция поддерживает примат свободы человеческой личности. Коммунитаристская же, напротив, ставит во главу угла интерес общества.

В области юриспруденции данная дихотомия выражается в противопоставлении прав и свобод отдельно взятой личности и публичных интересов. Так, например, по мнению Дж. Ролза, фундаментальным и первостепенным

стандартом конституционного законодательства является принцип равной свободы, который требует конституционного признания личных свобод, свободы совести и свободы мысли и т.п. [4, с. 13]. В украинской Конституции этот принцип нашел свое отражение в приоритете прав и свобод человека и гражданина. В специальной литературе эта конституционная ценность зачастую интерпретируется как приоритет личных интересов над общественными.

Отметим, что Конституционный Суд Украины неоднократно обращался к необходимости обеспечения справедливого или надлежащего баланса конституционных прав и иных конституционно защищаемых ценностей. Так, например, по делу о проверке конституционности ряда положений Закона Украины «О выборах народных депутатов Украины» Суд отметил, что при возникновении коллизий между свободой слова и правом граждан на всеобщее равное и прямое избирательное право (как активное, так и пассивное), законодатель обязан соблюдать баланс конституционных ценностей, исходя из необходимости гарантирования прав граждан как избирателей и соблюдения таких условий информационного обеспечения выборов, которые гарантировали бы проведение выборов на основе демократических принципов и стандартов [5].

При этом, учитывая как частный, так и публично-правовой интерес, законодатель не должен вводить ограничения, которые не являлись бы обусловленными с точки зрения принципа справедливости в демократическом обществе и нарушали бы саму суть защищаемых прав [6].

Кроме того, в своих решениях Конституционный Суд Украины, руководствуясь принципом социальной справедливости, закрепил ряд гарантий пассивного избирательного права: недопустимость ограничений конституционных прав граждан баллотироваться на выборы, недопустимость ограничения пассивного избирательного права и т.д. В своих решениях высший орган конституционной юрисдикции руководствовался доктриной так называемой «живой Конституции», основанной на ценностях демократического общества, главным стержнем которых является справедливость [7].



Обобщая правовые позиции Конституционного Суда Украины, так или иначе связанные с необходимостью ограничения одних прав в пользу других, предпочтения одних конституционно значимых ценностей перед другими, можно выделить такие критерии:

1. Ограничения и предпочтения должны соответствовать требованиям справедливости, т.е. быть адекватными, пропорциональными, соразмерными.

2. Ограничения конституционных прав не могут иметь обратной силы.

3. Ограничения не должны затрагивать существо данных конституционных прав, т.е. не ограничивать пределы и применение соответствующих конституционных норм.

При этом баланс конституционных ценностей ни в коем случае не может сводиться к простому предпочтению одной ценности в пользу другой, поскольку это было бы равносильно отрицанию одной из них. Их сбалансированность может достигаться различными способами: приданием правовой норме общезначимого толкования Конституционным Судом, внесением необходимых изменений и дополнений в действующее законодательство.

В этой связи интересным представляется мнение Джона Ролза, который понимает справедливость как политическую и социальную, а не формально-юридическую категорию. Автор отмечает, что «её суть состоит в том, как в экономической, политической и социальной жизни распределяются права, обязанности и выгоды общественного сотрудничества» [6, с. 36]. Давно установилось мнение, что право по своей природе не способно обеспечить абсолютную справедливость. Сами по себе общественные отношения, их сложный и многообразный характер, сама жизнь не позволяют установиться абсолютной справедливости. Но это, как уже отмечалось, не принижает значение и роль права в его естественном смысле. Так, в зависимости от той или иной ситуации равенство может быть несправедливым, а неравенство – справедливым. Например, ст. 180 Семейного кодекса Украины устанавливает обязанность родителей содержать своих несовершеннолетних детей. Исходя из буквы данной нормы закона, следует, что каждый родитель обязан содержать

своего несовершеннолетнего ребенка, но очевидно, что родитель, который является нетрудоспособным, не обязан содержать. То есть в этой ситуации один родитель не равен другому в части данной обязанности, и такое неравенство справедливо, поскольку учитывает положение конкретного человека. Необходимо обратить внимание и на то, что отечественный законодатель активно оперирует понятием «справедливость» и в отраслевом законодательстве [9, с. 15]. Так, ст. 3 Гражданского кодекса Украины устанавливает, что наряду с иными, к общим началам гражданского законодательства относятся принципы добросовестности, разумности и справедливости. Кроме того, Гражданский кодекс Украины использует такие нравственные категории, отвечающие справедливости, как, например, «добросовестное приобретение» и «добросовестное владение».

Категория «справедливость» встречается и в уголовном законодательстве. Так, в положениях Уголовного кодекса Украины установлен принцип справедливости: наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, т.е. соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного.

Закрепляя инструментальный набор средств разрешения социальных противоречий, Конституция Украины одновременно выступает и аксиологической основой снятия социальных противоречий, что в практико-прикладной деятельности органов публичной власти отражается посредством действия вытекающих из Основного Закона критериев конституционности принимаемых ими решений. Особое место в системе конституционных критериев разрешения социальных противоречий принадлежит требованиям справедливости.

У требования справедливости, по смыслу Конституции Украины, многоплановое, универсальное содержание, которое имеет различные нормативно-правовые формы своего проявления. Оно выступает и как институт правового положения человека и гражданина, и как принцип правового государства, и, более того, как некая политико-право-

вая основа гражданского общества, особая форма достижения юридического равновесия на основе баланса интересов различных социальных групп.

Выводы. Таким образом, справедливость – категория, без учета которой невозможно адекватное понимание права, его целей и назначения. Справедливость – это высшее благо, которое несет право. Ценность не только вечная, но и высшая, в соизмерении с которой существуют все остальные ценности в праве. Любая ценность, закрепленная в праве, может быть значимой только при том условии, что она не противоречит справедливости.

Список использованной литературы:

1. Тодыка Ю.Н. Основы конституционного строя Украины / Ю.Н. Тодыка. – Х. : Факт, 2004. – С. 2.
2. Нерсисянц В.С. Философия права / В.С. Нерсисянц. – М., 2008. – С. 20.
3. Крусс В. И. Теория конституционного правопользования / В. И. Крусс. – М. : Норма, 2007. – С. 181.
4. Хайруллин В.И. Категория справедливости в истории политико-правовой мысли / В.И. Хайруллин. – М., 2009. – С. 13.
5. Рішення КСУ від 26 лютого 1998 року № 1-рп/98 у справі за конституційними поданнями народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про вибори народних депутатів України» (справа про вибори народних депутатів України).
6. Ролз Дж. Справедливость как честность / Дж. Ролз // Логос. – 2006. – № 1. – С. 35–60.
7. Рішення КСУ від 17 квітня 2003 року № 9-рп/2003 у справі за конституційним поданням Верховної Ради Автономної Республіки Крим щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини сьомої статті 3 Закону України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим» (справа про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим).
8. Рішення КСУ від 23 жовтня 2003 року № 17-рп/2003 у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції



України (конституційності) положення частини третьої статті 30 Закону України «Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» (справа про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів).

9. Кушніренко О.Г. Базові цінності конституційного ладу та їх взаємозв'язок з правовими принципами / О.Г. Кушніренко // Формування європейського правового простору: історія і сучасність : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – Х. : НДІ держ. буд-ва, 2011. – С. 15–17.

РАЗГРАНИЧЕНИЕ ВНУТРИХОЗЯЙСТВЕННЫХ И КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ

Николай РУДЕНКО,

аспирант кафедры хозяйственного права
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Summary

In this article we lead theoretical study of intra-corporate relations and for their differentiation. It is stated that the boundaries of these relations are rather "vague", which often leads to the identification of these relations. It is proposed as criteria for differentiation of these relations to use: 1) the contents of the compared types of relationships (both actual and legal) 2) the legal position of the entities which are the parties of these relations; 3) the objects for which there are adjacent relationship; 4) the legal facts of arising, modification and termination of this relationship. In general, it is concluded that the enterprise and intra-relationships have common features and differences.

Key words: corporate relations, internal economic relations, subject of commercial law, structure of corporate relations, structure of farm relations, contiguous relationship.

Аннотация

В статье проводится теоретическое исследование корпоративных и внутрихозяйственных отношений на предмет их разграничения. Указывается, что границы этих отношений являются достаточно «размытыми», что часто приводит к отождествлению этих отношений. Предлагается в качестве критериев разграничения этих отношений использовать: 1) содержание сравниваемых видов отношений (как фактическое, так и юридическое); 2) правовое положение субъектов, являющихся участниками этих отношений; 3) объекты, в отношении которых возникают смежные отношения; 4) юридические факты возникновения, изменения и прекращения этих отношений. В целом делается вывод о том, что корпоративные и внутрихозяйственные отношения имеют как общие признаки, так и различия.

Ключевые слова: корпоративные отношения, внутрихозяйственные отношения, предмет хозяйственного права, структура корпоративных отношений, структура внутрихозяйственных отношений, смежные отношения.

Постановка проблемы. Внутрихозяйственных отношений при организации и осуществлении хозяйственной деятельности между ними и их структурными подразделениями, органами управления, участниками возникают различные виды отношений: корпоративные, трудовые, внутрихозяйственные и др. Указанные общественные отношения регулируются правовыми нормами различной институциональной принадлежности, более того, они имеют характерные черты, которые отражаются в особенностях их правового регулирования: использование соответствующих методов, средств, способов и т.п. Однако границы этих отношений являются достаточно «размытыми», в частности это касается корпоративных и внутрихозяйственных отношений.

Актуальность темы исследования подтверждается степенью неясности темы: в настоящее время практически нет ни одной фундаментальной работы по разграничению вну-

трихозяйственных и корпоративных отношений.

Состояние исследования. Научный анализ проблем корпоративных отношений осуществляется многими учеными. Среди них следует назвать С.В. Батрина, О.М. Винник, Е.Р. Кибенко, Д.В. Ломакина, Д.И. Погребного, И.С. Шиткину и др., работы которых служили фундаментальной базой для дальнейшего исследования рассматриваемых вопросов. Вместе с тем вопрос о разграничении корпоративных и внутрихозяйственных отношений фактически не исследовался.

Цель и задача статьи заключается в выяснении, каким образом разграничиваются корпоративные и внутрихозяйственные отношения. Представляется, что достижение этого результата возможно путем установления критериев для их разграничения и характерных признаков этих отношений. Критерии такого разграничения, на наш взгляд, заключаются в: 1) содержании сравниваемых видов



отношений (как фактическом, так и юридическом); 2) правовом положении субъектов, являющихся участниками этих отношений; 3) объектах, в отношении которых возникают смежные отношения; 4) юридических фактах возникновения, изменения и прекращения этих отношений.

Изложение основного материала.

В доктрине корпоративного права сформировались два основных подхода по объему общественных отношений, которые включены в регулирующее воздействие корпоративного права: широкий и узкий. Сторонниками широкого подхода являются Е.Р. Кибенко, О.М. Винник, И.С. Шиткина и др. Тогда как узкое понимание корпоративных отношений поддерживают С.В. Батрин, Д.И. Погребной, М.К. Сулейменов и другие.

Так, по утверждению О.М. Винник, корпоративные правоотношения – это такие отношения, которые возникают в процессе создания, функционирования и прекращения хозяйственных обществ с участием непосредственных (учредители, участники, само общество, его органы) и опосредованных участников (кредиторы, потребители, наемные работники, облигационеры общества, территориальная община, государство в лице уполномоченных органов) и обеспечивают сбалансированную реализацию интересов указанных лиц [1, с. 120]. По мнению Е.Р. Кибенко, отношения, которые составляют предмет корпоративного права, включают группу отношений внешнего характера, возникающие между корпорацией и третьими лицами; и группу внутренних отношений (именуются внутрифирменными или корпоративными), участниками которых являются участники (учредители) корпорации, сама корпорация (как юридическое лицо, субъект права) и ее органы [2, с. 13]. Все то, что так или иначе связано с деятельностью хозяйственных обществ, подпадает под регулирование норм корпоративного права [2, с. 41]. Как видим, фактически группа авторов, которая отстаивает позицию широкого понимания корпоративных отношений, связывают сферу их существования с любыми аспектами деятельности хозяйственных обществ в целом на всех этапах

их деятельности. Однако такой подход, по нашему мнению, является непоследовательным, ведь в таком случае мы фактически включаем в орбиту регулятивного воздействия корпоративного права общественные отношения, которые регулируются другими отраслями права. Достаточно неконкретизированно корпоративные отношения определяет А.И. Харитоновна как общественные отношения, возникающие в связи с созданием юридических лиц и участием в их деятельности [3, с. 328]. Заметим, что такое определение неоправданно расширяет сферу корпоративных отношений, ведь не у всех юридических лиц существуют корпоративные отношения. Кроме того, к моменту создания корпорации основатели еще не владеют корпоративными правами, поэтому такие отношения не могут квалифицировать как корпоративные.

Заслуживает внимания утверждение Д.И. Погребного о том, что в объективном смысле корпоративное право является совокупностью правовых норм, регулирующих и охраняющих корпоративные отношения, которые возникают между участником и хозяйственным обществом, а также между самими участниками по управлению имуществом (в широком смысле), которое принадлежит обществу в процессе его создания, существования и прекращения [4, с. 11]. Ученый ограничивает корпоративные отношения как по субъектному признаку, так и по объекту, в отношении которого они возникают. И это позволяет сделать вывод о том, что внешние отношения, в которые вступает корпорация, не относятся к предмету корпоративного права. В свою очередь, Д.В. Ломакин отмечает, что именно внутренняя структура корпорации определяет сферу существования таких правоотношений, которые условно могут именоваться внутренними или внутриорганизационными правоотношениями в том смысле, что они возникают, изменяются и прекращаются в связи с участием в деятельности корпорации лиц, принадлежащих к ее внутренней структуре и именуемых участниками (членами) [5, с. 58]. Корпоративные отношения, как справедливо указывает А.А. Кущенко, всегда будут отражать

отношения внутри корпорации – отношения, складывающиеся между членами корпорации, ее органами управления и самой корпорацией по организации ее деятельности, реализации корпоративных прав и обязанностей участников корпоративных отношений [6, с. 100].

Всё вышесказанное дает основания говорить о невозможности квалифицировать внешние отношения с участием корпорации как корпоративные отношения. Вместе с тем не следует отождествлять корпоративные отношения с внутривоздействующими, которые также возникают, изменяются и прекращаются внутри юридического лица, поскольку они отличаются как по сфере своего существования (кругом субъектов), так и своими содержательными характеристиками. Более обоснованным представляется мнение, согласно которому корпоративные отношения представлены отношениями, содержанием которых является возникновение (приобретение), реализация и прекращение корпоративных прав. В связи с этим сложно относить к корпоративным отношениям, возникающим во внутренней сфере деятельности компании, но не в результате реализации корпоративных прав, – например, при заключении договоров юридическим лицом со своими структурными подразделениями, в процессе создания обособленных подразделений и тому подобное. Создавая свое обособленное подразделение, корпорация фактически передает ему право осуществлять хозяйственную деятельность в ее интересах. По нашему мнению, корпорация осуществляет хозяйственную деятельность на макроуровне. Создав подразделение, она определяет перечень хозяйственных операций, являющийся сферой ведения (компетенции) обособленного подразделения, который, условно говоря, действует на макроуровне, а, следовательно, с созданием обособленного подразделения на микроуровне определяется управление хозяйственными делами корпорации.

Рассмотрим подробнее каждый из вышеупомянутых критериев относительно сравниваемых отношений. Любые отношения, в том числе и корпоративные, имеют правовое и



фактическое (материальное) содержание. Фактическое (материальное) содержание отражает те экономические, социальные факторы, которые вызвали возникновение и существование общественных отношений, тогда как правовое содержание отношений образуют соответствующие права и обязанности их участников. Экономическая сущность корпорации проявляется в следующем: в выводе собственности в хозяйственный оборот через особую конструкцию; осуществлении полномочий относительно выведенного в оборот имущества на основе специально созданного механизма; специфическом решении вопроса об ответственности по результатам такой деятельности; подчинении своей деятельности узконаправленному нормативно-правовому регулированию и др. [7, с. 7].

Справедливым представляется позиция Д.В. Ломакина, который рассматривает институт корпорации как такой, который служит правовым средством, и через который участники (члены) корпорации принимают опосредованное участие в имущественном обороте. Непосредственное участие в различных имущественных отношениях заменяется участием в распределении прибыли от деятельности корпорации. Присваивая часть прибыли от предпринимательской деятельности корпорации, ее участники (члены) становятся субъектами экономических отношений собственности [5, с. 74]. Такое понимание содержания корпоративных отношений раскрывает их экономическую природу. Можем сделать вывод, согласно которому фактическое содержание корпоративных правоотношений отражает экономическое содержание конструкции корпорации. При этом фактическое содержание внутрихозяйственных отношений обусловлено собственно организацией и осуществлением хозяйственной деятельности в пределах определенного предприятия. Это так называемая внутренняя хозяйственная деятельность, которая является необходимым условием для участия субъекта в хозяйственном обороте. При этом отношения собственности хотя и имеют важное, однако не решающее значение для организации и осуществления хозяй-

ственной деятельности предприятия. Правовое содержание корпоративных отношений образуют организационные и имущественные элементы, которые в своем юридическом смысле выражаются в корпоративных правах и обязанностях их участников. Тогда как правовое содержание внутрихозяйственных отношений образуют права и обязанности участников внутрихозяйственных отношений – внутрихозяйственные права и обязанности участников.

Вопрос о субъектах корпоративных отношений тесно связан с тем, какую часть общественных отношений, связанных с существованием и деятельностью корпорации, относят к корпоративным. Как мы уже отмечали, представляется целесообразным отнести к корпоративным только внутренние отношения, тогда как отношения по схеме «корпорация – третьи лица» не имеют признаков корпоративных и ничем не отличаются от подобных отношений, в которые вступают субъекты хозяйствования, не являющиеся корпорациями.

Изучая работы, посвященные вопросам корпоративного права, отметим, что ученые выделяют таких субъектов корпоративных правоотношений: 1) физические лица (в том числе и физические лица-предприниматели); 2) юридические лица публичного и частного права; 3) государство в лице уполномоченных органов государственной власти; 4) территориальная община в лице уполномоченных органов местного самоуправления; 5) Автономная Республика Крым; 6) объединение предприятий (концерны, ассоциации и т.п.); 7) иностранные государства; 8) иностранные юридические и физические лица; 9) органы юридических лиц (а именно корпораций); 10) должностные лица корпораций. Отдельные исследователи субъектами корпоративных отношений называют также: а) государственные органы, которые регистрируют корпорации, допускают к обращению их ценные бумаги и др.; б) другие юридические лица, участвующие в процессе реорганизации корпораций; в) потенциальные инвесторы; г) профессиональные участники рынка ценных бумаг [8, с. 68–69]. Очевидно, что это связано с широкой

трактовкой корпоративных правоотношений и неоправданно расширяет круг субъектов этих отношений. Следуя позиции узкого понимания корпоративных отношений, все указанные субъекты, кроме органов корпорации, в рассматриваемых отношениях выступают в качестве учредителей, участников (акционеров). К тому же, выделение основателей как субъектов корпоративного правоотношения достаточно условно, поскольку в период создания и до момента государственной регистрации юридического лица-корпорации корпорация, по сути, не существует, тогда как начало корпоративного правоотношения напрямую связывают с возникновением основного его субъекта корпорации. Как отмечает М.К. Сулейменов, с момента создания корпорации или с момента вступления в корпорацию у акционера (участника) появляется право членства (участия) [9]. Поэтому отношения, возникающие между учредителями корпорации, не являются корпоративными. Представляется, что эти отношения носят гражданско-правовой характер и могут приобретать либо договорную форму в виде договора об учреждении корпорации в случае ее создания несколькими лицами, или быть результатом реализации субъективного гражданского права на учреждение юридического лица в случае создания корпорации одним лицом.

Рассмотрев основные доктринальные взгляды относительно субъектного состава корпоративных правоотношений, можем констатировать: указанная проблема окончательно не нашла своего решения как в тексте законодательства, так и на страницах научной литературы. Необходимо четкое решение этого вопроса законодателем, однако последний должен ориентироваться на выводы юридической науки, которые, как видим, достаточно разновекторны. Со своей стороны, отметим следующее. Придерживаясь позиции узкого понимания объема корпоративных правоотношений, считаем возможным отнести к субъектам корпоративных правоотношений таких их участников, как корпорация, участники (акционеры), органы корпорации, должностные лица корпорации. Тогда



как субъектами внутривозрастных отношений являются: субъект хозяйствования – юридическое лицо, структурные подразделения субъектов хозяйствования (внутренние и обособленные) и органы юридических лиц. Таким образом, субъекты сравнимых видов отношений хотя и пересекаются по содержанию, но не совпадают по объему.

И.С. Шиткина объектом корпоративного правоотношения определяет деятельность субъектов, направленную на получение материальных благ [10, с. 19]. В то же время И.В. Лукач считает, что объект корпоративного правоотношения имеет две составляющие: а) корпоративное управление – система средств и методов, с помощью которых участниками управленческих отношений направляется деятельность и осуществляется контроль над корпорацией для достижения определенной хозяйственной цели; б) корпоративные права участников корпорации [11, с. 114–115]. Таким образом, указанная позиция базируется на комплексном понимании корпоративных отношений, вследствие чего их объект представлен как включающий в себя корпоративное управление и корпоративные права.

Заслуживает внимания утверждение Д.И. Погребного о том, что корпоративные отношения возникают по управлению имуществом (в широком смысле), которое принадлежит обществу в процессе его создания, существования и прекращения [4, с. 11]. Возможно, это один из главных объектов корпоративных правоотношений, поскольку именно эффективность управления имуществом корпорации непосредственно влияет на экономический результат ее деятельности – прибыль общества как конечную цель его существования. Между тем заметим, что управленческий элемент не исчерпывает весь объем корпоративных правоотношений, – например, отношения между акционерами приобретают форму договора (акционерного соглашения), отношения при созыве и проведении общего собрания общества непосредственно не касаются управления имуществом компании. Кроме того, управление в пределах общества касается не только деятельности, связанной с владе-

нием, использованием и распоряжением имуществом, но и неимущественной деятельности общества.

Доктринальное понимание объектов корпоративных правоотношений детерминируется также различными концепциями объектов, существующих в теории права. На наш взгляд, более обоснованной является позиция авторов, которые утверждают, что объект корпоративного правоотношения имеет две взаимосвязанные составляющие: корпоративные права участников, появляющиеся в результате создания корпорации или приобретенные по другим причинам; и корпоративное управление как результат реализации корпоративных прав участников. Внутривозрастные отношения имеют более широкий спектр объектов, по которым они возникают. В частности, к таким объектам можно отнести: 1) имущество, которое включает: вещи, их совокупность, деньги, имущественные права; 2) имущественные комплексы; 3) результаты работ; 4) услуги; 5) информация; 6) объекты интеллектуальной собственности; 7) другие материальные и нематериальные блага.

Коснованиям возникновения корпоративных правоотношений И.С. Шиткина относит юридические факты создания корпорации путем ее первоначального создания или в результате реорганизации [10, с. 16]. В свою очередь, Д.В. Ломакин отмечает, что создание корпорации является неотъемлемым условием существования корпоративных правоотношений. Поскольку без корпорации существование правоотношений участия (членства) становится невозможным, их можно назвать собственно корпоративными правоотношениями, или корпоративными правоотношениями в узком смысле этого слова [5, с. 89]. Также к юридическим фактам, на которых базируется динамика корпоративных правоотношений, ученый относит все остальные правоотношения, также связанные с участием в деятельности корпорации, но возникающие на основании сложного юридического состава, одним из элементов которого является правоотношение участия (членства), и могущие именоваться корпоративными правоотношениями в широком смысле, или производными корпоративными

правоотношениями. Такие правоотношения являются подчиненными (зависимыми) по отношению к правоотношениям участия (членства). Кроме правоотношения участия (членства), для их возникновения нужны дополнительные юридические факты, которые четко определяют сущность и последовательность действий обязанного лица в таком правоотношении. Примером таких фактов могут быть решения общего собрания участников корпораций [5, с. 106–108].

В контексте приведенных позиций предлагаем юридические факты динамики корпоративных правоотношений разделить на общие и специальные. *Общими* являются факты, имеющие следствием создание предпосылки возникновения (прекращения) корпоративных правоотношений – возникновение/прекращение корпорации. Эти факты – основание корпорации (новой или путем реорганизации с правопреемством) и прекращение деятельности корпорации путем ликвидации. Другая группа юридических фактов – *специальные*, обуславливают динамику корпоративных правоотношений в период существования и деятельности корпорации (акционерные соглашения, решения органов управления). Таким образом, общим для корпоративных и внутривозрастных отношений и, наверное, основным юридическим фактом возникновения этих отношений является факт создания предприятия (для корпоративных отношений – корпорации). Создание предприятия кладёт начало существованию этих отношений. Для внутривозрастных отношений важное значение имеет и такой юридический факт, как создание структурного подразделения предприятия (внутреннего и/или обособленного), что влечет возникновение субъекта хозяйственного права, который является своеобразным именно для внутривозрастных отношений.

Проведенное исследование разграничения внутривозрастных и корпоративных отношений позволяет сделать **вывод** о том, что указанные отношения имеют как общие признаки, так и различия. К общим признакам следует отнести следующее: а) они являются отношениями, кото-



рые складываются внутри юридического лица; б) правовое регулирование этих отношений осуществляется правовыми нормами, которые входят в состав хозяйственного права. Различия внутрихозяйственных и корпоративных отношений проявляются в:

1) сфере существования отношений: корпоративные отношения складываются внутри юридических лиц, которые являются корпорациями; внутрихозяйственные отношения – внутри субъектов хозяйствования;

2) содержании отношений: содержание корпоративных отношений отображает экономическое содержание конструкции корпорации; содержание внутрихозяйственных отношений обусловлено организацией и осуществлением хозяйственной деятельности в рамках субъектов хозяйствования;

3) правовом положении участников отношений: участниками корпоративных правоотношений являются корпорация, участники (акционеры), органы корпорации, должностные лица корпорации; к участникам внутрихозяйственных отношений относятся: субъект хозяйствования – юридическое лицо, структурные подразделения субъектов хозяйствования (внутренние и обособленные) и органы юридических лиц;

4) объектах, в отношении которых возникают указанные отношения: объект корпоративного правоотношения имеет две взаимосвязанные составляющие: корпоративные права участников и корпоративное управление как результат реализации корпоративных прав участников. Внутрихозяйственные отношения имеют более широкий спектр объектов, в отношении которых они возникают, в частности: а) имущество, которое включает: вещи, их совокупность, деньги, имущественные права; б) имущественные комплексы; в) результаты работ; г) услуги; д) информация; е) объекты интеллектуальной собственности; ж) другие материальные и нематериальные блага;

5) юридических фактах динамики отношений, которые в целом возможно разделить на общие, имеющие следствием создание предпосылки возникновения (прекращения) правоотношений – возникновение/прекраще-

ние субъекта хозяйствования; и специальные, которые обуславливают динамику правоотношений в период существования и деятельности субъекта хозяйствования (акционерные соглашения, решения органов управления). Специфическим юридическим фактом для внутрихозяйственных отношений является факт создания структурного подразделения предприятия (внутреннего и/или обособленного).

Список использованной литературы:

1. Вінник О.М. Деякі питання здійснення та захисту корпоративних прав в Україні / О.М. Вінник // Вісник господарського судочинства. – № 1. – 2008. – С. 118–125.

2. Кибенко Е.Р. Корпоративное право : [учебное пособие] / Е.Р. Кибенко. – Харьков : Эспада, 1999. – 480 с.

3. Харитонova О.І. Категорія корпоративних правовідносин у контексті цивільних організаційних правовідносин / О.І. Харитонova // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Т. 10 / голов. ред. С.В. Ківалов ; МОН молодьспорт України, НУ «ОЮА». – Одеса : Юрид. л-ра, 2011. – С. 324–334.

4. Погрібний Д.І. Корпоративні права держави: поняття, підстави виникнення, механізм реалізації : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Д.І. Погрібний. – Х., 2008. – 20 с.

5. Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. / Д.В. Ломакин. – М. : Статут, 2008. – 511 с.

6. Кущенко А.А. Корпоративные отношения как предмет правового регулирования : дис... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А.А. Кущенко. – Саратов, 2014. – 215 с.

7. Батрин С.В. Корпоративні правовідносини у господарському праві : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.04 / С.В. Батрин. – К. : 2012. – 25 с.

8. Карагузов Ф.С. Основы корпоративного права и корпоративное законодательство Республики Казахстан / Ф.С. Карагузов. – Алматы : Бастау, 2011. – 368 с.

9. Сулейменов М.К. Гражданское право и корпоративные отноше-

ния проблемы теории и практики / М.К. Сулейменов [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31450513#pos=1;-173.

10. Шниткина И.С. Корпоративное право / И.С. Шниткина. – М. : Волтерс Клувер, 2008. – 648 с.

11. Лукач И.В. Объект корпоративных правоотношений / И.В. Лукач // Закон и жизнь. – 2013. – № 9/3. – С. 113–117.



КРИТЕРИИ НАЛИЧИЯ ОБЩЕСТВЕННОЙ ОПАСНОСТИ

Марта РУДКОВСКАЯ,

аспирант кафедры уголовно-правовых дисциплин
Львовского государственного университета внутренних дел

Summary

Analyzed the expediency of saving such features of the crime as social danger. Public danger is proved to be an objective phenomenon. Therefore, it is impossible to refuse from public danger as a reason for criminalization of an act and not to consider it while sentencing, exempting from criminal liability, exempting from punishment and its serving, establishing terms of the conviction repayment. Proposed the criteria that indicate about the presence in the act of public danger as the stage of law-making, and the stage of enforcement.

Key words: crime, social danger, minor act, criteria availability of public danger, law-making, enforcement.

Аннотация

Проанализирована целесообразность сохранения такого признака преступления, как общественная опасность. Доказано, что общественная опасность как явление существует объективно, поэтому невозможно отказаться от общественной опасности как основания для криминализации деяния и не учитывать ее при назначении наказания, освобождении от уголовной ответственности, освобождении от наказания и его отбывания, установлении сроков погашения судимости и т.п. Предложены критерии, свидетельствующие о наличии в деяниях общественной опасности как на стадии правотворчества, так и на стадии правоприменения.

Ключевые слова: преступление, общественная опасность, малозначительное деяние, критерии наличия общественной опасности, правотворчество, правоприменение.

Постановка проблемы. Исследование становления и развития понятия общественной опасности как черты преступления в истории отечественного уголовного законодательства показало, что понятие общественной опасности использовалось не на всех этапах развития отечественного уголовного законодательства. Таким образом, необходимо исследовать целесообразность сохранения такого признака преступления, как общественная опасность и попытаться определить критерии наличия общественной опасности как для законодателя, так и для правоприменителя.

Актуальность темы исследования подтверждается степенью нераскрытости темы: в настоящее время практически нет ни одной фундаментальной работы по исследованию критериев наличия общественной опасности.

Состояние исследования. Проблема общественной опасности уголовно-правовой наукой изучается давно. Исследованию понятия преступления и отдельных его признаков посвящено значительное количество фундаментальных научных трудов. Определенное внимание уделялось и анализу ключевого признака этого понятия – общественной опасности, что отражено в публикациях Я. Брайнина, Н. Дурманова, И. Карпушевой, В. Киричка, А. Козлова, Ю. Ляпунова, А. Миколенко, В. Навроцкого, А. Пионтковского,

В. Смирнова, А. Трайнина, Л. Шуберта, Н. Юзиковой. Однако в трудах этих ученых подробно не исследована общественная опасность как признак понятия преступления. Отдельные аспекты этого вопроса исследовали Д. Азаров, В. Борисов, Е. Епифанова, И. Колиушко, И. Красницкий, Ю. Пономаренко, В. Таций, В. Тютюгин, М. Хавронюк, В. Шаблыстый и другие. Однако никто из авторов не уделял особого внимания определению критериев наличия общественной опасности.

Целью и задачей статьи является исследование целесообразности сохранения в уголовном законодательстве такого признака преступления, как общественная опасность, и определение критериев наличия общественной опасности.

Изложение основного материала. Что касается позиций ученых по поводу необходимости существования в уголовном праве и законодательстве категории «общественная опасность», то стоит отметить, что в советской уголовно-правовой литературе сомнений в этом не возникало. В свою очередь, среди отечественных ученых нет единодушия. В частности, в последнее время все большее распространение получают идеи об отказе от категории «общественная опасность». Однако, несмотря на то, что данная категория имеет несколько значений, это в основном касается общественной опасности

как основания привлечения к уголовной ответственности. То есть речь идет об исключении нормы о малозначительности деяния, предусмотренной ч. 2 ст. 11 УК Украины.

Общественная опасность как явление существует объективно. Поэтому невозможно отказаться от общественной опасности как основания для криминализации деяния и не учитывать ее при назначении наказания, освобождении от уголовной ответственности, освобождении от наказания и его отбывания, установлении сроков погашения судимости и т.п.

Таким образом, полный отказ от понятия «общественная опасность» неприемлем. Этот признак должен быть сохранен, поскольку он имеет свою политическую наполненность, выступает критерием разграничения преступлений, является своеобразным указанием законодателя самому себе на этапе криминализации деяния. Вместе с тем возлагать в ходе правоприменения на следователя, прокурора, судью обязанность признавать наличие или отсутствие общественной опасности является слишком сложной, непосильной задачей. Ведь фактически оно заключается в предоставлении права провести ревизию положений УК Украины. Это может расцениваться как признание ненадлежащего качества законодательства, которое может трактоваться неоднозначно.



Основным вопросом, который требует решения, как для законодателя, так и для правоприменительных органов, является определение критериев наличия или отсутствия общественной опасности. Несмотря на то, что общественную опасность исследовали многие ученые, особого внимания определению таких критериев уделено не было, по крайней мере, общепризнанных критериев, свидетельствующих о наличии или отсутствии общественной опасности, не существует.

К определению критериев наличия или отсутствия общественной опасности необходимо подходить дифференцированно: с одной стороны, на этапе законотворчества (как главный, определяющий критерий криминализации), с другой стороны, – в ходе правоприменения. Это две стороны одного явления, которые соотносятся как абстрактное и конкретное.

Наибольшую ценность выделения критериев наличия или отсутствия общественной опасности составляет именно на этапе криминализации. Формирование права представляет собой процесс, который состоит из двух стадий: стадии возникновения объективно обусловленной общественной необходимости в соответствующем юридическом регулировании отношений и отражении ее в общественном сознании; стадии правотворчества, то есть государственной деятельности, в результате которой некоторые положения через закон, через другие источники получают статус юридических норм, выступают в роли норм писаного права [1, с. 41].

Что касается криминализации, то пока не разработаны критерии, по которым законодатель может четко отделить преступное деяние от непроступного. Наиболее правильный и радикальный метод ее измерения – искать собственные измерители, которые свойственны именно общественной опасности [2, с. 738].

Очевидно, что прежде всего необходимо выяснить этимологическое значение термина «критерий». Критерий – это основание для оценки, определения или классификации чего либо [3, с. 588].

Перед тем, как определить критерии для законодателя, которыми он может пользоваться в процессе криминализации, стоит отметить следующую закономерность: верхний предел вреда,

причиненного административным правонарушением, является нижней границей преступления. В дальнейшем же, после введения института уголовного проступка, верхний предел административного правонарушения будет нижней границей уголовного проступка, зато верхний предел уголовного проступка будет выступать нижней границей преступления.

Основным признаком, который влияет на степень общественной опасности, является свойство деяния причинять существенный вред объектам уголовно-правовой охраны. Существенность материального ущерба во многих случаях определяется непосредственно в УК на основании заранее определенных абсолютно конкретных критериев и измеряется в денежном выражении (относительно имущественного ущерба), в фиксированных показателях кратковременного расстройства здоровья, утраты трудоспособности, потери органа или его функций, смерти и т.п. (относительно физического вреда). Эти критерии позволяют, как правило, четко отграничить преступления от других правонарушений [4, с. 18].

С точки зрения интересов общества в целом и конкретной личности в частности процесс криминализации должен основываться на применении принципов гуманизма и справедливости, ведь в будущем результат этого процесса повлияет на судьбы многих людей.

Во-первых, поскольку отнесение определенного общественно опасного деяния лица к категории преступлений или проступков является прерогативой законодателя, последний обязан признать уголовно наказуемым деянием только такой поступок, который нарушает важнейшие интересы общества и личности, причиняет им существенный вред и в силу этого обладает сравнительно высокой степенью общественной опасности. Это сложный познавательный процесс, который не терпит неточностей в оценке. Во-вторых, отклонение законодателя от социально обусловленного соотношения между сферами преступлений и проступков несёт в себе опасность существенного нарушения интересов лица в связи с возможностью признания лица преступником без достаточной необходимости и целесообразности с точки зрения интересов общества, которые могут быть на-

дежно защищены и менее интенсивны по степени репрессивности правовых норм, а также средств общественного воздействия. В-третьих, социально не обусловленное расширение сферы преступлений за счет включения в нее действий, которые обладают пониженной степенью общественной опасности, неизбежно приведет к искусственному повышению уровня преступности, создаст искаженную картину [5, с. 109–110].

Следовательно, можно определить следующие критерии наличия в деянии общественной опасности:

- 1) осуществление посягательства на жизнь (умышленное убийство, убийство по неосторожности, доведение до самоубийства, угроза убийством);
- 2) посягательства на здоровье (тяжкое телесное повреждение, средней тяжести телесное повреждение, умышленное легкое телесное повреждение, побои и истязания, пытки и др.);
- 3) посягательства на основы национальной безопасности;
- 4) посягательство на мир, безопасность человечества и международный правопорядок;
- 5) посягательство на половую свободу и половую неприкосновенность;
- 6) причинение имущественного ущерба в размере, определенном законодателем;
- 7) способ совершения посягательства (общеопасный, опасный для жизни многих лиц, дерзость, явное противопоставление себя обществу и государству, злостность поведения в случаях, предусмотренных законом).

Таким образом, критерии наличия общественной опасности можно классифицировать на следующие виды: 1) объективные и субъективные; 2) количественные и качественные; 3) совершение деяния единолично исполнителем и в соучастии; 4) совершение законченного посягательства и посягательство на стадии приготовления или покушения; 5) причинение прямого действительного ущерба или создание опасности; 6) общественная опасность в статике и динамике. Перечень критериев можно продолжать.

Что же касается определения наличия или отсутствия общественной опасности и отграничения преступлений от других правонарушений в процессе правоприменения, то степень общественной опасности деяния оценивает



законодатель при криминализации и выражает свою оценку в санкции уголовно-правовой нормы. В дальнейшем, при правоприменении, обязательные признаки состава преступления определяют только наличие или отсутствие общественной опасности конкретного преступления. В то время как факультативные признаки состава преступления и другие обстоятельства, которые характеризуют как совершенное лицом деяние, так и личность виновного, учитываются судом при индивидуализации уголовной ответственности (назначение наказания, освобождение от уголовной ответственности, освобождение от наказания и его отбывания) и выражаются в степени тяжести совершенного преступления, в основу которого положена степень общественной опасности деяния.

Таким образом, на практике во время применения уголовно-правовой нормы в конкретной ситуации нет необходимости устанавливать степень общественной опасности и нет необходимости её измерять в каждом конкретном случае, так как презюмируется тот факт, что уголовно противоправное деяние является общественно опасным, поскольку это уже определил законодатель, а степень такой общественной опасности выражена в санкции уголовно-правовой нормы.

Однако возникает другая, уже упомянутая выше проблема, которая заключается в наличии нормы о малозначительности деяния, определяющей, что при наличии всех обязательных признаков состава преступления действие все же может не представлять общественной опасности, то есть не причинять и не создавать угрозы причинения существенного вреда физическому или юридическому лицу, обществу или государству. Как тогда быть?

Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод, что в преступлениях с формальным составом и в преступлениях с материальным составом, если вред носит материальный характер и достиг определенного законодателем размера, исключается необходимость устанавливать степень общественной опасности. Такие действия ни при каких условиях не могут быть признаны малозначительными, а правоохранительные органы и суд не оценивают, а лишь констатируют наличие или отсутствие общественной

опасности, за исключением случаев, когда общий вред от преступления признается существенным с учетом как материального ущерба, так и вреда нематериального характера.

В связи с учетом этих положений на практике встречаются отдельные случаи неправильного толкования, а как результат – неправильного применения судами нормы о малозначительности деяния (ч. 2 ст. 11 УК Украины). В частности, Тернопольский горрайонный суд Тернопольской области 21.10.2014 года вынес оправдательный приговор, применив ч. 2 ст. 11 УК Украины в отношении обвиняемого в совершении уголовного преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 15 ч. 1 ст. 185 УК Украины. Суд исходил из того, что «с учетом обстановки совершенного деяния, характера и стоимости товара (общая стоимость товара 193 грн. 47 коп., что незначительно превышает установленный законодательством минимум) тот факт, что из помещения торгового заведения обвиняемый не вышел, был задержан работниками охраны торгового заведения, его поведение после совершения деяния, а именно того, что он без возражений прошел в служебное помещение, где выдал вино и сухофрукты, которые пытался украсть, суд считает, что действия обвиняемого хотя формально и содержат признаки деяния, предусмотренного ч. 2 ст. 15 ч. 1 ст. 185 УК Украины, но в силу малозначительности не представляют общественной опасности, поскольку не причинили и не могли причинить существенный вред ООО «Новус-Украина» [6].

В данном случае решение Тернопольского горрайонного суда Тернопольской области является незаконным, поскольку на признание деяния малозначительным не могут влиять обстоятельства, которые выходят за пределы действия. Например, ссылка на отсутствие вреда в тех случаях, когда он был причинен и возмещен. Кроме того, в соответствии с ч. 2 ст. 11 УК Украины деяние признается малозначительным, если оно не причинило и не могло причинить существенного вреда физическому или юридическому лицу, обществу или государству. То есть в данном случае непричинение существенного вреда торговому центру не может быть основанием для признания деяния малозначительным, ведь обвиняемый сво-

ими действиями нанес существенный вред обществу и государству, так как совершил посягательство на охраняемые законом об уголовной ответственности общественные отношения.

В результате решение Тернопольского горрайонного суда Тернопольской области 19 ноября 2014 года было отменено Апелляционным судом Тернопольской области. Оправданный признан виновным в совершении уголовного преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 15 ч. 1 ст. 185 УК Украины, наказание назначено в виде штрафа в размере 850 грн. 00 коп. [7].

Кроме того, в уголовно-правовой литературе выделяется несколько категорий формально уголовно-противоправных деяний, которые нельзя признавать малозначительными. В частности, М.И. Хавронюк к ним относит деяния, посягающие на наиболее важные объекты уголовно-правовой охраны [4, с. 35]. Такая точка зрения заслуживает внимания, ведь трудно представить, что можно причинить несущественный вред или создать угрозу его причинения, например, жизни человека, основам национальной безопасности, мира, безопасности человечества и международного правопорядка и тому подобное.

К малозначительным нельзя относить действия одного из соучастников, если деяние других признаны преступлением [4, с. 36]. Принятие такого решения противоречило бы общей сущности соучастия, ведь преступный результат деяний, совершенных в соучастии, является желаемым (при прямом умысле) или приемлемым (при косвенном умысле) для каждого из соучастников [8, с. 199]. Исключением является лишь эксцесс исполнителя.

Признание существенным материального (имущественной или физического) вреда, причиненного или такого, который мог быть причинен тем или иным действием, часто осуществляется в законе на основании заранее определенных критериев (количество необлагаемых минимумов доходов граждан, тяжесть телесных повреждений и т.п.), а нематериальной (политической, организационной, нравственной и т.п.) – как правило, в пределах судебной дискреции (решение должностным лицом или государственным органом любого вопроса по своему усмотрению) без учета указанных критериев [9, с. 108–109].



Что касается преступлений с материальным составом, в которых последствия не имеют материально выраженный характер, а отражаются в оценочных понятиях, то здесь ситуация выглядит сложнее. Ведь последствия нематериального характера представляют собой негативные изменения в объекте посягательства, сопряженные с нарушением законных прав и свобод граждан и интересов государства, юридических лиц, охраняемых уголовным законом, не поддающиеся реальному денежному измерению [10, с. 533].

Представляется, что для ее решения необходимо конкретизировать в разъяснениях Высшего специализированного суда по рассмотрению гражданских и уголовных дел последствия, которые понимаются под тем или иным оценочным понятием (к примеру, тяжелые последствия) и которые будут одинаково применяться во всех случаях, где есть на них указание в УК Украины. Как, например, это предусмотрено в п. 2 примечания к ст. 425 УК Украины, согласно которой в статьях 425 и 426 УК Украины тяжелым последствием, если оно заключается в причинении материального ущерба, считается ущерб, который в пятьсот и более раз превышает необлагаемый минимум доходов граждан. Это поможет правильно применять положения уголовного закона на практике и уменьшит возможности для судебного усмотрения, а как следствие – уменьшит как многочисленные судебные ошибки, так и сознательное злоупотребление со стороны судей при применении нормы о малозначительности деяния, и обеспечит унификацию практики применения уголовного закона на всей территории Украины.

Кроме того, в ряде статей УК Украины обязательным признаком основного, квалифицированного или особо квалифицированного состава преступления выступает причинение существенного вреда. В частности, речь идет о составах преступлений, предусмотренных ч. 1 ст. 137, ч. 2 ст. 150, ч. 2 ст. 182, ч. 1, 2 ст. 209-1, ст. 231, ст. 232, ч. 1 ст. 244, ст. 246, ч. 1 ст. 248, ч. 1 ст. 249, ч. 4 ст. 323, ч. 3 ст. 359, ч. 1 ст. 364, ч. 1 ст. 364-1, ч. 1 ст. 365, ч. 1 ст. 365-2, ч. 1 ст. 367, ч. 3 ст. 382, ч. 2 ст. 410, ч. 1 ст. 425, ч. 1 ст. 426, ч. 1, 2 ст. 426-1 УК Украины.

Наличие в диспозиции уголовно-правовой нормы указания на существенный вред является лишним, так

как в соответствии с ч. 2 ст. 11 УК Украины деяния, не представляющие общественной опасности, то есть такие, которые не причинили или не могли причинить существенный вред физическому или юридическому лицу, обществу или государству, не являются преступлениями. В свою очередь, указание на существенный вред в квалифицированном или особо квалифицированном составе преступления позволяет сделать вывод о том, что деяние, предусмотренное в основном составе уголовно-правовой нормы, не причиняет существенный вред, а значит, не является преступлением. В отдельных статьях УК Украины указание на существенный вред есть как в основном, так и в квалифицированном составе преступления.

В примечаниях к ст. 182, ст. 248, п. 3, примечания к ст. 364, п. 2, примечаниях к ст. 425 УК Украины разъясняется, что необходимо понимать под существенным вредом. Так, в частности, существенным вредом в ст. 182, 364, 364-1, 365, 365-2, 367 считается такой вред, который в сто и более раз превышает необлагаемый минимум доходов граждан. Зато в ст. 248, 425 и 426 УК Украины существенным вредом, если он заключается в причинении материального ущерба, считается такой вред, который в двести пятьдесят и более раз превышает необлагаемый минимум доходов граждан. Есть основания считать, что в этих статьях целесообразно заменить выражение «существенный вред» на конкретные последствия, которые предусмотрены в примечаниях. Что касается тех составов преступлений, где последствия не конкретизированы, то их также необходимо определить.

При этом важно отметить то, что в примечаниях к ст. 182, 248, 425 УК Украины уточнено, что речь идет о вреде, если он заключается в причинении материального ущерба. В то время как в примечании к ст. 364 УК Украины ущерб признается существенным, если он состоит в причинении вреда, который имеет стоимостную оценку.

Последствия же нематериального характера, связанные с причинением вреда социального, политического, нравственного, организационного и иного характера, не имеют денежной оценки. Соответственно, невозможно определить эквивалента такого вреда в единицах, кратных необлагаемым

минимумам доходов граждан. Исключением может быть разве что учет производных последствий причинения: физического вреда – затраты на лечение или протезирование потерпевшего; нарушения законных прав и интересов граждан – затраты на восстановление таких прав (выплаты незаконно взятому под стражу, или заключенному, или незаконно уволенному с работы или учебы, возмещения за неисполнение судебного решения, компенсация ущерба от распространения сведений, порочащих лицо и т.д.) [11, с. 35–36].

Исходя из вышеизложенного, можно сделать следующие **выводы**:

1. Многие противоречия относительно необходимости учета признака общественной опасности, установления содержания этого понятия связаны с отсутствием четких критериев общественной опасности. Сам законодатель для себя не определил, каковы же критерии общественной опасности, из-за чего, в некоторых случаях, он признает общественно опасными те деяния, преступность которых вызывает сомнение как у населения, так и у юристов. В свою очередь, в других случаях, наоборот, не признает общественно опасными те деяния, криминализация которых требуется обществом. Поэтому критерии общественной опасности должны быть задекларированы и должны соблюдаться. Лучше всего их закрепить в Концепции развития законодательства.

2. Критерии должны действовать в совокупности, ведь трудно констатировать тот факт, что деяние является общественно опасным, исходя из какого-то одного критерия.

3. Понятие общественной опасности необходимо сохранить, но наполнить его реальным содержанием. Общественно опасны лишь преступления, однако в УК Украины предусмотрено деяния, которые не являются общественно опасными, поэтому нужно очистить закон об уголовной ответственности от таких деяний и перенести их в категорию уголовного проступка.

Дальнейшее исследование вопросов, затронутых в этой статье, имеет свою перспективу, которая заключается, в частности, в исследовании того, является ли общественная опасность признаком уголовного проступка; как может разделяться степень общественной опасности и тому подобное.



Список использованной литературы:

1. Плаксина Т.А. Основания уголовно-правовых норм, уголовно-правового запрета, криминализации: понятие и соотношение / Т.А. Плаксина // Государство и право. – 2006. – № 5. – С. 41–47.

2. Козлов А.П. Понятие преступления / А.П. Козлов – СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – 819 с.

3. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К. : Ірпінь: ВТФ «Перун», 2009. – 1736 с.

4. Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України / М.І. Хавронюк. – К. : Істина, 2004. – 504 с.

5. Ляпунов Ю.И. Общественная опасность деяния как универсальная категория советского уголовного права : [учебное пособие] / Ю.И. Ляпунов. – М. : ВЮЗИ МВД СССР, 1989. – 119 с.

6. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 21.10.2014 року по справі № 607/12892/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/41291487>.

7. Вирок Апеляційного суду Тернопільської області від 19.11.2014 року по справі № 607/12892/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/41524557>.

8. Калмиков Д.О. Експлуатація дітей, що спричинила істотну шкоду здоров'ю дитини / Д.О. Калмиков // Форум права. – 2010. – № 3. – С. 163–171.

9. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право : [навчальний посібник] / [О.О. Дудоров, М.І. Хавронюк] ; за заг. ред. М.І. Хавронюка. – Вайте, 2014. – 944 с.

10. Мороз В.П. Істотна шкода як ознака об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого статтею 382 Кримінального кодексу України / В.П. Мороз // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 3. – С. 528–538.

11. Навроцький В.О. Кримінально-правове значення зміни законодавчої характеристики наслідків злочинів у сфері службової діяльності / В.О. Навроцький // Кримінальне право: традиції та новачі: матеріали міжнародного круглого столу, присвяченого 90-літтю з дня народження видатного вченого, героя України, академіка В.В. Сташиса, 9-10 липня 2015 р. – Полтава, Х., 2015. – С. 34–37.

SHALE GAS OUTPUT IN UKRAINE: FEATURES OF LEGAL REGULATION

Yuriy SLUSARENKO,

Candidate of Judicial Science, associate professor
Kyiv National University named by Taras Shevchenko

Summary

The main features of shale gas output legal regulation in Ukraine on the modern stage were analyzed and the perspective ways of making his improvements in Ukrainian national Security context were defined. Features and the ways of making legal personalities of legal bodies in shale gas production sphere in Ukraine.

Key words: shall gas, legal regulation, legal status, legal personality, gas producing companies.

Аннотация

Проанализированы особенности правового регулирования добычи сланцевого газа в Украине на современном этапе, и определены перспективные направления его усовершенствования в контексте национальной безопасности Украины. Выявлен механизм осуществления правосубъектности юридических лиц в сфере добычи сланцевого газа в Украине.

Ключевые слова: сланцевый газ, правовое регулирование, правовой статус, правосубъектность, газодобывающие компании.

Statement of the problem.

Development of market relationship in Ukraine had caused the necessity of the legal relationship regulation transformations in energy sources production, processing and realization, the main place takes oil, gas and its processing products, as the main condition of independent and effective national economics function based on commodity money production. On the modern stage of Ukrainian society development social-economics changes are happening, which caused the necessity of remaking the sense of oil-gas complex and his role in subject and object system of civil-legacy turnover. The new social-economics rising caused developing of enterprise activity legacy forms and higher competition and changing influence from the government in new conditionals. Market economics needs is causing the necessity of making the enterprise activity spreading at oil markets in competition and precise wording the line of transporting from other tradition ways of natural monopolies in the oil and gas market.

One of the most serious challenges for the Ukrainian national security on modern stage is the problem of provision with energy sources. In case of increasing the gas price from Russia for Ukraine within using the “energy halter” for realization the main Russian goals in foreign policy Ukrainian government have to take

complex decisions for liquidation the energy threats. In 2014 was adjusted reverse gas supply from EU, a lot of work was made for using alternative energy sources bur the results of this work on this moment should be better. During last few years one of the best ways to decrease the Russian gas supply is shale gas output in Ukraine. The positive moment for the enterprise activity subjects in Ukraine is the official permission on doing such works (in some other European countries it is forbidden to shale gas output). On the other hand the legacy regulation of this process continuing to improve.

The main purpose of the article. Rating of the legacy regulation condition and saying the perspectives of shale gas output in Ukraine with the main reasons of influence in international competition sphere on the energy market on this process was defined.

Status of Research. Some aspects of this problem were in T.M. Zhyravetskoho, O.V. Kravchenko, B.G. Prots, V.V. Kharkevych, G.I. Khomechko, U.P. Bobko, I.V. Spasybo-fatieievoi, N.S. Koroviyakovskoi, O.V. Shcherbyny, L.C. Netskoi, Y.P. Patsurkivskoho, R.A. Maidanyka, M.M. Sliusarevskoho, Y.V. Kurpasa.

Relevance of the research topic is the complex legal regulation research of the shale gas outputting in Ukraine in the goals and tasks context of the Ukrainian National Secure was defined.



The goal and article task: is the analyze of the features of the shale gas outputting legal regulation in Ukraine and the perspective ways of its improvement in Ukrainian national secure context.

The presentation of the main study results: The geopolitical goals and the main tasks of the classical energy sources of leading supplies at the world energy sources market, and realization of global projects too, caused another opposition at energy market. The Crimea annexation by Russia Federation and Russian war against Ukraine in Donbas became the example of increasing reliance on geopolitical opposition. Ukraine being under considerable pressure with help of favorable conditions of getting energy sources long time was taking as a way to influence on Ukraine by Russia. But European integration process in Ukrainian society spread matching ways of thinking and was one of the reasons of Russian encroachment. In such conditions the Ukrainian energy sources output was the main way of providing Government national security. But Russian politicians and Ukrainian big financial-industrial groups are making a crucial effort on modernizing shale gas legal regulation in Ukraine.

In November 2011 The International Energy Agency said the results of regular research of world energy market by 2010 and prediction on its future development by 2035: "World Energy Outlook 2010". International Energy Agency thinks that new energy market developing paradigm by 2035 it is going to use the energy saving and energy reproduction technology by G20 and increasing the use of alternative energy sources. It is strongly belief that the recreating part of alternative sources by 2035 going to increase from 7% to 14%. The natural gas will stay as th main energy recourse but because of "shale revolution" in USA and spreading the shale gas output technology in the world by 2035 part of the untraditional gas can reach the 40% of the gas output total volume in the world[3, p.98].

15th February 2011 in Washington the Ukrainian Energy and Coal Ministry and Us Department of State signed the memorandum of common understanding between USA and Ukrainian government in case of gas recourses from untraditional sources. In 2012 International energy

companies "Shell" and "Chevron" had started researches and exploration work in Dniprovsko-Donetskogo and Oleskogo shale gas deposits. American experts of "Advanced Resources International Inc." say that the potential deposit in Ukraine is near 5,58 trillions m3 in Dnirovsko-Donetskomy is 1,36 trillion m3 and on Oleskomy – 4,22 trillions m3. But technical deposit for commercial development is 1,19 trillion m3 [2].

From 2012 the Government had made a decision for shale gas output in Ukraine. Ukrainian Verchovna Rada had passed changes to legislative acts in which said that shale gas is hydrocarbon raw material, untraditional hydrocarbon. Outputting and using the shale gas is innovative activity, the conditions of competition on distribution hydrocarbons which outputs in Olesiy and Yuzivskiy regions was defined by Ukrainian Cabinet Ministriv. In 2012 Ukrainian government had three tenders on choosing investor companies for shale gas outputting on Oleskiy, Yuzivskiy and Skifskiy territory [4].

But the agreement project between Ukraine and "Shell" company had some controversial regulations. Important thing is that the biggest problem was applying not Ukrainian legislation, but International recommended practices in exploitation oil resources, which means using and practice that in this moment is received in analogy situation in international oil sphere. Ukrainian legislative will change for these standards. In 8 addition "Environment" was said that the main exploitation installation has certified by the main international standards. Removals of process effluent and water, transporting waste have to be according to international standards. It is important to mention that only contamination of soil and surface water were evaluated, but it is no words about underground water. On the territories with small amount of water the objects have to use in such wise way to minimal line. Investor can take it for free but it is not the best way of using water. The use of waste water and injection wells was defined by this project. Investor can ask for other land that means the opportunity for him to use bigger places that was declined. In case if the land was private and land-owner was not agreed to have contract on land voluntarily, by the

request and with the consent of "Shell" it have to terminate the ownership, permanent use, lease of land. Investor can without customs duties, quotas, licensing and other confinement on bringing the products which needs mining activity on Ukrainian territory. So, such conditions of shale gas outputting formed high potential ecology threat from stale chemicals, substances without ecology standards or even wastes. In such case the interests of people that live near the outputting place did not take into account. It includes the ability to take from their owners the land by "Shall" company. Herewith the company can take for analysis only drinking water near the place where hydraulic fracturing was made, but it was no word about fish objects water or water for livestock and monitoring during drilling. Investors were planning providing the minimum observation of ecology safety standards that means in Ukrainian corrupt system of ecology control in fact is the work without control that provides the ecology catastrophe for some settlements [6].

It is known that the right and community interests realization have to be provided by government, where government are saying the public interests of the community, so must to work with a public law in the background. On the other hand defence of the people rights by government is a public work. Accept that the public activity the relationship is administrative law subject. V. Averianov, O. Andriiko, V. Poliukhovych said that the major criteria's in definition of the administrative law subject must to be the new function "remedial" (the violation rights and interests defence), which is received in other democracy countries [1]. The most effective way for defence community interests in subsoil sphere is conclude the special agreement, which will balance the interests and needs of the government, investor and community [8], but the priority task is community interest's defence. But in the agreement with "Shell" and "Chevron" it was no words about concluding such agreements with community. And also he regulations about community agreement registration was confirmed only in February 2013 by the Ukrainian Ministry Cabinet [7]. But Regulatory legislation does not provide community as the first subject in outputting question on their settle



territory. It was confirmed by №2438a bill where was said about withdraw from the Codex of Ukraine about bowels of the earth and Ukrainian bill "About local self-government in Ukraine" the community authority in process of giving the bowels of the earth in use. But in 2012 it was an agreement about distribution products between "Shell" and "Nadra Yuzivska" companies. P.26 of the agreement where was said about property relations between the companies about compensation and profitable hydrocarbon production, transfer of ownership of the extracted compensation and income carbohydrate products. The "Shell" company can export some part of shale gas output. In p.26.1 mentioned that hydrocarbons which outputted in result of oil production is in government ownership from the moment of extraction from the wellhead and up to the moment of distinction of commodity production to the delivery point. But the p.26.2 had regulations that companies may not dispose of commodity products without the written agreement of other side until the products will not divided on the delivery point. Every side can make future agreement purchase/sale of products. According to the p.26.4 sides can determinate prices in their own discretion and other conditionals, realization on Ukrainian territory, export, give for free and make other operations with products. And also on the products realization it was not licensing and quotes regime in the moment of export and the same restriction during the realization time on Ukrainian territory[6] that was really favorable for investors.

For the investors promotion, the documents, which provides the easiest way for getting the land for the purpose of oil and gas outputting, was continued. In Ukrainian Ministry of Energy sources had created the law project "About taking changes to the Land Code about easiest way of getting the land for oil and gas wells building, exploitation and maintenance and connected with their service or pipelines, production facilities, access roads, power lines, communication exploitation" that Cabmin registered at 28th January 2014. In the note to the law project was mentioned that the outputting companies have problems with getting the rights on the land for their actively. And also

bigger part of the oil and gas Dniprovsko-Donetskoy deposits, where 85% of gas and more than 75% of oil outputted in Ukraine, that are located in really important lands, so their withdraw or ransom can be made only by Verhovna Rada permission. The legacy terms for giving the land is from four month, but in practice it can be even for five years. In such conditionals it can not be created the project the twenty three years before outputting, because every new bore-hole corrects the place of the next one. The Energy and Coal Industry Ministry proposed to make a new norm in the law that allows outputting companies to make their exploring works in the ground of agreement with owner and without changes of its functions. In the project changes to Land Code mentioned that propose of making an agreement have to be considered during 15 days. And also the specialized office recommends allowing the outputting companies in case of higher amount of hydrocarbons from bore-hole to use the land as it was in the documents in legalize on use rights period, but no more than two years.

In November 2013 Ukraine signed the agreement about distribution the hydrocarbons in "Oleska" territory between Ukrainian country, "Chevron Ukraine" company and "Nadra Oleska". It is important to mention the fact that the successful coal-field research on Donbas territory and prediction correction about future gas outputting scope provide that in April 2014 Sloviansk become the object of attack from Russian saboteurs and hirelings. The fights character with help of diversion groups and Special Forces raids showed not their wish to be the chairman's on territory, but doing all things to demolish the work of gas researches and drilling rig activity. The Russia offensive against Ukraine provides that in August 2014 British Netherlands "Shell" company suspend the work on Yuzivsk territory (Donetska and Kharkivska oblast) in case of hard situation [9].

In November 2014 Ukraine declare that had made all terms to sign the agreement with "Shell" company which made researches in Oleskiy deposit. The conformation of enter upon Ukrainian duties had waited in the middle of December 2014[10]. But because of the price on oil and gas fallen the company

abolish the next researches at Oleskiy territory. At 11th December 2014 the №763 decree the National Committee, which provides the government regulation in energy and utilities sphere said that the price Formation on natural gas are making according to the Ukrainian legacy in background of the year plans of natural gas output, planned expenditure in economic background, determined by government legacy about using natural recourses, technical-economics computations and estimations, taxes reliance and obligatory payments, and also the prices in planned term, determined from price index predictions, approving in Ukrainian Ministry Cabinet on corresponding year. And it is important to mention that accounting and deciding the amount of normative losses and natural gas production and process costs during its mining, preparation for transporting and also transporting have to be doing in every deposit section and also in all for subject of ownership, that doing the nature gas outputting, according to Accounting standard costs and legal industrial-technological costs on oil, natural gas and gas condensate during its mining, preparing to transporting and transporting, approved by Ministry of Fuel and Energy of Ukraine from 18th May 2005 №224, registered in Ukrainian Justice Ministry 8 June 2005 by №636/10916 and Accounting standard costs and legal industrial-technological cost on oil, natural gas and gas condensate during its mining, preparing to transporting and also transporting, approved in Ukrainian Justice Ministry 6 January 2005 by №15/10295. And during the calculation on natural gas during his outputting, preparing to transporting, and also gas volumes that are used for own needs of ownership subject that are making the natural gas outputting, in case of money was not estimated and was not included to its cost [5].

In 2015 had become a d taxes norm problem of natural gas outputting problem. It was connected to the government initiative of making changes to Ukrainian Tax Code where was said that the maximum reliance on rent determinate on 70% line from confirmed prices on natural gas for people and industrial users sale without calculation in price the part of indirect taxes and special charges. It provides the reduce of



natural gas outputting in Ukraine. During the 2015 Ukrainian gas extraction lieder – the private “Ukrasvudobyvanyua” company suffered from excessive load rental. This factor assists that a foreign companies had mineralized their interest for gas outputting in Ukraine. Except the fighting’s on Donbas territory, one of the main reasons of such poor conditions is not wise activities in regulatory regulation of gas market. Struggle between some financial-industrial groups in Ukraine became huge problem in increasing the gas outputting with draw the foreign investors. Also reducing the Ukrainian outputting, not including some achievement in setting reverse supply of natural gas, has a threat for the National Secure of Ukraine.

Conclusion. According to Ukrainian Code about bowels of the earth, bowels of the earth are in ownership of Ukrainian nation and can be given only in use. And also in Tax Code did not form the concept as royalty on natural resources, and only the rent concept in his fiscal understanding. In practice full ask for add price for deposits owner profit happens really rarely. One part of the rent is contractor profit. So that is why it is important to add in Tax Code the rent concept on natural resources, reliance on royalty for deciding of this rent, which have to be given in budget. Also the royalty concept but not the rents as the payment for natural sources outputting is commonly-used in the world practice and had used in countries with developing economic market. The proposal agreement projects on shale gas outputting, even with enormous PR Company about low combustible prices and increasing the outputting amount for Ukraine with investors rights on deciding the price and sell market of fuel. Also the government rights humiliated, as the community rights on providing with safe ecology. This circumstances demands more attention for developing the shale gas outputting in Ukraine. High shale gas concentration on west territories in fighting’s time with Russia Federation some how provides with the outputting process. On the other hand, the potential unstable situation in case with Crimea annexation, admiration by Russian mercenaries and regular units on Ukrainian Donbas impairs the investment climate in the government, do not provide

the massive shale gas outputting, which can be one of the means of improving the level of Energy Secure of Ukraine.

References:

1. Авер’янов В. Академічні дослідження проблем державного управління та адміністративного права: результати і перспективи / В. Авер’янов, О. Андрійко, В. Полухович // Юридичний журнал. – 2004. – № 5. – С. 180 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://justinian.com.ua/article.php?id=1191>.

2. Бобко У.П. Колективні договори як механізм адміністративно-правового захисту інтересів територіальних громад у сфері користування надрами / У.П. Бобко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://aplaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/1-7-2014/item/260-kolektyvni-dohovory-yak-mekhanizm-administratyvno-pravovoho-zakhystu-interesiv-terytorialnykh-hromad-u-sferi-korystuvannya-nadramy-bobko-u-p>.

3. Дейнеко В.В. Сланцевий газ: екологічні аспекти видобутку (світовий досвід для України, аналітичні оцінки) / В.В. Дейнеко // Регіональна економіка. – 2012. – № 4. – С. 98.

4. Екологічні проблеми видобування сланцевого газу в Україні / Рішення комітету з питань екологічної політики, природокористування та ліквідації наслідків Чорнобильської катастрофи [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://komekolog.rada.gov.ua/komekolog/control/uk/publish/article?art_id=50631&cat_id=47174.

5. Офіційний вісник України. – 2015. – № 5. – Ст. 100.

6. Повний текст угоди з Shell про видобуток сланцевого газу. Інвестор експортуватиме видобутий газ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://texty.org.ua/pg/news/newsmaker/read/42931/Povnyj_tekst_ugody_z_shell_pro_vydobutok.

7. Про порядок повідомної реєстрації галузевих (міжгалузевих) і територіальних угод, колективних договорів : Постанова Кабінету Міністрів України № 115 від 13 лютого 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/115-2013-p>.

8. Teel J. International Environmental Impact Assessment: A Case Study

in Implementation / Julie Teel // 31 Environmental Law Reporter 10291. – 2001.

9. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://novosti.dn.ua/themes/64/>.

10. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://biz.liga.net/ekonomika/tek/novosti/2890628-ukraina-ozhidaet-podpisaniya-gazovogo-soglasheniya-s-chevron-htm>.



ПРЕДПОСЫЛКИ ПРИНЯТИЯ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ В АМЕРИКАНСКОМ ПРАВОВОМ РЕАЛИЗМЕ

Ульяна СОКИЛ,

аспирант кафедры теории и истории государства и права
Хмельницкого университета управления и права

Summary

The article reveals the preconditions of judicial decision in American legal realism, their nature, characteristics. Explains the influence of the prerequisites on the formation of a judicial decision in a case in American legal realism. Analyzed the writings of representatives of American legal realism, their research, views and practical activity on the basis of which, the author has selected and described in detail the prerequisites that affect judicial decision-making: the personality of the judge in making a judicial decision; intuition (the premonition) judges in the formation of judicial opinions and the features of the process of judicial discretion.

Key words: American legal realism, judgments, judges intuition (premonition), judicial discretion, individual judges, judicial process.

Аннотация

В статье раскрываются предпосылки принятия судебного решения в американском правовом реализме, их сущность, особенности. Обосновывается влияние предпосылок на формирование судебного решения при рассмотрении дела в американском правовом реализме. Проанализированы труды представителей американского правового реализма, их исследования, взгляды и практическая деятельность, на основании которых автором выделены и подробно описаны предпосылки, влияющие на принятие судебных решений, а именно: индивидуальность судьи в принятии судебного решения, интуиция (предчувствие) судьи в формировании судебного заключения и особенности процесса судебного усмотрения.

Ключевые слова: американский правовой реализм, судебные решения, интуиция (предчувствие), судебное усмотрение, индивидуальность судьи, судебный процесс.

Актуальность темы исследования. В современных условиях реформирования системы правосудия особую актуальность приобретает роль судебной власти в применении права. В связи с этим представляется целесообразным рассмотреть опыт ведущих философско-правовых течений, обосновывающих особенности принятия судебных решений. Среди таких течений особого внимания заслуживает американский правовой реализм. В частности, важным является исследование предпосылок принятия судебных решений в американском правовом реализме. К ним следует отнести индивидуальность судьи, его интуитивный подход к принятию решения, а также судебное усмотрение. Представители американского правового реализма считали, что судья сначала на интуитивном уровне находит решение и только потом начинает искать рациональные обоснования, которые могут мотивировать такое решение. При изучении и анализе всех обстоятельств конкретного дела судья подсознательно или сознательно учитывает внеправовые факторы, которые формируют его индивидуальность. Реалисты утверждали, что, посмотрев на то, как принимаются решения в реальной жизни, следует согласиться, что при решении сложных дел судья имеет определен-

ную свободу выбора при принятии решений, в случаях пробелов в законодательстве или пробелов в праве, когда нормы нечеткие или существует коллизия правовых норм.

Целью статьи является исследование и анализ предпосылок принятия судебных решений в американском правовом реализме, с опорой на взгляды и практическую деятельность представителей данной школы.

Изложение основного материала. Американский правовой реализм возник в начале XX века в Соединенных Штатах Америки и объединил вокруг группы профессоров права и юристов в 1920-х и 1930-х годах, таких как Карл Ллевеллин (Karl Llewellyn), Джером Фрэнк (Jerome Frank), Оливер Уэнделл Холмс (Oliver Wendell Holmes), Макс Радин (Max Radin), Джозеф Хатчесон (Joseph Hutcheson) [1, с. 249] и других, которые пытались доказать, что для понимания сущности права необходимо обратиться к реальным судебным процессам, а не ограничиваться только теориями и законодательством. Они утверждали, что то, как судьи решают дела и принимают решения, не соответствует тому, как это описано в юридической литературе. Представители американского правового реализма считали, что законодательство всегда неполное и содержит момент неопре-

деленности, судебные дела не могут рассматриваться, а решение приниматься только как процесс применения правил.

Американские правовые реалисты отмечали, что при решении дел судьи, в основном, используют «факт воздействия», а не «норму воздействия». Как судья отвечает фактам конкретного дела, определяется различными психологическими и социологическими факторами, одновременно сознательными и несознательными. Окончательное решение является «продуктом» не совсем закона, который, как правило, предполагает более чем один справедливый результат, а влиянием различных психосоциальных факторов, начиная от политической идеологии и до личности судьи. Среди факторов, влияющих на принятие судебного решения в американском правовом реализме, следует выделить: индивидуальность судьи, интуицию (предчувствие) судьи и особенности процесса судебного усмотрения. Остановимся подробнее на каждой из предпосылок принятия судебного решения в американском правовом реализме.

Индивидуальность судьи. Один из ведущих представителей американского правового реализма Джером Фрэнк писал, что если право состоит из решений судей, и эти решения ба-



зируются на судебных предположениях, то способ, которым судья получает свои предположения, является ключом к судебным процессам. Любые результаты судебных предположений создают право. Факторы влияния на судью многочисленны и запутанны, что особенно часто зависит от индивидуальных особенностей судьи, чьи выводы и судебные решения должны быть разъяснены.

Судья может испытывать как симпатию, так и антипатию к лицам свидетелей, юристов и других участников судебного процесса. Личное прошлое судьи может вызвать положительную или отрицательную реакцию на женщин-блондинок, на мужчин с бородой, на южан, на итальянцев, на англичан, на слесарей, на министров, на выпускников колледжа, или на члена демократической партии. Невнятное произношение, кашель или мимика могут возродить или болезненные, или же приятные воспоминания у судьи в то время, когда он слушает свидетеля с таким произношением или кашлем, или мимикой, или дальнейшее воспоминание о том, что сказал свидетель, вызывает ли это сомнение, или, наоборот, разрушает его. Все это может повлиять на предварительное рассмотрение дела судьей [6, с. 115].

В философии американского правового реализма под судебской индивидуальностью понимают своеобразные черты характера, склонности, предвзятость и привычки отдельного судьи. По мнению Фрэнка, индивидуальность судьи является центральным фактором в правотворчестве, поэтому закон может меняться в зависимости от индивидуальности судьи по делу. При этом реалист подчеркивал, что существуют случаи применения махинаций судьями, которые скрывают судебное несоответствие [6, с. 120].

Свою профессиональную деятельность судьи США начинают как юристы без всякой специализированной подготовки, поскольку такого требования для судебной карьеры нет. Однако в процессе своей деятельности, направляясь к высшим рядам судов, они могут по собственному желанию проходить специализированные курсы, обмениваться международным опытом, что позволяет судье при рассмотрении конкретного дела более обоснованно

изложить свои соображения при формировании решения. Профессиональный опыт судьи позволяет ему глубже погрузиться в суть конкретного дела. Поскольку, имея за спиной опыт работы в других государственных или частных структурах, багаж знаний, навыков, практики в той или иной отрасли права, судья может лучше понять как сильные, так и слабые стороны участников судебного процесса, что, несомненно, повлияет на обоснование заключения по делу. Стоит обратить внимание и на политическую принадлежность и убеждения американских судей. Поскольку они назначаются путем политической процедуры, то именно поэтому политические взгляды судьи имеют влияние на формирование заключения по делу.

Интуиция (предчувствие) судьи. Представитель американского правового реализма, федеральный судья США Джозеф Хатчесон исследовал предпосылки при принятии судебных решений через интуицию (предчувствие). Он определял, что судья ведет свою «воображаемую игру» при поиске справедливого решения, во время которой он руководствуется своими предчувствиями [13, с. 272].

Хатчесон замечал, что когда возникают предчувствия при принятии решения, то судья действует более точно, чем адвокаты во время работы над своими делами, с одним лишь исключением: если адвокат задался целью выиграть дело клиента, то он ищет и ссылается на те предчувствия, которые держат его на пути, который он выбрал, а судья, чтобы найти справедливое решение, будет следовать своим предчувствиям, куда бы они его ни привели: или на сторону ответчика, или на сторону истца.

Судья Хатчесон, используя интуицию при принятии решения, считал, что это первоклассное состояние ума, которое может предчувствовать и создает лучших детективов, адвокатов, судей, материалы дел которых наиболее рискованны. Он говорил: «...факты являются «стерильными» до тех пор, пока не появляются умы, которые способны выбрать между ними и проникать в те, которые что-то скрывают и понимать, что именно они скрывают» [3, с. 279].

Однажды Хатчесон спросил у своего коллеги-судьи, как он формирует

свои решения, и тот, улыбнувшись, словно впервые выдавал свою тайну, ответил: «Я всегда решаю свои дела с помощью предчувствия, поскольку неверно решать все дела путем расчета». Впоследствии Хатчесон задал тот же вопрос другому своему коллеге, которым восхищался за его мастерство и беспристрастность, и он тоже, улыбаясь, ответил, что его на улице побьют, если узнают, что после слушания дела с полным сознанием, показаниями всех свидетелей, тщательно следуя всем аргументам, он ждал, пока начнет «предчувствовать» заключение.

Известный реалист Макс Радин отмечал, что судья не решает дела с применением абстрактных норм права, а углубляется в поиски определенной нормы закона, которой будет соответствовать желаемый для судьи результат. Судья действительно предчувствует, каким должен быть желаемый результат по делу и таким образом пытается найти ту норму закона, которая приведет к такому результату, опираясь на свои знания, опыт, профессионализм. Реалист считал, что жизненно важным мотивационным импульсом для решения дела судьей является интуитивное предчувствие того, что является правильным для определенного дела. Судья применяет свой опыт и подробно обдумывает свой вывод не только для того, чтобы оправдать свои предчувствия, но и обосновать свое решение.

Радин писал: «Как мы знаем, судьи тоже люди. Они питаются тем же, руководствуются такими же эмоциями и смеются над такими же шутками» [5, с. 359]. Он считал, что судьи при толковании правовых норм путем изучения подготовительных материалов, протоколов заседаний и других документов не должны погружаться в анализ того, что на самом деле было в планах законодателя при написании этих правовых норм, а исходить из обстоятельств конкретного дела и своей интуиции.

В философии американского правового реализма господствует убеждение, что судебные решения принимаются судьями интуитивно на основе ощущения того, что они правильные. То есть решение сначала принимается подсознательно и без явного логического обоснования, ведь интуиция (предчувствие) – это бессознательный ум, помо-



гающий форсировать выводы, минуя рассуждения и умозаключения. Интуиция (предчувствие) проявляется как мгновенное понимание ситуации без использования рационального мышления.

В частности, по мнению Хатчесона, судья может вынести произвольное решение, однако если он не может найти норму закона, которая хотя бы частично поддерживала его вывод, он будет чувствовать себя некомфортно. Судья должен определить причины своих предчувствий, обосновывающих решение. Он может решить дело только тогда, когда «почувствует» решение, чему предшествует тяжелая работа над многими особыми мнениями. М. Радин поддерживал взгляды Хатчесона о том, что судьи сначала находят решения и только потом начинают искать рациональные обоснования, которые могут мотивировать такое решение.

Судебное усмотрение. Существует мысль, что судебное усмотрение представляет собой «тайну» для широкой публики, для юристов, для преподавателей права и самих судей» [10, с. 8]. По мнению профессора А. Гамбаряна, судебное усмотрение – объективно существующее явление, которое присуще правовой системе любого государства [11, с. 25]. Каждый судья, решая дело, сталкивается с проблемой осуществления выбора между несколькими путями решения, которые предусмотрены законом, оценки обстоятельств дела, восприятия и толкования правовой нормы. Такого же мнения придерживается и известный израильский юрист, судья Верховного суда Израиля Аарон Барак: «Судебное усмотрение – это право выбора из нескольких альтернатив, каждая из которых является законной». [10, с. 2–3]. Он также писал, что «судебное усмотрение не является абсолютным. Оно ограничено. Эти ограничения вытекают, прежде всего, из общей нормативной системы, институциональных проблем судебной ветви и из комплексной сети отношений среди всех ветвей власти. Принимая это во внимание, необходимо тщательно проанализировать ряд возможностей для судебного усмотрения. Судья должен действовать объективно, однако у него нет другого выхода, кроме как решить дело на основе своего личного опыта и судебного усмотрения» [10, с. 13].

Считаем, что предложенные выше определения судебного усмотрения предполагают, что судья при рассмотрении дела и принятии решения будет обдумывать, проверять, изучать, обосновывать все надлежащие факты, доказательства, показания свидетелей, объяснения и тому подобное. Ведь судебное усмотрение – это определенное полномочие, которое дается судье для разрешения дела.

Существует мнение, что судебное усмотрение, на котором, в том числе, строится прецедент, можно рассматривать как источник права в идеальном смысле. Под источником права в идеальном смысле традиционно понимаются различные правовые учения и доктрины, правосознание, идеологические и другие факторы, которые повлияли на становление правовой нормы [15, с. 195]. С формальной точки зрения, это подтверждается тем, что при дальнейшем использовании установленного прецедента традиционно делается ссылка на решение, которым этот прецедент впервые был установлен, и на суд, который его установил. То есть, в буквальном смысле, суд создал право, создал новую норму. И если это решение пройдет проверку временем, а у судьи, который будет применять право, в будущем не будет причин отказать от него как от абсурдного, то это решение будет считаться установленной нормой права [15, с. 198].

По нашему мнению, определять судебное усмотрение в качестве источника права, даже в идеальном смысле, не совсем правильно. Следует исходить из общепринятого определения источника права. Источник права – это способ внешнего выражения и закрепления правовых норм, а также положений, которые раскрывают и толкуют содержание права. Источник права – это сила, которая создает право. Такой силой, прежде всего, является власть государства, которая реагирует на потребности общества, развитие общественных отношений и принимает соответствующие правовые решения. То есть судебное усмотрение может быть основой конкретного источника права (например, прецедента), поскольку судебное решение, которое в дальнейшем может стать прецедентом, принимается на основании установленных фактов, доказательств, а также судебного усмотрения.

По мнению профессора Гарвардской школы Джона Грэй, который разделяет взгляды американских правовых реалистов, свобода судебного усмотрения не носит безграничный характер и имеет определенные границы. Однако фактически эти границы до сих пор не определены и вызывают сомнения [13, с. 266]. Судья в рамках этих границ может толковать закон по своему усмотрению, а следовательно, закон не является исчерпывающей основой судебного решения.

Грэй писал, что судьи не ставят закон выше своего судопроизводства, но их судопроизводство фактически становится законом. Однако при вынесении решения по делу судьи ограничены определенным материалом или источниками права. Под источниками права профессор понимал законы, прецеденты, принципы морали, обычаи научную доктрину, мнения авторитетных коллег [13, с. 267]. То есть Грэй рассматривал нормы законов и прецедентов на уровне принципов морали, обычаев и научной доктрины как средства, которые одновременно и создают определенную свободу судебного усмотрения при решении дел, и ограничивают ее. Учитывая это, ученый предлагал отделить понятие права от понятия источника права. Право – это то, что является обязательным, а обязательным является только то, что реально устанавливает суд по конкретному делу и применяет к конкретным ее участникам. Источники права хотя и влияют на решение в той или иной степени, но не дают судье абсолютных обязательных инструкций, оставляя ему достаточную, хотя и безграничную свободу для маневрирования [13, с. 268].

Известный американский правовой реалист Карл Ллевеллин достаточно глубоко исследовал правовую систему США, уделяя особое внимание судебной практике. Свои правовые взгляды он изложил в работе «Система прецедентного права в Америке». Центральной идеей этой работы является положение о том, что американская система прецедентного права предоставляет судьям как относительную свободу действий, так и ограничения.

Основой относительной свободы является концепция правовых норм и прецедента. Ллевеллин утверждал, что суды не просто применяют право-



вые нормы, – они или сужают их, или расширяют. Доктрина прецедента является двоякой и включает в себя как методику для сужения нежелательного прецедента, так и для расширения желаемого. Ученый отмечал, что свобода действий суда состоит не только в возможности широкого толкования правовых норм, но и в возможности толковать факты [4, с. 76].

Он писал, что на практике судья может отступить от прецедента, или отделив свое дело от части прецедента, или отменив его, а также с помощью других приемов. По словам Левеллина, нет такого прецедента, который бы суд при сильном желании не мог бы проигнорировать. Судьи, как правило, стараются не отменять прецеденты по той причине, что это может подорвать веру в авторитет судебной системы и без необходимости дестабилизировать правовую систему [4, с. 76–77].

Ллевеллин нашел золотую середину между свободой и ограничениями судебного усмотрения. Он отмечал, что ограничения накладываются на судей профессиональной этикой и правилами (обязательность следовать определенным процедурам, применять определенные методы толкования права, принимать хорошо обдуманное решение; обязательность быть принципиальным, видеть все, что делается, глазами других людей; стремление к справедливости как к главному идеалу и специальная подготовка судей; неприкосновенность, независимость и честность большинства судей; состязательность процесса). Как результат, само звание «судья» накладывает определенные обязанности [9, с. 151].

Другие ограничения заключаются в том, что судьи подчиняются главному направлению развития права в данный период: их действия, как правило, контролируются другими судьями по иерархии; они зависят от того, как другие выполняют их распоряжения; судьи знают, что для обеспечения эффективности своих решений они должны, в конечном итоге, получить общественное одобрение своих действий. Тот факт, что при этом судьи имеют достаточно широкую свободу при принятии решения по делу, может вызвать у хорошего судьи чувство ответственности, что и является ограничением и гарантией здравомыслящего распоряжения

своей властью. При этом профессионализм судьи заключается в способности убедить людей и искусстве показать, что он принимает решение не просто потому, что таково его воля, а потому, что оно достаточно обосновано.

Реалист Джером Фрэнк в своих ранних работах писал, что свобода судебного усмотрения практически безгранична, и взгляд судьи должен быть направлен только на установление справедливости в конкретном деле. Однако в более поздних своих работах, которые он написал в период, когда получил опыт судьи, он говорил о том, что в реальности свобода судебного усмотрения все-таки сдерживается прецедентами. Он писал, что судьи должны быть очень осторожными при изменении прецедентов и отступлении от них, особенно если они имеют обратную силу [7, с. 286–287]. Фрэнк писал, что в тех случаях, когда суд вправе законно применить свободу усмотрения при решении дела, ему необходимо прямо и честно признавать это. Такая прозрачная позиция будет в большей степени сдерживать его субъективизм [13, с. 286].

Выводы. Принимая во внимание профессиональный опыт представителей американского правового реализма, можно сделать вывод, что предпосылками, которые оказывают существенное влияние при принятии судьями решения по делу, являются:

1) индивидуальность судьи, в частности: прошлое судьи (его правовой и политический опыт), черты характера, склонности, привычки, индивидуальные способности, образовательный уровень судьи, его состоятельность и общественное положение, политическая принадлежность и убеждения;

2) интуиция (предчувствие), как бессознательный ум, помогает форсировать выводы, минуя рассуждения и умозаключения. Судья может решить дело только тогда, когда «почувствует» решение, чему предшествует тяжелая работа над многими особыми мнениями. Судьи сначала находят решения и только потом начинают искать рациональные обоснования, которые могут мотивировать такое решение;

3) судебное усмотрение, особенности которого заключаются в том, что существует середина между свободой судебного усмотрения и его

ограничениями. К таким ограничениям следует отнести: 1) процедуру и принципы судебного процесса и принятия решений; 2) профессиональную этику; 3) подчинение действию закона в определенный период; 4) контроль другими судьями по иерархии; 5) источники права; 6) ощущение необходимости достижения справедливости; 7) состязательность процесса и необходимость выбора между двумя альтернативами, которые предлагаются сторонами; 8) коллегиальность судебного процесса; а также перечень следует дополнить самым званием «судья», которое накладывает определенные обязанности.

Список использованной литературы:

1. A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory / edited by Dennis Patterson. Blackwell Companions to Philosophy, 1996.
2. Edwards. The role of a judge in modern society: Some reflections on current practice in Federal Appellate adjudication // Clev. St. L. Rev. № 32, 1984.
3. Hutcheson Joseph Jr. Judgment intuitive the function of the hunch in judicial decision. – 14 Cornell L. Rev. 274, 1929.
4. Llewellyn K. The case law system in America. / Ed. by P. Gewirtz. Chicago : The University of Chicago Press, 1989.
5. Radin M. The theory of judicial decision: or how judges think // American Bar Association journal. 1925. – № 11.
6. Frank J. Law and the modern mind (1930). – New Brunswick : Copyright by Transaction Publishers, 2009.
7. Frank J. Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice. – Princeton : Princeton University Press, 1973.
8. Адыгезалова Г.Э. Карл Никерсон Ллевеллин / Г.Э. Адыгезалова // Правоведение. – 2009. – № 2.
9. Адыгезалова Г.Э. Социологическая юриспруденция США в XX веке. Формирование доктрины развитие и совершенствование правопорядка / Г.Э. Адыгезалова. – Санкт-Петербург : Юридический центр-Пресс, 2012.
10. Барак А. Судебное усмотрение / А. Барак. – М. : Норма, 1999.
11. Гамбарян А.С. Судейское усмотрение как сфера судебной политики /



А.С. Гамбарян // Вектор науки ТГУ. – 2011. – № 2(5).

12. Гришук О.В. Застосування природного права при здійсненні судового огляду: філософсько-правові аспекти / О.В. Гришук, Д.І. Попов. – 2014. – X. : ХУУП, 2014.

13. Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве / А.Г. Карапетов. – М. : Статут, 2011.

14. Мельник М.О. Американська та скандинавська школи правового реалізму: порівняльний аспект / М.О. Мельник // Наукові записки НАУКМА. Юридичні науки. – 2013.

15. Орлов А.В. Судейское усмотрение как источник права в идеальном смысле в правовой системе США / А.В. Орлов // Научный поиск. Экономика. Управление. Право : материалы III-й науч. конф. аспирантов и докторантов / отв. за вып. С.Д. Ваулин. – Челябинск : Южно-Уральский государственный университет. – Изд. центр ЮУрГУ, 2011.

ПЛАТЕЛЬЩИК КАК ОСНОВНОЙ ЭЛЕМЕНТ ПРАВОВОГО МЕХАНИЗМА АКЦИЗНОГО НАЛОГА: РЕТРОСПЕКТИВНЫЙ АНАЛИЗ

Валерий СТЕПАНОВ,

соискатель кафедры финансового права
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Summary

The article is devoted to scientific and theoretical research of peculiarities of legal status of the payer, which is one of the main elements of the legal framework the excise tax. Carried out a detailed analysis of the regulatory provisions of all legislation adopted since independence the Ukrainian government, which was aimed at legal regulation of excise tax that allowed the author to conduct research of issues raised in the retrospective aspect. Contents the regulatory provisions of the Decree of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On excise tax" adopted on 26.12.1992, as amended from 25.04.2001 year. Substantiated the progressive nature of the latter, because he first eliminated the binding of taxpayers solely to the business entities, as well as performed their differentiation into resident and non-resident. The attention is focused on the inconsistency of legislative consolidation as a payer of excise duty legal and physical persons who buy (get into other forms of ownership, use or disposal) of excisable goods in tax agents.

Key words: tax system, excise tax, payer, decree, tax code, element of legal mechanism of tax excisable goods.

Аннотация

Статья посвящена научно-теоретическому исследованию особенностей правового статуса плательщика, который является одним из основных элементов правового механизма акцизного налога. Осуществляется детальный анализ нормативных положений всех законодательных актов, принятых начиная с момента провозглашения независимости украинского государства, действия которых было направлено на правовое регулирование взимания акцизного налога, что позволило автору провести исследование поднятой проблематики в ретроспективном аспекте. Раскрывается содержание нормативных положений Декрета Кабинета Министров Украины «Об акцизном сборе», принятого 26.12.1992 года, в редакции от 25.04.2001 года. Обоснован прогрессивный характер последнего, в силу того, что он впервые ликвидировал привязку плательщиков налога исключительно к субъектам предпринимательской деятельности, а также осуществил их дифференциацию на резидентов и нерезидентов. Акцентируется внимание на противоречивости законодательного закрепления в качестве плательщика акцизного налога юридических или физических лиц, которые покупают (получают в другие формы владения, пользования или распоряжения) подакцизные товары у налоговых агентов.

Ключевые слова: налоговая система, акцизный налог, плательщик, декрет, налоговый кодекс, элемент правового механизма налога, подакцизные товары.

Постановка проблемы. Плательщик является одним из основных элементов правового механизма акцизного налога, который в течение всего периода становления системы косвенного налогообложения в Украине подвергался существенным изменениям и различным формам модификации. Поэтому очень важное значения приобретает необходимость проведения комплексного научно-теоретического исследования особенностей правового статуса плательщика акцизного налога в ретроспективном аспекте путем проведения детального анализа нормативных положений всех законодательных актов, принятых начиная с момента провозглашения не-

зависимости украинского государства, действия которых было направлено на правовое регулирование взимания акцизного налога.

Актуальность темы исследования подтверждается фактом того, что состоянием на сегодня отечественная налогово-правовая доктрина лишена комплексного, фундаментального исследования особенностей правового статуса плательщика акцизного налога в ретроспективном аспекте, что крайне негативным образом сказывается на перспективе дальнейших научных поисков, связанных с усовершенствования и оптимизацией действующего правового механизма взыскания акцизного налога.



Состояние исследования. Научно-теоретический анализ особенностей правового статуса плательщика акцизного налога осуществляется многими учеными. Среди них следует упомянуть Е.Ю. Грачёву, А.Н. Козырина, Н.П. Кучерявенка, Э.Д. Соколову, В.П. Шавшину, научные труды которых послужили фундаментальной базой для дальнейшего исследования рассматриваемого вопроса.

Целью и задачей статьи является осуществления детального анализа нормативных положений всех законодательных актов, принятых начиная с момента провозглашения независимости украинского государства, действия которых было направлено на правовое регулирование взимания акцизного налога, с целью проведения глубокого научно-теоретического исследования особенностей правового статуса плательщика акцизного налога в ретроспективном аспекте.

Изложение основного материала.

Как известно, впервые на территории Украины акцизный налог был закреплён Законом Украины от 18.12.1991 «Об акцизном сборе». Плательщикам акцизного налога в этом законе была выделена статья 2, которая гласила, что плательщиками акцизного сбора являются субъекты предпринимательской деятельности, которые реализуют на территории Украины подакцизные товары [4, с. 172]. Как видно из приведенной законодательной нормы, обязанность по уплате акцизного налога зависела исключительно от реализации на территории Украины подакцизных товаров, независимо от того, когда и кем такие товары ввозились на территорию Украины или производились на ней. При этом, как справедливо отмечает Н.П. Кучерявенко, плательщики – субъекты хозяйственной деятельности – не поддавались никакой дифференциации [1, с. 366].

За год, после принятия от 26.12.1992 года Декрета Кабинета Министров «Об акцизном сборе», категория плательщиков акцизного налога претерпела существенные изменения по причине закрепления в качестве плательщика указанного налога производителя подакцизных товаров (продукции), а также субъектов предпринимательской деятельности, которые импортируют подак-

цизные товары (продукцию) [3, с. 82]. Данное положение демонстрирует отсутствие какой-либо дифференциации плательщиков акцизного налога. Что касается физических лиц, то обязанность по уплате акцизного сбора связывалась с единственным условием: занятием предпринимательской деятельностью, а следовательно, физические лица, которые ввозили подакцизные товары не в режиме предпринимательской деятельности и без цели получения прибыли, не должны уплачивать акцизный налог [1, с. 367]. Ни одного упоминания о возможных допустимых объемах, которые бы препятствовали физическим лицам, не являющимся субъектами предпринимательской деятельности, и таким, которые действовали без цели получения прибыли, в упомянутом законодательном акте не имеется. Не вызывает сомнений тот факт, что такой подход законодателя был невзвешенным, и, более того, – ложным. Можно долгое время анализировать такое предписание и описывать все его недостатки, однако, по нашему мнению, продуктивнее будет проиллюстрировать это на примере дальнейшего развития законодательного закрепления акцизного налога в целом, и категории плательщика акцизного налога в частности, как в Украине, так и в некоторых зарубежных странах.

Первым существенным изменением в нормативном закреплении налогоплательщика стала редакция закона «Об акцизном сборе» от 01.01.1996 [3, с. 82]. Тогда к вышеупомянутому перечню плательщиков акцизного налога были включены граждане Украины, иностранные граждане и лица без гражданства, которые ввозят (пересылают) предметы (товары) на таможенную территорию Украины в соответствии с законодательством [3, с. 82]. Безусловно, такой подход законодателя был прогрессивным и верным. Впервые уплата акцизного налога не связывалась исключительно с занятием предпринимательской деятельностью. Однако, опять-таки, не ставится никакого акцента на объеме подакцизных товаров, которые подлежали бы налогообложению, что, безусловно, является пробелом.

Существенные изменения в регулировании плательщика акцизного налога произошли с изменениями к Декрету

Кабинета Министров Украины «Об акцизном сборе» от 14.12.1999. В таком виде данные положения просуществовали вплоть до принятия Налогового кодекса Украины 2010 года, за исключением изменений, которые были внесены в статьи второго пункта, с появлением новой редакции этого Декрета 25.04.2001. Именно указанная редакция статьи, посвященная плательщику акцизного налога, была изменена в положениях Налогового кодекса Украины [2]. Рассмотрим более детально норму, которую закреплял Декрет Кабинета Министров от 25.04.2001 «Об акцизном сборе», по которому «плательщиками акцизного сбора являются:

а) субъекты предпринимательской деятельности, а также их филиалы, отделения (другие обособленные подразделения) – производители подакцизных товаров на таможенной территории Украины, в том числе из давальческого сырья по товарам (продукции), на которые установлены ставки акцизного сбора в твердых суммах, а также заказчики, по поручению которых изготавливается продукция на дачных условиях по товарам, на какие установлены ставки акцизного сбора в процентах к обороту, уплачиваемые акцизным сбором производителю;

б) нерезиденты, которые осуществляют изготовление подакцизных товаров (услуг) на таможенной территории Украины непосредственно или через их постоянные представительства или лица, приравненные к ним согласно законодательству;

в) любые субъекты предпринимательской деятельности, другие юридические лица, их филиалы, отделения, другие отделенные подразделения, которые импортируют на таможенную территорию Украины подакцизные товары, независимо от наличия внесенных к ним иностранных инвестиций;

г) физические лица – резиденты или нерезиденты, которые ввозят (пересылают) подакцизные вещи или предметы на таможенную территорию Украины в виде сопровождаемого или несопровождаемого багажа, а также физические лица, получающие такие подакцизные вещи (предметы), пересланные (присланные) из-за таможенной границы Украины в виде почтовых или других отправлений или несопровождаемого багажа, в объемах или стоимостью



превышающие нормы беспрошльного перевоза (пересылки), определенные таможенным законодательством для таких физических лиц;

д) юридические или физические лица, которые покупают (получают в другие формы владения, пользования или распоряжения) подакцизные товары у налоговых агентов».

Сейчас хотелось бы отметить, что разница между редакциями Декрета Кабинета Министров «Об акцизном сборе» от 14.12.1999 и от 25.04.2001 заключалась в дополнении пункта «а» словами: «по товарам (продукции), на которые установлены ставки акцизного сбора в твердых суммах, а также заказчики, по поручению которых изготавливается продукция на давальческих условиях по товарам, на которые установлены ставки акцизного сбора в процентах к обороту, которые уплачивают акцизный сбор производителю» [3, с. 82]. На наш взгляд, такое дополнение необходимо для большей детализации понятия плательщика акцизного налога в операциях с давальческим сырьем, ведь на практике данная сфера регулирования вызвала немало разногласий (подробнее на этом мы остановимся позже).

Однако непонятным кажется законодательное закрепление в качестве плательщика акцизного налога юридических или физических лиц, которые покупают (получают в другие формы владения, пользования или распоряжения) подакцизные товары у налоговых агентов [3, с. 82]. То есть такой законодательной нормой признается реальный плательщик в качестве плательщика акцизного налога. Нам такая норма представляется нелогичной и неоправданной. Ведь одной из особенностей акцизного налога, которая касается именно этого налогоплательщика, является то, что этот налоговый платеж предусматривает именно формального плательщика налога. Что касается реального плательщика, как справедливо отмечает Н.П. Кучерявенко, то он остается как бы за пределами правового регулирования, и законодатель никоим образом не касается вопроса правового урегулирования его статуса [1, с. 367]. В то же время обязанность по перечислению акцизного налога возникает у лица, которое включило его объемы в стоимость товара; статус такого лица

и имеет законодательное закрепление.

Действующая редакция Налогового кодекса Украины [2] не имеет фундаментальных отличий в закреплении определенных отличий в закреплении определения плательщика акцизного налога. Так, в течение пяти лет существования этого кодекса категория налогоплательщика подвергалась определенным изменениям, которые заключались включением-выключением определенных лиц, и на сегодня действующий Налоговый кодекс Украины содержит более расширенный перечень плательщиков акцизного налога, по сравнению с первой его редакцией, которая определяла в качестве таковых:

а) лица, которые производят подакцизные товары (продукцию) на таможенной территории Украины, в том числе из давальческого сырья;

б) лица-субъекты хозяйствования, которые ввозят подакцизные товары (продукцию) на таможенную территорию Украины;

в) физические лица – резиденты или нерезиденты, которые ввозят подакцизные товары (продукцию) на таможенную территорию Украины в объемах, подлежащих налогообложению, согласно таможенному законодательству.

г) лица, которые реализуют конфискованные подакцизные товары (продукцию), подакцизные товары (продукцию), признанные бесхозными, подакцизные товары (продукцию), за которыми не обратился владелец до конца срока хранения и подакцизные товары (продукцию), которые по праву наследования или на других законных основаниях переходят в собственность государства, если эти товары (продукция) подлежат реализации (продаже) в установленном законодательством порядке;

д) лица, которые реализуют или передают во владение, пользование или распоряжение подакцизные товары (продукцию), ввезенные на таможенную территорию Украины с освобождением от налогообложения до окончания срока, определенного законом в соответствии с пунктом 213.3 статьи 213 Налогового кодекса Украины [2];

е) лица, на которых возлагается соблюдение требований таможенных режимов, предусматривающих освобождение от налогообложения, в случае нарушения таких требований;

ё) лица, на которых возлагается выполнение условий относительно

целевого использования подакцизных товаров (продукции), на которые установлена ставка налога 0 гривен за 1 литр 100-процентного спирта, 0 евро за 1000 кг нефтепродуктов в случае нарушения таких условий;

ж) лица, на которых при совершении операций с подакцизными товарами (продукцией), не подлежащих налогообложению или освобожденных от налогообложения, возлагается выполнение условий относительно целевого использования подакцизных товаров (продукции) в случае нарушения таких условий.

Как видим, первая редакция Налогового кодекса Украины содержала перечень лиц-плательщиков акцизного налога, который на фоне Декрета Кабинета Министров Украины «Об акцизном сборе» от 25.04.2001 выгодно отличался разветвленностью, дифференцированностью и соответствием временным реалиям. На сегодня же действующий Налоговый кодекс Украины в указанный перечень плательщиков акцизного налога включает также:

– лица-субъекты хозяйствования розничной торговли, осуществляющие реализацию подакцизных товаров;

– лица-владельцы ввезенного на таможенную территорию Украины грузового транспортного средства, которое переоборудуется в легковой автомобиль, с которого взимается акцизный налог;

– оптовые поставщики электрической энергии;

– производители электрической энергии, которые имеют лицензию на право осуществления предпринимательской деятельности по производству электрической энергии и продают ее вне оптового рынка электрической энергии. При этом делается оговорка, что лица, кроме оптовых поставщиков электрической энергии, осуществляющих деятельность по производству электрической энергии при условии ее продажи на оптовом рынке электрической энергии и/или по поставке электрической энергии, не являются плательщиками акцизного налога [2].

Выводы. Итак, проанализировав Декрет Кабинета Министров Украины «Об акцизном сборе» от 14.12.1999 в редакции от 25.04.2001, можно говорить о заметной прогрессивности последней на фоне его предыдущих редакций



THE LEGAL STATUS OF THE INTRA-EU BILATERAL INVESTMENT AGREEMENTS

Bohdan STRILETS,

Post-graduate student

of International Law and Comparative Law Department of the Kyiv University of Law
of the National Academy of Sciences of Ukraine

Summary

The article is devoted to the analysis of legal status of bilateral investment treaties that exist between EU Member States (intra-EU BITs). The author considers matters of emergence of these treaties, analyses positions of the EU Commission, EU Member States and investment tribunals regarding intra-EU BITs existence, as well as rules of international law. The author makes a conclusion that the EU seeks to gradually eliminate existence of intra-EU BITs and the independent dispute resolving mechanisms (arbitral tribunals).

Key words: the European Union, investment activity in the EU, intra-EU BITs, investment arbitral tribunals, Court of Justice of the European Union

Аннотация

Статья посвящена исследованию правового статуса двусторонних инвестиционных договоров, существующих между государствами-членами ЕС («внутренних» двусторонних инвестиционных договоров). Автор рассматривает вопросы возникновения данных договоров и анализирует позиции Комиссии ЕС, государств-членов ЕС, инвестиционных арбитражей относительно их существования, а также нормы международного права. Делается вывод, что ЕС постепенно пытается исключить существование таких договоров и независимых от него систем разрешения споров (арбитражей).

Ключевые слова: Европейский Союз, инвестиционная деятельность в ЕС, «внутренние» двусторонние инвестиционные договоры, инвестиционные арбитражи, Суд Европейского Союза.

Formulation of the problem.

The role of bilateral investment agreements is to provide stable legal treatment for foreign investors, promote encouragement of investment and facilitate coordination of interests of capital investors and host countries. Transferring of direct foreign investment to exclusive competence of the European Union (the EU) raised the problem of correlation of bilateral investment treaties that exist between EU Member States (intra-EU BITs) and EU law. The legal status of extra-EU BITs is determined in Regulation No 1219/2012 of the European Parliament and the Council of 12 December 2012 [1], whereas the legal status of intra-EU BITs isn't regulated which leads to numerous discussions both in legal practitioners' and academic communities. For Ukraine which ratified the Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part and concluded 24 BITs with the EU Member States [2], research of intra-EU BITs is relevant and useful.

The problem of legal status of intra-EU BITs and the issue of relation between

these agreements' provisions and rules of EU law were studied by D. Rovetta, G. Matteo Vaccaro-Incisa, A. Canet, T. Doremus, A. Ispolinov, A. Anufrieva and others.

The aim of the paper is to conduct detailed analysis of legal status of intra-EU BITs in the EU and their correlation with the EU law.

Basic material. In the 90s of the XXth century many EU Member States, particularly Western Europe states, began to conclude bilateral investment agreements, primarily with Eastern, Central and Mediterranean European countries, which were "third countries" at that time [3, p. 7]. These agreements provided for additional protection for investors (for example, establishing compensation for expropriation, introducing arbitration dispute resolution), who wanted to invest into the economy of the so-called «EU 13» countries.

In 2003, 2004 and 2007 thirteen new countries became EU Member States, and as a result a large chain of Intra-EU BIT's emerged. The Treaty of Lisbon entering into force on 1 December 2009 led to the common commercial policy being

и других нормативно-правовых актов. Прежде всего, Декретом впервые урегулированы отношения относительно налогообложения акцизным налогом производства товаров (продукции) из давальческого сырья. Исчезла привязка плательщиков налога исключительно к субъектам предпринимательской деятельности, а также осуществлена их дифференциация на резидентов и нерезидентов. Этим актом впервые урегулировались объемы вещей или предметов, которые могут ввозить физические лица – резиденты и нерезиденты – на таможенную территорию Украины, в виде сопровождаемого или несопровожаемого багажа, а также физические лица, получающие такие подакцизные вещи (предметы), пересланные (присланные) из-за таможенной границы Украины в виде почтовых или других отправок, или несопровожаемого багажа, в соответствии с нормой беспошлинного перевоза (пересылки) для таких физических лиц, определенной таможенным законодательством.

Список использованной литературы:

1. Кучерявенко Н.П. Курс налогового права. В 6 т. Особенная часть. Т. IV: Косвенные налоги / Н.П. Кучерявенко. – Х. : Право, 2007.
2. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.
3. Про акцизний збір : Декрет Кабінету Міністрів України від 26.12.1992 № 18-92 // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 10.
4. Про акцизний збір : Закон України від 18.12.1991 № 1996 – XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 12.



based on uniform principles, particularly with regard to foreign direct investment **(pursuant to Article 207 TFEU)** [4]. Due to these changes the EU Member States have lost the right to conclude bilateral investment agreements on their own authority.

The EU Commission expressed its opinion on the existence of intra-EU BITs in 2006 before signing of Lisbon Treaty. In an informal note to the Economic and Financial Committee of the Council, the Commission suggested that 'there appears to be no need for agreements of this kind in the single market and their legal character after accession (of new EU Member States – author's note) is not entirely clear. It would appear that most of their content is superseded by Community law upon accession of the respective Member State'. EU Commission officials also noted that investors could try to practice forum shopping (choice of more favorable jurisdiction) by submitting claims to BIT arbitration instead of – or in addition to – national courts [5]. According to the Commission, this could lead to arbitration taking place without applying the relevant provisions of the EU law and to the discrimination of investors.

Later, the European Commission repeatedly argued that new BITs between EU Member States are not compatible with European Law and its single market provisions, hence such treaties should no longer be ratified [3, p. 10]. The Commission has strengthened its position due to the provisions of the Lisbon Treaty.

The Commission's position is based on two arguments. First, bilateral investment treaties violate EU law, as they lead to discrimination of investors [3, p. 10]. Non-discrimination is one of the key principles of EU single market. According to Article 26 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the internal market shall comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of the Treaties [6]. The violation of this principle means that some investors enjoy a broader degree of protection under Intra-EU BITs whereas other investors from the same country should only enjoy the protection offered by the EU Law [3, p. 13], in particular, TFEU, that contains several articles covering investors and their

guarantees, for example, the provisions about freedom of establishment and freedom of capital movement (Articles 63 and 65 of TFEU).

Secondly, BITs can lead to arbitration taking place without applying the relevant provisions of EU law (as previously mentioned) if a host state violates investor protection provisions [3, p. 10]. Under EU law, investors who want to protect their rights under Article 56 of the Treaty establishing the European Community (which prohibits restrictions on the movement of capital) can either submit claim to the court of the state which violates their rights, or ask the EU Commission to initiate infringement proceedings against the mentioned state pursuant to Article 226 of the Treaty establishing the European Community. Therefore, some investors can initiate «investor-state» proceedings in an arbitration court under the provisions of BITs, but other investors do not have such possibility. Arbitration is often a preferred course of action for investors who want rapid and effective resolution of their case [3, p. 16]. D. Rovetta states that the reason of investors' relying on arbitral tribunals rather than on national courts is basically in the fact that particularities of judicial system (corruption, speed and predictability of proceedings in a case, procedure of appointment of judges etc.), as well as the degree of real implementation of the EU law, vary depending on the EU Member State [11, p. 197]. In addition, many terms of BITs can be interpreted broadly or ambiguously. Therefore, there is a significant probability of the occurrence of collisions between BITs and the EU law [3, p. 16]. While in traditional proceedings an investor cannot influence the appointment of judges, in investment arbitrations an applicant has some degree of influence on the appointment of members of the arbitration tribunal. Moreover, tribunals often directly apply the provisions of BITs and rules of other sources of the international law, rather than national law [13].

The European Court of Justice (ECJ) in Opinion 1/09 dated 8 March 2011, delivered pursuant to Article 218(11) TFEU, clearly stated that establishment of arbitration courts whose decisions could not be reviewed by the ECJ was impossible. The ECJ stated: «the envisaged agreement creating a unified

patent litigation system (currently called «European and Community Patents Court») is not compatible with the provisions of the EU Treaty and the FEU Treaty» [10]. According to D. Rovetta, the ECJ has de facto rendered impossible the establishment of an arbitration system, which is independent from the EU law and from its ultimate jurisdiction, basing its position on primary EU law [11, p. 296].

ECJ Opinion 2/2013 dated December 18, 2014, delivered pursuant to Article 218(11) TFEU has just reconfirmed such view. The ECJ stated, that the agreement on the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is not compatible with Article 6(2) TEU or with Protocol (No 8) relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union on the accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Reasons were, in particular, «it (*the agreement on the accession*) fails to have regard to the specific characteristics of the EU law with regard to the judicial review of acts, actions or omissions on the part of the EU in Common Foreign and Security Policy matters in that it entrusts the judicial review of some of those acts, actions or omissions exclusively to a non-EU body» [12].

As we can see, the EU seeks to gradually eliminate the existence of the independent dispute resolving mechanisms and decision making which shall not be reviewed by the ECJ.

While the Commission consistently and for many years pointed to the EU Member States that intra-EU BITs were incompatible with EU law, states' reaction were different, many of these agreements have been effectively terminated [14, p. 12], but most states have not taken any measures. For this reason, the European Commission started the first stage of the initiation of infringement proceedings pursuant to Article 258 TFEU. In June, 2015, the European Commission initiated infringement proceedings against five Member States (Austria, the Netherlands, Romania, Slovakia and Sweden) requesting them to terminate intra-EU BITs between them [7].

Also, the European Commission is requesting information from and initiating an administrative dialogue with the



remaining 21 EU Member States which still have intra-EU BITs in place. It should be noted that only two EU Member States – Italy and Ireland – terminated all BITs with other EU Member States in 2012 and 2013 respectively.

Jonathan Hill, EU Commissioner for Financial Services, Financial Stability and Capital Markets Union said: «We must all act together to make sure that the regulatory framework for cross-border investment in the single market works effectively. In that context, the Commission is ready to explore the possibility of a mechanism for the quick and efficient mediation of investment disputes» [7]. Probably, he means the certain alternative to investment arbitration established under BITs.

With regard to applicability of intra-EU BITs, EU Member States that were defendant in cases against a private investor of another EU Member, as well as the European Commission, (acting as *amicus curiae*) have submitted observations arguing that intra-EU BITs have become invalid because of the accession within the European community, and because the EU law prevails over BITs concluded between Member States as it overrules national law [3, p. 13]. However, as we have mentioned above not all of EU Member States support the Commission's position (even “old” EU Member States). Arguments in favor of the validity of BITs are also suggested by arbitration tribunals.

For example, in Eastern Sugar case investment arbitration tribunal considered the dispute between the company from the Netherlands and the Czech Republic on the implementation of the 1991 BIT between these countries. The Commission expressed the view that the *pacta sunt servanda* principle does not apply to these agreements, as the EU law overrides not only of the national law of the EU Member States, but also BITs concluded between them (including those that were concluded before the state's accession to the EU). Because of this, BITs in whole and their provisions in part are not applicable in case of non-compliance with the EU law [15, p. 13]. The arbitration tribunal recognized its jurisdiction in this dispute, noting that intra-EU BITs and EU law are complementary things.

In case *Eureka B.V. (Achmea B.V.) v. The Slovak Republic*, the investment arbitration tribunal rejected the arguments that the case was not arbitrable due to

the BITs' invalidity. Firstly, it noted, that 1969 Vienna Convention on the law of treaties does not provide for the automatic termination of treaties by operation of law (with the exception of treaties that conflict with rules of *jus cogens*) [8, p. 64]. This conclusion has been drawn on the basis of Article 65 of Vienna Convention («Procedure to be followed with respect to invalidity, termination, withdrawal from or suspension of the operation of a treaty»), according to which a party which, under the provisions of the present Convention, invokes either a defect in its consent to be bound by a treaty or a ground for impeaching the validity of a treaty, terminating it, withdrawing from it or suspending its operation, must notify the other parties of its claim. The notification shall indicate the measure proposed to be taken with respect to the treaty and the reasons therefore [9]. The case had no notification complying with the mentioned requirements.

In addition, the tribunal rejected the statement that the protection afforded by the BIT provision on fair and equitable treatment was entirely covered by a prohibition on discrimination under the EU law. The respondent didn't allege that there was any principle of EU law that specifically forbade treatment that was not fair and equitable. Therefore, the Tribunal does not consider that any such principle, independent of concepts of non-discrimination, proportionality, legitimate expectation and of procedural fairness, is yet established in EU law [8, p. 68].

Russian researcher A. Anufrieva shares this view, noting that investor protection mechanisms granted by international investment law are broader, at least potentially, than those granted by EU law. Provisions of EU law on the freedom of capital movement can be only the exception to this conclusion. Such provisions are really potentially equivalent to the relevant provisions of the traditional sources of international investment law [16, p. 118].

The next issue of this research is the status of intra-EU BITs according to the international law. The question that has to be answered is whether or not Article 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties applies to the above cases. This Article establishes three criteria of termination of a treaty implied by conclusion of a later treaty. According to

Article 59, a treaty shall be considered as terminated if, firstly, all the parties to it conclude a *later treaty relating to the same subject-matter*; secondly, it appears from the later treaty or is otherwise established that *the parties intended that the matter should be governed by that treaty; or the provisions of the later treaty are so far incompatible with those of the earlier one* that the two treaties are not capable of being applied at the same time.

Analyzing the first criterion, the tribunal in Eastern Sugar case considered two treaties (intra-EU BIT and the Treaty establishing the European Community) and concluded that such agreements were not related to the same subject-matter. In addition, the tribunal emphasized the fact that at that time the legislation of European Community did not contain dispute resolving mechanisms (between EU Member States and investors), therefore BITs considered to be «the best guarantee that the investment will be protected against potential undue infringements by the host state» [3, p. 22]. With the Treaty of Lisbon entering into force and competence over foreign direct investment being transferred from the national level to the EU, EU law regulates investor-state dispute settlement mechanisms, so in this aspect subject-matters of appropriate treaties are the same. It should be noted, that in Article 207 TFEU portfolio investment isn't mentioned. Direct and portfolio investments aren't differentiated in most BITs. Although the European Commission considers that the EU has external competence for portfolio investment stems in accordance with TFEU provisions [18], the question arises: why with the adoption of the Lisbon Treaty EU competence was clearly established only on portfolio investments? We believe that EU law does not cover entirely the subject-matter of BITs.

Regarding the second condition (the intention of EU Member States to terminate their BITs), in the case between the Czech Republic and Dutch investors, the court concluded that the overall intention of termination could not be found. And now intentions of EU Member States differ radically, as previously mentioned, only two countries have terminated all their BITs. Therefore, the second criterion according to Convention has not been completed yet.



Regarding the third condition, nowadays foreign direct investment covered by EU competence in many aspects (admission/market access, treatment, expropriation and dispute settlement etc). As a result, the conclusion of new intra-EU BITs by EU Member States is prohibited, because it is considered interference in the EU investment policy. However, the Lisbon Treaty contains only a general rule on competence over foreign direct investment and neither clearly defines the procedure of its implementation nor requires automatic termination of existing BITs.

Conclusions. Thus, under international law, intra-EU BITs are not subject to the automatic termination after the Lisbon Treaty entering into force. EU law does not provide investor protection that would be fully equivalent to the provisions of intra-EU BITs. However, the European Commission has quite an opposite view, considering non-termination of intra-EU BITs a violation of obligations by EU Member States under the founding treaties of the EU, since such agreements: 1) lead to investor discrimination; 2) may lead to arbitration tribunals' case settlement without applying EU law.

Final position in this matter can be only provided in appropriate decision of the ECJ. But even now some of the ECJ's statements show EU policy in relation to arbitration tribunals in general which are created, in particular, under BITs. The EU seeks to gradually eliminate the existence of the independent dispute resolving mechanisms and decision making which shall not be reviewed by the ECJ.

References:

1. Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries // Official Journal of the European Union L 351. – 20.12.2012. – Available at : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32012R1219>.
2. List of the bilateral investment agreements referred to in Article 4(1) of Regulation (EU) No 1219/2012 // Official Journal C 135, 24.4.2015. – Available at : [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1440435120025&uri=CELEX:52015XC0424\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1440435120025&uri=CELEX:52015XC0424(01)).
3. Canet A., Doremus T. Problems and challenges of Intra-EU investment treaties (Intra-EU BITS) / A. Canet, T. Doremus // Academia.Edu – Available at : https://www.academia.edu/8735310/Problems_and_challenges_of_Intra-EU_investment_treaties_Intra-EU_BITS_.
4. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007 // Official Journal C 306/1. – 17.12.2007. – Available at : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=EN>.
5. Shan W., Zhang S. The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy // European Journal of International Law. – 2010. – Volume 21, Issue 4 – Available at : <http://ejil.oxfordjournals.org/content/21/4/1049.full#fn-40>.
6. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 // Official Journal C 326. – 26.10.2012 – Available at : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.
7. European Commission – Press release. // Official website of the European Union – Available at : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm.
8. Award on jurisdiction, arbitrability and suspension in case Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-12. – Available at : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>.
9. Vienna Convention on the law of treaties. Concluded at Vienna on 23 May 1969 – Available at : <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>.
10. Opinion 1/09 of the European Court of Justice (Full Court) of 8 March, 2011. – Available at : <http://curia.europa.eu/>.
11. Rovetta D, Gambardella A. M. Intra-EU BITS and EU Law: What to Learn from the Micula Battle // Global Trade and Customs Journal. – 2015 – Issue 6 – P. 194–197.
12. Opinion 2/13 of the European Court of Justice (Full Court) of 8 March, 2011. – Available at : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=EN>.
13. Varga T. Why Investors Are Worried About Intra-EU BITS . – Available at : <http://www.law360.com/articles/682125/why-investors-are-worried-about-intra-eu-bits>.
14. Vaccaro-Incisa G. Matteo, Protection of Foreign Investment and the EU: Framework and First Fruits // Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2634978. – June 10, 2015. – Available at : <http://ssrn.com/abstract=2634978>.
15. Исполинов А.С., Ануфриева, А.А. Двусторонние договоры государств-членов ЕС о защите иностранных инвестиций и право ЕС / А.С. Исполинов, А.А. Ануфриева // Российское правосудие. – 2012. – № 8. – С. 5–22.
16. Ануфриева А.А. Международно-правовое регулирование иностранных инвестиций в ЕС на примере капиталовложений в топливно-энергетический комплекс ЕС : дисс. ... к.ю.н. по спец. «12.00.10» / А.А. Ануфриева – М., 2013. – 198 с.
17. Protocol (No 8) relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union on the accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Official Journal C 326. – 26.10.2012. – P. 273–273. – Available at : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FPRO%2F08>.
18. Answer given by Mr. De Gucht on behalf of the Commission // European Parliament official website – Available at : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2014-007127&language=EN>.



ПОЛНОМОЧИЯ МИНИСТЕРСТВА РЕГИОНАЛЬНОГО РАЗВИТИЯ, СТРОИТЕЛЬСТВА И ЖИЛИЩНО-КОММУНАЛЬНОГО ХОЗЯЙСТВА УКРАИНЫ В СФЕРЕ СТРОИТЕЛЬСТВА С УЧЕТОМ ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИИ ВЛАСТИ

Ольга СТУКАЛЕНКО,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры административного и хозяйственного права
Одесского национального университета имени И.И. Мечникова

Summary

The article presents the analysis of peculiarities of realization of powers of the Ministry of regional development, construction and housing and communal services of Ukraine in the sphere of construction activities. These characteristics are caused by contemporary changes in the legal, government systems, modification of the state's role in regulating construction activities under the influence of decentralization of power. However, the author proves that such a complex and crucial step as decentralization, should be moderate and balanced, because it entails a lot of factors that will require adequate and timely correlation from the authorities. To operate the list of the main functions of the Ministry of regional development in the field of construction, in connection with the need of revision of the system of territorial organization of power, which now becomes ineffective. The peculiarities of display of some functions of this body. Focuses on the consecration of new forms of activities of the Ministry of regional development in the field of construction activities, allowing Ukraine.

Key words: construction industry, Ministry of regional development, construction and housing and communal services of Ukraine, decentralization, authorities.

Аннотация

В статье представлен анализ особенностей реализации полномочий Министерства регионального развития, строительства и жилищно-коммунального хозяйства Украины в сфере строительной деятельности. Такие особенности обусловлены современными изменениями правовой, государственной систем, видоизменением роли государства в регулировании строительной деятельности под воздействием децентрализации власти. Вместе с тем автор обосновывает, что такой сложный и ответственный шаг, как децентрализация, должен быть умеренным и взвешенным, поскольку влечет за собой множество факторов, которые потребуют адекватной и своевременной корреляции со стороны органов власти. Приводится перечень основных функций Минрегионов в сфере строительства, в связи с необходимостью пересмотра системы территориальной организации власти, которая сегодня становится неэффективной. Раскрываются особенности проявления некоторых функций этого органа. Уделяется внимание освещению новых форм деятельности Минрегионов в сфере строительной деятельности.

Ключевые слова: строительная отрасль, Министерство регионального развития, строительства и жилищно-коммунального хозяйства Украины, децентрализация, органы власти.

Постановка проблемы. Отсутствие комплексного, научного понимания влияния децентрализации власти вообще и в сфере строительства в частности приводит к неадекватному отражению содержания трансформационных процессов, необоснованным выводам перспектив их развития. Необходимо учитывать наработки научных исследований, которые показывают, что усиление стихийного развития рыночного механизма хозяйствования обуславливает минимизацию роли государства и его органов в экономической системе; существует необходимость формирования сбалансированной законодательной базы, необходимость сохранять основы правовой и государственной системы для обеспечения и защиты собственных интересов.

Поэтому возникла ситуация, при которой нужно выработать эффективный правовой механизм управления сферой строительной деятельности. Важным элементом этого механизма является

компетенция соответствующих органов власти вообще и Министерства регионального развития, строительства и жилищно-коммунального хозяйства Украины в сфере строительной деятельности (далее – Минрегион) в частности. Данное министерство занимает центральное место в административно-правовом регулировании строительной деятельности, являясь органом специальной компетенции.

Актуальность темы исследования обуславливается новейшими тенденциями правового регулирования сферы строительной деятельности, анализ которых комплексно не осуществляется на уровне научных исследований. А это предопределяет необходимость пересмотра административно-правового статуса Минрегионов. Данное министерство отвечает за ключевые реформы в стране, такие как: децентрализация; реформы в сфере энергоэффективности и энергосбережения. Конечно, ключевой реформой является

децентрализация. Она охватывает, минимум, 22 направления и 22 министерства и ведомства, которые вовлечены в эту реформу. Однако комплексное исследование административно-правового статуса Минрегионов отсутствует.

Состояние исследования. Вопрос децентрализации публичной власти стал предметом исследований как отечественных ученых, таких как А. Батанов, М. Баймуратов, Т. Безверхнюк, С. Варналий, И. Грицяк, М. Долишний, В. Кампо, В. Керецман, А. Клиненко, И. Колиушко, В. Копиленко, В. Кравченко, А. Лелеченко, С. Максименко, П. Мартыненко, Ю. Наврузов, Н. Нижний, Н. Плахотнюк, О. Приешкина, С. Романюк, М. Харитончук и др., так и зарубежных: Т. Вюртенбергер, М. Китинг, С. Липсет, М. Портер, В. Роккан, П. Сегвари, Е. Томпсон и т.д. Но на основании анализа научной литературы можно отметить, что комплексное научное исследование в сфере строительной деятельности от-



сутствует, и на уровне научного исследования рассматривались лишь отдельные проблемы регулирования административно-правового статуса Минрегионов Украины. Эти исследования носят фрагментарный характер, несмотря на практический интерес к вопросу, связанному с механизмом правового регулирования строительной сферы. Сложность и противоречивость влияния децентрализации на механизмы регулирования строительной деятельностью обуславливают проведение подобного исследования.

Целью и задачей статьи является анализ трансформации правовых механизмов регулирования отношений в сфере строительной деятельности, новейших правовых норм, используемых при регулировании этих отношений и их влияние на юридическую сущность этих отношений, а также выявление новых тенденций и особенностей их проявления.

Изложение основного материала. Такой сложный и ответственный шаг, как децентрализация, должен быть умеренным и взвешенным, поскольку влечет за собой множество факторов, которые потребуют адекватной и своевременной корреляции со стороны власти. Каждое действие должно быть постепенным и плановым. Важная роль Минрегионов Украины в осуществлении административной реформы по децентрализации полномочий в области строительства заключается в передаче его полномочий в сфере архитектурно-строительного контроля и градостроительной деятельности органам местного самоуправления и местным органам исполнительной власти. Так, в Законе Украины «О внесении изменений к некоторым законодательным актам Украины относительно децентрализации полномочий в сфере архитектурно-строительного контроля и усовершенствования градостроительного законодательства» [1], кроме передачи им функций и части полномочий по осуществлению госархстройконтроля от Государственной инспекции архитектурно-строительного контроля Украины, предусмотрена передача полномочий местным органам власти прав по оформлению документов на подготовительные работы, начало строительства и ввод объектов в экс-

плуатацию. Это, по нашему мнению, является позитивным шагом на пути приближения административных услуг к гражданам, снижения стоимости жилья, улучшения инвестиционной привлекательности проектов в сфере строительства, повышения ответственности органов местного самоуправления за собственные решения, привлечения общественности к осуществлению контроля над застройками, борьбы с коррупцией в разрешительных и согласительных процедурах (так, в Законе определен исчерпывающий перечень причин для отказа в регистрации деклараций, что делает невозможным отказ по формальным причинам).

Однако на сегодня актуальными остаются следующие вопросы: 1) обеспечение населенных пунктов градостроительной документацией или ее обновления. Так, по состоянию на 01 октября 2015 года из 1030 населенных пунктов Кировоградской области 706 обеспечены градостроительной документацией (68,5%); все города областного (4) и районного значения (8) обеспечены генеральными планами, все районы (21) снабжены схемами планирования территорий районов, но большинство из них нуждается в обновлении [2]; 2) формирование нормативной базы, интегрированной с нормами законодательства ЕС в основных требованиях к зданиям и сооружениям, упрощение условий для размещения на рынке строительных изделий [3]. С этой целью Минрегионом, в соответствии с Регламентом ЕС № 305/2011 Европейского Парламента и Совета от 9 марта 2011 г. [4], вступившим в силу с 2013 года, разработан проект Закона Украины «О гармонизации с нормами законодательства Европейского Союза основных требований к зданиям и сооружениям, а также упрощении условий для размещения на рынке строительных изделий». Этот нормативный акт направлен на обеспечение безопасности зданий и сооружений; внедрение декларирования строительных изделий и совершенствование процесса получения технических свидетельств; создание условий добросовестной конкуренции на рынке строительных изделий; устранение технических барьеров в торговле. Согласно разработанному Министерством ре-

гионального развития, строительства и жилищно-коммунального хозяйства Плану имплементации актов законодательства ЕС по вопросам технического регулирования в строительстве [5] на сегодня осуществляется работа по имплементации Регламента № 1062/2013 от 30 октября 2013 г. [6], что определит возможность унификации документации, которая предоставляется по результатам осуществления процедур оценки соответствия. Как отмечается в Плане, это требует принятия Закона о техническом регламенте относительно размещения на рынке строительных изделий, в котором будут учтены требования Регламента 1062/2013 относительно формы технического свидетельства. Кроме того, запланированная имплементация Декларированного Регламента Комиссии (ЕС) № 157/2014 от 30 октября 2013 г. [7] обеспечит возможность широкому кругу потребителей получать достоверную информацию о строительных изделиях, размещенных на рынке.

Одним из основных направлений деятельности Минрегиона Украины является работа по дальнейшему развитию дерегуляции в строительной отрасли и возможности передачи полномочий от Минрегиона к саморегулируемым организациям [8]. Первые шаги уже сделаны. На сегодня в Украине созданы три Всеукраинские общественные организации, на которые возлагаются полномочия, ранее принадлежавшие Минрегиону Украины.

К этим саморегулируемым организациям относятся: Всеукраинская общественная организация «Гильдия проектировщиков в строительстве» [8]; Всеукраинская общественная организация «Ассоциация экспертов строительной отрасли» [9], [10]; Всеукраинская общественная организация «Гильдия инженеров технического надзора за строительством объектов архитектуры» [11]. Создание таких организаций в Украине является позитивным и очень актуальным шагом на пути к децентрализации власти. Учитывая важность этой деятельности, мы поддерживаем тех ученых, которые акцентируют необходимость принятия специального Закона Украины «О самоуправляющихся организациях», поскольку отраслевые нормативно-правовые акты не могут полностью



охватить все вопросы, связанные с их деятельностью. Так, Закон Украины «Об архитектурной деятельности» [12] не содержит, например, принципов деятельности этих организаций, их функций и т.д., хотя в научной литературе такие наработки уже давно существуют. Саморегулируемые организации для национального правового пространства – новое правовое явление, а потому требует научного осмысления. В Украине саморегулируемые организации создаются с целью повышения качества и надежности строительной продукции, а также ослабления уровня государственного регулирования в этой сфере за счет делегирования определенных полномочий государственными органами негосударственным организациям [13].

Вне всякого сомнения, остается необходимость обеспечить баланс между интересами государства, интересами органов местного самоуправления и населения. Поэтому важным направлением в регуляторной деятельности Минрегионов остается пересмотр принятых регуляторных актов с целью приведения их в соответствие с требованиями действующего законодательства и принципами государственной регуляторной политики, о чем свидетельствует, например, подготовка и принятие Закона Украины от 9 апреля 2015 № 320-VIII «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины по децентрализации полномочий в сфере архитектурно-строительного контроля и совершенствованию градостроительного законодательства» [1], принятие приказа Министерства регионального развития, строительства и жилищно-коммунального хозяйства Украины и Министерства энергетики и угольной промышленности Украины от 14 июля 2014 № 193 / 507 «О признании утратившим силу приказа Государственного комитета строительства, архитектуры и жилищной политики Украины и Государственного комитета Украины по надзору за охраной труда от 27 ноября 1997 года № 32/288» [14], приказа Министерства регионального развития, строительства и жилищно-коммунального хозяйства Украины от 24 апреля 2015 № 79 «Об утверждении Порядка принятия в эксплуатацию и проведения технического обследо-

вания индивидуальных (усадебных) жилых домов, садовых, дачных домов, хозяйственных (приусадебных) зданий и сооружений, общественных домов и зданий и сооружений сельскохозяйственного назначения I и II категорий сложности, построенных без разрешения на выполнение строительных работ» [15] и т.п.

С принятием Закона Украины «О внесении изменений в статью 34 Закона Украины «Об основах государственной регуляторной политики в сфере хозяйственной деятельности» [16] необходимость соблюдения требований и принципов государственной регуляторной политики при подготовке проектов регуляторных актов стало обязательным и для органов местного самоуправления. Соответственно, требуется активизация работы по обеспечению соблюдения требований государственной регуляторной политики и органами местного самоуправления.

Повышению качественного уровня требований этого Закона должно способствовать: неукоснительное соблюдение органами исполнительной власти и местного самоуправления требований Закона Украины «Об основах государственной регуляторной политики в сфере хозяйственной деятельности» [17]; введение обязательности осуществления регуляторными органами «cost-benefit analysis» (оценки затрат и экономических выгод) при введении государственного регулирования хозяйственной деятельности; активизация работы по проведению регуляторными органами консультаций с бизнес-структурами на этапе разработки проектов регуляторных актов на момент их обнародования; проведение инвентаризации (оперативного просмотра), особенно регуляторных актов местных органов исполнительной власти и органов местного самоуправления; неукоснительное соблюдение органами исполнительной власти Методики отслеживания результативности регуляторного акта при осуществлении мероприятий по отслеживанию результативности действия регуляторных актов [18].

Выводы. Минрегионы Украины играют важную роль в проведении административной реформы по децентрализации полномочий в области строительства, которая заключается

в передаче полномочий этого министерства в сфере архитектурно-строительного контроля и градостроительной деятельности органам местного самоуправления и местным органам исполнительной власти, а также саморегулируемым организациям.

Учитывая сложный и противоречивый характер проводимых реформ, формирования их новых аспектов, логично предположить, что появятся новые проблемы и откроются новые перспективы развития, а для этого необходимо провести комплексные научные исследования полномочий Минрегионов в сфере строительной деятельности для дальнейшего эффективного законодательного закрепления.

Список использованной литературы:

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо децентралізації повноважень у сфері архітектурно-будівельного контролю та удосконалення містобудівного законодавства : Закон України від 09.04.2015 № 320-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/320-19>.
2. Стан забезпечення містобудівного документациєю населених пунктів області [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://oblarch.kr-admin.gov.ua/files/misto.pdf>.
3. Про схвалення розроблених Міністерством регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства планів імплементації деяких актів законодавства ЄС: Постанова Кабінету Міністрів України від від 04.03.2015 № 162-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/162-2015-p>.
4. Регламент (ЄС) № 305/2011 Європейського Парламенту та Ради від 9 березня 2011 р. // Офіційний вісник ЄС, L 88. – 4 квітня 2011 р. – С. 5–43.
5. План імплементації актів законодавства ЄС з питань технічного регулювання у будівництві: Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kmu.gov.ua/document/247993386/Reg_305_2011_1062_2013_157_2014.pdf.



6. Імплементацийний Регламент Комісії (ЄС) № 1062/2013 від 30 жовтня 2013 р. // Офіційний вісник ЄС, L 289. – 31 жовтня 2013 р. – С. 42–43.

7. Делегований Регламент Комісії (ЄС) № 157/2014 від 30 жовтня 2013 р. // Офіційний вісник ЄС, L 52. – 21 лютого 2014 р. – С. 1–2.

8. Про затвердження Порядку реєстрації саморегульованих організацій у сфері архітектурної діяльності: Наказ Мінрегіону України від 13.05.2014 № 137 // Статут Всеукраїнської громадської організації «Гільдія проєктувальників у будівництві» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://vugip.org.ua/wp-content/uploads/2014/03/Статут-ВУГІП.pdf>.

9. Про реєстрацію Всеукраїнської громадської організації «Асоціації експертів будівельної галузі» як саморегульованої організації у сфері архітектурної діяльності і внесення відомостей про неї до відповідного державного реєстру : Наказ Мінрегіону від 06.08.2014 № 217 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page.html?id_doc=590358.

10. Про делегування повноважень Мінрегіону щодо проведення професійної атестації експертів саморегульованої організації у сфері архітектурної діяльності – Всеукраїнській громадській організації Асоціація експертів будівельної галузі Наказ Мінрегіону від 16.06.2015 № 138 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page.html?id_doc=61505.

11. Про реєстрацію Громадської організації «Гільдія інженерів технічного нагляду за будівництвом об'єктів архітектури» як саморегульованої організації у сфері архітектурної діяльності і внесення відомостей про неї до відповідного державного реєстру №218 від 06.08.2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/FN005440.html.

12. Про архітектурну діяльність: Закон України від 20.05.1999 № 687-XIV. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/687-14>.

13. Про затвердження Порядку делегування повноважень саморегульованим організаціям у сфері архітектурної

діяльності : Наказ Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z1369-14>.

14. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо децентралізації повноважень у сфері архітектурно-будівельного контролю та удосконалення містобудівного законодавства : Закон України від 09.04.2015 № 320-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/320-19>.

15. Про визнання таким, що втратив чинність, наказ Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України та Державного комітету України по нагляду за охороною праці від 27 листопада 1997 року № 32/288 Наказ Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України та Міністерства енергетики та вугільної промисловості України від 14 липня 2014 № 193/507 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0867-14>.

16. О внесении изменений в статью 34 Закона Украины «Об основах государственной регуляторной политики в сфере хозяйственной деятельности» : Закон Украины от 05.06.2014 № 1319-VII [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T141319.html.

17. Про затвердження Порядку прийняття в експлуатацію і проведення технічного обстеження індивідуальних (садибних) житлових будинків, садових, дачних будинків, господарських (присадибних) будівель і споруд, громадських будинків та будівель і споруд сільськогосподарського призначення I та II категорій складності, які збудовані без дозволу на виконання будівельних робіт: Наказ Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 24.04.2015 № 79 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0547-15>.

18. Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11.09.2003 № 1160-IV [Електронний ресурс]. – Режим до-

ступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1160-15>.

19. Інформація про здійснення органами виконавчої влади державної регуляторної політики у 2014 році [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.dkrp.gov.ua/info/4311>.



КЛАССИФИКАЦИЯ ОГРАНИЧЕНИЙ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

Татьяна СХАБ-БУЧИНСКАЯ,

преподаватель Юридического института

Прикарпатского национального университета имени Василия Стефаника

Summary

In this article the author analyzes criteria of classification of restrictions and present his own remarks and proposals. Taking into account the variety of restrictions of contract freedom the author proposes new criteria of division of contractual restrictions. The results of the study are useful for future researches in the field of Contractual Law.

Key words: freedom of contract, restriction, limit, criteria of classification

Аннотация

В статье автор анализирует существующие критерии классификации ограничений свободы договора и приводит свои авторские замечания и предложения. На основе анализа многообразия ограничений договорной свободы автор предлагает собственные критерии разделения ограничений договора с учетом их прикладного характера. Результаты проведенного исследования, учитывая их теоретико-прикладной характер, важны при дальнейших исследованиях свободы договора в гражданском праве.

Ключевые слова: свобода договора, ограничения, предел, критерии классификации.

Постановка проблемы. С проблемой договорной свободы неразрывно связана проблема ее ограничений. Свобода договора не может быть абсолютной, ведь такая свобода для всех участников гражданских правоотношений во взаимоотношениях с другими лицами – опасное явление, которое в итоге приводит к негативным последствиям. В ч. 2 ст. 29 Всеобщей декларации прав человека 1948 г. закреплено, что государство может устанавливать только такие ограничения прав, которые определены законом, и лишь столько, сколько это совместимо с их природой, исключительно с целью содействия общему благосостоянию в демократическом обществе.

На сегодняшний день актуальной является проблема исследования свободы договора. По сравнению с предыдущими историческими этапами все большее значение приобретают ограничения договорной свободы. Последние сегодня настолько важны, что существует потребность анализа уже существующих классификационных критериев и получения новых современных критериев классификации.

Актуальность темы исследования. Вышеуказанную проблему исследовали многие ученые, среди которых стоит отметить И.Т. Тарасова, Г.Ф. Шершеневича, М.М. Агаркова, В.А. Васильеву, В.А. Горева, А.Р. Кубинка, В.В. Луця, А.В. Луць, Я.М. Шевченко, В.С. Щербину и других правоведов. Вместе с тем их работы посвящены в основном или свободе договора, или теоретическим аспектам границ и

ограничений договорной свободы. Обстоятельное исследование классификации ограничений свободы договора осталось без внимания упомянутых авторов.

Цель исследования. Поэтому задача исследования заключается в выяснении и получении новых критериев классификации ограничений договорной свободы.

Изложение основного материала. Распространенной в юридической литературе является классификация ограничений договорной свободы в зависимости от факторов, которыми они обусловлены. М.И. Брагинский уделяет значительное внимание социальному происхождению ограничений принципа свободы договора [2, с. 325]. По его мнению, такие ограничения оговариваются защитой интересов слабой стороны в договоре, интересов третьих лиц (прежде всего, реальных и потенциальных кредиторов), а также защитой действующего правопорядка и других ценностей, имеющих общественную значимость. Поэтому в цивилистической науке ограничения принципа свободы договора имеют двойное происхождение, а именно: такие ограничения могут иметь или экономическую, или социальную обусловленность.

А.П. Беляева, наряду с социально обусловленными и экономически обусловленными, выделяет политически обусловленные ограничения договорной свободы [1, с. 325]. Она считает, что, достигая тех или иных политических целей, отдельные государства или даже мировое сообщество государств

могут применять известные ограничения права предпринимателей, свободно осуществлять внешнюю торговлю, тем самым ограничивая содержание принципа свободы договора. Ярким примером ограничения принципа свободы договора, которое чаще всего имеет политическую обусловленность, является установление международного или национального эмбарго на торговлю с отдельными государствами, таможенными союзами или экономическими группировками.

Наряду с выделенными в юридической литературе экономически обусловленными, социально обусловленными и политически обусловленными можно выделить ограничения договорной свободы, которые обусловлены техническими факторами. Здесь в юридической литературе приводится пример о том, что на сегодняшний день договоры, подлежащие заключению в письменной форме с обязательным нотариальным удостоверением, не могут заключаться в сети Интернет. Как известно, нотариальное удостоверение договора заключается в проверке подлинности правоустанавливающих документов на имущество и документов, удостоверяющих личность и ее полномочия на заключение договора, изложении текста договора на бланке с определенной степенью защиты от подделки и удостоверении подлинности подписей сторон на договоре. К сожалению, пока технические возможности нотариусов в Украине не позволяют им совершать такие действия в сети Интернет.



Но кажется, что все упомянутые авторы не учли еще одну группу факторов, которые сегодня существенно влияют на свободу договора. Имеем в виду факторы, обусловленные целью защиты: 1) природных ресурсов; 2) окружающей природной среды (в том числе ландшафтов и других природных комплексов), жизни и здоровья граждан от различных экологических угроз. Все их можно объединить под названием «экологически обусловленных факторов ограничения договорной свободы». Например, в соответствии со ст. 7 Закона Украины «О природно-заповедном фонде Украины» от 16 июня 1992 при заключении договора на использование земельного участка или его части в пределах природно-заповедного фонда может быть установлено ограничение в объеме, предусмотренном законом или договором.

Таким образом, в зависимости от факторов, обуславливающих ограничения договорной свободы, стоит выделить: 1) экономически обусловленные, 2) социально обусловленные, 3) политически обусловленные; 4) технически обусловленные, 5) экологически обусловленные.

М.И. Брагинский делит ограничения свободы договора на негативные и позитивные [2, с. 327]. Первые, отмечает он, предусматривают выделение в законе случаев, когда заранее определено, между кем и какие договоры заключаться не могут, а другие предусматривают обязательное заключение договоров и (или) обязательное включение в них определенных условий. В свою очередь, положительные и отрицательные ограничения классифицируются по субъектному составу и объектному составу. Ограничения по субъектам могут быть связаны со специальной правоспособностью; обязательным заключением договора с конкретно определенным контрагентом. В исключительных случаях законодательство определяет различного рода преимущества, с соответствием основания договора его цели. Ограничение по объекту предполагает запрет на совершение сделок с объектами, изъятыми из гражданского оборота; с объектами, которые имеют принадлежность только к конкретно определенному кругу лиц, получивших специальное разрешение на совершение сделок с данными объектами.

По мнению В.С. Милаш, ограничения свободы договора по их сути можно разделить на «вертикальные» и «горизонтальные» ограничения. Под «вертикальными» она понимает ограничения, используемые для обеспечения публичных интересов, а под горизонтальными – ограничения, которые предназначены для обеспечения частных интересов сторон договора [5, с. 58].

А.П. Беляева доказывает, что ограничения принципа свободы договора могут выражаться, во-первых, в положениях гражданского законодательства и законодательства других отраслей; во-вторых, во внеправовых институтах. К последним относятся, в частности, те, которые заключаются в обычаях делового оборота, требованиях разумности и справедливости, а также составляют моральные устои общества [1, с. 17].

М.Ю. Щетинкина разграничивает ограничения договорной свободы на нормативные и ненормативные [10, с. 125]. Нормативные ограничения договорной свободы предусмотрены законом и распространены в той мере, в какой это необходимо для защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны безопасности государства. Ненормативные ограничения свободы договора – это ограничения, установленные по усмотрению сторон, которые могут быть связаны с изменением воли и волеизъявления контрагентов в процессе формирования содержания будущего договора, на усмотрение сторон на предоставленную возможность нормами права действовать в рамках установленных законом или договариваться по другому с влиянием обычаев делового оборота. К таким ограничениям ученый относит, например, установление в договоре условий, согласно которым изменение договора допускается только при соблюдении определенной процедуры.

Очень похожей на упомянутую классификацию является разделение, предложенное Р.А. Тельгариным, который, в зависимости от источника образования, разграничивает ограничения договорной свободы на нормативные и договорные. Первые устанавливаются нормами законодательства, которые ограничивают свободу заключения договора посредством обязательных

предписаний и запретов. Другие зависят от усмотрения самого субъекта права, обычаев делового оборота, которые применяются к данному договору, а в исключительных случаях – от принципов морали [9, с. 1313].

Несмотря на широкое разнообразие договорных конструкций сегодня, стоит привести мнение Е.А. Мичурина. Последний разделяет ограничения свободы договора на универсальные, которые по своей природе относятся к договорному праву вообще, а также специальные ограничения, присущие в отдельных договорах или договорных видах [6, с. 204].

А.А. Потапова выделяет ограничения договорной свободы по субъектам; по объекту; по содержанию договора. Ограничения по субъектам она связывает с четко определенными участниками тех или иных договорных отношений, например, по договору розничной купли-продажи продавцом является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность [7, с. 163]. Правовой статус субъектов в данной ситуации является одним из основных признаков подобных договоров. К этой группе ограничений ученый относит и случаи, когда субъект должен иметь лицензию на осуществление того или иного вида деятельности. Во многих случаях обязательной стороной по договору должен выступать гражданин, – например, по договору найма жилого помещения. Также иногда устанавливаются ограничения по отдельным видам юридических лиц.

Стоит добавить к упомянутой точке зрения, что ограничения договорной свободы проявляются также в случае невозможности заключать договор в связи с отсутствием полной гражданской право- или дееспособности. Лица, страдающие от алкоголизма или наркомании, ограничиваются в праве заключения договора, чтобы не нанести вред своими действиями ни себе, ни другим лицам.

По объектному составу свобода договора ограничивается в том случае, когда объектом не могут быть вещи, изъятые из гражданского оборота; вещи, ограниченные в обороте; вещи ненадлежащего качества и не соответствующие требованиям, установленным законодательством.



С. Страхова выделяет такие ограничения свободы договора в сфере предпринимательства: 1) ограничение инициативы на вступление в договор: обязательство заключить договор и запрет заключать отдельные виды договоров; 2) ограничение по формированию условий договора; 3) ограничение выбора порядка и процедуры заключения договора. По нашему мнению, данная классификация является слишком суженной и не учитывает всех ограничительных факторов договорной свободы, которые присутствуют в предпринимательской деятельности [8, с. 157].

Одна из наиболее развернутых классификаций приведена в работах В.А. Горева. Ученый предложил следующие критерии классификации ограничений свободы договора: по кругу договоров, на которые распространяется их действие; по проявлениям свободы договора; в зависимости от того, распространяется ограничение на одну из сторон договора или на его обе стороны; по времени действия; по степени определенности; по степени юридической обязательности; в зависимости от факторов, обуславливающих ограничения; в зависимости от вида акта законодательства, которым предусмотрено ограничение [4, с. 64].

Вышеупомянутый автор предлагает по времени действия выделять: а) постоянные – устанавливаются на неопределенный срок; б) временные – устанавливаются на определенный срок. Их установка в основном связана с необходимостью обеспечения здоровья населения, экологической безопасности, обороноспособности и других публичных интересов.

По степени определенности: а) абсолютно определенные – определенные таким образом, чтобы исключить возможность неоднозначного понимания и толкования таких ограничений всеми участниками гражданских отношений; б) относительно определенные – определенные с помощью категорий, которые могут пониматься и толковаться участниками гражданских отношений по-разному (в частности, речь идет о «каучуковых категориях»: публичном порядке, моральных принципах и т.п.). По степени юридической обязательности: а) диспозитивные – ограничения, которые могут меняться по усмотрению сторон договора; б) императив-

ные – ограничения, которые не могут изменяться по усмотрению сторон договора.

Заслуживает внимания предложенная классификация ограничений договора в зависимости от особенностей правового разрешения: а) пределы осуществления субъективных прав; б) пределы осуществления охраняемых законом интересов.

Полагаем, что некоторые из предложенных автором классификаций являются несколько неполными. В зависимости от того, распространяется ограничение на одну из сторон договора или на обе его стороны, упомянутый автор выделяет:

а) односторонние – распространяются только на одну из сторон договора. Например, предписание ч. 4 ст. 633 ГК Украины об обязательности заключения публичного договора, касается только предпринимателя. Его действие не распространяется на потребителя;

б) двусторонние – распространяются на обе стороны договора. Так, действие предписания ч. 1 ст. 1059 ГК Украины об обязательности заключения договора банковского вклада в письменной форме распространяется и на банк, и на вкладчика.

Считаем такое разделение частично неполным, поскольку оно не учитывает того факта, что на сегодняшний день приобретают особую распространенность многосторонние договоры. К таким относятся, в частности, договор простого товарищества, договор о совместной деятельности и тому подобное. Важное значение имеют также корпоративные сделки, видовым признаком которых является именно многосторонность субъектного состава. Причем имеем в виду не только замену «двусторонних ограничений» на «многосторонние ограничения». Ведь возможны случаи, когда в многосторонних договорах договорная свобода ограничена только у одной или двух сторон такого договора. Поэтому представляется, что более полной была бы классификация в зависимости от распространения относительно сторон договора на:

- 1) односторонние;
- 2) двусторонние;
- 3) многосторонние.

По проявлениям свободы договора ограничения договорной свободы

В.А. Горев разделяет на: а) ограничение свободы переговоров при заключении договора; б) ограничение свободы волеизъявления лица на заключение договора; в) ограничение свободы выбора контрагента по договору; г) ограничение свободы выбора договора; д) ограничение свободы выбора формы договора; е) ограничение свободы определения условий договора; ж) ограничение свободы изменения или расторжения договора [4, с. 69].

Считаем, что критерий «проявления свободы договора» является несколько размытым. И проблема здесь заключается не в том, что перечень проявлений свободы договора не может быть исчерпывающим. Важно другое. В данной классификации автор смешал элементы динамики договора (заключение договора, изменение, расторжение договора) и элементы, характеризующие содержание и форму договора. Поэтому последняя классификация представляется не совсем завершенной.

В зависимости от вида акта законодательства, которым предусмотрено ограничение, В.О. Горев разделяет ограничения договорной свободы, на те, которые:

– предусмотрены Конституцией Украины. В частности, в ст. 23 Конституции Украины установлены в наиболее абстрагированном от конкретных деталей (отраслевых нюансов) виде пределы осуществления человеком его прав и законных интересов;

– предусмотрены ГК Украины;

– предусмотрены другими кодифицированными актами законодательства Украины (ст. 132 Земельного кодекса, ст. 45 Водного кодекса, ст. 129 Кодекса торгового мореплавания и т.п.);

– предусмотрены текущими законами. Так, из содержания ч. 1 ст. 19 Закона Украины «Об ипотеке» от 05.06.2003 г. следует, что договоренность об изменении и дополнении ипотечного договора подлежит обязательному нотариальному удостоверению;

– предусмотрены подзаконными нормативно-правовыми актами. В качестве иллюстрации можно привести пп. 14 п. 28 Правил предоставления и получения телекоммуникационных услуг, утвержденных постановлением Кабинета Министров Украины от 09.08.2005 г. № 720. В нем говорится,



что оператор, провайдер телекоммуникаций обязан заключать с абонентами договоры о предоставлении телекоммуникационных услуг [4, с. 69].

Но автор не упомянул о Хозяйственном кодексе Украины, который вместе с Гражданским кодексом Украины являются базовыми документами в сфере ограничения договорной свободы.

Важно также заметить, что автор не учел ограничения договорной свободы, которые устанавливаются локальными нормативно-правовыми актами. Имеется в виду решение городских, районных и областных советов.

Например, в соответствии с пунктом 34 части первой статьи 26 Закона Украины «О местном самоуправлении в Украине», статьями 12, 110, 111, 116, 118, 121-126, 127, 128, 134, 142, 143 Земельного кодекса Украины, Законом Украины «Об аренде земли», с целью установления единого порядка урегулирования земельных отношений, связанных с приобретением гражданами права на земельные участки, городские и сельские советы могут устанавливать ограничения относительно договоров, связанных с пользованием, приобретением в собственность земельных участков земельного фонда территориальной общины. Другим примером является решение Ивано-Франковского городского совета «Об упорядочении продажи пива, слабоалкогольных и алкогольных напитков в розничной торговой сети», которым регламентируется реализация алкогольных напитков в торговых заведениях в четко установленные часы их работы. И вообще, на сегодняшний день все большее значение приобретают не только законодательные акты, но и другие нормативные и правовые акты. Речь идет о тех ограничениях, которые записаны в международных договорах, решениях Конституционного Суда Украины, решениях Международного суда по правам человека и тому подобное.

Поэтому, с учетом вышеуказанных замечаний и все большей актуальности международных договоров, считаем, что упомянутую классификацию следует дополнить, а также несколько изменить сам классификационный критерий.

Таким образом, в зависимости от вида правового акта, которым предусмо-

рено ограничение, можно выделить ограничения договорной свободы, предусмотренные: 1) Конституцией Украины; 2) международными договорами; 3) ГК Украины и ХК Украины; 4) другими кодифицированными актами законодательства Украины; 5) законами Украины; 6) подзаконными нормативно-правовыми актами (постановления Кабинета Министров Украины, приказы министерств и т.д.); 7) локальными нормативно-правовыми актами; 8) решениями Конституционного Суда Украины, международных судебных инстанций.

Во всех вышеуказанных классификациях не учтен также тот факт, что ограничения договорной свободы могут касаться как всех без исключения возможных субъектов гражданских правоотношений, так и определенного круга лиц. Например, в XXI веке невозможно себе представить куплю-продажу человека, поскольку его жизнь и здоровье провозглашены высшей социальной ценностью, а такая сделка будет противоречить нормам морали и общественному порядку. Вместе с тем ограничения на приобретение иностранцами земельного участка сельскохозяйственного назначения является ограничением относительным, поскольку касается только определенной группы лиц.

Поэтому стоит предложить разделение ограничений договорной свободы по критерию распространенности их на субъектов правоотношений на:

- 1) абсолютные;
- 2) относительные.

Выводы. Таким образом, учитывая все многообразие существующих на сегодняшний день ограничений свободы договора, предлагаем такую их авторскую классификацию:

1. В зависимости от вида правового акта, которым предусмотрено ограничение договорной свободы, предусмотренных: 1) Конституцией Украины; 2) международными договорами; 3) Гражданским кодексом Украины и Хозяйственным кодексом Украины как базовыми кодексами; 4) другими кодифицированными актами законодательства Украины; 5) законами Украины; 6) подзаконными нормативно-правовыми актами; 7) локальными нормативно-правовыми актами; 8) решени-

ями Конституционного Суда Украины, международных судебных инстанций.

2. В зависимости от действия ограничений на стороны договора следует выделять: 1) односторонние; 2) двусторонние; 3) многосторонние.

3. Для целей установления: 1) ограничения договорной свободы с целью охраны и защиты сторон договора; 2) ограничения договорной свободы с целью охраны и защиты интересов третьих лиц; 3) ограничения договорной свободы с целью охраны и защиты интересов государства.

4. В зависимости от факторов, обуславливающих ограничения договорной свободы, стоит выделить: 1) экономически обусловленные, 2) социально обусловленные, 3) политически обусловленные; 4) технически обусловленные, 5) экологически обусловленные.

5. По критерию распространенности их на субъектов правоотношений: 1) абсолютные; 2) относительные.

Список использованной литературы:

1. Беляева А.П. Принцип свободы договора в правовом регулировании внешнеэкономического контракта : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / А.П. Беляева ; Национальная юридическая академия Украины им. Ярослава Мудрого. – Х., 2005.
2. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. – М. : Статут, 1998. – 682 с.
3. Васильева В.А. Корпоративные сделки: вопросы квалификации / В.А. Васильева // Актуальные проблемы совершенствования действующего законодательства Украины. – 2011. – Вып. 27. – С. 104–110.
4. Горев В.А. Свобода договора как общая основа гражданского законодательства Украины : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В.А. Горев ; ХНУВД. – М. – 2007. – 203 с.
5. Милаш В.С. Теоретические аспекты соотношения предпринимательской свободы, коммерческого договора и ограничительных факторов / В.С. Милаш // Украинское коммерческое право. – 2005. – № 6. – С. 51–64.
6. Мичурин Е.А. Ограничения имущественных прав физических лиц: тео-



ретически-правовой аспект : [монография] / Е.А. Мичурин. – М. : Юрsvит, 2008. – С. 302.

7. Потапова А.А. Ограничения принципа свободы договора / А.А. Потапова // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. – Тольятти : ВУиТ, 2003, Вып. 35. – С. 159–164.

8. Страхова С. Принципы правового регулирования предпринимательской деятельности. Ограничения принципа свободы договора / С. Страхова // Актуальные проблемы правоведения. Научно-теоретический журнал. – Самара : Изд-во СГЭУ, 2005. – № 3 (12). – С. 155–159.

9. Тельгарин Р.А. Свобода заключения договоров в сфере предпринимательства по гражданскому праву России : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. / Р.А. Тельгарин. – М., 1998. – 131 с.

10. Щетинкина М.Ю. Реализация и ограничения действия принципа свободы договора : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / М.Ю. Щетинкина. – М., 2009. – С. 125.

ОЦЕНКА ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ ХАРАКТЕРИСТИК РАБОТНИКА ВО ВРЕМЯ ИСПЫТАНИЯ ПРИ ПРИЕМЕ НА РАБОТУ

Ольга ТКАЧ,

аспирант кафедры трудового права и права социального обеспечения Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Summary

Article contains review of legal regulation issues of the probation as a method to test the professional characteristics of the employee. The dismissal on the grounds of employee's discrepancy during the probation is investigated. In the article examines the question about the absence of methods and legal order of the employee's evaluation during the probation. Problematic issues of the probation in the project of the Labor Code of Ukraine and propositions on improvement of current labor legislation in this field are analyzed. Scientific articles and experience of foreign countries in this field have been considered in the article.

Key words: probation, professional characteristics of the employee, requirements for the position (profession), employee's discrepancy, dismissal on the grounds of employee's discrepancy.

Аннотация

В статье рассматриваются проблемы правового регулирования испытания при приеме на работу как способа проверки профессиональных характеристик работника. Исследовано увольнение работника на основании выявления его несоответствия занимаемой должности во время испытательного срока. Раскрывается вопрос об отсутствии методики и правового порядка проведения оценки работника во время испытания. Анализируются проблемные вопросы регулирования испытания в проекте Трудового кодекса Украины с предложениями о внесении изменений по совершенствованию трудового законодательства. Исследованы научные статьи и опыт зарубежных стран по данному вопросу.

Ключевые слова: испытание, профессиональные характеристики работника, требования к должности (профессии), несоответствие занимаемой должности, увольнение вследствие несоответствия работника.

Постановка проблемы. Испытание при приеме на работу является единственной организационно-правовой формой проверки профессиональных характеристик работника, которая нормативно закреплена в Кодексе законов о труде Украины (далее – КЗоТ) [1]. Однако, учитывая актуальность вопроса обсуждения проекта нового Трудового кодекса, необходимо усовершенствовать правовое регулирование проведения оценки пригодности работника занимаемой должности (выполняемой работе) при установлении испытания. Должны быть соблюдены гарантии объективной, независимой проверки профессиональных характеристик работника как более слабой стороны трудового договора. Поскольку от результата испытания зависит существование трудовых правоотношений, необходимо учитывать как интерес самого работника продолжить работу в определенных условиях, так и право работодателя на подбор высококвалифицированного персонала.

Актуальность темы исследования заключается в том, что в законодательстве отсутствует определение понятий «профессиональные характеристики», «деловые качества», «профессиональные качества» работника, нет единых критериев и подходов к оценке кадров при установлении испытательного срока. В отличие от конкурсного отбора, законодательством не урегулирована процедура оценки работника во время испытания, не определены органы, которые ее осуществляют, и факты, которые могут стать основанием для определения соответствия/несоответствия работника занимаемой должности, а также порядок сообщения о результатах испытания. Различные аспекты проблемы правового регулирования испытания исследовали такие ученые, как Н.Б. Болотина, В.С. Венедиктов, В.В. Жернаков, В.В. Лазор, Н.А. Мельничук, А.С. Пашков, В.И. Прокопенко, А.И. Процевский, Б.С. Стичинский, К.П. Уржинский, Н.М. Хуторян, А.Д. Чайкин, И. Чаны-



шев, В.И. Курилов. Однако недостаточно изученным остается именно вопрос критериев и методики оценки профессиональных характеристик работника во время испытания и установления его несоответствия занимаемой должности.

Целью данной статьи является определение основных проблем правового регулирования оценки профессиональных характеристик работника во время прохождения им испытания при приеме на работу и внесение предложений по совершенствованию действующего законодательства Украины. Основными задачами, которые ставит автор статьи, являются анализ положений законодательства, проекта Трудового кодекса (далее – пТК [2]), научных трудов, зарубежного опыта для определения значимости испытания как способа проверки профессионально-важных качеств личности, и квалификации увольняемого работника на основании выявления несоответствия характеристик личности установленным требованиям во время испытания.

Изложение основного материала.

Работодатель имеет право проверять характеристики человека при приеме на работу с помощью различных способов: конкурса, тестирования, пробного задания, собеседования и т.д. Отличие испытания от других форм оценки заключается в том, что оно является одним из условий трудового договора и устанавливается уже в период существования трудовых правоотношений, а не до момента приема на работу. Заинтересован в установлении испытания, как правило, только работодатель, поэтому обе стороны должны прийти к согласию по нему, в противном случае, по мнению Черноус С.Н., «трудовой договор или заключается без установления срока испытания (при условии, что сторона (работодатель) отказалась от своей инициативы), либо не заключается вообще» [3, с. 33].

Заметим, что установление испытания для работника не означает, что до заключения трудового договора к нему не могут применяться другие формы проверки его характеристик. Однако некоторые исследователи считают, что условие об испытании при заключении трудового договора с работником, который прошел конкурсный отбор, применять нецелесообразно, поскольку конкурс уже есть критерием определения соответствия работника требованиям, установленным для замещения той или иной должности

[4, с. 13]. А Мельничук Н.А. наоборот считает, что конкурс не дает представления о моральных качествах претендента, чертах его характера, поэтому надо применять испытание, но устанавливая его на незначительный срок (до двух недель) [5, с. 124].

Согласны с тем, что испытание как никакая другая форма проверки способностей человека помогает работодателю установить качество выполнения конкретных должностных обязанностей на практике. Считаем, что при приеме на работу можно оценить такие составляющие профессиональных характеристик, как квалификацию (например, на основе документов об образовании), соответствие лица установленным ограничениям (на основе документов о гражданстве, медицинских заключений, справок МВД и т.д.), отдельные профессионально-важные качества (деловые, личные на основе проведения тестирования, собеседования). Однако определить, насколько высока компетентность человека, какие у него нравственные качества, и как удачно реализуются в работе его деловые качества, можно, по нашему мнению, исключительно во время испытания. Следовательно, получение высокой оценки по результатам конкурсного отбора не означает, что человек сможет выполнять работу на таком же высоком уровне после заключения трудового договора. Возникает вопрос, что делать, когда победитель конкурса откажется от испытания как условия договора? В пТК предусмотрена обязанность работодателя заключить с победителем конкурса трудовой договор в срок, определенный условиями проведения конкурса (ч. 3 ст. 54). По словам Болотиной Н.Б., если работник отказывается от испытания, то трудовой договор не может считаться заключенным [6, с. 225]. Исходя из порядка процедуры проведения конкурса, считаем, что устанавливать испытание для победителя конкурсного отбора неуместно.

Отметим, что во время испытания предложено в пТК установить особый порядок расторжения договора по инициативе работника: вместо двухнедельного предупреждения он может подать заявление об увольнении по собственному желанию за три дня до определенного им дня увольнения (ст. 83 пТК). Такое право обусловлено тем, что не только работодатель проверяет соответствие лица должности, но и работник оценивает,

насколько ему подходит данная работа. Предлагаем дополнить пТК нормой, содержащейся в ст. 105 ТК Литвы: «...при заключении трудового договора по приглашению сторон может оговариваться испытание. Оно может быть установлено с целью проверки соответствия работника оговоренной работе, а также по желанию поступающего на работу – подходит ли работа для работника» [7].

КЗоТ предусмотрены исключения, когда испытание не устанавливается: для несовершеннолетних; молодых рабочих после окончания учебных заведений; лиц, уволенных в запас со службы; инвалидов; при приеме на работу в другую местность и при переводе. Вместе с тем статьей 40 пТК установлены дополнительные категории лиц, для которых испытание также не устанавливается: для избранных на должность; победителей конкурса; лиц, которые прошли стажировку при приеме на работу; беременных женщин, работников с семейными обязанностями, имеющих детей в возрасте до трех лет; лиц, с которыми заключается трудовой договор на срок до 2 месяцев. С точки зрения анализа данных исключений, на основе критерия проверки профессиональных характеристик, их можно разделить на те, которые связаны с качествами личности, и те, которые с ними не связаны. Считаем, что для первой группы испытание не устанавливается, поскольку объективно известно, что их характеристики не могут полностью удовлетворить требования к должности (молодые специалисты и несовершеннолетние из-за отсутствия опыта и стажа работы, инвалиды в силу своих физических или психических недостатков, уволенные в запас не работали в течение конкретного срока по специальности) или, наоборот, их профессиональные характеристики уже были проверены (лица, прошедшие стажировку или конкурсный отбор). К другой группе относятся те лица, испытание для которых устанавливать нецелесообразно (избранные на должность путем голосования; заняты на временных работах; женщины, которых нельзя уволить по результатам испытания). Если руководствоваться положениями о том, что не устанавливается испытание для беременных женщин и работников с семейными обязанностями с детьми до трех лет, поскольку законодательством запрещено их увольнение в принципе



как таковое (ст. 108 пТК, ст. 184 КЗоТ), то необходимо привести в соответствие нормы ст. 108 и ст. 40 пТК, поскольку нельзя также уволить женщину с ребенком-инвалидом или одинокую мать с ребенком в возрасте до 15 лет.

Одной из проблем является отсутствие правового регулирования способов и методов оценки работодателем профессиональных характеристик работника во время испытания. Актуальными являются следующие вопросы: кто проводит оценку; на основании каких критериев и фактических данных устанавливается непригодность работника занимаемой должности? Согласно ч. 1 ст. 42 пТК результаты испытания определяются работодателем. Ионникова И.А. считает, что работодатель наделен полномочиями самостоятельно определять факторы непригодности, которые делают невозможным продолжение трудовых правоотношений с работником [8, с. 85]. Болотина Н.Б. пишет, что трудно установить, по каким же критериям работодатель определил, что работник не соответствует работе, на которую он был принят. По ее мнению, в этом случае должны учитываться все другие качества работника, кроме его квалификации, поскольку расторжение трудового договора вследствие недостаточной квалификации предусмотрено п. 2 ст. 40 КЗоТ [6, с. 227]. С точки зрения указанной логики, следует, что работник в случае установления недостаточной квалификации при испытании может быть уволен на основании п. 2 ст. 40 КЗоТ, а по причине установления несоответствия других профессиональных характеристик – уволен на основании ст. 28 КЗоТ. Не согласны с такой позицией и считаем, что при испытании проверяется как квалификация, так и другие профессиональные характеристики. К профессиональным характеристикам работника относим следующие: квалификацию; компетентность, на основе которой присваивается соответствующая квалификация; профессионально важные качества (отдельные личностные, нравственные, деловые человеческие качества, которые важны для каждой конкретно взятой профессии или работы); соответствие лица установленным законодательством ограничениям. Соответствие всех указанных профессиональных характеристик требованиям, установленным профессией или

должностью, и их качественное применение работником при осуществлении трудовой функции позволяет говорить о пригодности лица и прохождения им испытания. Итак, в случае выявления несоответствия любой из характеристик, работника можно уволить как такого, который не прошел испытания, то есть согласно ст. 28 КЗоТ. В подтверждение сказанному: необходимо различать «выявления несоответствия» (ст. 40 КЗпП) и «установление несоответствия», поскольку выявление является фактом, что случается непрогнозируемо и внезапно, а установление соответствия/несоответствия является основной целью испытания, которое осуществляется целенаправленно.

По нашему мнению, работодатель должен оценивать работника по результатам труда, выполненным им заданиям. Интересен вопрос о возможности проведения работодателем оценки новых сотрудников с помощью тестирования или других средств во время испытания. Поскольку в соответствии со ст. 26 КЗоТ в период испытания на работников распространяется законодательство о труде, считаем, что любые аттестации или другие способы проверки характеристик к работнику могут применяться исключительно на общих основаниях. Не могут проводиться работодателем дополнительные экзамены, тестирование, оценивание. Однако и аттестация не проводится в отношении работников, отработавших на соответствующей должности менее одного года (ст. 12 Закона Украины «О профессиональном развитии работников» [9]). По мнению Жернакова В.В., формулировку «проверка соответствия работника поручаемой ему работе» следует понимать как «проверка соответствия деловых качеств работника тем качествам, которые необходимы для выполнения данной работы» [10, с. 9]. При оценке результатов испытания работника необходимо учитывать точку зрения его непосредственного руководителя, который может объективно оценить деловые, моральные и личностные качества работника.

Мельничук Н.А. считает, что во избежание субъективизма работодателю необходимо привлекать к оценке результатов испытания не только его представителей, но и представителей профсоюза по аналогии с правом профсоюза давать согласие на увольнение работника в установ-

ленных законом случаях, в частности за п. 2 ст. 40 КЗоТ [5, с. 138]. Не согласны с данной точкой зрения, поскольку по такой логике профсоюз должен принимать участие и в подборе работодателем работников, поскольку испытание – по сути, проверка лица при приеме на работу, хотя трудовые отношения с ним уже возникли. Участие профсоюза в подборе кадров нарушает право работодателя свободно выбирать себе работников.

Испытание устанавливается на достаточно продолжительный срок, как правило, до трех месяцев. Это связано, по нашему мнению, с отсутствием у работодателя ресурсов для привлечения специальных служб (органов), которые занимаются профессиональной оценкой работников. Так, например, в США оценку качества выполнения работы служащими осуществляет Департамент по управлению персоналом или Объединение экзаменаторов [11, с. 47]. В зарубежных странах привлечение третьих лиц для оценки является более распространенным явлением. Для украинского работодателя установление значительного срока испытания ничем не обременяет его права и свободу, а помогает руководителю собрать всю информацию о работнике и нередко самостоятельно его оценить. Считаем, что такие значительные сроки являются неоправданными и влияют на психологическое состояние работника, который не знает, пройдет он испытание или нет. Срок испытания должен зависеть и от срока заключения договора, например, согласно ст. 61 ТК Молдовы: 15 дней при заключении договора на срок от 3 до 6 месяцев; 30 дней при заключении договора на срок более 6 месяцев [12].

Что касается правовых последствий неудовлетворительного испытания, следует отметить следующее. Единственным правовым последствием, предусмотренным действующим законодательством, является увольнение работника как такого, который не прошел испытание. Работнику не предлагается в обязательном порядке, как это предусмотрено п. 21 Постановления Пленума Верховного суда Украины «О практике рассмотрения судами трудовых споров», перевод с его согласия на другую должность, соответствующую его квалификации или состоянию здоровья [13]. Считаем, что нельзя лишить работодателя права предложить другую ра-



боту, вакантную должность работнику, который не прошел испытания по данной должности. Его можно направить на обучение или стажировку. Но при этом не следует забывать, что если срок испытания истек, он считается таким, который продолжает работать на данной должности и прошел испытание. Также при переводе нельзя устанавливать новое испытание, поскольку трудовой договор не прекращается. Так, например, п. 5 ст. 60 ТК Молдовы установлено, что в течение действия индивидуального трудового договора может быть установлен только один испытательный срок, чем исключается установление работодателем дополнительных испытательных сроков [12]. Согласно ч. 2 ст. 42 пТК работника можно уволить, предупредив его об этом за три дня. Необходимо учесть опыт Республики Казахстан, в ст. 37 Трудового кодекса которой установлена обязанность не только письменно уведомить работника об увольнении, но и указать причины, послужившие основанием непрохождения им испытания [14]. А такие причины, по нашему мнению, обязательно должны быть подтверждены имеющимися у работодателя доказательствами (актами, характеристиками, результатами проделанной работы и т.п.). Ведь ст. 110 пТК предусмотрено, что увольнению работников, в частности, по основаниям несоответствия при испытании, должно предшествовать предоставление им возможности подать доказательства уровня своей квалификации, производительности труда, добросовестного отношения к выполнению трудовых обязанностей. Следовательно, работник наделен правом доказывать свое соответствие занимаемой должности.

Исходя из содержания данной нормы, необходимо дополнить ст. 97 пТК, в которой сказано только об установлении несоответствия работника занимаемой должности, также фразой о «несоответствии выполняемой работе» с целью соблюдения правил нормопроектировочной техники. Кроме того, предлагаем изложить название ст. 97 пТК в редакции: «Ст. 97. Расторжение трудового договора по инициативе работодателя в связи с установлением несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе во время испытания» для того, чтобы избежать тавтологии с названием ст. 93 пТК, в которой

речь идет об увольнении на основании выявления несоответствия работника не во время испытания, а в процессе трудовых отношений в целом.

Выводы. Анализ законодательства и доктринальных положений дает основание утверждать, что испытание является одной из наиболее качественных организационно-правовых форм проверки профессиональных характеристик работника на соответствие установленным требованиям. С помощью испытания оцениваются качества претендента на работу и рассматривается вопрос о его принятии, несмотря на то, что оно проводится после заключения трудового договора, и на работника распространяется трудовое законодательство. Установить испытание можно в интересах не только работодателя, но и работника. Оно не должно проводиться для лиц, которые прошли конкурсный отбор, стажировку или были избраны на должность, а также нет смысла проводить его для категорий работников, которые пользуются гарантиями запрета их увольнения на любых основаниях. Результатом определения несоответствия профессионально важных качеств работника установленным требованиям может стать увольнение, причем оно должно быть доведено до работника в письменной форме с указанием причин и фактов, которые его подтверждают. Увольнение может быть только на основании ст. 28 КЗоТ, а не п. 2 ст. 40 КЗоТ. Необходимо разработать методику и правовой порядок проведения самой оценки характеристик работника во время испытания, определить, какой орган имеет право ее осуществлять. Требуют последующего исследования критерии и перечень характеристик, которые могут оцениваться во время испытания.

Список использованной литературы:

1. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. зі змінами // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1971. – Додаток до № 50.
2. Проект Трудового кодексу України № 1658 від 27.12.2014р. зі змінами [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zw_eb2/webproc4_1?pf3511=53221.
3. Черноус С.М. Випробування при прийнятті на роботу: теоретичні

та практичні проблеми / С.М. Черноус // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – Юридичні науки ; Вип. 86. – К., 2011. – С. 32–35.

4. Гоц О.В. Правове регулювання виникнення трудових правовідносин з науково-педагогічними працівниками : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / О.В. Гоц ; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2004. – 19 с.

5. Мельничук Н.О. Правове регулювання випробування при прийнятті на роботу за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Н.О. Мельничук ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2006. – 213 с.

6. Трудове право України : [підручник]. – 4-ге вид., стер. – К. : Вікар, 2006. – 725 с.

7. Трудовой кодекс Литовской Республики [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://vbfondas.lt/upload/LR_darbo_kodeksas.htm.

8. Іоннікова І.А. Правове регулювання розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / І.А. Іоннікова ; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2004. – 212 с.

9. Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від від 12.01.2012 № 4312-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 39. – Ст. 1693.

10. Жернаков В.В. Испытание рабочих и служащих по советскому трудовому праву : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. / В.В. Жернаков. – Х., 1987. – 15 с.

11. Liff S. The complete guide to hiring and firing government employees [Електронний ресурс] / S. Liff. – New York : Amacom, 2010. – 241 p.

12. Трудовой кодекс Республики Молдова [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lex.justice.md/gu/326757/>.

13. Постанова Пленуму Верховного суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 06.11.1992р. № 9 // Дебет-Кредит (Галицькі контракти). – 2008. – № 29. – Ст. 279.

14. Трудовой кодекс Республики Казахстан [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.mikosoft.kz/trudovoy-codex-2016.html#st_36.



ЗАКОННЫЕ ОСНОВАНИЯ НЕВЫПОЛНЕНИЯ РЕШЕНИЙ СУДОВ И ОГРАНИЧЕНИЯ ПРАВ ЛИЧНОСТИ ПРИ ИХ ИСПОЛНЕНИИ

Олег ТКАЧУК,

кандидат юридических наук, доцент,
судья Высшего специализированного суда Украины
по рассмотрению гражданских и уголовных дел

Summary

The article deals with disputable features of the theory and the practice of courts. The author considered a sphere of enforcement judgment and decisions of other institution which are realized by compulsion. The analysis of nowadays law impact on conclusion of author to propose order of adjustment. The order of adjustment concerns above mentioned. The research of legitimate grounds of changes in enforcement law has an important sense that are moving to dispute civil resolution. In addition, the foundations and the needs to limit human rights in the resolution of cases are analyzed.

Key words: court decision, individual rights, enforcement proceedings, civil proceedings, trial.

Аннотация

В статье анализируются спорные вопросы теории и судебной практики по решению процессуальных вопросов, связанных с исполнением судебных решений и решений других органов, которые подлежат принудительному исполнению. На основании анализа действующего законодательства Украины автором предложены механизмы судебного разрешения указанных вопросов. Особое место уделяется исследованию законных оснований изменения в процессе исполнительного производства буквы решения суда с целью надлежащего и окончательного разрешения гражданского дела. Кроме того, анализируются основания и необходимость ограничения прав личности в ходе исполнения решений судов.

Ключевые слова: решение суда, права личности, исполнительное производство, гражданское дело, судебное разбирательство.

Постановка проблемы. Согласно практике Европейского суда по правам человека исполнение решения, провозглашенного судом, рассматривается как составная часть судебного разбирательства. Именно поэтому от надлежащей реализации судами своих полномочий по решению вопросов, связанных с исполнением судебных решений, в значительной степени зависит обеспечение гарантированного статьей 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод права на справедливый суд.

Правовой основой решения вопросов, связанных с исполнением судебных решений по гражданским делам и решений других органов, в Украине служат положения Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года, Конституции Украины, Гражданского кодекса Украины (далее – ГК), Гражданского процессуального кодекса Украины (ГПК), Закона Украины от 21 апреля 1999 года «Об исполнительном производстве» (далее – Закон «Об исполнительном производстве»), Закона Украины от 24 марта 1998 года «О государственной исполнительной службе», Закона Украины от 21 января 1994 года «О порядке выезда из Украины и въезда в Украину граждан Украины», Закона Украины от 22 сентября 2011 года «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства», а также других нормативно-правовых актов

Украины и международных актов, регулирующих принудительное исполнение судебных решений.

Вместе с тем в целом ряде случаев предусмотрены законные основания как невыполнения решений судов, так и возможности ограничения прав личности при их исполнении.

Такие вопросы, по своей сути, носят исключительный характер и нуждаются в пристальном внимании со стороны юридической науки и контроле со стороны судебной власти.

Актуальность темы исследования подтверждается недостаточностью научных работ, посвященных изучению вопросов возможности и обоснованности законодательных препятствий исполнения судебных решений и ограничения прав личности в процессе такого исполнения в гражданском судопроизводстве Украины.

Состояние исследования. Отдельные аспекты проблем исполнения судебных решений исследовали такие ученые как В. Комаров, В. Тертышников, С. Фурса, М. Штефан, С.Щербак и некоторые другие. Вместе с тем на сегодняшний день отсутствуют комплексные исследования, посвященные определению путей преодоления препятствий исполнения судебных решений и ограничения прав личности в процессе такого исполнения в гражданском судопроизводстве Украины, что еще раз подчеркивает важность и

актуальность предложенной нами темы. Обоснованность данного заключения подтвердило также проведенное нами изучение судебной практики, в ходе которого было проанализировано материалы более 2000 гражданских дел. По результатам этого изучения подготовлено и 25 сентября 2015 года на заседании пленума Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел принято к сведению информации об обобщении практики рассмотрения судами процессуальных вопросов, связанных с исполнением судебных решений по гражданским делам [1].

Цель и задачи исследования. Целью статьи является определение законных оснований как невыполнения решений судов, так и возможности ограничения прав личности при их исполнении. Указанное исследование в последующем может быть основанием для продолжения научных поисков в данном направлении, а также может быть использовано в практической деятельности как имеющее вполне определенную прикладную ценность.

Изложение основного материала. Остановимся на конкретных основаниях, препятствующих исполнению судебных решений и механизмах судебного контроля в указанных случаях.

Мировое соглашение. По смыслу статьи 372 ГПК суд может рассматривать мировое соглашение, заключенное



между сторонами исполнительного производства, или отказ взыскателя от принудительного исполнения только после открытия исполнительного производства и до момента его окончания или возвращения исполнительного документа взыскателю. Исключительным субъектом обращения в суд по этому вопросу является государственный исполнитель, к которому обращаются стороны исполнительного производства.

В мировом соглашении должны сохраняться конкретные условия урегулирования исполнительного производства, в частности, в нем должна быть указана сумма, которую обязуется уплатить должник; имущество, определенное индивидуальными или родовыми признаками, которое обязуется передать должник; действия (работы, услуги и т.д.), которые обязуется выполнить должник; сроки выполнения обязательств должником. Условия мирового соглашения, заключенного между сторонами исполнительного производства, должны быть четко изложены, чтобы не было недоразумений и споров по поводу его содержания при исполнении.

Отсрочка и рассрочка исполнения. Вопросы отсрочки и рассрочки исполнения, изменения или установления способа и порядка исполнения решения суда, вступившего в законную силу на основании статьи 373 ГПК, могут решаться судами только по судебным решениям в гражданских делах. На решения других органов, подлежащих принудительному исполнению, положения указанной статьи не распространяются.

Обязательным условием для рассмотрения судом вопросов об отсрочке или рассрочке исполнения, изменении или установлении способа и порядка исполнения в соответствии со статьей 373 ГПК является открытие исполнительного производства по принудительному исполнению решения суда.

Процессуальной особенностью рассмотрения таких вопросов является вызов сторон в судебное заседание. В случае неявки в судебное заседание заявителя судам, по нашему мнению, следует исходить из общего принципа диспозитивности гражданского судопроизводства, определенного в статье 11 ГПК.

По смыслу статьи 373 ГПК удовлетворение заявлений об отсрочке или рассрочке исполнения решения, установлении или изменении способа и по-

рядка его исполнения может иметь место только в исключительных случаях, которые суд определяет, исходя из особого характера обстоятельств, затрудняющих или исключающих исполнения решения. Тяжелое материальное положение должника не всегда имеет характер особых или исключительных обстоятельств.

Изменение или установлении способа исполнения. При рассмотрении заявления об изменении или установлении способа и порядка исполнения решения, которое вступило в законную силу, судам, по нашему мнению, следует учитывать, что изменение способа и порядка исполнения решения заключается в замене одной меры принудительного исполнения другой и не предусматривает возможности изменения самого способа защиты права, избранного истцом в соответствии со статьей 16 ГК при обращении в суд.

Кроме того, принимая решения в процессе исполнительного производства, по нашему мнению, суды должны учитывать невозможность изменить способ и порядок исполнения судебного решения по неимущественным делам, в случаях, когда на должника возлагается обязанность по совершению определенных действий, поскольку это приведет к изменению самого решения суда, а согласно части 2 статьи 218 ГПК после принятия решения суд, который его принял, не может сам отменить или изменить это решение.

Согласно части пятой статьи 36 Закона Украины «Об исполнительном производстве» законом могут устанавливаться особенности в предоставлении отсрочки или рассрочки исполнения решения. В частности, такие особенности установлены частью четвертой статьи 39 Закона Украины от 5 июня 2003 «Об ипотеке».

Розыск. В силу положений статьи 40 Закона об исполнительном производстве в случае отсутствия сведений о месте жительства, пребывания или местонахождения должника – физического лица, а также ребенка по исполнительным документам об отобрании ребенка, обязанностью государственного исполнителя является обращение в суд с представлением о вынесении постановления о розыске должника или ребенка, которое рассматривается в порядке, определенном статьей 375 ГПК.

При этом следует учитывать, что перед обращением в суд с указанным

представлением государственный исполнитель должен самостоятельно принять меры по установлению фактического местонахождения должника – физического лица или ребенка. Меры эти предусмотрены, в частности, пунктом 3.12 Инструкции по организации принудительного исполнения решений, утвержденной приказом Министерства юстиции Украины от 02 апреля 2012 № 512/5. Непринятие государственным исполнителем необходимых мер по установлению фактического местонахождения должника – физического лица или ребенка перед обращением в суд является основанием для отказа в удовлетворении представления об объявлении их розыска.

Учитывая особенности рассмотрения вопроса об объявлении розыска должника или ребенка, мы считаем, что суду следует сообщать государственному исполнителю о времени и месте судебного разбирательства, а также целесообразно сообщать об этом и взыскателю. Кроме того, в случае неявки государственного исполнителя в судебное заседание, по нашему мнению, представление об объявлении розыска должника или ребенка стоит оставлять без рассмотрения.

Отмена постановления об объявлении розыска судом, который объявил розыск должника, процессуальным законодательством не предусмотрена.

Принудительное проникновение в жилье или другое владение лица. Одним из судебных решений, допускающим ограничения гарантированного Конституцией Украины и международными договорами Украины права на уважение и неприкосновенность жилища, является определение суда о принудительном проникновении в жилье или другое владение лица при исполнении судебных решений по гражданским делам и решений других органов (должностных лиц).

Анализ положений статьи 376 ГПК и Закона Украины об исполнительном производстве указывает на то, что суд может разрешить принудительное проникновение в жилище при применении таких мер принудительного исполнения решений, как: обращение взыскания на денежные средства должника; обращение взыскания на другие виды имущества должника; изъятие у должника и передача взыскателю определенных предметов; отобрание ребенка. В соответствии со статьей 52 Закона об исполнительном



производстве условием принудительного проникновения в жилище должника для ареста имущества, которое там находится, является невозможность выполнения решения другим способом, в том числе за счет обращения взыскания на денежные средства должника и другое его имущество.

Следует учитывать, что круг лиц, в жилище или другое владение которых допускается принудительное проникновение в порядке статьи 376 ГПК, является ограниченным. Это должник – физическое лицо, лицо, у которого находится имущество должника или имущество и средства, принадлежащие должнику от других лиц, или ребенок, в отношении которого есть исполнительный документ о его отобрании. Представление государственных исполнителей о принудительном проникновении в жилище должника во исполнение судебных решений о его выселении из квартиры не подлежат рассмотрению в соответствии со статьей 376 ГПК.

В представлении государственного исполнителя, которое направляется в суд на основании статьи 376 ГПК, помимо прочего, должны быть указаны достоверные данные о наличии имущества или ребенка в помещении, в которое нужно осуществить принудительное проникновение. В случае проникновения в жилище или другое владение лица, не являющегося участником исполнительного производства, в соответствующем представлении также должны быть указаны обстоятельства, которые свидетельствовали бы об информировании этого лица о необходимости совершения действий по передаче имущества, принадлежащего должнику, для дальнейшего обращения взыскания на него или о возврате ребенка, а также данные о нежелании этого лица выполнять соответствующее распоряжение государственного исполнителя.

В случае отсутствия надлежащего мотивирования представления о принудительном проникновении в жилище или другое владение лица, в частности, если государственным исполнителем не представлено доказательств, подтверждающих обстоятельства, изложенные в представлении, нет данных относительно осуществления государственным исполнителем действий, направленных на добровольное исполнение решения должником, нет сведений о вручении должнику постановления о возбуждении исполнительного производства, нет до-

казательств, что должник избегает вызовов государственного исполнителя и препятствует проведению исполнительных действий, не приложены доказательства, подтверждающие принадлежность квартиры должнику и т.п. суды, по нашему мнению, должны применять правила статьи 121 ГПК и оставлять такое представление без движения.

При удовлетворении представления о принудительном проникновении в жилище или другое владение должника – физического лица или лица, у которого находится имущество должника или имущество и средства, принадлежащие должнику от других лиц, суд в постановлении должен указать, в чье жилище или владения разрешается проникновение, для выполнения какого решения суда или другого органа (должностного лица) дается это разрешение и для выполнения каких исполнительных действий (с целью проведения описи, ареста имущества, изъятия имущества в присутствии собственника квартиры для дальнейшей реализации, для ознакомления покупателей с имуществом, которое подлежит реализации и т.д.) дается такое разрешение.

Обращение взыскания на имущество. Судебным решением, которое допускает ограничение конституционной гарантии на невмешательство в осуществление права собственности на средства, является постановление суда об обращении взыскания на принадлежащие должнику от других лиц денежные средства, находящиеся на счетах этих лиц в учреждениях банков и других финансовых учреждениях, которое выносится судом при исполнении судебных решений и решений других органов (должностных лиц) в порядке, определенном статьей 377 ГПК.

При решении данного вопроса суды, по нашему мнению, должны учитывать, что обратить взыскание на принадлежащие должнику от других лиц денежные средства, находящиеся на счетах этих лиц в учреждениях банков и других финансовых учреждениях, возможно только при условии бесспорности права должника на такие денежные средства.

Ограничения в свободном передвижении. Учитывая, что Конституцией Украины и международными договорами Украины каждому гарантируется свобода передвижения, за исключением ограничений, установленных законом, решение судами вопроса об ограничении

в выезде за пределы Украины возможно только в порядке, определенном статьей 377-1 ГПК, и по представлению государственного исполнителя на основании пункта 18 части третьей статьи 11 Закона об исполнительном производстве, в связи с уклонением должника от исполнения судебного решения или решения другого органа, находящегося на исполнении (пункт 5 части первой статьи 6 Закона Украины «О порядке выезда из Украины и въезда в Украину граждан Украины»).

Статья 377-1 ГПК является специальной нормой, которая применяется на стадии исполнения судебных решений, принятых независимо от вида судопроизводства, и решений других органов (должностных лиц). Таким образом, на основании этой статьи решение вопроса о временном ограничении в праве выезда за пределы Украины осуществляется в порядке, установленном ГПК, относительно должников в исполнительном производстве по любым исполнительным документам, предусмотренным ст. 17 Закона об исполнительном производстве, принудительное исполнение которых осуществляется государственной исполнительной службой Украины.

Удовлетворяя представление государственного исполнителя о временном ограничении должника – физического лица или руководителя должника – юридического лица в праве выезда за пределы Украины, суды, по нашему мнению, должны определять факт уклонения должника от исполнения решения суда или иного органа.

Выводы. При вынесении решения по результатам рассмотрения мирового соглашения между сторонами исполнительного производства, по нашему мнению, судам следует исходить из того, что порядок заключения мирового соглашения сторон на стадии судебного рассмотрения дела определен статьей 175 ГПК. В случае проверки мирового соглашения, заключенного между сторонами исполнительного производства при принудительном исполнении решения суда, подлежит применению статья 372 ГПК Украины, которой предусмотрено только два результата проверки указанной мирового соглашения: его признание или непризнание. Другие решения этого процессуального вопроса, в частности, оставление мирового соглашения без рассмотрения, статьей 372 ГПК не предусмотрены.



Также суды должны, по-нашему мнению, обращать внимание на то, что внесение в дальнейшем изменений или дополнений к заключенному и утвержденному судом мировому соглашению законодательством не предусмотрено.

Под отсрочкой исполнения решения суда мы предлагаем понимать перенос срока его исполнения на новый срок, определенный судом в процессе исполнительного производства.

В свою очередь, под рассрочкой исполнения решения суда мы понимаем установление периода, в течение которого решение суда выполняется частями с определенным интервалом во времени. Сроки выполнения каждой части должны определяться судом в период исполнительного производства.

Понятия «способ» и «порядок» исполнения судебного решения означают определенную решением суда последовательность и содержание совершения исполнительных действий государственным исполнителем. Способ выполнения судебного решения – это механизм реализации и осуществления права и судебной защиты, установленный статьей 16 ГК. Под изменением способа исполнения решения суда следует понимать принятие судом дополнительных мер, отличающихся от уже установленных решением суда по результатам рассмотрения гражданского дела по сути, и состоящих в фактическом изменении (дополнении) указанного решения в случае невозможности его выполнения ранее установленным способом.

Под понятием «уклонение от выполнения обязательств, возложенных на должника решением» следует понимать любые сознательные деяния (действия или бездействие) должника, направленные на неисполнение соответствующего долга в исполнительном производстве, когда выполнить эту обязанность у него есть все реальные возможности.

Список использованной литературы:

1. Про узагальнення практики розгляду судами процесуальних питань, пов'язаних із виконанням судових рішень у цивільних справах. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 вересня 2015 року № 8 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sc.gov.ua/ua/postanovi_za_2015_rik.html.

КРИМИНОЛОГИЧЕСКАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА СВОДНИЧЕСТВА И СОЗДАНИЯ ИЛИ СОДЕРЖАНИЯ ПРИТОНОВ РАЗВРАТА В УКРАИНЕ (СТ. 302 УК УКРАИНЫ)

Татьяна УСАТОВА,
соискатель

Научно-исследовательского института изучения проблем преступности
имени академика В.В. Сташиса
Национальной академии правовых наук Украины

Summary

The article on the basis of official statistical data and results of own empirical research presents the criminological characteristics of pandering, as well as the creation or maintenance of brothel in Ukraine (Article 302 of the Criminal Code of Ukraine). Such quantitative and qualitative indicators of this type of crime as its level, structure and dynamics are analyzed. This is done in the framework of criminological characteristics. Based on the analysis of these variables it has been concluded about alleged welfare in the sphere of combating crimes against public order and morality in Ukraine, because the decline in these indicators shows a considerable degree of latency of this crime.

Key words: criminological characteristics, pandering, creation or maintenance of brothel, level, structure and dynamics of crime.

Аннотация

В статье на основе официальных статистических данных и результатов собственного эмпирического исследования представлена криминологическая характеристика сводничества, а также создания или содержания притонов разврата в Украине (ст. 302 Уголовного кодекса Украины). В рамках криминологической характеристики проанализированы такие количественно-качественные показатели рассматриваемого вида преступности, как ее уровень, структура и динамика. На основании анализа указанных величин делается вывод о мнимом благополучии в сфере борьбы с преступлениями против общественного порядка и нравственности в Украине, поскольку снижение этих показателей свидетельствует лишь о значительной степени латентизации данного вида преступных проявлений.

Ключевые слова: криминологическая характеристика, сводничество, создание или содержание притонов разврата, уровень, структура, динамика преступлений.

Постановка проблемы. Приблизиться к познанию сущности уголовной реальности, в том числе сводничества, а также создания или содержания притонов разврата, возможно, используя научный арсенал криминологической науки. В связи с этим первостепенное значение имеет исследование природы, тенденций, количественно-качественных показателей как преступности в целом, так и ее отдельных групп и видов на определенном временном этапе и территории. Такое исследование дает возможность, во-первых, получить новые знания о характере преступности, во-вторых, оценить масштабы угрозы нормальному функционированию общества и, в-третьих, определиться со стратегией борьбы с преступными проявлениями.

Комплексное знание об определяющих особенностях преступности формируется посредством категории

«криминологическая характеристика». По своей природе и назначению данная характеристика преступности выступает информационной моделью, которая представляет собой описание существенных количественных и качественных признаков, закономерностей развития и воспроизводства преступных проявлений. Именно указанная категория позволяет отразить важнейшие особенности противоправного явления сводничества, а также создания или содержания притонов разврата; установить те проблемные аспекты, которые требуют дальнейшего научно-осмысления; выявить взаимосвязь данного преступного деяния с таким фоновым явлением, как проституция; предложить пути уменьшения силы воздействия этого негативного явления на общественные отношения.

Актуальность темы исследования объясняется, прежде всего, значимо-



стью задачи противодействия организованным формам противоправного предоставления сексуальных услуг в Украине. Кроме того, сегодня в украинском обществе существуют различные модели отношений к допустимости тех либо иных видов сексуального поведения: от полностью запретительных до крайне либеральных.

Состояние исследования. В последнее время различным аспектам противодействия преступлениям против моральности в сфере сексуальных отношений уделяется немало внимания, поскольку от эффективности такой деятельности зависит моральное, психическое и физическое здоровье украинской нации. Изучению преступлений, предусмотренных ст. 302 УК Украины («Создание или содержание притонов разврата и сводничество»), посвятили свои работы И.А. Бандурка, В.А. Глушков, А.А. Дудоров, Л.С. Кучанская, В.А. Навроцкий, А.М. Орлеан, О.П. Рябчинская, Н.И. Хавронюк и др. Но попытка создания криминологической характеристики данного преступления так и не была предпринята.

Целью и задачей статьи является установление и анализ количественно-качественных показателей сводничества, а также создания или содержания притонов разврата, а именно таких показателей, как уровень, структура и динамика подобных преступных проявлений.

Изложение основного материала. Прежде чем перейти к анализу соответствующих криминологических показателей, дающих представление о противоправных деяниях, связанных с созданием или содержанием притонов разврата и сводничеством, отметим, что анализ проблемы осуществлен на основе эмпирического материала обобщения судебных решений, осуществлённым автором лично, а также с использованием сведений, полученных из официальных источников информации (МВД Украины, Генеральная прокуратура Украины, Государственная судебная администрация Украины и др.).

Важнейшим показателем, определяющим количественные параметры распространения явления преступности, является ее уровень. Анализируя уровень преступлений, предусмотренных ст. 302 УК, следует отметить, что на фоне значительного снижения

общего количества преступных проявлений против общественного порядка и нравственности в Украине (2009 г. – 16 255 преступлений; 2010 г. – 15 557; 2011 г. – 15 980; 2012 г. – 11 238; 2013 г. – 10 949; 2014 г. – 9 555; 2015 г. – 8 511) в течение ряда лет также наблюдается тенденция к снижению случаев сводничества, создания или содержания притонов разврата, хотя и с заметным ростом этих деяний в 2014 г. Так, в 2009 г. подобных правонарушений было зарегистрировано 627; в 2010 г. – 666; в 2011 г. – 655; в 2012 г. – 534; в 2013 г. – 420. В 2014 г. в разрезе тенденции к общему снижению преступлений, предусмотренных разделом XII УК («Преступления против общественного порядка и нравственности»), количество преступлений, квалифицированных по ст. 302 УК, достигло 508, а в 2015 г. – 470. Количество правонарушителей, действия которых получили квалификацию по ст. 302 УК, в 2009 г. составило 452; в 2010 г. – 481; в 2011 г. – 468; в 2012 г. – 404; в 2013 г. – 390; в 2014 г. – 378; в 2015 г. – 380.

Представляет интерес и общее число лиц, совершивших преступления против общественного порядка и нравственности. Так, в 2009 г. зарегистрировано 10 790 лиц, совершивших какое-либо преступление, предусмотренное разделом XII УК; в 2010 г. – 10 440; в 2011 г. – 10 634; в 2012 г. – 8 606. В 2013 г. сообщение о подозрении вынесено 5 041 лицу; в 2014 г. – 5 875; в 2015 г. – 5 041. Эти показатели, на наш взгляд, следует воспринимать как мнимое благополучие, что объясняется изменением в обществе приоритетов в борьбе с преступностью (так, основные векторы противодействия сегодня сосредоточены на преступлениях коррупционной направленности, преступлениях против собственности, основ национальной безопасности, незаконного оборота наркотических средств и др.), а также значительными процессами латентизации подобных правонарушений.

Дополнительную информацию о количественных показателях преступности, направленной против основ нравственности в сфере организации предоставления сексуальных услуг, можно получить, анализируя уровень судимости лиц, совершивших преступления, предусмотренные ст. 302 УК.

По данным, предоставленным Государственной судебной администрацией Украины, в 2009 г. по указанной статье осуждено 276 лиц; в 2010 г. – 338; в 2011 г. – 247; в 2012 г. – 341; в 2013 г. – 182; в 2015 г. – 108. Как видим, уровень судимости не отражает какой-либо устоявшейся тенденции, поскольку наблюдается как значительное увеличение, так и снижение количества лиц, осужденных по ст. 302 УК.

Степень уголовной пораженности и зараженности населения в целом в стране и на отдельно взятой территории позволяют определить коэффициенты – относительные показатели уровня преступности [1, с. 164]. Наряду с тем, что эти величины могут дать представление об уровне криминализации населения Украины, с их помощью удается вычислить и уровень распространения соответствующих процессов среди населения в ракурсе совершения преступлений против общественного порядка и нравственности. Коэффициент пораженности населения Украины указанными преступлениями на 10 тыс. жителей (преступная интенсивность) составил: в 2009 г. – 3,52; в 2010 г. – 3,39; в 2011 г. – 3,49; в 2012 г. – 2,46; в 2013 г. – 2,40; в 2014 г. – 2,10; в 2015 г. – 2,13. Как следует из представленного ряда, в целом наблюдается тенденция к уменьшению соответствующих коэффициентов. По поводу преступной активности заметим следующее: в 2009 г. коэффициент, показывающий зараженность населения преступлениями, предусмотренными разделом XII УК, составлял 2,73; в 2010 г. – 2,66; в 2011 г. – 2,72; в 2012 г. – 2,21; в 2013 г. – 1,52; в 2014 г. – 1,31; в 2015 г. – 1,35.

По справедливому утверждению В.В. Лунеева, количественные показатели массовых юридически значимых явлений и процессов превращаются в обычный иллюстративный материал, если они не исследуются в целях раскрытия их качественного разнообразия [2, с. 40]. Что касается структуры преступности, то удельный вес преступлений против общественного порядка и нравственности равнялся: в 2009 г. – 3,7% от общего количества зарегистрированных в Украине преступлений; в 2010 г. – 3,1%; в 2011 г. – 3,1%; в 2012 г. – 3,6%; в 2013 г. – 1,9%; в 2014 г. – 1,8%; в 2015 г. – 1,0%. Как видим, произошло уменьшение доли рассматриваемых



преступлений в общем количестве всех учтенных в Украине уголовно наказуемых правонарушений почти в 4 раза. Это, безусловно, требует серьезного анализа факторов, которые привели к сокращению как численности преступлений против общественного порядка и нравственности, так и их удельного веса в структуре общей преступности. Несмотря на колебания абсолютных показателей анализируемых преступлений, в течение последних лет в структуре общей преступности они занимают 8-9 позицию.

Среди преступлений против общественного порядка и нравственности правонарушения, предусмотренные ст. 302 УК, стабильно занимают пятую позицию (исключая 2012 г. – четвертая позиция), что в относительных числах составляет: в 2009 г. – 3,9%; в 2010 г. – 4,3%; в 2011 г. – 4,1%; в 2012 г. – 4,8%; в 2013 г. – 3,8%; в 2014 г. – 5,3%; в 2015 г. – 5,5%. И хотя в масштабах всей учтенной в Украине преступности удельный вес рассматриваемых преступлений равняется примерно 0,1%, однако в группе преступлений, уголовная ответственность за совершение которых предусмотрена разделом XII УК, они являются вполне заметным сегментом.

Что касается удельного веса лиц, совершивших преступления, предусмотренные разделом XII УК, то в 2009 г. он составил 5,1%; в 2010 г. – 4,6%; в 2011 г. – 4,7%; в 2012 г. – 4,4%; в 2013 г. – 3,9%; в 2014 г. – 3,3%; в 2015 г. – 2,5%. Удельный вес сводников, создателей или содержателей притонов разврата среди лиц, совершивших преступления против общественного порядка и нравственности, распределился следующим образом: в 2009 г. – 4,2%; в 2010 г. – 4,6%; в 2011 г. – 4,4%; в 2012 г. – 4,7%; в 2013 г. – 5,1%; в 2014 г. – 7,5%; в 2015 г. – 8,0%.

В отличие от общих тенденций, свойственных структуре всей преступности, анализируемый вид преступлений имеет свои особенности. Так, если в структуре всех правонарушителей в Украине женщины составляют около 13-14% [3, с. 53; 4, с. 71] (а по некоторым оценкам 17% [5, с. 380] и даже 15-20% [6, с. 66-67]), то по результатам наших исследований удельный вес женщин в совершении преступлений, предусмотренных ст. 302 УК, равен 51,8%. Таким образом, этот факт – одна

из особенностей данного вида преступности, позволяющая утверждать, что криминальная активность женщин очень высока.

Что касается характеристики рассматриваемой преступности по возрастному составу, то также следует обратить внимание на определенную особенность, которая заключается в том, что несовершеннолетние не совершают данных преступлений. По крайней мере, нам не встретилось ни одного случая, когда сводничество, создание или содержание притонов разврата совершались бы лицами, не достигшими 18 лет. Наибольший удельный вес преступников приходится на лиц в возрасте 31-35 лет, что равняется 21,13%. При этом лишь в 10,71% сводников и содержателей притонов разврата преступления совершаются в группе. Примечательно, что на практике не зафиксировано ни одного (!) случая совершения этого преступления в составе организованной преступной группы. Представляется, что данный факт является диссонансом, хотя бы ввиду того, что сводничество и создание или содержание притонов разврата всегда тяготеет именно к организованности и отлаженности в предоставлении соответствующих услуг клиентам. Следовательно, даже при выявлении подобных противоправных фактов часть из них остается якобы латентными для констатации признака организованности в действиях участников преступной группы. На наш взгляд, это своеобразный вид латентности, касающийся отдельных обстоятельств, связанных с совершением преступления (в данном случае – обстоятельства группового организованного совершения преступления). Преступные группы в количественном отношении чаще всего состоят из двух человек (93,8%).

Что касается конкретных форм организации предоставления сексуальных услуг, предусмотренных ст. 304 УК, то по результатам проведенного исследования в 68,0% случаев виновным вменялось в вину совершение только сводничества; в 28% – создание или содержание притона разврата и только в 4% следственно-судебными органами зафиксирована как первая, так и вторая форма организации предоставления таких услуг. Приведем пример из практики, когда в вину виновным вменены обе формы.

Гр-ка Б., имея умысел на сводничество для разврата и преследуя корыстную цель, в период с августа по сентябрь 2012 г. под видом массажа в квартире, которую она снимала, создала и содержала притон разврата для предоставления услуг сексуального характера. С целью поиска клиентов-мужчин для оказания им за плату сексуальных услуг под видом массажа Б. разместила объявление в еженедельнике «Премьер» следующего содержания: «Тайский массаж в уютной обстановке» (номер мобильного телефона). Кроме того, Б., желая иметь постоянный источник дохода от незаконной деятельности в сфере оказания платных сексуальных услуг, имея умысел на привлечение лиц женского пола к занятию проституцией под видом постоянно действующего массажного салона, организовала и обеспечила деятельность вовлеченных в занятие проституцией женщин. При этом часть средств, полученных за предоставление сексуальных услуг, женщины передавали виновной в качестве платы за обеспечение противоправной деятельности. Действия гр-ки Б. получили квалификацию по ч. 2 ст. 302 ч. 2 ст. 303 УК Украины («Сутенерство или вовлечение лица в занятие проституцией») [7].

Структурно ст. 302 УК содержит три части. В первой части речь идет о так называемом простом, или основном, составе преступления, которым охватывается создание или содержание притона разврата, а также сводничество для разврата. Часть вторая охватывает те же действия, но совершенные с целью наживы или лицом, ранее судимым за это преступление, или совершенные организованной группой. То есть ч. 2 предусматриваетотягчающие ответственность обстоятельства. По ч. 3 ст. 302 уголовно наказуемыми являются действия, предусмотренные частями первой и второй, но совершенные с привлечением несовершеннолетних (особо отягчающие ответственность обстоятельства). Структура рассматриваемой преступности по конкретным частям ст. 302 УК имеет следующий вид: квалификацию по ч. 1 этой статьи получило большинство преступных деяний (71,0%); по ч. 2 – 28,33% и по ч. 3 – только 0,67%. Нами установлено, что сегодняшняя судебная практика характеризуется неодинаковым примене-



нием норм права к подобным случаям. Дело в том, что многие из случаев сводничества, осуществляющиеся с целью наживы, квалифицируются не по ч. 2, в которой, в частности, речь идет о такой цели, а по ч. 1 ст. 302 УК (то есть совершение действий без такой цели). Приведем пример из практики.

23 августа 2014 г. виновный В. познакомился через Интернет на сайте знакомств с ранее незнакомой ему девушкой К. Имея преступный умысел, направленный на сводничество для разврата, что выразилось в содействии добровольным сексуальным отношениям незнакомых между собой лиц, В. договорился с девушкой о том, что он предоставит последней услуги сексуального характера, а также познакомит ее с парнем, который также предоставит ей такие услуги, оговарив стоимость вышеупомянутых услуг в размере 400 грн., из которых 200 грн. последний отдаст другому парню за их предоставление. В этот же день В. договорился со своим товарищем С., пригласив его вместе с ним поехать на встречу с незнакомой К. для предоставления услуг интимного характера в помещении бани за денежное вознаграждение. Около 15 ч. В. совершил непосредственное сводничество С. и К. для разврата, в результате чего он и последние вступили в интимную связь в бане. Суд констатировал, что В. своими действиями совершил преступление, ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст. 302 УК Украины, то есть сводничество для разврата [8]. При этом в квалификации преступления не нашел отражения факт его совершения с целью наживы.

Что касается конкретных мест (помещений), в которых происходили преступные действия, связанные со сводничеством и созданием или содержанием притонов разврата, то по результатам исследования такими выступали: квартиры (частные дома), сауны (бани), развлекательные (ночные) клубы, номера гостиниц, массажные салоны, помещения санаторно-оздоровительных комплексов и др.

Представляет интерес в плане криминологического анализа и продолжительность занятия сводничеством или содержанием притонов разврата. Чаще всего в материалах уголовных дел зафиксирован лишь один случай свод-

ничества (84,3%). При этом ответить на вопрос, сколько в таких случаях действий до момента разоблачения осталось латентными, не представляется возможным. В 7,4% случаев преступная деятельность продолжалась до 1 месяца; в 6,4% сводничество длилось в течение 2-3 месяцев; в 1,9% случаев – более 3 месяцев. Содержание (с момента создания) притонов, как правило, продолжалось дольше. Даже зафиксированы случаи, когда место разврата «функционировало» более 2 лет. До 1 месяца продолжалась «деятельность» притонов в 12,6% случаев; от 1 до 3 месяцев – в 63,5%; от 3 до 6 месяцев – в 15,6%; до 1 года – в 5,2%; свыше 1 года – в 3,1% случаев. Как видим, средняя продолжительность существования таких мест равняется 1-3 месяцам.

Относительно характеристики структуры преступности по такому признаку, как наличие или отсутствие совокупности преступлений, следует отметить, что в 43,0 % случаев имела место совокупность преступлений: так, кроме ст. 302 УК, действия виновных получали квалификацию еще и по ст. 303 УК.

Организация оказания сексуальных услуг, как правило, предусматривает получение виновным определенного дохода от такой деятельности (78,7%). При этом в материалах уголовных дел указываются лишь однократно полученные суммы и ни разу (!) не указывалось на суммарный доход от подобной деятельности. По свидетельству сотрудников правоохранительных органов, к которым мы обращались во время проведения исследования, суммы такого дохода в случае успешного «функционирования» притона разврата достигают нескольких десятков тысяч гривен в месяц.

Одной из особенностей рассматриваемого вида преступности является география их совершения, которая занимается проблемами пространственного распределения преступности в мире, стране, регионах и типах населенных пунктов [9, с. 42]. Преступность в сфере организации предоставления сексуальных услуг в целом и рассматриваемый вид преступлений в частности тяготеет к густонаселенным пунктам. По данным А.Г. Кулика, примерно 34-38% всех учтенных в стране преступлений совершается в

областных центрах [4, с. 111]. Что касается преступлений, предусмотренных ст. 302 УК, то по результатам проведенного исследования удельный вес таких преступлений составляет 79,0%. Остальные преступления совершаются в городах районного значения, поселках городского типа и в селах. Кстати, в селах зафиксированы лишь считанные единицы подобных случаев.

Выяснив, что эти преступления «тяготеют» к крупным населенным пунктам, туристическим зонам и зонам отдыха, также отметим, что в плане уголовного заражения лидируют такие области Украины, как Днепропетровская, Закарпатская, Харьковская, Донецкая, г. Киев и Автономная Республика Крым (здесь сведения приводятся до 2014 г.). Достаточно большое количество преступлений совершено во Львовской и Херсонской областях. Наименьшее количество этих преступлений отмечено в г. Севастополе, Ивано-Франковской, Волынской, Тернопольской и Черниговской областях.

Еще одним показателем состояния преступности, по которому судят об определенных тенденциях в состоянии явления преступности, является ее динамика. Если проанализировать динамику преступлений против общественного порядка и нравственности в целом, то в последние годы наблюдается практически нисходящее движение этих преступлений, хотя и со значительными перепадами в темпах этого снижения. Так, в 2010 г. (по сравнению с годом предыдущим) прирост указанных преступлений составил 4,5% с отрицательным показателем. В 2011 г. отмечается незначительное повышение их уровня, что сказалось в приросте на 2,7%. Начиная с 2012 г. вновь наблюдается тенденция к снижению: в 2012 г. это снижение достигло 42,2%; в 2013 г. – 2,6%; в 2014 г. – 14,6%; в 2015 г. – 12,3%.

Отдельно следует остановиться на динамике сводничества, создания или содержания притонов разврата. На фоне заметного снижения преступлений, предусмотренных ст. 302 УК, в 2014 г. снова зафиксировано значительное их увеличение. Так, если в 2010 г. прирост к году предыдущему составил 5,9%, то в 2011 г. констатировано незначительное снижение этих преступлений на 1,7%; в 2012 г. снижение со-



ставило 22,7%; в 2013 г. и 2014 г. прирост составил соответственно 27,1% и 17,3%. В 2015 г. этот показатель достиг отрицательной отметки «-7,5%».

Как видим, в динамике всей массы преступлений против общественного порядка и нравственности, а также правонарушений, ответственность за которые наступает по ст. 302 УК, в последнее время отмечаются разнонаправленные тенденции. Очевидно, это может свидетельствовать о высокой общественной опасности организации противоправного предоставления сексуальных услуг за счет массовости таких деяний, не говоря уже о тех правонарушениях, которые остаются латентными или же получают квалификацию по более «легкой» части статьи 302 УК, что отмечалось выше.

Итак, анализ количественно-качественных показателей сводничества, создания или содержания притонов разврата дает возможность сделать следующие **выводы**:

1. Научной категорией, которая позволяет отобразить важнейшие криминологические особенности противоправного явления сводничества, а также создания или содержания притонов разврата, в частности, количественно-качественные показатели анализируемого преступного деяния, является «криминологическая характеристика».

2. На фоне значительного снижения в течение ряда лет общего количества преступлений против общественного порядка и нравственности в Украине фиксируется и снижение численности случаев сводничества, создания или содержания притонов разврата, а также лиц, их совершивших. Вместе с тем данные показатели являются всего лишь кажущимся благополучием, что объясняется изменением в обществе приоритетов в борьбе с преступностью (приоритетным в настоящее время в Украине считается противодействие преступлениям коррупционной направленности, преступлениям против основ национальной безопасности, собственности, незаконного оборота наркотических средств и др.).

3. Анализ удельного веса преступлений, предусмотренных ст. 302 УК Украины, показывает, что в последние годы произошло уменьшение доли рассматриваемых преступлений в общем количестве всех учтенных в

Украине уголовно наказуемых правонарушений почти в 4 раза. При этом удельный вес женщин в совершении данных преступлений равен 51,8%; чаще всего преступления совершаются лицами в возрасте 31-35 лет (21,1%). Всего лишь 10,7% сводников и лиц, содержащих притоны разврата, совершают преступления в группе. Преступные группы, как правило, состоят из двух человек (93,8%). Чаще всего формой организации предоставления сексуальных услуг, предусмотренных ст. 304 УК, выступает сводничество (68,0%). Рассматриваемые преступления могут совершаться в квартирах (частных домах), саунах, ночных клубах, гостиничных номерах и др. Действия, предусмотренные ст. 302 УК, в 43,0% случаев квалифицируются по совокупности с сутенерством, ответственность за которое предусмотрена ст. 303 УК. Широкое распространение данные преступления получили в Днепропетровской, Закарпатской, Харьковской и некоторых других областях.

4. В динамике преступлений, предусмотренных ст. 302 УК, пока еще не наметилась тенденция к устойчивому их снижению, поскольку прирост данных правонарушений за один год (как это было в 2014 г.) может «компенсировать» их снижение за ряд лет.

Список использованной литературы:

1. Батиргареева В.С. Рецидивна злочинність в Україні: соціально-правові та криминологічні проблеми : [монографія] / В.С. Батиргареева – Х. : Право, 2009. – 576 с.

2. Лунеев В.В. Юридическая статистика : [учебник] / В.В. Лунеев. – М. : Юристъ, 1999. – 400 с.

3. Абакумова Ю.В. Криминологія. Особлива частина : [навч. посіб.] / [Ю.В. Абакумова, С.Ф. Денисов, Т.А. Денисова, С.Г. Кулик, О.П. Рябчинська]. – Запоріжжя : КПУ, 2012. – 688 с.

4. Кулик О.Г. Злочинність в Україні на початку XXI століття : [монографія] / О.Г. Кулик. – К. : ЮрінкомІнтер, 2013. – 272 с.

5. Криминологія : [підручник] / В.В. Голіна, Б.М. Головін, М.Ю. Валуйська та ін. ; за ред. В.В. Голіни, Б.М. Головіна. – Х. : Право, 2014. – 440 с.

6. Бандурка А.М., Давыденко Л.М. Преступность в Украине: причины и противодействие : [монография] / А.М. Бандурка, Л.М. Давыденко. – Х. : Основа, 2003. – 368 с.

7. Архив Дзержинского районного суда г. Харькова за 2013 г. (Уголовное дело № 1/638/322/13).

8. Архив Краснозаводского районного суда г. Харькова за 2014 г. (Уголовное дело № 646/11202/14-к).

9. Блага А.Б. Криминологія (Загальна частина) : [навч. посіб.] / [А.Б. Блага, І.Г. Богатирьов, Л.М. Давиденко та ін.] ; за заг. ред. О.М. Бандурки. – Х. : Вид-во ХНУВС, 2010. – 240 с.



КОНКУРС НА ДОЛЖНОСТЬ ПОЛИЦЕЙСКОГО

Елена ХУДЯКОВА,
аспирант

Харьковского национального университета внутренних дел

Summary

The author of this paper has studied the competitive examination for the position of a police officer in Ukraine, has provided the definition of “competitive examination for the position of a police officer”, has offered activities for the improvement of the relevant legislation. The competitive examination for the position of a police officer is offered to determine as a competition, which is held by the Police Commission in accordance with the Law of Ukraine “On the National Police” and other normative and legal acts in order to determine the best person capable professionally to perform police powers and duties for the relevant vacant position, among those who take part in it.

Key words: competitive examination, Police Commission, competition, oath, selection, position.

Аннотация

В статье изучаются особенности конкурса на должность полицейских в Украине, дается определение «конкурс на должность полицейского», предлагаются мероприятия по усовершенствованию соответствующего законодательства. Конкурс на должность полицейского предлагается определить как соревнование, которое проводится полицейской комиссией в соответствии с Законом Украины «О Национальной полиции» и иными нормативно-правовыми актами с целью определения наилучшего лица, способного профессионально выполнять полномочия полиции и должностные обязанности по соответствующей вакантной должности, среди лиц, которые принимают в нем участие.

Ключевые слова: конкурс, полицейская комиссия, соревнование, присяга, отбор, должность.

Постановка проблемы. Сегодня важное значение в Украине приобрела проблема отбора персонала в правоохранительные органы, в частности Национальную полицию Украины. Это, прежде всего, связано с необходимостью подбора наилучших претендентов на занятие соответствующих должностей и предотвращение попадания в Национальную полицию Украины недостаточно подготовленных лиц и лиц с недостаточными моральными и деловыми качествами. Конкурсный порядок отбора кадров считается одним из наилучших средств обеспечения вышеупомянутого.

Актуальность темы исследования. В науке трудового права проблематика конкурсного порядка отбора кадров исследована довольно полно. К ее разработке приложили усилия такие известные ученые-трудовики, как Н.Г. Александров, П.А. Бущенко, В.С. Венедиктов, К.Н. Гусов, В.В. Жернаков, М.И. Иншин, К.Ю. Мельник, П.Д. Пилипенко, С.Н. Прилипко, В.И. Прокопенко, О.И. Процевский, О.В. Смирнов, В.Н. Толкунова, Н.Н. Хурторян, Г.И. Чанишева, О.Н. Ярошенко и др. Однако учитывая достаточно молодое законодательство о Национальной полиции Украины, сейчас объективно отсутствует комплексное исследование правового регулирования конкурса на должности полицейских. Исходя из этого, целью статьи являются опреде-

ление особенностей конкурса на должности полицейских и предоставление предложений по усовершенствованию соответствующего законодательства.

Изложение основного материала. Следует сразу обратить внимание на то, что Закон Украины «О Национальной полиции» от 2 июля 2015 г. № 580-VIII не закрепляет определение понятия «конкурс на должность полицейского». Часть 1 ст. 52 «Конкурс на должность полицейского» Закона закрепляет лишь его цель, которая состоит в отборе лиц, способных профессионально выполнять полномочия полиции и должностные обязанности по соответствующей вакантной должности. Вместе с тем, например, ч. 1 ст. 63 «Контракт о прохождении службы в полиции» Закона содержит соответствующее определение. На наш взгляд, если законодатель идет путем закрепления определенных терминов, которые применяются в соответствующем законе, то к этому вопросу необходимо подходить системно.

Для очерчивания собственного подхода к определению понятия «конкурс на должность полицейского» и особенностей этого мероприятия обратимся к научным источникам и законодательным положениям применения конкурсного отбора в Национальную полицию Украины.

В юридической литературе существуют следующие подходы к определению понятия конкурс. Так, К.Ю. Мельник конкурс в трудовом

праве определяет как соревнование, которое проводится с соблюдением определенного порядка в случаях, предусмотренных законодательством или решением работодателя, с целью выявления на основании определенных критериев наилучшего для занятия вакантной должности среди лиц, которые берут в нем участие [1, с. 226]. А.В. Андрушко под конкурсом понимает один из правовых способов рационального отбора кадров, целью которого является избрание наилучшего среди его участников на замещение вакантной должности в органе государственной службы по установленным критериям [2, с. 6]. В.М. Зеленский указывает, что конкурс при принятии на работу в современном понимании – это способ установления профессиональной компетентности лиц, которая выражается в особом порядке отбора наиболее подходящих претендентов на соответствующую должность (работу), что проводится коллегиальным органом или работодателем путем определения уровня знаний и умений лиц соответственно установленным правилам с целью обеспечения объективной оценки профессиональной подготовки потенциальных работников и рационального отбора кадров [3, с. 11–12].

Следует согласиться с подходом К.Ю. Мельника, который определяет термин «конкурс» через категорию «соревнование». О правильности такого подхода свидетельствует словарная



литература. Так, Большой толковый словарь современного украинского языка слово «конкурс» толкует как соревнование, которое дает возможность выявить наиболее достойных из его участников или лучшее из того, что прислано на отбор [4, с. 448]. Большой энциклопедический юридический словарь слово «конкурс» определяет как соревнование, которое имеет целью выявления лучших из участников (кандидатов, соискателей, претендентов) [5, с. 378].

Таким образом, конкурс на должность полицейского следует определить как соревнование, которое проводится полицейской комиссией в соответствии с Законом Украины «О Национальной полиции» и иными нормативно-правовыми актами с целью определения наилучшего лица, способного профессионально выполнять полномочия полиции и должностные обязанности по соответствующей вакантной должности, среди лиц, которые берут в нем участие.

В.М. Зеленский отмечает, что конкурс в широком понимании характеризуется такими признаками: (1) может проводиться относительно любых категорий работников (специалистов, технического персонала и др.). Перечень таких категорий работников целесообразно устанавливать в локальных актах, например, в коллективном договоре, что обеспечило бы одинаковость в условиях принятия на работу по конкурсу относительно этих категорий; (2) требования к претендентам и порядок проведения конкурса формирует работодатель на основе квалификационных характеристик должностей и профессий; (3) к участию в конкурсе могут допускаться все желающие, т.е. претендентом на занятие должности (выполнение работы) может быть любое лицо, даже если оно и не полностью отвечает заявленным ранее требованиям, ведь работодатель в ходе конкурса может прийти к выводу, что именно это лицо он и ищет, несмотря, например, на отсутствие стажа у этого лица; (4) создание специального коллегиального органа является необязательным, поскольку решение о признании того или другого претендента таким, который отвечает выдвинутым требованиям, работодатель может принять и единолично. К важным признакам конкурса

в узком понимании В.М. Зеленский относит: (1) право на замещение должностей на конкурсной основе имеют лишь законодательно определенные категории работников в определенных сферах деятельности; (2) порядок проведения конкурса при принятии на работу этих категорий лиц регламентируется законодательными актами; (3) к участию в конкурсе допускаются лишь те лица, которые прошли предыдущий отбор. Требования к тем, кто может быть допущен к участию в конкурсе, определяются нормативно-правовыми актами, которые регламентируют соответствующий вид деятельности; (4) решение о победителе конкурса, которое является обязательным для работодателя, принимается коллегиальным органом; (5) трудовой договор, который заключается по результатам конкурса, как правило, имеет срочный характер [3, с. 12].

Как можно увидеть, указанный исследователь широкий подход к конкурсу связывает, прежде всего, с возможностью проводить конкурс на все должности, а узкий – только на те, которые прямо определены в законодательстве.

Исходя из такого подхода, видим, что конкурс на должность полицейского относится к узкому пониманию, поскольку должности полицейских, которые должны быть замещены по конкурсу, предусмотрены Законом Украины «О Национальной полиции» от 2 июля 2015 г. № 580-VIII.

Прежде всего, отметим, что Закон Украины «О Национальной полиции» предусматривает лишь один случай обязательного проведения конкурсного отбора. Так, конкурс на службу в полиции обязательно проводится среди лиц, которые впервые принимаются на службу в полиции с назначением на должности младшего состава полиции (ч. 3 ст. 52).

Закон Украины «О Национальной полиции» также предусматривает возможность проведения конкурса при комплектовании в порядке продвижения по службе должностей младшего, среднего и высшего состава полиции по решению руководителя, уполномоченного назначать на такие должности (ч. 4 ст. 52). Однако в этом случае это является правом, а не обязанностью соответствующего руководителя.

На наш взгляд, это не совсем правильно. Так, и ученые-трудовики, и практики кадровых служб единодушно признают конкурс самым действенным мероприятием по подбору профессиональных и наилучших кадров из тех, что подали заявления о принятии на работу. Это особенно важно для Национальной полиции Украины, которую отождествляют с положительными реформами современного руководства Украины. Учитывая вышесказанное, считаем, что конкурсный порядок отбора необходимо обязательно установить при назначении на все должности соответствующего правоохранительного органа.

Сегодняшнее национальное законодательство устанавливает, что решение об объявлении конкурса принимает руководитель органа полиции, которому предоставлено право принимать граждан на службу в полиции и/или назначать на соответствующую вакантную должность, а также то, что конкурс проводится соответствующей полицейской комиссией.

Сейчас полицейские комиссии создаются на двух уровнях: 1) на уровне аппарата центрального органа управления полиции; 2) на уровне территориальных органов полиции. В состав первой полицейской комиссии входят пять человек: два представителя, определенные Министром внутренних дел Украины, не из числа полицейских; один представитель, определенный руководителем полиции; два представителя общественности, рекомендованные Уполномоченным Верховной Рады Украины по правам человека, из числа лиц, имеющих безупречную репутацию, высокие профессиональные и моральные качества, общественный авторитет. В состав второй полицейской комиссии также входят пять человек: один представитель, определенный Министром внутренних дел Украины, не из числа полицейских; один представитель, определенный руководителем полиции; один представитель, определенный руководителем соответствующего территориального органа (заведения, учреждения) полиции; два представителя общественности, избранные соответствующим областным советом, Верховным Радой Автономной Республики Крым, Киевским городским советом, Севастопольским



городским советом из числа лиц, имеющих безупречную репутацию, высокие профессиональные и моральные качества, общественный авторитет.

Проведению конкурса предшествует опубликование информации о нем. Так, информация (объявление) о вакантных должностях в полиции и о проведении конкурса публикуется на официальном веб-портале центрального органа управления полиции, соответствующего территориального органа (заведения, учреждения) полиции. В объявлении о проведении конкурса отмечаются: 1) местонахождение полицейской комиссии, которая проводит конкурс; 2) название вакантной должности; 3) краткое содержание служебных обязанностей; 4) условия денежного обеспечения; 5) требования к профессионально-квалификационному уровню, направлению подготовки (специальности), опыту работы, в том числе в полиции, и другие требования к уровню профессиональной компетентности кандидата на должность соответственно квалификационным требованиям к этой должности, а также требований к лицу, принимаемому на службу в полицию; 6) информация относительно срочности или бессрочности назначения на должность; 7) перечень документов, необходимых для участия в конкурсе, и срок их предоставления; 8) дата и место проведения конкурса; 9) фамилия, номер телефона и адрес электронной почты лица, предоставляющего дополнительную информацию по вопросам проведения конкурса. Также устанавливается, что срок представления документов для участия в конкурсе не может составлять меньше 10 и больше 30 календарных дней со дня опубликования объявления о проведении конкурса (ст. 53 Закона Украины «О Национальной полиции»).

Порядок проведения конкурсной процедуры предусмотрен в ст. 55 Закона Украины «О Национальной полиции». Так, сначала служба персонала (кадрового обеспечения) органа полиции, где проходит конкурс, проводит проверку документов, представленных кандидатами, на соответствие общим требованиям и информирует об этом полицейскую комиссию.

Кандидаты, которые прошли соответствующую проверку, проходят тестирование, собеседование и другие

виды оценивания соответственно Типовому порядку проведения конкурса на службу в полиции и/или занятие вакантной должности, утвержденного Приказом Министерства внутренних дел Украины № 1631 от 25.12.2015 г. (далее – Типовой порядок проведения конкурса).

В случае подачи заявления об участии в конкурсе лишь одним человеком такое лицо проходит в установленном порядке конкурсный отбор, по результатам которого принимается решение о его принятии на службу в полицию и/или назначении на должность или об отказе в таком принятии и/или назначении.

Заседание полицейской комиссии при проведении конкурса является правомочным, если на нем присутствуют не менее, чем две трети ее членов. Во время заседания полицейской комиссии при проведении конкурса ее члены: 1) изучают результаты проведенной проверки документов кандидатов; 2) проводят отбор кандидатов с использованием видов оценивания соответственно Типовому порядку проведения конкурса; 3) проводят собеседование с кандидатами с учетом результатов тестирования; 4) лично оценивают уровень профессиональной компетентности претендентов, которые отвечают условиям конкурса, и определяют в личном порядке их общий рейтинг; 5) по результатам составления общего рейтинга претендентов, которые отвечают условиям конкурса, определяют победителя конкурса.

Решение полицейской комиссии по результатам конкурса считается принятым, если за него проголосовало большинство ее состава. Решение полицейской комиссии оформляется протоколом, который присутствующие на ее заседании члены комиссии подписывают не позднее следующего дня после проведения заседания.

Информация о победителях конкурса оглашается не позднее следующего дня после подписания протокола заседания полицейской комиссии в том порядке, в котором он был объявлен.

Статья 56 Закона Украины «О Национальной полиции» четко устанавливает, что на вакантную должность полицейского назначается победитель конкурса, в случае его проведения.

Здесь также необходимо обратить внимание на несколько обстоятельств,

которые могут помешать назначению победителя соответствующего конкурса на вакантную должность полицейского. Так, Типовой порядок проведения конкурса предусматривает, что победители конкурса предоставляют кадровой службе предусмотренные законодательством документы, необходимые для проведения специальной проверки согласно Указу Президента Украины от 25 января 2012 года № 33 «О Порядке проведения специальной проверки сведений относительно лиц, которые претендуют на занятие должностей, связанных с выполнением функций государства или местного самоуправления», и документы для оформления допуска к государственной тайне, если для выполнения служебных обязанностей нужен такой допуск. Победителю конкурса отказывается в назначении на должность в полиции в случае: 1) непредоставления победителем конкурса в определенный срок документов, предусмотренных законодательством для специальной проверки при приеме на службу в полицию, и документов для оформления допуска к государственной тайне, если для выполнения служебных обязанностей нужен такой допуск; 2) выявления, в том числе по результатам специальной проверки, ограничений, связанных со службой в полиции, определенных Законами Украины «О Национальной полиции», «О претотвращении коррупции» и иными законами Украины; 3) отказа победителя конкурса взять на себя обязательства придерживаться ограничений и/или от принятия Присяги полицейского, определенного законом; 4) наличия относительно победителя конкурса запретов, предусмотренных Законом Украины «Об очищении власти».

Выводы. Считаем, что указанные нормы подзаконного акта идут вразрез с нормой ст. 56 Закона Украины «О Национальной полиции», которая предусматривает, что на вакантную должность полицейского назначается победитель конкурса в случае его проведения. Поэтому предлагаем проводить все вышеупомянутые мероприятия, а желание придерживаться ограничений и принять Присягу полицейского выявлять перед конкурсной процедурой, не допуская к участию в конкурсе соответствующих лиц.



Список использованной литературы:

1. Мельник К.Ю. Проблеми правового регулювання трудових відносин службовців правоохоронних органів : [монографія] / К.Ю. Мельник. – Х. : Харківський національний університет внутрішніх справ, 2009. – 360 с.

2. Андрушко А.В. Виникнення трудових правовідносин з державними службовцями : автореф. дис. ... канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.05 – трудове право; право соціального забезпечення / А.В. Андрушко. – Київ, 2002. – 18 с.

3. Зеленський В.М. Прийняття на роботу за конкурсом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.05 – трудове право; право соціального забезпечення / В.М. Зеленський – Київ, 2016. – 18 с.

4. Бусел В.Т. Великий тлумачний словник сучасної української мови / В.Т. Бусел. – К. – Ірпінь : Перун, 2002. – 1440 с.

5. Шемшученко Ю.С. Великий енциклопедичний юридичний словник / Ю.С. Шемшученко. – К. : Юрид. думка, 2007. – 992 с.

ФОРМИРОВАНИЕ И СТРУКТУРА ОТЕЧЕСТВЕННОГО КРИМИНОЛОГИЧЕСКОГО УЧЕНИЯ О ЛИЧНОСТИ НАСИЛЬСТВЕННОГО ПРЕСТУПНИКА

Светлана ШАЛГУНОВА,

кандидат юридических наук, доцент,
профессор кафедры уголовного права и криминологии
Днепропетровского государственного университета внутренних дел

Summary

In the article the questions of forming and rich in content description of criminology studies are examined about personality of violent criminal in home criminology. Undertaken a study allowed to form the structure of home criminology studies about personality of violent criminal (in the last 30-35). Personality of violent criminal is totality of persons accomplishing, having different objects in the criminal-legal understanding, but criminology homogeneous crimes of violence against personality, her life, health, freedom, honour, dignity, bodily security, sexual freedom and sexual inviolability, and being characterized aggressive behavior, either behavior at that for permission of certain vital situations and social conflicts chooses the violent method of their permission (physical, psychical violence) or for what violence is the element of motivation and instrument (by a method) for the achievement of criminal purpose and desired result.

Key words: personality of violent criminal, violence, criminology studies about personality of violent criminal, structure of criminology studies about personality of violent criminal.

Аннотация

В статье рассматриваются вопросы формирования и содержательной характеристики криминологического учения о личности насильственного преступника в отечественной криминологии (за последние 35-40 лет). Личность насильственного преступника представляет собой совокупность лиц, совершивших разнообъектные в уголовно-правовом понимании, но криминологически однородные насильственные преступления против личности, ее жизни, здоровья, свободы, чести, достоинства, личной неприкосновенности, половой свободы, половой неприкосновенности, и характеризующаяся агрессивным поведением, либо поведением, при котором для разрешения конкретных жизненных ситуаций и социальных конфликтов выбирает насильственный способ их разрешения, либо для которой насилье является элементом мотивации и инструментом (способом) для достижения преступной цели и желаемого результата.

Ключевые слова: личность насильственного преступника, насилье, криминологическое учение о личности насильственного преступника, структура личности насильственного преступника, классификация и типология личности насильственного преступника, жертва насильственного преступника, профилактика насилья.

Постановка проблемы. Изучение личности преступника является одним из главных элементов науки криминологии. Однако в отечественной криминологии проблеме личности преступника уделяется недостаточно внимания, и большая часть этих исследований направлена на изучение отдельных видов личности преступника в рамках криминологической характеристики конкретного вида преступлений, а не преступности. Актуальность темы исследования личности насиль-

ственного преступника в современной криминологической науке обусловлена тем, что насилье стало наиболее острой, злободневной проблемой современного украинского общества. Насильственная преступность представляет не только совокупность насильственных преступлений, но и является угрозой национальной безопасности государства, угрозой конституционным правам и свободам граждан, провоцирует страх значительной части населения за свою жизнь и здоровье.



Актуальность темы. Проблема изучения личности насильственного преступника и профилактики насильственных преступлений рассматривалась в трудах многих отечественных и зарубежных исследователей: криминологов, криминалистов, психологов, психиатров: Ю.В. Александрова, Ю.М. Антоняна, М.И. Бажанова, А.М. Бандурки, Ю.Д. Блувштейна, В.Н. Бурлакова, В.В. Василевича, Б.С. Волкова, В.А. Глушкова, В.В. Голины, В.К. Грищука, П.С. Дагеля, А.И. Долговой, А.Н. Джужи, В.П. Емельянова, Б.В. Здравомыслова, К.Е. Игошева, И.И. Карпеца, В.В. Коваленко, А.Н. Костенко, В.Н. Кудрявцева, Н.Ф. Кузнецовой, В.Н. Куца, И.П. Лановенко, И.И. Лановенко, Н.С. Лейкиной, Г.М. Миньковского, А.Н. Михайлова, Л.Н. Мороз, А.Б. Сахарова, Х. Тама, А.П. Тузова, И.К. Туркевич, В.Д. Филимонова, Л.В. Франка, П.Л. Фриса и многих других. В данном направлении, на наш взгляд, наиболее интересными являются работы отечественных исследователей И.И. Лановенко (1996), Г.И. Пищенко (1999), Н.Н. Корчевого, Л.В. Крижной (2000), М.Ю. Валуйской (2002), О.О. Ходимчук (2005), А.Н. Игнатова (2007), А.Ф. Бобылева (2008), А.Н. Гумина, А.О. Йосипив, М.О. Ларченко (2009).

Целью данной статьи является исследование формирования отечественного криминологического учения о личности насильственного преступника.

Изложение основного материала. На основании проведенного нами исследования условно выделено семь этапов в философско-правовой мысли по изучению личности преступника в целом и личности насильственного преступника в частности.

Впервые интерес к личности преступника возник в древние времена и был отображен в философских трудах Протагора, Гомера, Платона, Аристотеля, Пелемона, Плотика, Августина, Плиния. Это время (I – III вв. до н.э.) – 1-й этап в исследовании личности насильственного преступника и личности преступника в целом. Биологическое начало в личности отвергалось Аристотелем, а главным называлось социальное, но измененное субъективным желанием совершать пре-

ступление. При этом, если человек сам принимает решение быть благодетельным или наоборот, то он должен осознавать, что именно является добром, а что – злом. Таким образом, мысли Аристотеля могли применяться только к лицу, которое осознанно принимает решение: совершить преступление или нет. Что же касается лиц, которые не осознают (являются невменяемыми) или под влиянием определенных факторов (расстройств психики, сильных эмоций) осознают не в полном объеме общественную опасность и вредность своих поступков, то их называть преступниками нельзя.

Философские труды стали основой для дальнейшего осмысления личности преступника и выработки отдельного учения о такой личности. В античной философии (VI в. до н.э. – IX в. н.э. – 2-й этап) были заложены основания уголовной антропологии, поскольку древними философами (Августин, Плиний) провозглашалось, что одним из двух подозреваемых в совершении преступления считается тот, кто является более некрасивым и уродливым. В средневековье (X–XIII вв. – это 3-й этап изучения личности насильственного преступника) такие взгляды также имели поддержку и приобрели большое распространение. В дальнейшем сформировались три основных взгляда на сущность личности преступника: 1) первый связан с предоставлением первоочередного значения антропологическим чертам преступника, 2) второй определял влияние самого индивида на совершение им преступления, 3) третий имел теологические черты и пояснял поступки лица тем, что оно подвластно богу, который только один руководит всеми поступками людей, в том числе и преступными. В эпоху Ренессанса (с XIV в.) у гуманистов (Салютатти, Помпонацци, Кальвина, Кампанеллы) решался вопрос возможной ответственности преступника за свои поступки, а с XVIII в. формируется социологическое направление, в соответствии с которым признается, что общество толкает лицо на совершение преступления и формирует личность преступника (4-й этап, XIV–XIX вв.).

Первые попытки исследования именно личности насильственного преступника осуществлены в 20–30-е

годы XX в. (и до 1941 г., 5-й этап) в криминологических кабинетах СССР (Я. Берман, Е. Краснушкин, С. Познышев, Е. Тарновский). Именно в них положено начало изучению личности насильственного преступника (убийца в законе и пенитенциарной практике, психология и психопатология убийств, индивидуальные характеристики убийц, женщины-убийцы, ассоциативный эксперимент в деле изучения преступника, психозы в местах заключения, психология хулиганства, допросские хулиганы, бандитизм в период 1922–1927 гг., бандиты-интеллигенты, половые преступления в связи с физическим уродством, детоубийство и аборт, преступления против жизни новорожденного, психически неполноценные лица в условиях заключения и т.п.) [1].

В период 1945–1980-х гг. (6-й этап) исследования личности преступника осуществлялись преимущественно в рамках науки уголовного права, и только работы А.Б. Сахарова, Н.С. Лейкиной, А.А. Герцензона, Г.М. Миньковского были направлены на изучение личности преступника с криминологической точки зрения, хотя в их исследованиях сущность личности преступника сводилась к психологическим признакам и особенностям, а личность преступника рассматривалась как понятие, тождественное понятию субъекта преступления. Наиболее прогрессивными, мы считаем, были взгляды А.М. Яковлева, Б.С. Волкова. Последний выделял в личности преступника психологические и социальные причины, которые толкали ее на совершение преступлений [2, с. 15, 17].

В современных исследованиях заметными являются труды А.П. Закалюка, очертившего обобщенные показатели криминогенной личности: антисоциальная (криминогенная) направленность личности, базирующаяся на мировоззрении и системе отношений в обществе, которая формируется в процессе социального развития человека (убеждений, идеалов, интересов, потребностей, которые интегративно отражают доминирующее социально-типичное содержание и жизненную позицию личности, криминальную деятельность, внутренне обуславливающую ее).



Антиобщественная направленность рассматривается им и как основание для проведения типологии личности преступника. Распространение на криминогенную личность термина «личность преступника» А.П. Закалюк не признает, поскольку считает, что оснований для такого широко ее понимания и толкования нет [3, с. 30–40, 52–54]. Однако смысловая нагрузка криминологического понятия «личность преступника» не может сводиться только к уголовно-правовому, охватывающему поведение лица до совершения преступления.

В период 1980–2014 гг. наиболее основательные и глубокие исследования личности насильственного преступника были осуществлены российскими учеными Ю.М. Антоняном, М.М. Бабаевым, В.Е. Эминовым, В.Е. Квашисом и другими, что имело существенное влияние на украинскую криминологическую мысль и дало ей новый толчок в развитии (7-й этап). Однако отечественные исследователи изучали личность насильственного преступника только в отдельных ее видах: личность убийцы (М.Ю. Валуйская, В.В. Василевич, А.П. Гусак и др.), личность корыстно-насильственного преступника (А.М. Гумин, Б.М. Головкин), личность хулигана (Г.И. Пищенко), личность полового преступника (Н.Н. Корчевой, И.И. Лановенко, А.П. Тузов, Д.А. Тузов, А.С. Лукаш, Л.Н. Мороз), личность преступника с психическими аномалиями (В.П. Емельянов, О.О. Ходимчук, Л.О. Бауэр). Хотя при этом самостоятельного изучения личности насильственного преступника не проводилось.

По нашему мнению, личность насильственного преступника можно охарактеризовать как совокупность лиц, совершающих преступления с использованием насилия. Такая личность, в отличие от других категорий и типов личности преступника, характеризуется соединением в личностных признаках следующих качеств: 1) совокупность лиц, которые совершили разнообъектные в уголовно-правовом понимании (преступления против личности, ее личной неприкосновенности, жизни и здоровья, свободы, чести, достоинства, половой свободы и половой неприкосновен-

ности, общественной безопасности и общественного порядка, а также преступления, связанные с причинением ущерба жизни и здоровью по иным мотивам (религиозным, национальным, расовым, политическим)), но криминологически однородные насильственные преступления, 2) которые характеризуются агрессивным поведением преступника, либо 3) при попадании в конкретные жизненные ситуации, социальные конфликты преступники выбирают насильственный способ их разрешения (физическое, психическое насилие: политическое, экономическое, социальное, религиозное, сексуальное, вооруженное), либо 4) для которых насилие является элементом мотивации, или 5) способом (инструментом) для достижения преступного результата (захват заложника, завладение имуществом, захват власти).

Изучение насилия должно в идеале иметь комплексный характер, что и подтвердило наше исследование, и ограничивать его рамками уголовного права, криминологии или юридической психологии нельзя. Исследование насильственных преступлений предполагает наличие первого отправного момента – содержания понятия насилия. Однако в украинской криминологии не выработано таких понятий, как насилие, насильственное преступление, насильственная преступность. А соответственно, не исследовались истоки насилия (как объективные, так и субъективные), механизм формирования личности насильственного преступника, особенности криминологических аспектов способа жизни такой личности. Система «личность – преступник» содержит в себе характеристику не только мотивации и мотивов преступной деятельности, но и способ совершения преступления, процесс его выбора и выбора орудий, а также позволяет отследить процесс принятия решения реализации преступного замысла на совершение насильственного акта. К условиям формирования личности насильственного преступника недостаточно относить только маргинальный способ жизни, алкоголизм, наркоманию, проституцию и т.п., ненадлежащие условия воспитания в семье и коллективе. Необходи-

мо учитывать обязательно и общий уровень инфантилизации общества, тотального насаждения «европейских ценностей», которые успешно заменили нам пропагандировавшийся ранее «американский способ жизни». Содержательная часть таких стандартов известна и понятна человеку думающему, способному к простому логическому анализу. Разрешаемые и поощряемые в Европе и США половая распущенность, однополые браки, гей-парады, «легкие» наркотики, тотальная демонстрация по телевидению абсолютно бессмысленных фильмов с непрекращающимися насильственными сценами и сюжетами, таких же мультфильмов для детей, – все это уже перекочевало на украинское телевидение. Позаимствованные у США развлекательные телепроекты («Дом-2», «Давай одружимося», «Х-фактор», «Світське життя», «Міняю жінку», «Розміши коміка», «Від пацанки до панянки», «Холостяк», «Квартал-95») насаждают отечественному телезрителю «западный образ жизни», а на самом деле – все это пропаганда абсолютнейшей безвкусицы, примитивизма, распространения сплетен и популяризация человеческих пороков, ведущие к формированию инфантилизма и ожиданию «чуда», получения благ цивилизации не путем приложения собственных усилий, а поиска «выгодного» полового партнера, богатого спонсора, стремление молодежи стать содержанками и альфонсами, жить только для удовольствий. Уже ставшие привычными расстрелы школьниками своих одноклассников, педофильные и гомосексуальные скандалы со священниками и высшими государственными чиновниками – все это западный образ жизни, демонстрирующий нашим детям и молодым людям все самое худшее, разрушающее основы нравственности, заложенные в семье. Манера одеваться, демонстрируемая с экрана телевизора, дополняет этот образ, пропагандируя «нищенский образ» (со швами наружу и рваными дырами).

На такой основе легко формируется специфический способ общения в среде подростков и молодежи, «зараженных» вирусом инфантильности и переносящих его далее в общество.



Копирование молодежью в одежде, привычках, интересах, формах общения, поведения, мышления и т.п. не отягощенностью необходимостью зарабатывать образа жизни приводит через определенный промежуток времени, в конечном итоге, к паразитическому способу жизни, аморальности и развратности в мышлении, поведении, насильственному разрешению жизненных проблем и конфликтов, что является опасным как для конкретных потерпевших, так и для всего общества в целом. Комплекс факторов, влекущих за собой насильственный способ разрешения конфликтов (от индивидуальных на бытовом уровне до политических и идеологических, которые мы очень ярко можем наблюдать в современном украинском обществе), формируют личность насильственного преступника, а сфера ее деятельности определяет вектор приложения насилия и его способы. По статистическим данным МВД Украины, количество насильственных преступлений постоянно увеличивается, несмотря на относительное снижение в 2010–2012 годах показателей убийств, нанесения телесных повреждений, изнасилования и хулиганств, как основных проявлений насилия. Однако за 2012–2013 годы и начало 2014 года количество насильственных преступлений возросло в несколько раз. Так, только за последние полгода (октябрь 2013 – март 2014 года) по областным центрам Украины в 3–5 раз возросло количество хулиганских действий, беспричинного нанесения телесных повреждений, и в 1,5–2 раза – количество умышленных убийств. В Киеве и Киевской области количество указанных преступлений возросло еще больше, т.к. это основная территория идеологического, политического и военного конфликта, перерастающего в конфликты индивидуальные. С момента начала так называемой антитеррористической операции на территории Донецкой и Луганской областей на телевидении не была ограничена трансляция развлекательных программ, что было бы совершенно логичным и правильным. В такой ситуации молодым людям, так же, как и уже достаточно взрослым, пытаются донести с экрана телевидения бесче-

ловечность, отсутствие сочувствия и сопереживания. По опросам школьников 10–11 классов и студентов первых курсов вузов г. Днепропетровска только 25% школьников и около 50% студентов понимают реальные причины боевых действий, а не те, которые звучат в новостях на украинских каналах. Тем более, что данные возрастные группы являются наиболее активными пользователями интернета и получают информацию о событиях в районе боевых действий и из других источников, так тщательно перекрывааемых действующей властью. Соответственно, уровень доверия к украинской власти и СМИ крайне низок. Желание молодых людей разобраться в причинах вооруженного конфликта вызвано и надвигающейся на них угрозой призыва на срочную воинскую службу.

Таким образом, общественная опасность насильственных действий является достаточно высокой. В соответствии с отечественным и международным законодательством в УК Украины содержатся материально-формальные определения деяний, запрещенных законом об уголовной ответственности (убийства, нанесение телесных повреждений, пытки и т.д.), хотя самого понятия «насилие» нет, как нет и в других законодательных актах, государственных программах, концепциях профилактики преступности понятия насильственной преступности. Понятие «насилие в семье» содержится в Законе Украины «О предупреждении насилия в семье», и под ним понимаются какие-либо действия физической, сексуальной, психологической или экономической направленности со стороны одного члена семьи в отношении другого, если они нарушают конституционные права и свободы члена семьи как гражданина и наносят ему моральный ущерб, ущерб его физическому или психическому здоровью (ст. 1) [4]. Однако указанное понятие насилия и описание его проявлений ограничиваются сферой семейных отношений.

За последние 40 лет в Украине уровень насильственной преступности постоянно повышается. Одновременно наблюдается и повышение уровня латентности насилия в бы-

товой сфере. Введение в действие УПК Украины в 2012 г. существенно изменило порядок регистрации и реагирования на все преступные проявления. С одной стороны, новый подход обязывает правоохранительные органы регистрировать все заявления о совершенных преступлениях (без проведения предварительной доследственной проверки), чем существенно усложняет работу правоохранительной системы. В едином реестре досудебных расследований регистрируются не только преступления, но и административные правонарушения, гражданско-правовые деликты, нарушения налогового законодательства (не являющиеся преступлениями). С другой стороны, введенная система регистрации не предусматривает ведение статистических учетов преступлений по видам на уровне МВД, прокуратуры и государства в целом. Например, в ОВД только на уровне служб ведутся учеты выявленных преступлений (по линии борьбы с незаконным оборотом наркотиков, по линии уголовного розыска, по линии ГСБЭП и т.п.). Если по статистическим данным МВД Украины, за период 2010–2011 гг., в среднем в год регистрировалось 45–50 тыс. преступлений, то за 12 месяцев 2013 г. зарегистрировано 4 673 185 заявлений и сообщений о преступлениях и правонарушениях, в т.ч. 491 199 с признаками преступлений, т.е. в 10 раз больше, чем среднегодовой показатель за предыдущие годы. Соответственно, возросла нагрузка на следователей в среднем в 5–7 раз, что также не способствует улучшению их профилактической работы.

Основными мотивами совершения современных насильственных преступлений являются месть (58%), сведение счетов с обобщенным образом жертвы (лицом, которое, по мнению насильника, виновно в его проблемах: женщинами, детьми, безпризорными, бомжами – в 37%, а с января-февраля 2014 года – предпринимателями, представителями «не той политической элиты»), со всеми несогласными в 68%); корысть (85%); удовлетворение потребности в неформальном общении, самоутверждение в группе (46%); приобретение авторитета в неформальной группе



и в коллективе осужденных (26%); подчинение интересам группы, лидера (24%); самоусовершенствование, самоутверждение, желание доказать окружающим свои возможности, силу, ловкость, решительность, удале (56%); наследование поведения авторитетов, устранение конкурентов (в политике, профессиональной деятельности, предпринимательстве) (12%); выбор наиболее действенного способа разрешения конфликтов (48%); получение удовольствия от совершения актов насилия (насилие ради насилия, развлечение, способ свободного времяпрепровождения) (34%). Необходимо отметить, что изучение материалов уголовных дел позволяет выделить полимотивационное насилие (наличие нескольких мотивов: мести и корысти; устранения конкурента ради корысти и мести и т.д.). Если до 2013 г. в структуре мотивов преобладали личные (неприязнь, месть, ревность, гнев) и корыстные мотивы, то с 2014 г. ведущим становится корыстный мотив, дополняют его мотивы ненависти, потребность власти над жертвой, самоутверждение, демонстрация собственной безнаказанности и месть «всем, кто считал себя лучше или богаче меня», желание доказать свою состоятельность (в любых вопросах), религиозная нетерпимость.

Выводы. Проведенное нами исследование позволило сформировать структуру отечественного криминологического учения о личности насильственного преступника. *Криминологическое учение о личности насильственного преступника* получило развитие в отечественной криминологической науке в последние 30-35 лет, и по своему содержанию оно включает несколько структурных составляющих: 1) генезис отечественных и зарубежных исследований личности, совершающей насильственные преступления с применением физического или психического насилия; 2) методологию (инструментарий) исследования личности насильственного преступника; 3) криминологические признаки личности насильственного преступника, включающая исследование самой личности преступника, который совершает насильственные преступле-

ния (понятие, признаки, структуру, классификацию, типологию, криминологический портрет); 4) изучение детерминации и мотивации насильственного преступного поведения, определение содержания и объема самого уголовно-наказуемого насилия; 5) обобщение информации о жертве насильственного преступления (понятие, виды, классификация); 6) механизм совершения насильственного преступления и роль жертвы при его совершении; 7) наличие и роль психических аномалий личности преступника и жертвы в формировании мотивации и мотивов совершения преступного насилия, и в механизме совершения преступления; 8) меры профилактики преступного насилия (на всех уровнях: от меж- и общегосударственного до индивидуального, и во всех сферах: от политической до бытовой). Выделение уголовно-правовых признаков насилия в самостоятельный структурный элемент, на наш взгляд, нецелесообразно, поскольку они непосредственно и тесно связаны с каждым из названных элементов. Личность насильственного преступника представляет собой совокупность лиц, совершивших разнотипные в уголовно-правовом понимании, но криминологически однородные насильственные преступления против личности, ее жизни, здоровья, свободы, чести, достоинства, личной неприкосновенности, половой свободы, половой неприкосновенности, и характеризующаяся агрессивным поведением, либо поведением, при котором для разрешения конкретных жизненных ситуаций и социальных конфликтов выбирает насильственный способ их разрешения (физическое, психическое насилие), либо для которой насилие является элементом мотивации и инструментом (способом) для достижения преступной цели и желаемого результата.

Список использованной литературы:

1. О деятельности Всеукраинского Кабинета по изучению личности преступника и преступности // Изучение преступности и пенитенциарная практика. – Одесса, 1928. – Вып. 2. – С. 163–165.

2. О деятельности Всеукраинского Кабинета по изучению личности преступника и преступности // Изучение преступности и пенитенциарная практика. – К., 1930. – Вып. 3. – С. 181–185.

3. Личность преступника (уголовно-правовое и криминологическое исследование). – Казань, 1972. – 188 с.

4. Закалюк А.П. Прогнозирование и предупреждение индивидуального преступного поведения. / А.П. Закалюк. – М., 1986. – 191 с.

5. Закон України «Про попередження насильства в сім'ї» від 15.11.2001 р. (зі зм. та доп. на 16.12.2012 р.).



ЕВРОПЕЙСКИЙ ОПЫТ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ФАРМАЦЕВТИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Виктория ШИРШОВА,

аспирант кафедры административного права
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Summary

This article reveals different approaches to legal regulation in the pharmaceutical sphere showing examples of separate countries of Europe. Here've been generalized the grounds of pharmaceutical activity, as well as explained examples of legal regulation for the pharmaceutical sphere, based on special laws adoption and simultaneous regulation with the issues on quality of medicines, as well as the proposals to improvement of legal regulation in Ukraine, taking into account European examples of legal regulation in the field. Author's reviewed application of economic and administrative methods of legal regulation in the sphere of health care as a whole, as well as special attention's been paid to comparison of the defined methods application in pharmaceutical activity.

Key words: pharmaceutical activity, regulation of pharmaceutical market, methods of legal regulation, pharmaceutical production, pharmaceutical products.

Аннотация

В статье рассмотрены различные подходы к правовому регулированию фармацевтической деятельности на примере отдельных стран Европы. Обобщены законодательные основы фармацевтической деятельности, приведены примеры правового регулирования фармацевтической деятельности как отдельным законом, так и совместно с регулированием качества лекарственных препаратов, сформулированы предложения касательно усовершенствования отечественного опыта правового регулирования фармацевтической деятельности. Изучено применение экономических и административных методов правового регулирования в сфере охраны здоровья в целом, и отдельное внимание уделено сравнению применения указанных методов в фармацевтической деятельности.

Ключевые слова: фармацевтическая деятельность, регулирование фармацевтического рынка, методы правового регулирования, фармацевтическая промышленность, фармацевтический препарат.

Постановка проблемы. Актуальность усовершенствования правового регулирования фармацевтической деятельности в Украине с учетом европейского опыта обосновывается требованиями имплементации в национальный правовой порядок ряда Директив и Регламентов Европейского Союза, унифицированно регулирующих элементы фармацевтической деятельности и специфику развития фармацевтического рынка. В этой связи учет европейского опыта правового регулирования фармацевтической деятельности позволяет сформулировать ряд предложений по усовершенствованию не только специального законодательства в этой сфере, но и для системы здравоохранения в целом, что выражается в повышении эффективности деятельности субъектов фармацевтической деятельности, защите национального рынка фармацевтической продукции.

Актуальность темы. Проблемами усовершенствования правового регулирования фармацевтической деятельности занимались зарубежные ученые: Алистер Мак-Гир, Майкл Драммонд, Франс Рутген, Стив Чапмен, Пьер Дюрье, Том Уолли, Колин Бредли, Эбба Хольме Хансен, Сьюрд Койкер, Дэвид

Тейлор, Моника Мразек, Стив Хадсон и многие другие.

Общими вопросами правового регулирования занимались такие отечественные ученые: В.Б. Аверьянов, О.Ф. Андрейко, Ю.П. Бытяк, А.С. Васильев, Н.М. Тищенко, А.О. Селиванов, С.Г. Стеценко, В.М. Шаповал, А.М. Школик, М.К. Якимчук, а в сфере здравоохранения – С.В. Васильев, Л.И. Куц, А.С. Немченко, Б.Л. Парновский, Н.О. Гуторова, В.М. Пашков, О.О. Кропивний, Л.Ю. Куделич, О.В. Приходько, однако в отечественной литературе недостаточно изученным остаётся современный европейский опыт правового регулирования фармацевтической деятельности, – к примеру, до сих пор не учтены внедренные в европейском законодательстве надлежащие стандарты фармацевтической деятельности, рассмотрение которых является одной из задач данной статьи.

Целью данной статьи является анализ современного европейского опыта правового регулирования фармацевтической деятельности, рассмотрение отдельных примеров правового регулирования фармацевтической деятельности в Европейском Союзе с целью усовершенствования национального правового регулирования с учетом ак-

туальных проблем развития фармацевтического сектора.

Изложение основного материала исследования. Среди основных задач статьи определены: 1) рассмотрение характеристики правового регулирования, его уровня и специфики, и правового регулирования фармацевтической деятельности в ЕС, методов правового регулирования; 2) проанализировать закрепление стандартов фармацевтической деятельности в актах европейского законодательства; 3) сформулировать предложения для усовершенствования отечественного опыта правового регулирования с учетом требований актов Европейского Союза.

Правовое регулирование фармацевтического рынка – сложный и динамичный процесс, который затрагивает множество взаимодействующих с государством участников.

«Правовое регулирование в обществе – это одно из существенных условий стабильного правового порядка, а также органов, институтов и учреждений, которые обеспечивают защиту и охрану от нарушения тех прав и законных интересов граждан и других лиц, которые закреплены в действующих нормах законодательства.» [9, с. 78] Учитывая это, следует понимать, что фармацев-



тический рынок уникален своим глубоким и всесторонним несоответствием критериям идеального рынка, а именно сложностью уровней регулирования, выбором адекватных методов, установлением обязательных требований для всех субъектов: производителей, посреднических структур, конечных потребителей, а также внедрением стандартов надлежащей фармацевтической деятельности, специфика которых подлежит обязательной фиксации в европейском законодательстве. «Правовое регулирование – это действие права на отношения, которые возникают, действуют и прекращаются в обществе, с помощью использования юридических способов. В условиях формирования в Украине основ правового государства увеличивается роль и значение правового регулирования отношений, которые возникают, действуют и прекращаются в сфере фармацевтической деятельности» [9, с. 112].

Взаимосвязь между фармацевтической промышленностью и государством – важная часть управления фармацевтическим сектором вообще, как на национальном уровне, так и на уровне Европейского Союза в целом. Некоторые вопросы, такие как аспекты регистрации лекарственных средств, согласованы и везде одинаковы. Однако в других отношениях регулирование фармацевтической промышленности в разных странах зависит от того, чьи интересы учитываются больше – здравоохранения или промышленности. Ценообразование и возмещение затрат на лекарственные средства отличается в разных странах Европейского Союза. К примеру, в законодательстве Европейского Союза установлен высокий уровень охраны здоровья и доступности лекарственных средств для всех граждан Европейского Союза, все лекарственные средства, предназначенные для употребления человеком, должны пройти процедуру получения разрешения, или на уровне государств – членов Европейского Союза, или на уровне Европейского Союза, до того момента, как они будут реализованы на рынке. Специальные правила установлены для разрешительной процедуры относительно медицинских препаратов, предназначенных для их использования в педиатрии, органических лекарственных средств, традицион-

ных растительных препаратов, вакцин и клинических исследований. Также важно отметить, что с целью обеспечения соответствующего уровня качества фармацевтической продукции Европейский Союз утвердил стандарты, известные как «надлежащая производственная практика», которые являются обязательными на всей территории Европейского Союза.

Правовое регулирование фармацевтической деятельности в Европейском Сообществе характеризуется приоритетом положений национального правового регулирования государств-членов, при этом последние обязаны единообразно исполнять требования Регламента и Директив Европейского Союза.

Законодательство Европейского Сообщества, которое регулирует оборот лекарственных средств, основывается, в большой мере, на Директивах Совета Европейского Союза. Рекомендации имеют общий характер, касаются системы или структуры, а не отдельных физических и юридических лиц. Все элементы рекомендаций являются обязательными для исполнения, при этом исключается их неполное или исключительное применение странами Европейского Союза. К примеру, Директивой 2001/83/ЕС «О Кодексе сообщества относительно лекарственных препаратов, назначенных для употребления человеком» Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 6 ноября 2001 года [1] был внедрен новый порядок общих союзных процедур относительно лицензирования и контроля оборота лекарственных средств, а также создано Европейское агентство по лекарственным средствам.

Что касается главных положений фармацевтических норм Европейского Союза, то первая Директива 65/65/ЕС «О сближении законодательных положений, правил и административных мер в отношении лекарственных препаратов» [2], которая была фундаментом законодательства о лекарственных средствах, была принята Советом Европейского Союза в 1995 году. Законодательство Европейского Союза в этой сфере постоянно развивалось и усовершенствовалось, учитывая при этом две основные цели: защиту здоровья населения и обеспечение свободного движения фармацевтической продукции

на общем внутреннем рынке Европейского Союза. Согласовывались законодательные положения государств Европейского Союза по разным вопросам контроля лекарственных средств: исследования, производства, критериев оценки, лицензирования, фармацевтического надзора, реализации, рекламирования, контроля цен, а также защиты внешней среды.

При рассмотрении общего правового регулирования представляется весьма важным четкое выделение определенных его уровней. В реальной действительности «правовое регулирование относится к разряду многоуровневых явлений, и анализ этих уровней, расположенных в разных плоскостях, имеет существенное научное и практическое значение» [10, с. 78]. Как указывает Ф.Ф. Фаткуллин, «...базовый уровень касается исходных, наиболее крупномасштабных, общественных отношений, составляющих основу жизнедеятельности людей во всех ее сферах. Такие отношения регулируются, в первую очередь, конституционными нормами, определяющими политическую и экономическую основы конституционного строя, статус личности в обществе, устройство государства, механизм разделения власти и т.д.» [10, с. 56].

Следует сделать выводы и о необходимости характеристики по вертикальному срезу государственного механизма, а именно европейскому, национальному, региональному и локальному уровням правового регулирования. На европейском уровне принимаются директивы, регламенты Европейского Парламента и Совета и рекомендации Европейского Совета по вопросам правового регулирования фармацевтической деятельности в Европейском Союзе, правовое регулирование на национальном уровне должно соответствовать основным нормативно-правовым актам Европейского Союза. Функциональные связи между уровнями могут быть различные. Правовое регулирование фармацевтической деятельности основывается на конституционном уровне и конкретизируются на уровне законодательных актов, например, «Законом о Палатах фармацевтов Польской Республики» от 19 апреля 1991 года, содержит нормы Директивы 85/432/EWG от 16 сентября



1985 года, Директивы 2001/19/ EWG от 14 мая 2001 года, «которая изменяет Директиву 89/48/EWG и 95/51/EWG относительно общей системы о присвоении профессиональной квалификации медсестер, врачей-стоматологов, ветеринарного врача, акушера, архитектора, фармацевта и врача», которые совершают правовое регулирование фармацевтической деятельности в Европейском Союзе [4].

Стоит согласиться с мыслью Ф.Ф. Фаткуллина о том, что «общая тенденция правового регулирования – это приоритет регулирования на уровне законов, постепенное вытеснение ими подзаконных нормативных актов из многих сфер жизнедеятельности общества» [10, с. 83]. На правовое регулирование фармацевтического сектора сильно влияют политические факты, и к нему, так или иначе, причастно множество субъектов (фармацевтические компании, пациенты и группы защиты интересов пациентов, импортеры, промышленность и т.д.).

Хотя каждая страна Европейского Союза, в первую очередь, сама определяет свою фармацевтическую политику, тем не менее многие важные законы действуют на уровне Европейского Союза.

Здравоохранение в странах Европейского Союза в большей части финансируется государством, что далеко не всегда справедливо для фармацевтического сектора, где зачастую высок уровень расходов частных лиц. Дополнительно методологические проблемы возникают при сравнении расходов на лекарственные средства в разных странах.

Определение правовых стандартов фармацевтической деятельности, технических стандартов фармацевтических препаратов, обеспечение доступности лекарственных средств и их эффективности являются одними из основных задач государственной политики в сфере здравоохранения.

Стоит обратить внимание, что такие государства, как Норвегия, Исландия и Лихтенштейн, хоть и не являются членами Европейского Союза, но входят в единый фармацевтический рынок Европейского Союза. Кроме того, разрешения, выданные в указанных государствах, являются действительными, так как работают по принципу взаимовыгодного признания в государ-

ствах – членах Европейского Союза, и наоборот.

Директивы Европейского Союза имеют обязательный характер на территории всех государств-членов. Особое значение правового регулирования фармацевтической деятельности уделяется стандартам фармацевтической деятельности, а именно правилам надлежащей производственной практики (далее – НПП), надлежащей клинической практики (далее – НКП), надлежащей лабораторной практики (далее – НЛП).

НПП представляет собой совокупность правил организации производства и контроля качества. НПП является элементом системы обеспечения качества, что обеспечивает стабильное производство лекарственных препаратов в соответствии с требованиями технологической нормативной документации, проведения контроля качества согласно аналитической нормативной документации.

НКП представляет собой совокупность правил по планированию, исполнению, контролю, оценке и документированию клинических испытаний. Соблюдение НКП обеспечивает точность полученных данных, защиту прав лиц, участвующих в испытаниях, конфиденциальность данных об этих лицах.

НЛП представляет собой совокупность правил по планированию, исполнению, контролю, оценке и документированию лабораторных исследований, которые являются частью доклинического изучения и доклинического испытания лекарственных средств, НЛП обеспечивает качество, точность и полноту полученных данных.

В Европейском Союзе правовое регулирование фармацевтической деятельности совершается с целью обеспечения высокого уровня защиты здоровья человека, способствования функционированию единого фармацевтического рынка.

Что касается Украины, то ее фармацевтический рынок характеризуется общим объемом продаж приблизительно 2,2 млрд. евро в год и является по объему вторым в СНГ. В сравнении с другими сферами экономики фармацевтический рынок Украины демонстрирует стабильность, динамичность и инвестиционную привлекательность.

Правовое регулирование фармацевтической деятельности в Украине характеризуется меньшей степенью детализации процедур и правил регистрации, контроля качества, производства и реализации лекарственных средств. Как и в Европейском Союзе, до введения на рынок Украины какого-либо лекарственного средства необходимо пройти процедуру государственной регистрации. Основными требованиями к ее проведению являются указанные в статье 9 Закона Украины «О лекарственных средствах» требования, а также требования, определенные в порядке государственной регистрации (перерегистрации) лекарственных средств, утвержденном Постановлением Кабинета Министров Украины от 26.05.2005 №376 [9]. К сожалению, украинское законодательство на сегодняшний день не приняло отдельного закона, регулирующего фармацевтическую деятельность в целом, что, по нашему мнению и с учетом опыта отдельных стран Европы и СНГ, могло бы послужить весомым источником правового регулирования в сложной по своей специфике фармацевтической сфере.

Украинский опыт правового регулирования оборота лекарственных средств предусматривает обязательную регистрацию последних для получения допуска на фармацевтический рынок Украины. Государственная регистрация лекарственных средств проводится на основании заявки, поданной в Министерство охраны здоровья Украины (далее – МОЗ). Государственная регистрация лекарственного средства совершается МОЗ на основании результатов экспертизы регистрации, досье лекарственного средства и результатов контроля его качества, проведенных Государственным экспертным центром МОЗ.

Деятельность фармацевтического сектора в Украине регулируется целым рядом нормативно-правовых актов, основные положения которых направлены на обеспечение населения безопасными, качественными и эффективными лекарствами. Основным нормативно-правовым актом фармацевтического законодательства Украины является Закон Украины «О лекарственных средствах» № 123/96 от 04.04.1996 г., регулирующий отношения создания, регистрации, производства, контроля



качества и реализации лекарственных средств, определяющий права и обязанности предприятий, учреждений, организаций и граждан, а также полномочия в этой сфере органов исполнительной власти и должностных лиц.

Выводы. С учетом вышеизложенного необходимо сделать вывод о том, что законодательное закрепление правового регулирования фармацевтической деятельности является необходимым в Украине, разработка проекта Закона о фармацевтической деятельности обусловлена объективной потребностью перехода с подзаконного на законодательный уровень правового регулирования, достигнутый в европейских странах и ряде стран СНГ.

Директивы Европейского Союза имеют обязательный характер на территории всех государств-членов, а для Украины являются важным источником усовершенствования правового регулирования. В этой связи требуют дальнейшего развития и внедрения в украинском законодательстве стандарты фармацевтической деятельности, рассмотренные в данной статье.

К сожалению, на сегодняшний день несовершенство правового регулирования фармацевтической деятельности выражается отсутствием нормативного закрепления ряда важных положений, к примеру, определяющих правовой статус фармацевта как субъекта регистрационных производств, что требует пересмотра в аспекте учета требований директив Европейского Союза с целью внедрения стандартов фармацевтической деятельности.

Список использованной литературы:

1. Директива 2001/83/ЕС Европейского Парламента и Рады ЕС от 6 ноября 2001 г. «О своде законов Сообщества, которые касаются лекарственных средств для человека»: Официальный источник. – Сер. L. – № 102. – 7.04.2004. – С. 48.
2. Директива Совета ЕС №65/65/ЕС «О сближении законодательных положений, правил и административных мер в отношении лекарственных средств»: Официальный источник. – Сер. L. – № 169. – 12.07.1993. – Р. 1.
3. Директива 2001/19/WE от 14.05.2001 г. «Относительно общей системы присвоения профессиональной квалификации и директивы 77/452/EWG, 77/453 EWG, 78/686 EWG, 78/687 EWG, которые касаются профессий медсестер, врачей-стоматологов, ветеринарного врача, акушера, архитектора, фармацевта и врача» // Официальный вестник. – сер. L. – № 206. – 31.07.2001. – С. 45.
4. Сообщение Маршалка Сейма Республики Польша от 3.01.2003 г. «Об обнародовании единственного текста закона «О палате фармацевтов». – Варшава, 27.02.2003 г. // Законодательный Вестник. – № 9, позиция 108; // Законодательный Вестник. – 2004. – № 92. – Позиция 885.
5. Директива № 2001/80/ЕС Европейского Парламента и Совета «Об ограничении выбросов некоторых загрязняющих воздух веществ от крупных установок сжигания» // Официальный вестник. – Сер. L. – № 311/67. – 14.05.2001.
6. Директива 2001/82/ЕС Европейского парламента и Совета от 6.11.2001 г. «О Кодексе Сообщества относительно ветеринарных лекарственных средств» // Официальный вестник. – Сер. L. – № 136, № 30. – 4.04.2004.
7. Директива 87/22/ЕС Европейского Парламента и Совета от 22 декабря 1986 года «О сближении национальных методов, которые относятся к размещению на рынке высоких технологий лекарственных средств, в частности, полученных вследствие применения биотехнологий» // Официальный вестник. – Сер. L. – № 015. – 17.01.1987. – Р. 0038–0041.
8. Регламент (ЕС) № 470 Европейского парламента и Совета от 6 мая 2009 года «Об определении уровня остатков фармакологических активных веществ в пищевых продуктах животного происхождения» // Официальный вестник. – Сер. L, 152.11. – 16.06.2009 г.
9. Закон Украины «О лекарственных средствах» // Ведомости Верховного Совета Украины (ВВС). – 1996. – № 22. – С. 86.
10. Постановление Кабинета Министров Украины № 376 от 26.05.2005 года «Об утверждении Порядка государственной Регистрации (перерегистрации) лекарственных средств и размеров налогов за их государственную регистрацию (перерегистрацию)» // Официальный источник Украины. – 2005. – № 22. – Ст. 1196.
11. Аверьянов В.Б. Академический курс : [учебник. Том 1. Общая часть] / [В.Б. Аверьянов]. – К. : ООО «Издательство «Юридична думка», 2007. – 592 с.
12. Фаткуллин Ф.Ф. «Теория государства и права» / Ф.Ф. Фаткуллин. – Казань : Казанский юридический институт МВД России, 2009 – 351 с.
13. Серия публикаций Европейской обсерватории по системе здравоохранения: «Регулирование фармацевтического сектора в Европе: рады эффективности, качества и равенства» / под ред. Джозепа Фигераса, Мартина Мак-Ки, Элиаса Моссиалоса, Ричарда Б. Солдмана. – Европейская обсерватория – 2006.



СОСТОЯНИЕ ИССЛЕДОВАНИЯ ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НЕЗАКОННОЕ ОБОГАЩЕНИЕ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ

Илона ЯСИНЬ,

аспирант кафедры уголовно-правовых дисциплин
Львовского государственного университета внутренних дел

Summary

The article examines the problem of criminal liability for illegal enrichment by the law of Ukraine on the scientific level. The author notes that there is no consensus in the criminal law of Ukraine on the optimal design of the objective side of the corpus delicti envisaged by the Art. 368-2 of the Criminal Code of Ukraine, and the scientists determine differently the direct object of the analyzed corpus delicti. The article also defines the directions needed for modifying the Article on the criminal liability for illegal enrichment that require the subsequent studies, namely: the formulation of the features of the components of a socially dangerous act; specific characteristics of a perpetrator.

Key words: state of research, illegal enrichment.

Аннотация

В статье исследуется проблема уголовной ответственности за незаконное обогащение по законодательству Украины на науковедческом уровне. Автор констатирует, что в науке уголовного права Украины не существует единства мнений по поводу оптимальной конструкции объективной стороны состава преступления, предусмотренного ст. 3682 УК Украины, ученые неодинаково определяют непосредственный объект состава анализируемого преступления. В статье также определены направления, необходимые для усовершенствования статьи об уголовной ответственности за незаконное обогащение, нуждающиеся в исследовании, а именно: формулировка признаков, составляющих общественно опасное деяние; специфические признаки субъекта преступления.

Ключевые слова: состояние исследования, незаконное обогащение.

Постановка проблемы. Несмотря на то, что статья 3682, предусматривающая уголовную ответственность за незаконное обогащение, является новеллой действующего УК Украины, ее диспозиция уже несколько раз излагалась в новой редакции. Это свидетельствует о том, что законодатель не нашел идеальной конструкции соответствующего состава преступления. Как известно, истоки правильных законодательных решений находятся в научных изысканиях. Лишь имеющая надлежащее научное обоснование уголовно-правовая норма может быть действенной и эффективной. В науке же уголовного права Украины не существует единства, как по поводу оптимальной конструкции состава преступления незаконного обогащения с позиции *de lege ferenda*, так и касательно многих аспектов уголовно-правовой квалификации незаконного обогащения с точки зрения *de lege lata*.

Актуальность исследования. Для того, чтобы предложить оптимальную законодательную модель уголовно наказуемого незаконного обогащения, исследователь должен изучить накопленный научный материал по предмету исследования, а также существующий практический опыт, в данном случае –

применения статьи 3682 УК Украины. Поэтому изучение проблемы незаконного обогащения на науковедческом уровне, несомненно, актуально.

Состояние исследования. Комплексного науковедческого исследования незаконного обогащения в науке уголовного права Украины не осуществлялось. В диссертации С.В. Хылюк «Развитие науки уголовного права Украины после возобновления ее государственной независимости (вопросы особенной части)», в которой, среди прочего, рассматривается развитие исследований преступлений в сфере служебной деятельности за период 1999–2006 г.г. [1, с. 163–169], даже не упоминается о каких-либо проблесках или хотя бы постановке проблемы о введении статьи об уголовной ответственности за незаконное обогащение.

В диссертациях О.П. Денег и В.М. Кочерова оно не было представлено в качестве отдельной структурной части. Не сформулированы названными авторами и соответствующие выводы, касающиеся состояния исследования уголовной ответственности за незаконное обогащение. Лишь некоторые аспекты исследованности рассматриваемого вопроса приводились в научных статьях, посвященных отдельным

граням проблемы уголовно-правовой квалификации незаконного обогащения и наказания за это преступление. Поэтому есть основания полагать, что науковедческое исследование незаконного обогащения в науке уголовного права Украины на сегодня является фрагментарным.

Исходя из изложенного, **целью и задачей** данной статьи является анализ состояния исследованности состава незаконного обогащения в уголовно-правовой литературе.

Изложение основного материала. Институт уголовной ответственности за преступления в сфере служебной и профессиональной деятельности не обделен вниманием в уголовно-правовой литературе. Из всех институтов Особенной части уголовного права этот институт, возможно, был наиболее исследованным в советской уголовно-правовой литературе. Теория уголовного права, в том числе Украины, в частности – институт ответственности за должностные преступления, зиждется на трудах таких ученых, как Б.В. Волженкин [2], Б.В. Здравомыслов [3], М.Д. Лысов [4], А.Я. Светлов [5]. Современные украинские разработки института уголовной ответственности за должностные преступления основны-



ваются, прежде всего, на трудах этих ученых. Но в советское время возможность уголовной ответственности за незаконное обогащение даже не обсуждалась.

В Украине преступлениям в сфере служебной деятельности посвящали свои монографические труды П.П. Андрушко [6], Р.Л. Максимович [7], М.И. Мельник [8], А.А. Стрижевская [6], В.Г. Хашев [9]. Но в этих трудах перспективы установления уголовной ответственности за незаконное обогащение, а также оптимальная конструкция соответствующего состава преступления, не были предметом исследования.

Украинские ученые обратили свое внимание на перспективы введения в УК Украины отдельной статьи об уголовной ответственности за незаконное обогащение лишь в связи с соответствующими законопроектными предложениями, начиная с 2006 г. [10; 11; 12]. То есть импульсом, возбудившим интерес научной общественности к рассматриваемому вопросу, стала ратификация Украиной 18.10.2006 г. Уголовной конвенции о борьбе с преступностью и Конвенции ООН против коррупции [13; 14]. Ученые, в общем, положительно восприняли приведенные законопроектные предложения при условии соблюдения оснований и условий криминализации и обязательном внесении соответствующих изменений в регулятивное законодательство. Но некоторые исследователи высказались против этой законодательной новеллы [15, с. 473]. Проблема социальной обусловленности введения и существования в Украине уголовной ответственности за незаконное обогащение – нормы, эффективно «работающей» в 40 странах мира и не дающей положительного результата в Украине – основательно в украинской уголовно-правовой науке не осмыслена. Ознакомление с существующими в Украине малочисленными исследованиями социальной обусловленности незаконного обогащения (О.П. Денег, О.І. Гузоватый) показывает, что они носят общий характер, могут быть применены ко всем коррупционным деяниям. В них не показаны основания криминализации, свойственные собственно незаконному обогащению.

На монографическом уровне исследование проблемы уголовной ответ-

ственности за незаконное обогащение осуществлялось М.В. Кочеровым [16] и О.П. Денегой [17] в их кандидатских диссертациях. Отдельные аспекты уголовной ответственности за незаконное обогащение рассматривались Л.П. Брыч, И.Б. Газдайкой-Василишин, Д.А. Гарбазеем, А.И. Гузоватым, А.А. Дудоровым, В.М. Киричко, О.А. Книженко, В.Н. Кубальским, Н. И. Мельником, Д.Г. Михайленко, В.Я. Тацием, Т.Н. Тертиченко, Р.В. Трофименко, В.И. Тютюгиным, Н.И. Хавронюком, О.Ю. Шостко. Результаты научных изысканий нашли отображение в научных статьях, структурных частях комментариев УК Украины, учебников и пособий по Особенной части уголовного права Украины.

На сегодня в уголовно-правовой литературе поднимались следующие вопросы, касающиеся незаконного обогащения: незаконное обогащение как состав преступления по международному уголовному праву [18, с. 119–122]; основания криминализации незаконного обогащения по уголовному праву Украины [19, с. 238–247]; сущность и виды объекта незаконного обогащения [20, с. 369–379]; физический, экономический и юридический признаки предмета незаконного обогащения [21, с. 286–298]; действия, составляющие объективную сторону незаконного обогащения [22, с. 106–113]; обстановка совершения данного преступления как важная составляющая конструкции объективной стороны [23, с. 193–195]; проблемы уголовно-правовой квалификации незаконного обогащения [24, с. 62–68]; обоснование определения незаконного обогащения в качестве значительного увеличения активов государственного должностного лица, превышающего его законные доходы, которые оно не может рационально обосновать [25, с. 112–119]; стадии совершения незаконного обогащения [26, с. 34–35]; обоснование предложений смягчения уголовной ответственности за незаконное обогащение [25, с. 112–119]; регламентация юридических последствий совершения незаконного обогащения [27]; место соответствующей нормы в системе уголовно-правового противодействия коррупции [28, с. 807–812]; пути усовершенствования правового механизма противодействия незаконному обогащению [29, с. 186–194].

В теории уголовного права и практике применения законодательства нет единства мнений и подходов в отношении определения объекта, объективной стороны, субъекта и субъективной стороны исследуемого состава преступления.

Единство мнений ученых наблюдается в отношении таких характеристик состава незаконного обогащения: наличие дополнительного непосредственного объекта [16, с. 10; 20, с. 376; 30, с. 1078; 17, с. 103]; общественно опасное деяние в составе незаконного обогащения характеризуется двумя формами, которые предусмотрены в диспозиции ст. 368-2 УК Украины в качестве альтернативных [17, с. 112; 31, с. 89–94; 22, с. 106–113]; субъектом преступления является лицо, уполномоченное на выполнение функций государства либо местного самоуправления [17, с. 132]; с субъективной стороны, незаконное обогащение характеризуется умышленной формой вины [17, с. 162; 32, с. 35–38].

Однако большинство аспектов проблемы уголовной ответственности за незаконное обогащение являются дискуссионными. Проанализировав труды, непосредственно касающиеся уголовной ответственности за незаконное обогащение, можно выделить ряд проблем, обративших на себе внимание ученых, но не получивших одинакового решения. Это, в частности: неодинаковое определение непосредственного объекта состава незаконного обогащения; размер предмета незаконного обогащения; описание общественно опасного деяния в диспозиции ст. 368-2 УК Украины; разграничение названного состава преступления с составами иных коррупционных преступлений и составами административных правонарушений, совершаемыми в сфере служебной деятельности, а также определение соотношения между ними; место статьи о незаконном обогащении в системе уголовно-правового противодействия коррупционным преступлениям.

Относительно определения основного непосредственного объекта как одной из неоднозначно решаемой теоретической проблемы, касающейся незаконного обогащения, можно сказать, что в основе ее дискуссионности лежат разные концептуальные подходы авторов к сущности объекта



состава преступления: либо как общественных отношений, охраняемых уголовным правом, которым причиняется вред общественно опасным деянием [20, с. 376; 16, с. 10], либо как социальных ценностей, которым причиняется вред совершением общественно опасного деяния [17, с. 103]. В такой плоскости неодинаковое определение основного непосредственного объекта состава преступления, предусмотренного ст. 3682 УК Украины, является проблемой Общей части уголовного права, а не проблемой теоретического осмысления собственно состава незаконного обогащения. Систематизируя разнообразные определения авторами основного непосредственного объекта незаконного обогащения, основывающиеся на одинаковом концептуальном понимании сущности объекта состава преступления как общественных отношений, их точки зрения можно свести к двум основным подходам. Первый сводится к признанию основным непосредственным объектом незаконного обогащения соответствующую требованиям законодательства Украины деятельность органов государственной власти и местного самоуправления, государственных и коммунальных предприятий, учреждений и органов [30, с. 1078; 20, с. 376]. Второй – установленный порядок служебной деятельности в органах государственной власти, местного самоуправления, государственных и коммунальных предприятиях, учреждениях, организациях [15, с. 472]. В отношении второго подхода автором ранее уже выдвигались критические аргументы [20, с. 369–379].

Недостаточно исследованным является предмет состава анализируемого преступления. В существующих трудах, посвященных анализу состава незаконного обогащения, комментируется смысл и объем понятия «неправомерная выгода» – предмета незаконного обогащения в ранее действовавшей редакции ст. 3682 УК Украины [33, с. 783; 34, с. 211; 35, с. 824]. В диспозиции ст. 3682 УК Украины в действующей редакции Закона Украины от 12 февраля 2015 г. предмет анализируемого состава преступления обозначен терминологическим оборотом «активы в значительном размере, законность оснований приобретения которых не подтверждена доказательствами». В

такой формулировке предмет состава незаконного обогащения был рассмотрен лишь в диссертации О.П. Денегги, однако очень поверхностно. Автор назвал три признака предмета анализируемого состава преступления, так, как их сформулировал и разъяснил законодатель, более подробно проанализировав лишь третий признак – отсутствие доказательств, подтверждающих законность приобретения активов [17, с. 82–93].

Размер предмета незаконного обогащения как криминообразующий признак определяет не только уголовно-правовую квалификацию содеянного, но и влияет на превентивный потенциал уголовно-правовой нормы о незаконном обогащении. При этом размер предмета состава незаконного обогащения не поддавался критическому анализу в уголовно-правовой литературе. О.П. Денегга лишь констатировал, что состав незаконного обогащения по своей сути тесно связан с преступлением, предусмотренным ст. 368 УК Украины, предусматривает значительно более строгий, хоть и единственный, критерий определения размера неправомерно приобретенных активов, в отличие от принятия предложения, обещания либо получения неправомерной выгоды должностным лицом, где размер такой выгоды в десять раз ниже, чем размер, который необходим для квалификации деяния как незаконного обогащения [17, с. 83–84]. Но собственную оценку такому положению вещей указанный автор не дал. Д.Г. Михайленко отметил, что увеличение суммы, которая составляет значительный размер активов, с 300 НМДГ (в законопроекте) до 1000 НМДГ (в принятом законе), еще более ограничило действие ст. 3682 УК Украины [36]. Это обстоятельство он определил как недостаток действующей редакции статьи об уголовной ответственности за незаконное обогащение, но предложений *de lege ferenda* не выдвинул.

Существующее в законодательстве отличие между уголовно наказуемыми минимальными размерами предметов названных преступлений приводит к привилегированному положению в смысле уголовной ответственности тех взяточников, которых не «поймали за руку». Поэтому законодательное решение в отношении предмета незаконного

обогащения должно быть пересмотрено. Соответствующее предложение снизить минимальный уголовно-наказуемый размер предмета незаконного обогащения, а также дифференцировать уголовную ответственность за незаконное обогащение в зависимости от размера его предмета было обосновано автором [21, с. 286–298].

Понимание смысла признаков объективной стороны в действующей редакции ст. 3682 УК Украины, подходы к целесообразности изменения их изложения в диспозиции этой статьи также характеризуются разнообразием подходов. Так, согласно ст. 3682 УК Украины в действующей редакции, общественно опасное деяние может проявляться в виде «приобретения» и/либо «передачи» предмета преступления.

Правильность законодательного решения обозначать термином «приобретение» одно из альтернативных общественно опасных деяний в составе незаконного обогащения подвергает сомнению О.А. Книженко за то, что действующая редакция ст. 3682 УК Украины: 1) обязывает лицо доказывать законность приобретения активов в значительном размере; 2) порождает вопросы об определении понятия «приобретение». Она предлагает незаконное обогащение определять либо как «значительное увеличение активов государственного должностного лица, превышающее его законные доходы, которые оно не может рационально обосновать», либо как «получение» предмета преступления. О.А. Книженко считает, что предложенное ею законодательное решение позволит избежать перехода одного актива в другой [25, с. 113–115]. Вероятно, имелось в виду избежание квалификации по статье об уголовной ответственности за незаконное обогащение совершенно законного перевода собственником одного вида актива в другой. Такого же мнения придерживается А.И. Гузоватый, который предлагает заменить термин «приобретение», в качестве способа совершения незаконного обогащения, термином «получение» [22, с. 111].

Но предлагаемый названными авторами термин «получение» для замены им термина «приобретение» также нуждается в определении; более того, он определяется учеными неодинаково



во. По поводу смысла понятия «получение» (как одного из альтернативных видов общественно опасного деяния незаконного обогащения в статье 3682 в редакции Закона Украины от 7.04.2011) в уголовно-правовой литературе не существовало единства мнений. Одни авторы были категоричны в том, что источником незаконного обогащения является иное лицо, предоставляющее неправомерную выгоду [34, с. 222]. Другие ученые толковали понятие «получение» более широко, разясняя, что оно может осуществляться двумя способами: а) путем поступления неправомерной выгоды к виновному от иного лица и ее принятия должностным лицом; б) либо за счет совершения соответствующих действий самим должностным лицом без предоставления такой выгоды иным лицом [26, с. 33; 35 с. 824].

Что касается другого альтернативного общественно опасного деяния в виде «передачи» предмета преступления любому другому лицу, то существует мнение о нецелесообразности такого альтернативного деяния в законодательной формуле незаконного обогащения, а также необходимости его исключения из признаков данного состава преступления [25, с. 112; 22, с. 115; 24, с. 66]. В частности, А.А. Дудоров утверждает, что законодательное выделение такой формы объективной стороны незаконного обогащения, как передача активов другому лицу, является сомнительным и противоречит ст. 20 Конвенции ООН против коррупции. Также А.А. Дудоров считает, что, поскольку субъект преступления уже приобрел активы в собственность, соответственно, преступление является оконченным, и не имеет значения, как он распорядился этими активами: оставил их себе или передал эти активы иным лицам [24, с. 66; 34, с. 212].

Смысл понятия «передача» также вызывает дискуссии. Разясняя это общественно опасное деяние в составе незаконного обогащения в первичной редакции статьи, Л.П. Брыч высказала мнение, что передача возможна лишь тогда, когда должностное лицо после получения предмета преступления отдаст (предоставит) его своим близким родственникам. Иными словами, уточняет исследователь, неправомерная

выгода обязательно должна «пройти через руки» субъекта преступления. Свои выводы она аргументировала положениями о презумпции невиновности и семантикой слова «передавать» [30, с. 1080]. В основном такого же мнения придерживаются А.А. Дудоров [24, с. 66], М.В. Кочеров [16, с. 91], О.П. Денга [17, с. 114]. Но в таком случае совершение деяния в виде «передачи» практически невозможно доказать уголовно-процессуальными средствами. Это, в свою очередь, противоречит одному из принципов криминализации деяний – норма не «будет работать».

В.М. Кырычко, В.Я. Таций под передачей неправомерной выгоды близким родственниками в ч. 1 ст. 3682 УК Украины понимают такие действия субъекта преступления, которыми он изменяет адресата фактического предоставления неправомерной выгоды: из непосредственно должностного лица на своего близкого родственника [34, с. 213; 35, с. 824].

Признаки объективной стороны, в формальных составах это общественно опасное деяние и его сателлиты, имеют особое значение в конструкции состава преступления. Именно они индивидуализируют каждый состав преступления, позволяют разграничить составы преступлений с совместными признаками. Поэтому особое внимание должно быть уделено научному обоснованию оптимальной конструкции объективной стороны состава незаконного обогащения для того, чтобы эта норма была эффективной, а не мертворожденной. Это одно из главных научных направлений для современных научных изысканий в области уголовно-правового обеспечения борьбы с коррупцией в нашей стране.

Специфические признаки субъекта преступления рассмотрены в уголовно-правовой литературе только с точки зрения *de lege lata*. Возможности усовершенствовать норму о незаконном обогащении путем изменения признаков состава преступления не обосновывалась в научной литературе.

Выводы. Осуществленное научное исследование уголовного ответственности за незаконное обогащение в Украине показывает, что, несмотря на две защищенные кандидатские диссертации, наличествуют пробелы, неоднозначные подходы, касающиеся

признаков рассматриваемого состава преступления, как с точки зрения действующего законодательства, так и с точки зрения перспектив развития законодательства в данном сегменте. Некоторые предложения по усовершенствованию законодательства об ответственности за незаконное обогащение, призванные повысить эффективность анализируемой уголовно-правовой нормы, выдвинуты и обоснованы автором этих строк. В частности, это предложения снизить минимальный размер предмета незаконного обогащения, дифференцировать уголовную ответственность за незаконное обогащение в зависимости от размера его предмета, предусмотреть в конструкции объективной стороны еще один признак состава преступления – обстановка его совершения. Поскольку эффективность уголовно-правовой нормы о незаконном обогащении неразрывно связана с соответствующей законодательной базой в сфере регулятивных отраслей права, автором сделаны некоторые предложения об изменениях и в этой сфере, призванные обеспечить действенность уголовно-правовой нормы о незаконном обогащении.

Список использованной литературы:

1. Хилюк С.В. Розвиток науки кримінального права України після відновлення її державної незалежності (питання особливості частини) : дис. ... канд. юрид. Наук : спец. 12.00.08. / С.В. Хилюк. – Львів, 2007. – 304 с.
2. Волженкин Б.В. Новое в уголовном законодательстве (уголовно-правовая реформа: проблемы и пути их решения) / Б.В. Волженкин. – Л. : Знание, 1990. – 30 с.
3. Здравомыслов Б.В. Должностные преступления : [учебное пособие для студентов ВЮЗИ] / [Б.В. Здравомыслов] ; под ред. А.Н. Васильева. – М. : Всесоюзный юридический заочный институт. – 1956. – 92 с.
4. Лысов М.Д. Ответственность должностных лиц по советскому уголовному праву / М.Д. Лысов. – Казань : Издательство Казанского университета, 1972. – 174 с.
5. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления / А.Я. Светлов ; Академия наук Украин-



ской ССР, Институт государства и права. – К. : Наукова думка, 1978. – 302 с.

6. Андрушко П.П. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика : [навчальний посібник] / [П.П. Андрушко, А.А. стрижевська] – К. : «Юрисконсульт», 2006. – 342 с.

7. Максимович Р.М. Поняття службової особи у кримінальному праві України : дис... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Р.М. Максимович ; Львівський національний ун-т ім. Івана Франка. – Л., 2006. – 239 с.

8. Мельник М.І. Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії) / М.І. Мельник. – К. : Юридична думка, 2004. – 400 с.

9. Хашев В.Г. Кримінальна відповідальність за зловживання владою або службовим становищем : автореф. дис. ...канд. юрид. Наук : 12.00.08 / В.Г. Хашев ; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ. – Д., 2007. – 20 с.

10. Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (До № 2112-Д від 20 листопада 2006 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1508-17>.

11. Висновок кафедри кримінального права і кримінології Львівського національного університету імені Івана Франка щодо проектів Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (реєстр № 2112 від 11.09.2006) від 10 січня 2007 р.

12. Брич Л.П. Виступ на парламентських слуханнях / Л.П. Брич // Слухання у комітеті Верховної Ради України з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією на тему «Антикорупційна політика і практика: проблеми законодавчого забезпечення», що відбулись 4 червня 2008 р. – К. : СПД Москаленко О.М., 2009. – С. 51.

13. Закон України «Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції» від 18 жовтня

2006 р. Офіційний сайт Верховної ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/251-16>.

14. Закон України «Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» від 18 жовтня 2006 р. / Офіційний сайт Верховної ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/252-16B>.

15. Дудоров О.О. Кримінальне право (Особлива частина). – Т. 2 : [підручник] / [О.О. Дудоров, Є.О. Письменський]. – Луганськ : «Елтон-2», 2012. – 704 с.

16. Кочеров М.В. Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження) : автореф. дис. ... канд. юрид. Наук : 12.00.08 / М.В. Кочеров. – Київ, 2013. – 20 с.

17. Денег О.П. Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення : дис. ...канд. юрид. Наук : 12.00.08 / О.П. Денег; кер. В.І. Осадчий ; Національна академія прокуратури України. – К., 2015. – 194 с.

18. Гарбазей Д.О. Незаконне збагачення як склад злочину в міжнародному праві / Д.О. Гарбазей // Юридичний науковий електронний журнал. Електронне наукове видання. – 2014. – Вип. 2. – Запоріжжя : Запоріж. нац. ун-т, 2014. – С.119–122.

19. Гузоватий О.І. Підстави криміналізації незаконного збагачення за кримінальним законодавством України / О.І. Гузоватий // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2013. – № 4. – С. 238–247.

20. Ясін І.М. Родовий та безпосередній об'єкти складу незаконного збагачення (368-2 КК України) / І.М. Ясін // Вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2013. – № 3. – С. 369–379.

21. Ясін І.М. Предмет складу незаконного збагачення / І.М. Ясін // Вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2016. – № 1. – С. 286–298.

22. Гузоватий О.І. Кримінально-правова характеристика об'єктивної сторони незаконного збагачення в контексті нових антикорупційних законів / О.І. Гузоватий // Журнал

східноєвропейського права. – 2015. – № 12. – С. 106–113.

23. Ясін І.М. Обстановка як ознака об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України / І.М. Ясін // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції : збірник матеріалів IV Міжнародної науково-практичної конференції 15 квітня 2016 р. – Харків : ХНУВС, 2016. – 292 с.

24. Дудоров О.О. Проблеми кваліфікації незаконного збагачення / О.О. Дудоров // Теорія кримінально-правової кваліфікації як феномен української кримінально-правової доктрини: тези доповідей та повідомлень учасників науково-практичної конференції, 16 січня 2016 р., м. Львів. – К. : Видавничий дім «АртЕк», 2016. – 236 с.

25. Книженко О.О. Проблемні аспекти кримінальної відповідальності за незаконне збагачення / О.О. Книженко // Вісник Кримінологічної асоціації України. – 2015. – № 2. – С. 112–119.

26. Тютюгін В.І. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : [навчально-практичний посібник] / [В.І. Тютюгін, Ю.В. Гродецький, С.В. Гізімчук] ; за ред. В.Я. Тація, В.І. Тютюгіна. – Х. : Право, 2014. – 232.

27. Михайленко Д.Г. Регламентация правових наслідків незаконного збагачення / Д.Г. Михайленко // Профілактика корупційних правопорушень: науково-практична конференція, 7 квітня 2015 р., м. Харків : Збірник тез доповідей.– Харків : ХНУ імені В. Н. Каразіна, 2015. – 357 с. – С. 171–178.

28. Михайленко Д.Г. Місценорми про незаконне збагачення у механізмі кримінально-правової протидії корупційним злочинам / Д.Г. Михайленко // «Young Scientist». – 2015. – № 2(17). – С. 807–812.

29. Трофименко Р.В. Шляхи удосконалення правового механізму протидії незаконному збагаченню / Р.В. Трофименко // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2013. – № 2(30). – С. 186–194.

30. Бойко А.М. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / [А.М. Бойко, Л.П. Брич, В.К. Гришук та ін.] ; за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., пе-



пероб. і допов. – К. : Юридична думка, 2012. – 1316 с.

31. Кочеров М.В. Кримінально-правова характеристика змісту діяння в основному складі незаконного збагачення (ч.1 ст. 3682 КК України) / М.В. Кочеров // Митна справа. – 2012. – № 4(82). – С. 89–94.

32. Кочеров М.В. Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого статтею 368-2 Кримінального кодексу України / М.В. Кочеров // Часопис Академії адвокатури України. – 2012. – № 2(15). – С. 35–38.

33. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право : [навчальний посібник] / [О.О. дудоров, М.І. Хавронюк] – К. : Ваіте, 2014. – 944 с.

34. Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В.М. Киричко. – Х. : Право, 2013. – 424 с.

35. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар у 2 т. / [В.Я. Тацій, В.П. Пшонка, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін]. – 5-ге вид., допов. – Х. : Право, 2013. – Т. 2 : Особлива частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. – 2013. – 1040 с.

36. Михайленко Д.Г. Розвиток норми про незаконне збагачення в умовах зміни державної антикорупційної політики / Д.Г. Михайленко // Новітні тенденції законотворчості у сфері кримінального права : матеріали Інтернет-конференції (м. Одеса, 20 квітня 2015 р.). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.onua.edu.ua/downloads/crime_pravo/inter-conf_ugolpravo_20150420.doc.



NOTE