

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Національний університет
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Збірник наукових праць

Випуск 79

Одеса
2017

УДК 340(063)
ББК 67.0я43
А 437

Збірник розраховано на наукових працівників, викладачів, студентів юридичних вищих навчальних закладів і практичних працівників органів державної влади й місцевого самоврядування.

Редакційна колегія:

канд. юрид. наук, проф. В. В. Завальнюк (головний редактор), д-р юрид. наук, доц. М. В. Афанасьєва (заступник головного редактора), канд. юрид. наук, доц. С. С. Андрейченко (відповідальний секретар), д-р юрид. наук, проф. Ю. П. Аленін, канд. юрид. наук, проф. М. Р. Аракелян, д-р юрид. наук, проф. Л. Р. Біла-Тіунова, д-р юрид. наук, проф. М. А. Дамірлі, д-р юрид. наук, проф. Є. В. Додін, д-р юрид. наук, проф. В. М. Дрьомін, канд. юрид. наук, проф. І. І. Каракаш, д-р юрид. наук, проф. С. В. Ківалов, д-р юрид. наук, проф. Ю. М. Оборотов, д-р юрид. наук, проф. О. П. Подцерковний, канд. юрид. наук, проф. Ю. Є. Полянський, д-р юрид. наук, проф. В. В. Тіщенко, д-р юрид. наук, проф. В. О. Туляков, д-р юрид. наук, проф. Є. О. Харитонов, д-р юрид. наук, проф. О. І. Харитонова, д-р юрид. наук, проф. Г. І. Чанишева, д-р юрид. наук, професор Michael Geistlinger (Австрійська Республіка), д-р юрид. наук, проф. Arndt Kupneske (Турецька Республіка), магістр права, доц. Лада Калініна (Латвійська Республіка).

Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet
Вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія»,
протокол № 10 від 5 липня 2017 року.

Збірник зареєстровано Міністерством інформації України,
свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу інформації
серія КВ № 16844-5606 ПР від 29.06.2010 р.
Наказом МОН України № 241 від 09.03.2016 року (додаток № 9)
збірник внесено до списку фахових видань (юридичні науки).

Сайт видання: www.apdp.in.ua

УДК 340.116

Є. Л. Бичковський

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ НАУКОВО-ПРАКТИЧНОГО КОМЕНТАРЯ ЯК ОСОБЛИВОЇ ФОРМИ ВИРАЖЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ДОКТРИНИ

Постановка завдання. Європейський вектор розвитку нашої держави генерує нові вимоги до підвищення якості організації юридичної практики та механізмів упорядкування суспільних відносин на основі права. Зазначені механізми мають базуватися не тільки на вдосконаленні національного законодавства, але й на реальному розширенні ролі нетипових юридичних джерел у процесах правового впливу. Ідеться про «м'яке право», яке є відображенням глобального права.

Одним із компонентів «м'якого права» є науково-практичний коментар, який є особливою формою вираження юридичної доктрини. Відтак загальнотеоретичне дослідження поняття та ознак науково-практичного коментаря є важливим та актуальним завданням юридичної науки, у рамках якої формуються засади ефективного та якісного втілення у життя права.

Метою статті є встановити поняття та ознаки науково-практичного коментаря як особливої форми вираження юридичної доктрини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженнями юридичної доктрини та інших джерел права, питаннями природи правового акта займалися такі науковці: С.С. Алексєєв, В.В. Дудченко, М.І. Козюбра, Н.М. Крестовська, Ю.М. Оборотов, Н.М. Оніщенко, Н.М. Пархоменко, А.В. Поляков, О.Ф. Скакун, Ю.О. Тихомиров та ін.

Виклад основного матеріалу дослідження. Перш ніж відповісти на питання щодо поняття та сутнісних характеристик науково-практичного коментаря як особливої форми юридичної доктрини, необхідно визначитися, що розуміється під поняттям сучасного права і що таке правовий акт.

І хоча кожне визначення права є «відносним» стосовно часу, рівня розвитку суспільства, домінантної концепції праворозуміння та інших факторів, все ж важливо встановити, які саме особливості є ключовими в аспекті обґрунтування сучасного права.

На думку Ю.М. Оборотова, «сучасне право – це історично сформована, морально обґрунтована і релігійно вивірена, легалізована ціннісна нормативна система, розрахована на всезагальне визнання (легітимацію) і відповідну поведінку людей, організацій, соціальних спільнот, у якій використовуються процедури, формалізовані рішення і державний примус для попередження й вирішення конфліктів, збереження соціальної цілісності» [11, с. 54].

У вказаному визначенні підкреслюється, що право є ціннісно-нормативною системою, яка потребує морального обґрунтування та релігійної вивіреності. Цим твердженням вже закладено більш широке, ніж суто позитивістське, розуміння права, бо одного лише формального визначення компетентного органу, забезпеченого державним примусом, недостатньо для розкриття сутності права.

М.І. Козюбра зазначає, що «первісний генезис права корениться не в державі, а в реальному житті, у природних, невідчужуваних правах людини. Право виникає не одночасно з державою, а передує їй. За певних соціальних передумов воно може існувати без держави і поза державою» [5, с. 35].

У всіх згаданих характеристиках сучасного права ключовим аспектом є природні права і свободи людини. Безумовно, їх вираження у забезпечених державою правових актах є необхідним компонентом правопорядку і законності, але не єдиним можливим шляхом досягнення основної мети права – впорядкування суспільних відносин відповідно до ідеалів свободи і справедливості.

На думку А.Ф. Крижановського, «прагнення сучасної людини до свободи значно перевищує можливості звичних регулятивних механізмів підтримання необхідного для цілісності соціуму балансу між свободою і справедливістю. А правові потреби сучасної людини помітно випереджають розвиток «правової інфраструктури», яка і забезпечує наше правове благополуччя» [9, с. 34].

Аналіз сучасних підходів до розуміння права був би неповним без комунікативного підходу. Право, на думку А.В. Полякова, може розглядатися як явище, інтегральне за своєю природою, як інтерсуб'єктивна соціокультурна реальність у комунікативно-діяльному, ціннісному, семіотичному і психологічному аспектах, і, відповідно, онтологічно інтерпретуватися як феномен, описуватися як багатоедність, що містить як норми, так і правовідносини, як цінності, так і правосвідомість, як правові тексти, так і діяльність із їх інтерпретації та реалізації [12, с. 119].

Поряд із зазначеним, аналізуючи категорію сучасного права, маємо враховувати і процеси глобалізації та інтеграції, а відтак особливу увагу, в рамках предмета нашого дослідження, маємо приділяти такому явищу, як глобальне право.

На думку Ф. Лапорта, глобальне право – це новий вид права, який володіє своїми інституційними складниками, серед яких:

а) нове торгове право (*lex mercatoria*), яке контролює комерційні дії і прагне вийти за рамки держав, установлюючи обов'язки без застосування державного примусу. Стандарти, які тут використовуються, є саморегульовальними через те, що всі учасники зацікавлені в їх дотриманні. Характерна і термінологія для характеристики *lex mercatoria*, така як «беззбройність» та «необов'язковість» права;

б) інституційна модель глобального права пов'язана з таким інститутом, як Світова організація торгівлі.

Учений обґрунтовує, що формується правова сфера, яка не вписується ні в національне, ні в міжнародне право; це ніщо інше як глобальне право, норми якого застосовуються особливими суб'єктами, а межі дії не обмежені державними кордонами. Глобальне право насамперед характеризується як «м'яке право», на відміну від національного права, яке застосовує норми «жорсткого права» з його послідовно проведеною ідеєю «верховенства». Ця м'яка нормативно-правова реальність зумовлена тим, що вона, як правило, походить від недержавних учасників, містить нечіткі і невизначені умови, які постають як необов'язкові, базується на добровільній прихильності і ухваленні, забезпечена неправовими способами примусу [10, с. 42].

Відтак наявність серед юридичних джерел права актів м'якого права (приміром, науково-практичних коментарів), які не мають державного забезпечення та обов'язкового, як у нормативно-правових актів, характеру, є цілком закономірним відображенням сучасного права. Більше того, якщо ми звернемося до історії формування континентальної правової сім'ї, то зможемо знайти багато підтверджень використання, приміром, доктринальних актів у реальному правовому регулюванні.

Наступним важливим кроком до розкриття предмета дослідження є аналіз «правової інфраструктури», насамперед правових актів та інших можливих юридичних джерел формального вираження права. Причому концептуальною ідеєю дослідження є твердження, що право отримує вираження не лише в актах, які мають обов'язковий характер та забезпечені державним примусом.

У юридичній науці до визначення терміна «правовий акт» зверталися чимало дослідників.

Так, С.С. Алексєєв розуміє під правовим актом офіційний письмовий документ, який породжує певні правові наслідки, що створюють юридичні стани, і спрямований на регулювання суспільних відносин [1, с. 256].

М.В. Кравчук розуміє під правовим актом юридичний документ компетентного органу держави, у якому закріплено забезпечуване нею формально визначене, загальнообов'язкове правило поведінки, що охороняється державною владою від порушень [7, с. 163].

Ю.А. Тихомиров правовим актом називає письмовий документ, що виражає волю уповноваженого суб'єкта права. Юридичний акт – офіційний документ, виданий уповноваженим органом у заздалегідь встановленій формі, який породжує певні правові наслідки, створює юридичні стани і направлений на впорядкування суспільних відносин, відносин у політичному житті, сімейній сфері тощо. Юридичним актом називається також певна частина фактів юридичних, тобто тих правомірних дій суб'єктів права, які вчиняються з наміром створювати (припиняти, змінювати) конкретні правовідносини [13, с. 17].

На думку Н.М. Крестовської, правові акти – це прийняті в офіційно визнаній формі акти суб'єктів права, що мають юридичне значення. Учена виділяє такі ознаки правових актів:

- мають соціально-регулятивний характер, тобто регламентують поведінку адресатів (невизначеного кола осіб або конкретної особи);
 - мають активний, вольовий, свідомий характер;
 - спричиняють певні юридичні наслідки, оскільки впливають на права й обов'язки суб'єктів, які уклали правовий акт або яким адресований акт;
 - мають певну втілену форму (закон, розпорядження, договір, вирок тощо).
- Найчастіше правові акти мають документальне оформлення. У багатьох випадках документальна форма правового акта є єдиною можливою (наприклад, наказ про прийняття на роботу). Але при цьому не виключаються усна і конклюдентна (мовчазна) форми правових актів (особливо в цивільному праві, де більшість правочинів здійснюються усно);
- підтримуються силою державного примусу [8, с. 556].

Відповідно, можемо стверджувати, що правовий акт є формою вираження юридично значущого припису. Видова характеристика правових актів відображає їх різноманітність та предметну спрямованість.

Враховуючи зазначені положення, для встановлення поняття та ознак науково-практичного коментаря як самостійного акта юридичної доктрини, нам необхідно проаналізувати правову природу науково-практичного коментаря.

Науково-практичний коментар є різновидом доктринального акта. Він містить узгодженні погляди та концептуальні висновки щодо сутності та порядку втілення у життя письмових правових актів. Формальне вираження науково-практичний коментар отримує у письмовому документі, який має власну структуру, особливості структури матеріалу та цільове призначення.

Видання науково-практичного коментаря здійснюється спеціальними суб'єктами (носіями доктринальної, професійної та компетентної правосвідомості). Пріоритетними суб'єктами створення доктринальних актів є, безумовно, юристи-науковці, але не варто виключати із цього процесу й носіїв професійної (юристи-практики) та компетентної (представники неюридичних професій, діяльність яких прямо пов'язана із правом, наприклад, аудитори, військові офіцери тощо) правосвідомості. Процедура прийняття науково-практичного коментаря не має жорсткої регламентації, але вона має відповідати загальним положенням законодавства та мати певний рівень науковості. Науково-практичний коментар не має офіційного характеру, але ключовим аспектом його широкого застосування є авторитетність у юридичній (науковій та практичній) сфері суб'єктів його створення.

Цільова орієнтація науково-практичного коментаря розрахована на розкриття сутності букви і духу закону, розроблення найефективнішої моделі втілення у життя правових приписів та встановлення зв'язку коментованої норми з іншими правовими актами. Науково-практичний коментар виражає волю суб'єкта його створення щодо способів розбудови методологічної моделі застосування права та роз'яснює волю держави стосовно врегульованих відносин.

Науково-практичний коментар не має обов'язкового характеру, лише рекомендаційний, але ступінь його затребуваності та активного використання широким колом суб'єктів, насамперед суб'єктів правозастосування, указують на значну затребуваність суспільства в наявності зазначених актів.

Науково-практичний коментар має залежний від письмових правових актів характер як щодо форми і змісту (будь-який документ не може суперечити положенню позитивного права), так і щодо своєї функціональної спрямованості (лише правові акти є його об'єктом).

Науково-практичний коментар є ланкою у правовому ланцюзі «правосвідомість – правові потреби – правотворчість – правореалізація – юридичні дії», оскільки встановлює реальний зв'язок між текстом нормативно-правових актів і юридичною практикою, з одного боку, та є підґрунтям нормотворчої діяльності, з іншого.

Науково-практичний коментар є особливим видом юридичної доктрини та має чітко виражений прикладний характер. Коментарі правових актів розкривають значення правових норм, здійснюють наукове роз'яснення наявних положень та

аналізують правозастосовну практику. Для визнання коментаря методологічною засадою використання законів велике значення має особистість його автора та підтримка обґрунтованих ним положень науковою спільнотою.

У зазначеному аспекті цілком слушним є зауваження А.В. Полякова, що «завдяки інтерпретації відбувається узгодження справедливості і формальності права» [12, с. 179].

Фактично в рамках науково-практичного коментаря ми отримуємо можливість наочно встановити грані співвідношення справедливості і формальності, визначити, наскільки вдалося правотворцю виразити в тексті свою волю та наскільки вона відповідає вимогам і потребам суспільства.

Охарактеризовані положення вказують на підвищення ролі правової доктрини та її актів у системі юридичних джерел права. Підтримка належного двостороннього зв'язку між правотворчістю, теорією та практикою, безперечно, слугуватиме зміцненню стабільності системи джерел права.

Враховуючи зазначені характеристики, можемо стверджувати, що науково-практичний коментар є різновидом доктринального акта, що містить узгоджені наукові погляди та концептуальні висновки вчених та/або практиків правової сфери щодо сутності письмових правових актів, порядку їх втілення у життя та зв'язку з іншими актами.

Відповідно, можемо визначити, що об'єктом науково-практичного коментаря є письмовий правовий акт. Причому письмовий правовий акт – це не тільки те, на що спрямована діяльність суб'єкта наукового коментування, це й те, відповідно до чого така діяльність має здійснюватися, щонайменше не суперечити.

Безумовно, науково-практичний коментар має залежний характер стосовно письмового правового акта, але виникає питання, чи є такий коментар самостійним правовим актом?

Аналізуючи співвідношення науково-практичного коментаря як особливого виду доктринальних актів із письмовими правовими актами, можемо дійти таких висновків.

Усі без винятку доктринальні форми права відрізняються від нормативно-правових актів. Але, незважаючи на активну правотворчу практику їх використання, на сьогодні можемо говорити лише про допоміжний характер правової доктрини в механізмі правового регулювання.

Це пов'язано з тим, що науково-практичний коментар не має загальнообов'язкового характеру. Також відсутні й нормативно встановлені вимоги щодо порядку й форми його прийняття. Відповідно, науково-практичний коментар не породжує юридичних наслідків. Забезпечення дії та використання науково-практичного коментаря засновано на авторитеті його автора і не має прямої підтримки з боку держави.

Зазначене не зменшує ролі науково-практичного коментаря у правовому впливі на суспільство, лише підкреслює нетиповість цього специфічного юридичного джерела права, джерела, яке несе в собі певну ідею: «Обґрунтування зрозумілого та такого, що відповідає духу і принципам права, порядку застосування «букви закону» має здійснювати фахівець найвищого рівня».

На сьогодні науково-практичний коментар не має прямого механізму реалізації положень, які в ньому містяться, але завдяки втіленню в інші форми вираження права (приміром, судові рішення) може слугувати правовим базисом для вирішення юридичних справ. Це опосередковане входження окремих доктринальних форм у чинне право, яке дозволяє розширити коло правотворчих чинників та розуміння джерел права.

Відтак можемо стверджувати, що науково-практичний коментар не є самостійним письмовим правовим актом, але, безумовно, є одним із юридичних джерел права та, відповідно, юридичним текстом – науково обґрунтованими приписами щодо порядку регулювання суспільних відносин або визначення окремих положень, які засновані на ідеї і принципах права та отримують вираження у тексті.

У такому аспекті варто зазначити, що використання терміна «юридичний текст» є цілком обґрунтованим із позиції як юридичної лінгвістики, так і теорії права.

Згідно з енциклопедичними джерелами, юридичний текст – це відтворений письмово документ, пов'язаний із законодавством, правовими нормами і практичним їх застосуванням [2, с. 1644].

На думку С.П. Костя, юридичний текст – це письмово відображений документ, у якому зафіксовано відомості, пов'язані із законодавчими нормами, їх практичним використанням [6, с. 64].

Як у першому, так і у другому визначенні бачимо, що юридичний текст – це документ, пов'язаний із законодавством та його практичним використанням. Відтак, враховуючи викладені положення, розуміння науково-практичного коментаря як юридичного тексту є цілком доцільним та обґрунтованим.

Але треба враховувати ще один аспект. Від юридичного тексту варто відрізнити правовий текст, який є ширшим за своїм об'ємом та відображає сам процес правової комунікації. Так, С.Б. Карвацька зазначає, що текст права – це не продукт діяльності законодавця або правозастосування, не результат прочитання тлумачення і не тільки завершальний сенс тексту, а сам пошук сенсу права як постійна діяльність із прояву ефекту права в дискурсі. Правовий текст як одиниця спілкування являє собою систему комунікативно-пізнавальних елементів, що функціонально, тобто для певної конкретної мети спілкування, об'єднані у замкнену ієрархічно організовану, змістову структуру загальною концентрацією чи задумом спілкування [4, с. 31].

З указаними висновками доцільно погодитися, бо процеси правової комунікації дійсно мають відмінність від актів та текстів, у яких закріплюються результати такої комунікації.

Правовий текст може бути інтерпретований як комунікативно-пізнавальна одиниця, без якої право існувати не може. Право у цьому аспекті постає як порядок комунікативних відносин, що виникає на основі нормативно-правової інтерпретації різних правових текстів (які мають як вербальний, так і невербальний характер [3, с. 62].

З погляду комунікативної теорії право постає як порядок комунікативних відносин, що виникає на основі нормативно-правової інтерпретації різних правових

текстів. Безумовно, цим право себе не вичерпує, але завдяки вказаним положенням отримує додаткове обґрунтування свого соціального призначення.

Тим не менше, саме завдяки комунікативному підходу до розуміння права отримуємо необхідний інструментарій для обґрунтування науково-практичного коментаря як особливого юридичного тексту, форми вираження юридичної доктрини, а відповідно, і самостійного юридичного джерела права.

Висновки. Проведене дослідження дозволяє нам зробити висновок, що під науково-практичним коментарем варто розуміти юридичний текст, який є формою вираження юридичної доктрини та містить узгоджені наукові погляди та концептуальні висновки вчених та/або практиків правової сфери щодо сутності письмових правових актів, порядку їх втілення у життя та зв'язку з іншими актами.

До ознак науково-практичного коментаря належать:

- це різновид доктринального акта;
- отримує формальне вираження у вигляді юридичного тексту;
- містить узгоджені погляди та концептуальні висновки щодо сутності та порядку втілення у життя письмових правових актів;
- суб'єктами створення є носії доктринальної, професійної та компетентної правосвідомості;
- ключовим аспектом широкого застосування є авторитетність у юридичній (науковій та практичній) сфері суб'єктів його створення;
- об'єктом науково-практичного коментаря є письмові правові акти;
- процедура прийняття не має жорсткої регламентації, але вона має відповідати загальним положенням законодавства та мати певний рівень науковості;
- не має обов'язкового характеру, лише рекомендаційний, але ступінь його активного використання широким колом суб'єктів, насамперед суб'єктів правозастосування, указує на значну затребуваність суспільства у наявності зазначених актів;
- цільова орієнтація розрахована на розкриття сутності букви і духу закону, розроблення найефективнішої моделі втілення у життя правових приписів та встановлення зв'язку коментованої норми з іншими правовими актами;
- виражає волю суб'єкта його створення щодо способів розбудови методологічної моделі застосування права та роз'яснює волю держави стосовно врегульованих відносин;
- встановлює реальний зв'язок між текстом нормативно-правових актів і юридичною практикою, з одного боку, та є підґрунтям нормотворчої діяльності, з іншого.

Література

1. Алексеев С.С. Проблемы теории права : [курс лекций] : в 2 т. / С.С. Алексеев. – Свердловск : Свердловский юрид. ин-т, 1972–1973. – Т. 2. – 1973. – 256 с.
2. 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.
3. Дризде Т.М. Социокультурная коммуникация: текст и диалог в семиосоциопсихологии / Т.М. Дризде // Социокультурное пространство диалога. – М., 1999. – С. 60–69.
4. Карвацька С.Б. Правовий текст як акт правової комунікації / С.Б. Карвацька // Науковий вісник Чернівецького університету : зб. наук. пр. – Вип. 714 : Правознавство. – Чернівці : ЧНУ, 2013. – С. 28–32.

5. Козюбра М.І. Загальнотеоретичне правознавство: стан та перспективи / М.І. Козюбра // Право України. – 2010. – № 1. – С. 32–43.
6. Кость С.П. Правовий текст як соціально-мовленнєве явище комунікації / С.П. Кость // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справа. Серія юридична. – 2014. – Вип. 3. – С. 323–330.
7. Кравчук М.В. Теорія держави і права (опорні конспекти) : [навчальний посібник] / М.В. Кравчук. – К. : Атіка, 2003. – 288 с.
8. Крестовська Н.М. Теорія держави і права. Практикум. Тести : [підручник] / Н.М. Крестовська, Л.Г. Матвєєва. – К. : Юрінком Інтер, 2015. – 584 с.
9. Крижановський А.Ф. Сучасний правопорядок: контури теорії / А.Ф. Крижановський // Актуальні проблеми держави і права. – Вип. 49. – О. : Юридична література, 2009. – С. 33–40.
10. Лапорта Ф. Глобалізація и верховенство права. Некоторые сомнения вестфальца / Ф. Лапорта // Проблеми філософії права. – 2006–2007. – Т. 4–5. – С. 40–49.
11. Оборотов Ю.М. Праворозуміння як аксіологічне начало (постулат права) / Ю.М. Оборотов // Право України. – 2010. – № 4. – С. 49–55.
12. Поляков А.В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : [учебное издание] / А.В. Поляков. – СПб. : ИД СПб. гос. ун-та, 2004. – 864 с.
13. Тихомиров Ю.А. Правовые акты : [учеб.-практ. и справ. пособие] / Ю.А. Тихомиров, И.В. Колтевская. – М. : Юринформцентр, 1999. – 381 с.

Анотація

Бычковский С. Л. Понятия та ознаки науково-практичного коментаря як особливої форми вираження юридичної доктрини. – Стаття.

Статтю присвячено дослідженню поняття та ознак науково-практичного коментаря як особливої форми вираження юридичної доктрини. Розкрито особливості співвідношення між науково-практичним коментарем та правовими актами. Встановлено соціальну роль науково-практичного коментаря та його вихідні характеристики.

Ключові слова: сучасне право, джерела права, правовий акт, юридичний текст, юридична доктрина, науково-практичний коментар.

Аннотация

Бычковский Е. Л. Понятие и признаки научно-практического комментария как особой формы выражения юридической доктрины. – Статья.

Статья посвящена исследованию понятия и признаков научно-практического комментария как особой формы выражения юридической доктрины. Раскрыты особенности соотношения между научно-практическим комментарием и правовыми актами. Установлена социальная роль научно-практического комментария и его выходные характеристики.

Ключевые слова: современное право, источники права, правовой акт, юридический текст, юридическая доктрина, научно-практический комментарий.

Summary

Bychkovskiy Ye. L. Definition and signs of science-practical comment as a special form of legal doctrine. – Article.

The article is devoted to the study of the concept and features of science-practical comment as a special form of expression of legal doctrine. The peculiarities of the relationship between the science-practical comment and legal acts are revealed. The social role of the science-practical comment and its initial characteristics are established.

Key words: modern law, sources of law, legal act, legal text, legal doctrine, science-practical comment.

УДК 342.92

*І. В. Болокан***КРИТЕРІЇ ТА ПОКАЗНИКИ ЕФЕКТИВНОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ
АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ НОРМ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА**

Постановка проблеми. Реалізація адміністративно-правових норм дозволяє «оцінити» їх ефективність як для держави загалом, так і для конкретних суб'єктів безпосередньої реалізації відповідних норм. Відтак постає потреба звернення до такої категорії, як «оцінка адміністративно-правових норм», що є складником більш широкого поняття – «оцінка законодавства» (з урахуванням як «широкого» (використання наукових методів для прогнозу й обчислення впливу норм, зокрема вартості законів; максимальна дієвість законів та їх відповідність економічній раціональності), так і «вузького» (аналіз впливу законодавства) розуміння цього поняття) [1, с. 6]. Така оцінка може бути здійснена завдяки дослідженню критеріїв і показників ефективності реалізації адміністративно-правових норм. Як правильно зазначили Т.О. Коломоєць та Ю.Х. Куразов, детальний аналіз критеріїв і показників ефективності є важливим в умовах докорінного перегляду нормативних, зокрема процедурних, засад використання ресурсів (тієї чи іншої правової категорії), забезпечення їх практичної реалізації та максимально повного використання [2, с. 143]. Однак наукових робіт, присвячених дослідженню ефективності саме реалізації адміністративно-правових норм, не так уже й багато. У більшості публікацій про проблеми ефективності розглядаються питання ефективності правотворчості або правового регулювання загалом. Відтак вивчення критеріїв та показників ефективності реалізації адміністративно-правових норм є актуальним напрямом наукових досліджень.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням тих чи інших аспектів ефективності реалізації норм права присвячували свої наукові праці вчені із загальної теорії права, соціології права, учені-адміністративісти тощо. Зокрема, тим чи іншим аспектам ефективності, серед яких і критерії та показники, присвячували свої розвідки такі вчені-юристи радянського періоду розвитку доктрини права: М.П. Лебедев, О.С. Пашков, Д.М. Чечот, Л.С. Явич, Л.І. Спиридонов, І.С. Самощенко, В.І. Нікітінський, В.В. Глазирін, Ф.Н. Фаткулін, Л.Д. Чулюкин, О.Л. Бонк тощо. У сучасний період розвитку правової науки (90-ті рр. ХХ ст. – друга декада ХХІ ст.) дослідження питань ефективності норм права продовжуються, хоч і не так активно. Зокрема, висвітлення тих чи інших аспектів ефективності здійснювали такі вчені-юристи (здебільшого фахівці із загальної теорії права): К.В. Шундиков, В.В. Головченко, С.О. Жинкін, С.Д. Гусарев, П.М. Рабінович, М.Ю. Осипов та ін. Серед учених-адміністративістів деяким питанням ефективності стосовно адміністративно-правової сфери регулювання присвячували свої наукові дослідження на рівні дисертацій С.С. Лукаш, Д.М. Павлов, Д.В. Журавльов, С.М. Балабан тощо. Окремі проблеми ефективності щодо процедурного аспекту адміністративної відповідальності досліджувались І.А. Зайцевим; щодо окремих адміністративних

стягнень – Т.О. Коломоєць, Ю.Х. Куразовим; щодо дисциплінарних санкцій – В.С. Щербиню тощо. Надбання досліджень щодо ефективності різних правових категорій («ефективність правового регулювання», «ефективність правотворчості», «ефективність реалізації права», «ефективність правозастосування», «ефективність права», «ефективність правової норми», «ефективність санкції», «ефективність діяльності виправних установ», «ефективність закону», «ефективність законодавства», «ефективність правової політики» тощо) указаних вище та інших авторів були враховані у цій публікації під час виокремлення критеріїв, показників ефективності реалізації адміністративно-правових норм, характеристики їх особливостей та формулювання відповідних дефініцій.

Метою статті є дослідження наукових підходів до визначення критеріїв ефективності реалізації адміністративно-правових норм, показників такої ефективності, формулювання відповідних дефініцій.

Виклад основного матеріалу дослідження. Погоджуючись загалом із думкою про доцільність аналізу критеріїв та показників ефективності [3, с. 110], зазначимо про необхідність урахування різних підходів щодо виокремлення цих понять, адже й досі у поглядах учених-юристів щодо згаданого питання відсутня єдність, а наукові підходи розкидані у площині від повного виокремлення цих категорій, позначення кожної з них як самостійної (наприклад, у працях І.В. Шмарова [4], М.Я. Саввіна [5], І.І. Веремеєнко [6], Т.О. Коломоєць [3] тощо) до їх змішування (наприклад, розгляд категорій «критерії» та «показники» як тотожних (зокрема О.О. Наташев у характеристиці критеріїв приватно-попереджувального впливу виконання покарання одним із таких критеріїв називає «показник», що характеризує скоєння правопорушень засудженими у період відбування покарання [7, с. 176])).

Значення слова «критерій» у *тлумачних словниках* подається як «підстава для оцінки, визначення або класифікації чогось; мірило» [8, с. 303]. У *доктринальних джерелах* критерій ефективності визначають як: «засіб вирішення, керівна думка, що визначає ставлення особи до предмета, ознака істинності, вірогідності людських знань» [3, с. 114; 6, с. 179]; «досягнутий позитивний результат стосовно конкретної цілі» [6, с. 181].

Як правильно зазначив П.М. Рабінович, «напрацювання критеріїв об'єктивності того чи іншого об'єктивного показника ускладнено пошуком саме таких критеріїв, які б враховувати вплив лише правових факторів, а не будь-яких інших (економічних, політичних та ін.) чинників» [9, с. 14]. Д.М. Павлов із цього приводу зауважує, що «обмеження розгляду проблем забезпечення ефективності <...> суто правовим аналізом позбавляє можливості визначення об'єктивних критеріїв економічної та соціальної доцільності, оскільки встановлення останніх потребує дослідження і тих явищ, які традиційно юридичною наукою не враховуються, зокрема громадська думка, рівень життя громадян тощо. Розгляд зазначених проблем передбачає вихід у площину економіко-політико-правового аналізу функціонування системи, а для кожного рівня соціальної ефективності необхідна специфічна критеріальна сітка визначення ефективності» [10]. Про необхідність прогнозування та всебічного обґрунтування наслідків дії правових норм з ураху-

ванням соціальних, політичних, економічних та інших чинників, які впливатимуть на реалізацію, зазначає й В.П. Нагребельний [11, с. 3–4].

Щодо кількості можливих критеріїв ефективності реалізації адміністративно-правових норм варто погодитись із думкою Д.М. Павлова про недоцільність пошуку єдиного універсального критерію ефективності [10].

У доктрині як загальної теорії права, так і адміністративного права відсутня єдність поглядів щодо виокремлення конкретних критеріїв ефективності як будь-якої правової категорії загалом, так і критеріїв ефективності реалізації норм (адміністративного) права зокрема. Так, П.М. Рабінович найважливішим вихідним критерієм (еталоном) ефективності вважає мету закону. Однак, зазначає він, це не єдиний критерій [9, с. 19]. Іншими критеріями пропонується розглядати всі можливі результати ефективності: як заплановані, так і побічні. Саме виходячи з аналізу різноманітних результатів, згаданий автор пропонує запровадити розрізнення понять «ефективність у широкому сенсі» («загальна (загально-соціальна) ефективність») та «ефективність у вузькому сенсі» («управлінська ефективність»), що матиме значення для визначення обсягу та методик виявлення кожної з них.

Відсутня єдність у виокремленні критеріїв ефективності не лише щодо загальних правових категорій, але й у межах розгляду цих питань щодо окремих адміністративно-правових інститутів та норм адміністративного права, які ці інститути регулюють. Так, Д.М. Павлов у характеристиці *ефективності державного управління* виокремлює такі групи критеріїв: 1) критерії комплексної соціальної ефективності (соціальний ефект як інтегрований критерій); 2) критерії спеціальної соціальної ефективності; 3) критерії конкретної соціальної ефективності; 4) критерії індивідуальної соціальної ефективності [10]. Навіть поверхневий погляд на ці критерії дає підстави для висновку, що йдеться про певний результат (різні види соціального ефекту).

У характеристиці критеріїв ефективності в наукових джерелах згадується про загальні та спеціальні критерії. Так, на думку С.С. Лукаша, *критерії загальної соціальної ефективності управлінської діяльності* полягають: 1) у ступені відповідності напрямів, змісту та результатів діяльності суб'єктів і об'єктів управління тим соціальним параметрам, які визначені функціями і статусом кожного органу, структури, підрозділу чи посадової особи; 2) у законності рішень та дій відповідних управлінських структур і працівників; 3) у мірі врахування і вираження в управлінських рішеннях та діях потреб, інтересів і цілей людей; 4) у мірі суспільної авторитетності рішень та дій суб'єктів і об'єктів управлінської діяльності; 5) у правдивості й доцільності інформації, яка видається управлінськими структурами і посадовими особами відповідних органів [12, с. 15–16].

І.І. Веремєєнко як *критерії ефективності адміністративно-правових санкцій* позначає пов'язаність: 1) загально-попереджувального впливу на осіб, потенційно схильних до скоєння правопорушень, та загально-превентивного результату дії тієї чи іншої санкції; 2) приватно-попереджувальний вплив на правопорушника та приватно-попереджувальний результат; 3) перевиховання правопорушника та інших схильних до правопорушень осіб у напрямі неухильного дотримання законів, поваги прав, свобод та інтересів інших осіб та виховного результату тощо

[6, с. 181]. Отже, за такого підходу очевидним є поєднання мети правового впливу і його результату та позначення такого поєднання як певного критерію ефективності стосовно окремого адміністративно-правового інституту.

Якщо мета (ціль) та результат є загально визнаними критеріями ефективності будь-якого правового явища, то в межах окремих адміністративно-правових інститутів, як правило, виділяються певні додаткові критерії. Так, на думку О.С. Рогачевої [13, с. 16], Т.О. Коломєць, Ю.Х. Куразова [2, с. 142], окремі аспекти критеріїв потребують додаткової уваги, зокрема у деліктній складовій частині адміністративного законодавства варто зважати: 1) на співрозмірність певної санкції та характеру проступку, враховуючи реалії економічного та соціального буття; 2) на рівень впливу санкцій адміністративно-деліктних норм, тобто потрібно приділяти належну увагу інформуванню громадян про негативні наслідки; 3) на можливість індивідуалізації адміністративного стягнення з урахуванням особливостей правопорушника; 4) на розширення випадків можливості заміни одного стягнення іншим; 5) на здатність санкції норми комплексно впливати на правопорушника з метою превенції тощо.

С.С. Лукаш у характеристиці *ефективності управлінської діяльності органів внутрішніх справ України* особливу увагу приділяє критерію «ефективне використання ресурсного забезпечення», який, на думку автора, залежить від проміжних факторів соціального та організаційно-психологічного характеру (темпераменту, активності й ініціативності суб'єктів реалізації, їх мотивації і стимулювання, методів, способів та форм управління, психологічного клімату в колективі, соціального захисту осіб рядового і керівного складу, міри врахування їх інтересів та індивідуальних особливостей) [12, с. 11–12]. Тобто йдеться про зовнішню та внутрішню об'єктивізацію управлінської діяльності як ключового моменту перетворення цілей і завдань у реальність (отже, результат). Сутність соціального ефекту, на думку автора, полягає, зокрема, у його сталості, прогресуванні, тобто врахуванні не лише «знятого» результату вже здійсненої діяльності, але й у здатності бути джерелом подальшого розвитку, бути постійною та необхідною ланкою ланцюга безперервного відтворення суспільного життя [12, с. 12]. Крім цього, С.С. Лукаш виокремлює критерії раціонального та ефективного управління, до яких відносить розміри витрат, терміни та якість виконання завдань і досягнення поставлених цілей [12, с. 14].

Розгляд одних критеріїв не виключає подальший аналіз критеріїв ефективності складників «більш широкої» правової категорії. Так, наприклад, критерії оцінки впливу законодавства не виключають виокремлення критеріїв оцінки ефективності застосування норм.

До «критеріїв оцінки впливу законодавства» відносять: 1) дієвість; 2) ефективність; 3) доцільність [1, с. 7]. Щодо ефективності реалізації адміністративно-правових норм важливим є саме критерій дієвості. Під останньою розуміється «ступінь відповідності поведінки цільової групи населення нормативній моделі, тобто стосункам і нормам поведінки, запропонованим законодавцем» [1, с. 7]. Дієвість (дія) є суттю реалізації норм права. Щодо ефективності, то її представляють як дріб із чисельником у вигляді різниці між досягнутою і запланованою ціллю і знаменником у вигляді зазначених витрат. У разі, коли знаменник виявляється більшим, ніж

чисельник, через що ефективність отримує негативний (мінусовий) вираз, постає питання, що є більш цінним, ніж витрати. Відповідь на це питання лежить уже не у сфері матеріального, а у сфері інших цінностей. Виходячи із цього, А.К. Мусаєвою зроблено висновок, що дієвість не є обов'язковою гарантією ефективності законодавства [1, с. 6]. Характеризуючи доцільність, А.К. Мусаєва зазначає про співвідношення, з одного боку, витрат на застосування законодавчого акту, а з іншого – ступінь досягнення поставлених цілей, що робить можливою оцінку пропорційності різних заходів [1, с. 7]. Або інший приклад: розглядаючи такі загальні критерії ефективності будь-якої правової категорії, як мета та результат, щодо визначення ефективності кожної складової частини можуть пропонуватись власні критерії. Так, П.М. Рабінович вважає, що класифікацію *результатів дії закону* можливо проводити за критерієм «чи знаходить вона прояв у вчинках людей, чи ж до якогось моменту затримується лише у їхній свідомості» [9, с. 18].

Отже, варто відрізнити критерії ефективності реалізації норм адміністративно-права загалом та критерії ефективності реалізації норм окремих адміністративно-правових інститутів. Загальними для будь-яких інститутів адміністративного права критеріями визначення ефективності реалізації відповідних норм є мета встановлення норми та отриманий результат реалізації. Лише щодо результату реалізації у доктрині права пропонується розмежовувати «ефективність у широкому сенсі» та «ефективність у вузькому сенсі».

Видається можливою і диференціація критеріїв ефективності реалізації адміністративно-правових норм щодо мети, адже мета реалізації може відрізнитися залежно від важливості результату втілення норми у життя: 1) для конкретного суб'єкта реалізації адміністративно-правової норми; 2) для суб'єкта встановлення відповідного положення у вигляді норми права. Якщо мета реалізації досягається, то, відповідно, підвищується й ефективність реалізації норм права, ефективність правового регулювання загалом. Також критерієм ефективності реалізації норми для суб'єкта нормотворення можливо визнати і співвідношення (виправданість) витрат на реалізацію та результату, досягнення якого передбачалось. Ефективність реалізації норм окремих інститутів адміністративного права через свою специфіку завжди потребує визначення додаткових до загальних (власних) критеріїв перевірки такої ефективності. З урахуванням викладеного пропонуємо визначити «критерії ефективності реалізації адміністративно-правових норм» як обрану для оцінки результату втілення норми у життя міру оптимального співвідношення «мета-результат-витрати».

Як зазначають І.І. Веремєєнко [6, с. 180–181], Т.О. Коломоєць [3, с. 115], критерії дають лише принципову схему вирішення питання про визначення ефективності. Реально ж треба мету та результат після її досягнення «матеріалізувати». Для цього потрібні показники, які надають саме кількісну визначеність. Лише дослідження кількісної сторони ефекту дії норми дає можливість вести мову про якість як норми, так і процесу її реалізації. Джерелом інформації про ефективність як самих адміністративно-правових норм, так і процесів її реалізації є адміністративна практика публічної адміністрації, правоохоронних органів тощо. Аналіз практики цих органів дозволяє виявляти прогалини у нормативному врегулюванні,

слабкі сторони діяльності, що, зокрема, надає можливість подальшого вдосконалення змісту норм адміністративного законодавства, введення інноваційних норм, усунення застарілих та неефективних механізмів забезпечення реалізації норм адміністративного законодавства.

Варто погодитись із думкою П.М. Рабіновича про те, що ефективність будь-якого закону має характеризуватись об'єктивними, цілком визначеними показниками, які повинні бути науково обґрунтовані для позбавлення їх суб'єктивізму [9, с. 14]. Відтак постає потреба аналізу сутності категорії «показник ефективності реалізації адміністративно-правових норм».

Значення слова «показник» у *тлумачних словниках* подається як: «свідчення, доказ, ознака чого-небудь»; «наочні дані про результати якоїсь роботи, якогось процесу; дані про досягнення в чому-небудь»; «дані, які свідчать про кількість чого-небудь» [8, с. 488].

У *доктринальних джерелах* зазначається, що показниками є: «ознаки, за допомогою яких можна сформулювати уявлення про ефективність або неефективність»; «ознаки, на підставі яких можна сформулювати уявлення про досягнення поставлених цілей» [6, с. 178, 181]. Показник дозволяє вести мову про розвиток явища, розкриває його сутність, виступає як форма, що наповнює його змістом [3, с. 114]. Показники, на думку Т.О. Коломоець та Ю.Х. Куразова, надають «реальні», кількісні результати (кількість осіб, щодо яких застосовано примусові заходи, кількість справ, які було розглянуто тим чи іншим суб'єктом юрисдикції тощо) [2, с. 140].

Загальними показниками ефективності у доктринальних джерелах із теорії права радянського періоду вважали стан законності, рівень (стійкість) правопорядку, які мають вираження у кількісних показниках, тобто чіткий кількісний вимір ефективності. Така думка підтримується сучасними вченими-адміністративістами і не лише щодо ефективності дії норм адміністративного права загалом, а й щодо ефективності дії норм окремих адміністративно-правових інститутів. Так, Т.О. Коломоець, характеризуючи ефективність адміністративного примусу, зазначає, що якісна характеристика ефективності адміністративного примусу визначається результатами застосування [3, с. 110].

На думку С.С. Алексєєва, саме безпосередня (або найближча) мета правової норми є масштабом, еталоном оцінки результативності, і коли співставити таку мету з реальним результатом, можливим є отримання кількісних параметрів фактичної ефективності норми [14, с. 436]. Такий кількісний показник може мати полярні значення: як позитивні, так і негативні. Про негативну ефективність С.С. Алексєєв згадує як про ефективність зі знаком «мінус», тобто відсутність соціальної ефективності [14, с. 436]. Заперечуючи таку позицію, П.М. Рабінович вказує, що «законів, які не дають зовсім ніякого ефекту, не існує. Будь-яка юридична норма, якщо вона оприлюднена, самим фактом свого існування, самою інформацією, яку вона несе, змінює індивідуальну й суспільну свідомість, здійснює виховний вплив» [9, с. 19]. Тобто йдеться про заперечення «нульової ефективності». Указана думка є дискусійною, особливо стосовно виховного ефекту, адже не всі норми розраховані на виховання. З аналізу змісту понять «виховувати», «виховання», «виховний», які надаються у тлумачних словниках, складовою частиною усіх їх є *систематич-*

ний вплив [8, с. 76]. Лише одним фактом існування будь-якої норми такий вплив навряд чи здійснюється. Отже, щодо виховання як «засобу систематичного впливу на культурний розвиток, світогляд, моральні принципи кого-небудь у певному напрямі» [8, с. 76] існування «нульової ефективності» є можливим.

Якщо «прив'язуватись» до різних форм реалізації адміністративно-правових норм, найбільш висвітленими як у доктрині загальної теорії права, так і в доктрині адміністративного права є показники застосування як форми реалізації, які є результатом узагальнень відповідної правозастосовчої практики, що здійснюється різними суб'єктами правозастосування. При цьому такі показники подаються щодо різних масштабів – від локальних до загальнодержавних. Так, наприклад, на офіційному сайті Державної служби статистики України розміщено статистичний бюлетень «Адміністративні правопорушення у 2016 р.», де відображено відповідні кількісні показники загалом по країні. У рубриці «Багатогалузева статистична інформація» є категорія «Регіональна статистика», у якій, зокрема, наявні статистичні показники стану укладання колективних договорів у сфері адміністративного обслуговування.

У наукових джерелах у характеристиці тих чи інших показників (як загальних, так і спеціальних), як правило, також ідеться лише про кількісні критерії. Так, наприклад, І.І. Веремеєнко пропонує перелік спеціальних (щодо такої сфери правового регулювання, як адміністративно-деліктне право) показників. Він виокремлює три основних напрями загально-попереджувального впливу санкції (психологічний вплив, який здійснює наявність самого факту існування санкції та потенційної можливості її застосування до суб'єктів права; психологічний вплив санкції на суб'єктів права після застосування її до близьких чи знайомих цього суб'єкта; сукупний психологічний вплив за обома наведеними вище напрямками), однак усі запропоновані показники є кількісними [6, с. 182–183].

Зазначене є прикладами кількісних показників, але, крім кількісних, можливе виокремлення й інших показників – тих, які характеризують реалізацію адміністративно-правових норм із позиції якості. Такими вважають доцільність, обґрунтованість, справедливість [14, с. 436]. Саме у цих показниках спостерігається «відхід» від співвідношення «безпосередня мета → результат» та виникає співвідношення між (перспективними) цілями та змістом норм. Характеризуючи вказане співвідношення, С.С. Алексєєв зауважував, що ефективність буде найвищою там, де норма найбільш обґрунтована, найбільш доцільна, зміст якої є найбільш справедливим [14, с. 436]. Саме за такого погляду на ефективність найяскравіше виявляється зв'язок ефективності реалізації норм права із правотворчістю. Такі якісні показники передбачають, зокрема, аналіз потенційної ефективності, яку визначити досить важко, інколи практично неможливо. Так, наприклад, ефективність реалізації наданого відповідною нормою права на державну службу щодо потенційних суб'єктів реалізації обрахувати навряд чи можна, адже ніколи не буде достовірних даних щодо того, яка кількість осіб може скористатись цим правом. Відповідний (але вже кількісний) показник можна отримати лише врахувавши дані про осіб, які потенційно відповідають вимогам тих, хто претендує на вступ на державну службу (ст. 20 Закону України «Про державну службу»), зокрема щодо: професій-

ної компетентності, загального стажу роботи, досвіду роботи на посадах державної служби відповідних категорій або на певних посадах в органах місцевого самоврядування, вільного володіння державною мовою, володіння іноземною мовою, яка є однією з офіційних мов Ради Європи, тощо. Такі дані, необхідні для визначення потенційної ефективності, неможливо достовірно отримати, а отже, неможливо підрахувати й потенційний кількісний показник. Реальним є лише кількісний підрахунок ефективності *вже реалізованої* норми (кількість конкретних осіб, які вже скористались правом).

Якісні показники важно визначити і через оцінність категорій «доцільність», «обґрунтованість», «справедливість», які не є правовими поняттями і тлумачення яких завжди має «суб'єктивний відтінок». Таким «оцінним» є і показник «корисність» норми, який С.С. Алексєєв вважає кінцевим показником ефективності. Під корисністю вчений розуміє фактичну ефективність із погляду зазначених вище оцінних категорій «обґрунтованість», «доцільність» та «справедливість». У такому розумінні показник «корисність» норми співпадає з категорією «цінність права» [14, с. 438].

Отже, оцінка результатів ефективності дії адміністративно-правової норми має неабияке значення для подальшого вдосконалення вітчизняного адміністративно-законодавства, адже саме у процесі реалізації норми стає зрозумілою її дієвість, витребуваність суспільством, якість її змісту, наявність дієвого механізму впровадження у життя, її реальність тощо. Досить вдалим є порівняння цього процесу з «каналом зворотного зв'язку» [14, с. 440] між нормотворчою практикою та практикою реалізації конкретних норм. Комплексний підхід до ефективності, який має враховувати «теоретичний потенціал юридичної науки, юридичні знання про ефективність юридичного інструментарію, методи, засоби та типи правового регулювання, засоби та прийоми юридичної техніки» [14, с. 440], не втратив актуальності.

Наслідки дії норм адміністративного права можуть бути як прямими, так і непрямыми, адже, як зазначає П.М. Рабінович, вони можуть мати прояв у зміні (тобто збільшенні або зменшенні, виникненні нових або зникненні старих) певних явищ; у незмінюваності («консервації») таких явищ; можуть відображатись як у поведінці, так і у свідомості людини. І всі ці результати є повноправними складниками ефекту [9, с. 19]. Але безсумнівним є той факт, що наслідки «ефекту дії норми» завжди є. Навіть у разі «негативної ефективності» (з будь-яких причин) результатом є з'ясування необхідності зміни або скасування відповідної норми.

Виходячи зі складників предмета адміністративного права, можемо говорити про ефективність реалізації тієї чи іншої групи норм адміністративного законодавства, які формують цей предмет. Так, наприклад, деліктна складова частина адміністративного права передбачає загально-попереджувальний та приватно-попереджувальний вплив заборонних норм адміністративного права, які є основою додержання як форми реалізації адміністративно-правових норм. Враховуючи різну мету цих напрямів впливу, різним є і результат, і критерії його визначення, і, відповідно, показники ефективності. Крім того, не завжди можливим є дослідження ефективності за загальноправовим напрямом впливу.

Показники ефективності реалізації адміністративно-правових норм можуть бути як загальними, так і спеціальними. Загальні показники характеризують ефективність реалізації норм адміністративного права загалом щодо будь-якого суб'єкта адміністративного права норм. Такими показниками є стан законності, рівень правопорядку тощо. Спеціальні характеризують ефективність реалізації норм окремих адміністративно-правових інститутів або ефективність реалізації спеціальними суб'єктами.

З урахуванням наведеного вище пропонуємо таку дефініцію поняття «показник ефективності реалізації адміністративно-правових норм» – це наочний, підтверджений конкретними кількісними параметрами, доказ дієвості положень, закріплених в адміністративно-правових нормах: «привабливості» наданих нормою можливостей, обов'язковості закріплених нормою приписів та заборон, дієвості встановлених стимулів і санкцій.

Висновки. Отже, у доктрині адміністративного права відсутній єдиний підхід: до визначення категорій «критерії ефективності» та «показники ефективності»; до виокремлення кількості і виділення конкретних критеріїв та показників ефективності; до співвідношення понять «критерії ефективності» та «показники ефективності» тощо. Загально визнаними критеріями ефективності є мета встановлення норми та отриманий після втілення норми у життя результат, щодо інших критеріїв погляди вчених-юристів різняться. Варто відрізнити критерії ефективності реалізації адміністративно-правових норм загалом та такі критерії щодо окремих адміністративно-правових інститутів. У наукових джерелах спостерігається певна єдність у виокремленні кількісних показників. Крім кількісних, можливим є виокремлення загальних (характеризують ефективність реалізації норм адміністративного права загалом щодо будь-якого суб'єкта норм) та спеціальних (враховують окремі сфери адміністративно-правового регулювання або спеціальних суб'єктів реалізації), а також якісних показників ефективності. Перспективними напрямками подальших наукових досліджень є аналіз умов, критеріїв та показників ефективності реалізації у різних її формах (виконання, використання, дотримання, застосування).

Література

1. Мусаєва А.К. Європейський досвід оцінки законодавства: традиції та новації / А.К. Мусаєва // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2014. – № 1. – С. 5–9.
2. Коломоець Т.О. Феномен попередження як виду адміністративного стягнення : [монографія] / Т.О. Коломоець, Ю.Х. Куразов. – Запоріжжя : Запорізький нац. ун-т, 2013. – 200 с.
3. Коломоець Т.О. Адміністративний примус у публічному праві України: теорія, досвід та практика реалізації : [монографія] / Т.О. Коломоець ; за заг. ред. В.К. Шкарупи. – Запоріжжя : Поліграф, 2004. – 404 с.
4. Шмаров И.В. Критерии и показатели эффективности наказаний / И.В. Шмаров // Советское государство и право. – 1968. – № 6. – С. 57–64.
5. Саввин М.Я. Административный штраф : [монография] / М.Я. Саввин. – М. : Юридическая литература, 1984. – 112 с.
6. Веремеенко И.И. Административно-правовые санкции : [монография] / И.И. Веремеенко. – М. : Юридическая литература, 1975. – 192 с.
7. Наташев А.Е. Основы теории исправительно-трудового права / А.Е. Наташев, Н.А. Стручков. – М. : Юридическая литература, 1967. – 190 с.

8. Великий тлумачний словник української мови / уряд. Т.В. Ковальова. – Х. : Фоліо, 2005. – 768 с.
9. Рабінович П. Ефективність юридичних норм: загальнотеоретично-поняттєвий інструментарій дослідження / П. Рабінович // Вісник Академії правових наук України. – 2008. – № 1 (52). – С. 13–21.
10. Павлов Д.М. Організаційно-правові засади забезпечення ефективності функціонування системи органів виконавчої влади (державного управління) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Д.М. Павлов ; Нац. акад. внутр. справ України. – К., 2004. – 20 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://nbuv.gov.ua>.
11. Нагребельний В.П. Законодавча техніка та ефективність паротворення в Україні / В.П. Нагребельний // Часопис Київського університету права. – 2003. – № 3. – С. 3–5.
12. Лукаш С.С. Нормативно-правове забезпечення ефективності управлінської діяльності ОВС України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / С.С. Лукаш ; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2002. – 19 с.
13. Рогачева О.С. Эффективность норм административно-деликтного права : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.14 «Административное право, финансовое право, информационное право» / О.С. Рогачева. – Воронеж : Воронежский гос. ун-т, 2012. – 49 с.
14. Теория государства и права / под ред. С.С. Алексеева. – М. : Юридическая литература, 1985. – 480 с.

Анотація

Болокан І. В. Критерії та показники ефективності реалізації адміністративно-правових норм: загальна характеристика. – Стаття.

У статті проаналізовано критерії визначення ефективності (мета, результат, співвідношення витрат на реалізацію та результату) та показники, які її характеризують (загальні та спеціальні; кількісні та якісні). На підставі аналізу доктринальних підходів наголошено на необхідності розмежування критеріїв та показників ефективності реалізації адміністративно-правових норм загалом і критеріїв та показників ефективності реалізації норм окремих адміністративно-правових інститутів. Запропоновано дефініції «критерії визначення ефективності реалізації адміністративно-правових норм» та «показники ефективності реалізації адміністративно-правових норм».

Ключові слова: реалізація адміністративно-правових норм, форми реалізації, ефективність реалізації, критерії ефективності реалізації, показники ефективності реалізації.

Аннотация

Болокан И. В. Критерии и показатели эффективности реализации административно-правовых норм: общая характеристика. – Статья.

В статье проанализированы критерии определения эффективности (цель, результат, соотношение затрат на реализацию и результата) и показатели, характеризующие ее (общие и специальные; количественные и качественные). На основании анализа доктринальных подходов указано на необходимость разграничения критериев и показателей эффективности реализации административно-правовых норм вообще и критериев и показателей эффективности реализации норм отдельных административно-правовых институтов. Предложены дефиниции «критерии определения эффективности реализации административно-правовых норм» и «показатели эффективности реализации административно-правовых норм».

Ключевые слова: реализация административно-правовых норм, формы реализации, эффективность реализации, критерии эффективности реализации, показатели эффективности реализации.

Summary

Bolokan I. V. Criteria and indicators of efficiency of implementation of administrative rules: general description. – Article.

The article analyzes the criteria for determining the effectiveness (goal, result, the relation of costs of implementation and result) and the indicators that characterize it (which are general and special, quantitative and qualitative). On grounds of the analysis of doctrinal approach it is pointed out that it is necessary to differentiate the criteria and indicators of the efficiency of the implementation of administrative rules in general, and the criteria and indicators of the efficiency of the implementation of the standards of individual administrative legal institutions. The definitions “criteria for determining the efficiency of the implementation of administrative rules” and “indicators of the efficiency of the implementation of administrative rules” are proposed.

Key words: implementation of administrative rules, forms of implementation, implementation efficiency, implementation efficiency criteria, implementation efficiency indicators.

УДК 342.9+351.74+343.35:35.08(477)

В. О. Веклич

ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ПОСАДОВИХ ОСІБ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ ЯК СУБ'ЄКТІВ БОРТЬБИ З КОРУПЦІЄЮ В УКРАЇНІ

*Охоронці могил сьнять про те, як самі помирають.
Їм не ставлять хрести,
Бо жоден з світів
Їх за своїх не приймає.
Крізь кришталь у очах –
Стежки, щоб іти
На межі і поза межею.
І незнанно куди
Заведуть тебе сни –
Чи у лімб, а чи в емпіреї.
Софія Костицька [1]*

Постановка проблеми. Юридична відповідальність посадових осіб правоохоронних органів як суб'єктів боротьби з корупцією в умовах сучасної України потребує порівняно глибокого вивчення і доктринального адміністративно-правового опрацювання. Передусім це стосується забезпечення самої правової системи від корупційних впливів і ризиків через можливість «легального» вихолощення адміністративно-правового регулювання, яке спрямоване на боротьбу з корупцією у практичному вираженні, що в результаті може становити загрозу для держави і суспільства.

Зважаючи на стан розробленості проблематики, у розглядуваному контексті доцільно глибше опрацювати загальні властивості і риси юридичної відповідальності як специфічного індивідуального «режиму», який забезпечує (і є супровідним) стосовно режиму законності в суспільстві, забезпечуючи останнє від правопорушень саме з боку посадових осіб правоохоронних органів як суб'єктів боротьби з корупцією в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Поточний стан опрацювання тематики юридичної відповідальності посадових осіб правоохоронних органів як суб'єктів боротьби з корупцією в Україні відзначається наявністю різноманітних джерел. Передусім можемо виділити публікацію на суміжну тему В. Литвиненка [2], а також відповідний параграф у його монографії «Протидія корупції в Україні: Адміністративно-правові засади» [3, с. 309–328]. Різні особливості юридичної відповідальності у цьому самому контексті розглядалися і в дисертаціях «Адміністративно-правові та організаційні засади запобігання і протидії корупції в Україні» [4] В. Гвоздецького, «Протидія корупційним правопорушенням засобами адміністративного права» [5] О. Клок, «Адміністративна відповідальність за корупційні правопорушення в Україні» [6] О. Панфілова тощо.

Заслуговує на увагу і низка монографій та навчально-практичних праць різних авторів, з-поміж яких можемо виділити такі: «Адміністративна відповідальність за правопорушення, пов'язані з корупцією» [7] колективу авторів Харківського національного університету внутрішніх справ, «Відповідальність за корупційні діяння, правові засади відшкодування збитків, завданих унаслідок їх вчинення» [8] авторів Національної академії державного управління, «Кримінальна відповідальність за корупцію» [9] за авторством В. Киричко, «Адміністративно-правові проблеми протидії корупції в Україні» [10] фахівців Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, «Корупційні правопорушення: поняття, види та заходи протидії» [11], що є напрацюванням В. Трепака, тощо.

Також у розглядуваному контексті доречно згадати наукові здобутки таких вітчизняних й іноземних учених, як Ю. Байдін, А. Байрамкулов, В. Безлепкін, Є. Білозьоров, В. Бутиліна, Ю. Ведерніков, О. Войтенко, В. Волков, Є. Гіда, І. Довгих, А. Завальний, О. Коріняк, Г. Міньковський, В. Молдован, В. Муравський, М. Надеждін, Н. Пададименко, А. Папірна, С. Попов, С. Степашин, Л. Чулінда та ін.

Метою статті є опрацювання специфічних рис юридичної відповідальності для забезпечення її дієвості як правового інструменту щодо зниження корупціогенності посадових осіб правоохоронних органів як суб'єктів боротьби з корупцією в Україні.

Виклад основного матеріалу дослідження. Розвиток юридичної науки значною мірою зумовлений практичними потребами. І питання юридичної відповідальності у цьому ракурсі постає як одне із ключових, оскільки саме завдяки цьому поняттю відображається внутрішня спонукальна мотивація учасників суспільних відносин до дотримання правових вимог. У «Великому енциклопедичному юридичному словнику» це поняття розкрито таким чином: «Вид соціальної відповідальності, сутність якої полягає в застосуванні до правопорушників (фізичних та юридичних осіб) передбачених законодавством санкцій, що забезпечуються у примусовому порядку державою, а також це є правовідносини між державою в особі її органів (суду, спеціальних інспекцій тощо) і правопорушником, до якого застосовують санкції з негативними для нього наслідками (позбавлення волі, штраф, відшкодування шкоди тощо)» [12, с. 109]. Це визначення зазнало деякого впливу ще радянської юридичної школи, оскільки тут акцентується увага на домінуючому становищі держави і примусовому впливі. З метою ж забезпечення ширшої практичної бази для фактичного впливу на суспільні відносини необхідно розглянути і позитивну суб'єктивну сторону цього юридичного інструменту (який, серед іншого, повинен актуалізуватися у діяльності посадових осіб правоохоронних органів як суб'єктів боротьби з корупцією). У цьому ракурсі нами взяті до уваги і суміжні щодо права явища, які також впливають на учасників суспільних відносин. Зокрема, Г. Кельзен зазначав: «Хибною виявляється також досить поширена думка про те, що право визначає норми зовнішньої, а мораль – норми внутрішньої поведінки. Норми обох порядків впливають на обидва способи поведінки» [13, с. 74]. Для розширення підґрунтя щодо цього дослідження видається актуальним презюмувати базисний характер відповідальності моральної щодо юридичної (як взаємодоповнювального елемента).

У вже згаданому словнику зазначено: «Мораль – це духовність, форма суспільної свідомості і вид суспільних відносин (моральні відносини); один зі способів регулювання поведінки людини у суспільстві за допомогою усталених приписів. Норми моралі підтримуються не тільки стабільним суспільним ладом, силою звичок і громадської думки, а й фіксуються у формі приписів про те, як варто чинити у кожному конкретному випадку» [13, с. 502]. При цьому під моральною відповідальністю можливо розуміти внутрішні моральні імперативи («приписи»), які сприймаються індивідом як домінуючі чинники у визначенні прийнятності скоєння ним особисто, а також іншими членами суспільства тих чи інших діянь.

Чинна концепція «юридичної відповідальності» (без урахування вказаних суб'єктивних аспектів) у результаті виявила свою практичну неспроможність вже у самому занепаді радянської державності у Східній Європі, оскільки дійсним суб'єктом вчинення юридично значущого діяння у багатьох випадках є індивідуалізована особа, а не держава, що зумовлює необхідність в окресленні спеціальних ознак суб'єктивного характеру, які б збалансували саму концепцію розглядуваного інструменту з урахуванням специфіки вже сучасних суспільних відносин.

Прикладом також є сучасна Україна, де за усталеного розуміння юридичної відповідальності правова практика зазнає руйнівних наслідків: «Детальні питання про досвід вимагання хабара, його добровільної пропозиції та використання особистих зв'язків для досягнення власних цілей дають змогу визначити відсоток громадян, які були задіяні в корупційних оборудках тим чи іншим чином упродовж року, що передував дослідженню. За такою детальною оцінкою свій реальний корупційний досвід у 2011 р. засвідчили 72,4% респондентів. У 2015 р. 70,7% повідомили про корупційний досвід у досліджуваних сферах» [14, с. 4–5]. Тож важливо взяти до уваги, що юридичний інструментарій передусім існує для регулювання суспільних відносин із тим, аби досягнути їх деякого оптимального стану.

Таким чином, юридична відповідальність як необхідні елементи (окрім вже наведених) має передбачати такі складники:

1. Чітко окреслений стан суспільних відносин як мета і результат застосування розглядуваного інструменту, за якого дотримання норм права індивідуалізованими суб'єктами суспільних відносин є загальним і об'єктивно оптимальним щодо них як учасників суспільних відносин, зумовлюючи наявність імперативу щодо неприпустимості порушення згаданих норм.

2. Суб'єктивне сприйняття окремими учасниками суспільних відносин неприпустимого для себе порушення норм права як оптимального і єдино прийнятого регулятора щодо їх участі у суспільних відносинах (у міжособистісних стосунках різних рівнів і відносинах, які виникають між особою та державою).

При цьому варто взяти до уваги, що юридична відповідальність на поточному етапі розвитку (з урахуванням такого її елемента, як «мета, що має виражатися у стані суспільних відносин») може досягатися не лише завдяки примусу як засобу, але й завдяки широкому інструментарію заохочень, що так і не набув належного розвитку за радянського періоду (останнє ж відобразилося на сприйнятті юридичної відповідальності).

Загалом «примусові» аспекти різних видів юридичної відповідальності детально розглядалися вже згаданими вище авторами. Тут треба взяти до уваги, що на час здійснення дослідження юридична відповідальність посадових осіб правоохоронних органів як суб'єктів боротьби з корупцією, а також правоохоронних органів як суб'єктів запобігання корупції в Україні фактично не розмежовується, виявляючи деякі відмінності передусім у специфічних рисах дисциплінарної відповідальності. При цьому є наочним приклад органів прокуратури. Ще 2015 р. В. Сенік зауважувала: «Посадові особи та керівники органів державної влади, підприємств, установ та організацій, які є суб'єктами відповідальності за порушення антикорупційного законодавства, досить часто застосовують дисциплінарну відповідальність щодо своїх підлеглих» [15].

При цьому С. Подоляка вказав: «Проаналізувавши Дисциплінарний статут прокуратури України, нескладно дійти висновку, що лише стаття 12 (у ч. 4) згадує про наслідки вчинення працівником прокуратури адміністративного корупційного правопорушення: «Прокурор або слідчий, стосовно якого складено протокол про адміністративне корупційне правопорушення, може бути відсторонений керівником відповідного органу прокуратури від виконання службових повноважень до закінчення розгляду справи судом» [16, с. 87]. Зазначене не виключає можливості продовження виконання такою особою обов'язків. Це підкреслює вагомість посилення фактичної юридичної відповідальності керівних кадрів, що узгоджується з вимогою п. 2 ч. 4 ст. 18 Закону України «Про запобігання корупції»: «Керівники державних органів несуть персональну відповідальність за забезпечення реалізації державної програми з виконання Антикорупційної стратегії» [17].

Відповідно, кадрова політика щодо посадових осіб правоохоронних органів як суб'єктів боротьби з корупцією має бути законодавчо ремодельованою з урахуванням специфіки суспільних відносин: «Найнебезпечнішими є прояви корупції в кадровій політиці на вищих щаблях виконавчої влади, оскільки керівники найвищого рівня створюють цілу піраміду корумпованих відносин, яка опісля пронизує усі рівні влади» [18, с. 315]. Тож актуальним є зауваження М. Пірен: «Щодо проблем лідерства, то зміни лежать в основі «трансформаційного лідерства», яке передбачає трансформування, перетворення людини за зміни установки. Трансформаційне лідерство з'являється тоді, коли воно є затребуваним, має у своїй основі моральне та духовне підґрунтя» [19, с. 186]. При цьому варто взяти до уваги, що «неправомірна вигода – одне із ключових в антикорупційному законодавстві загалом та в законодавстві про відповідальність за корупційні правопорушення зокрема. При цьому саме такий термін замінив поняття «хабар» в українському законодавстві» [20].

Потреба у подоланні поточної специфіки соціального середовища зумовлює необхідність зростання ролі юридичної відповідальності загалом у суспільстві (з урахуванням комплексу різних рис цього правового інструменту), що також має інтерполюватися на особливості юридичної відповідальності посадових осіб правоохоронних органів як суб'єктів боротьби з корупцією в Україні. Але напрацювання стосовно юридичної відповідальності в обох напрямках (щодо суспільства і посадових осіб) має розглядатися як комплексний процес із рівнозначними складниками.

Висновки. Зміна підходу до розуміння юридичної відповідальності має базуватися на зміні підходу до права з нівелюванням його репресивної спрямованості на користь диспозитивного регулювання, що повинно здійснюватися учасниками суспільних відносин з усвідомленням пріоритетності обґрунтованої у правовому вимірі моделі поведінки.

Юридична відповідальність правоохоронних органів як суб'єктів боротьби з корупцією в Україні є одним із вагомих факторів зниження їх корупціогенності. Актуальною є потреба щодо подальшого вивчення її специфічних рис.

Література

1. Костицька С. Охоронці могил снять про те, як самі помирають / С. Костицька // Вірші, поезія. Клуб поезії. – 2014. – 29 липня [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.poetryclub.com.ua/getroem.php?id=514219>.
2. Юридична відповідальність посадових осіб правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції в Україні / В. Литвиненко // Право та інновації. – 2015. – № 4. – С. 102–109.
3. Литвиненко В. Протидія корупції в Україні: адміністративно-правові засади : [монографія] / В. Литвиненко. – К. : МП Леся, 2015. – 472 с.
4. Гвоздецький В. Адміністративно-правові та організаційні засади запобігання і протидії корупції в Україні : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / В. Гвоздецький ; Державний наук.-досл. ін.-т МВС України. – К., 2013. – 36 с.
5. Клок О. Протидія корупційним правопорушенням засобами адміністративного права : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О. Клок ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2015. – 214 с.
6. Панфілов О. Адміністративна відповідальність за корупційні правопорушення в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О. Панфілов ; НУ «Одеська юридична академія». – О., 2013. – 22 с.
7. Бугайчук К. Адміністративна відповідальність за правопорушення, пов'язані з корупцією : [практичний посібник] / К. Бугайчук, О. Безпалова, О. Джафарова, В. Іванцов, С. Шатрава. – Х. : Харківський нац. ун-т внутр. справ, 2016. – 100 с.
8. Жур О. Відповідальність за корупційні діяння, правові засади відшкодування збитків, завданих внаслідок їх вчинення : [навч.-метод. матеріали] / О. Жур, Ю. Баскакова, В. Гаврилюк, П. Качанова, Г. Усатий ; упоряд. О. Жур. – К. : НАДУ, 2013. – 108 с.
9. Киричко В. Кримінальна відповідальність за корупцію / В. Киричко. – Х. : Право, 2013. – 424 с.
10. Настюк В. Адміністративно-правові проблеми протидії корупції в Україні : [монографія] / [В. Настюк, В. Белевцева, О. Клок] ; ред. В. Настюк. – Х. : Право, 2017. – 216 с.
11. Трепак В. Корупційні правопорушення: поняття, види та заходи протидії : [навчальний посібник] / В. Трепак. – К. : Атіка-Н, 2014. – 336 с.
12. Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю. Шемшученка. – 2-ге вид. перероб. і допов. – К. : Юридична думка, 2012. – 1020 с.
13. Кельзен Г. Чисте правознавство. З дод. : Проблеми справедливості / Г. Кельзен ; пер. з нім. О. Мокровольського. – К. : Юніверс, 2004. – 496 с.
14. Стан корупції в Україні. Порівняльний аналіз загальнонаціональних досліджень: 2007, 2009, 2011 та 2015 рр. // Київський міжнародний інститут соціології. – К., 2015. – 68 с.
15. Сенник В. Відповідальність за корупційні правопорушення та правопорушення, пов'язані з корупцією / В. Сенник // Голос України. – 2015. – 23 жовтня [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.golos.com.ua/article/260245>.
16. Подоляка С. Адміністративні процедури прокурорської діяльності в Україні / С. Подоляка. – К. : МП Леся, 2014. – 156 с.
17. Про запобігання корупції : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1700-18/page>.
18. Пірен М. Політико-управлінська еліта України: соціопсихологічний аналіз : [монографія] / М. Пірен. – Чернівці : Чернівецький нац. ун-т, 2013. – 424 с.

19. Пірен М. Державна кадрова політика: шляхи елітизації : [монографія] / М. Пірен. – К. : Талком, 2014. – 253 с.

20. Знищимо прояви корупції // Прес-служба ДФІ в Херсонській області. – 2015. – 20 квітня [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://rda.chapl.gov.ua/zapobigan-korup/60-korupciya-folder/645>.

Анотація

Веклич В. О. Юридична відповідальність посадових осіб правоохоронних органів як суб'єктів боротьби з корупцією в Україні. – Стаття.

У статті розглянуто проблему юридичної відповідальності посадових осіб правоохоронних органів як суб'єктів боротьби з корупцією за умов сучасної України. У дослідженні зосереджено увагу на елементах поняття юридичної відповідальності. У контексті дослідження було вироблено рекомендації, які стосуються підвищення практичної значущості юридичної відповідальності.

Ключові слова: боротьба з корупцією, корупція, посадова особа, праворозуміння, юридична відповідальність.

Аннотация

Веклич В. А. Юридическая ответственность должностных лиц правоохранительных органов как субъектов борьбы с коррупцией в Украине. – Статья.

В статье рассмотрена проблема юридической ответственности должностных лиц правоохранительных органов как субъектов борьбы с коррупцией в условиях современной Украины. При исследовании акцентировано внимание на элементах понятия «юридическая ответственность». В контексте исследования были выработаны рекомендации, которые касаются повышения практической значимости юридической ответственности.

Ключевые слова: борьба с коррупцией, должностное лицо, коррупция, правопонимание, юридическая ответственность.

Summary

Veklych V. O. Law enforcement officials' legal liability as subjects of anti-corruption fight in Ukraine. – Article.

The problem of legal liability of officials of law enforcement bodies as subjects of corruption combating under conditions of modern Ukraine was overviewed in this article. Thus this study focuses on the elements of the concept of legal liability. Relevant recommendations were provided concerning the recent increase in the practical significance of legal liability regarding such topic.

Key words: corruption, fight against corruption, legal liability, state official, understanding of law.

УДК 347.45/.47+351.746.2

А. М. Волинська

ІСТОТНІ УМОВИ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ДЕТЕКТИВНИХ ПОСЛУГ

Постановка проблеми. У юридичній літературі триває дискусія щодо розуміння істотних умов цивільно-правового договору. Вона зумовлена тією роллю, яку вони відіграють у договірних відносинах. Через визначення істотних умов договору здійснюється встановлення його специфіки та відбувається розмежування договорів різного виду. У юридичній літературі висловлюється думка, що встановлення істотних умов договору законом спрямоване передусім на збереження правової природи того чи іншого договору, на забезпечення нормального цивільного обороту [1, с. 7]. Істотні умови договору називаються тією складовою частиною, тією умовою, без дотримання якої правочин не лише порушуватиме законодавство, права й обов'язки сторін, а й взагалі не може бути укладеним [2, с. 192].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Істотні умови договору про надання послуг активно вивчають українські та зарубіжні науковці, такі як С. Бородовський, Е. Васекіна, Р. Гейц, О. Глоба, В. Горовенко, К. Жирнова, І. Зазуляк, Ю. Серкова, О. Томин, Н. Федорченко та ін. Водночас фактично недослідженим залишається питання істотних умов договору про надання детективних послуг, що актуалізує необхідність їх розгляду.

Метою статті є аналіз чинного законодавства України та доктринальних праць учених-цивілістів у питаннях визначення поняття істотних умов договору про надання детективних послуг.

Виклад основного матеріалу дослідження. Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) на істотні умови договору вказує у п. 2 ч. 1 ст. 638. Істотними умовами називаються умови про предмет договору, умови, визначені законом як істотні або необхідні для договорів цього виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди [3]. Тобто, окрім предмета договору, ЦК України не вказує загального переліку істотних умов для всіх договорів, вони визначаються відповідно до специфіки їх виду.

Встановлення законодавцем зазначених істотних умов договору зумовило дискусію в юридичній науці. С. Бородовський стверджує, що для існування договору необхідно, щоб у його змісті завжди залишались три групи істотних умов: 1) істотні умови про предмет договору; 2) істотні умови, які визнані такими за законом; 3) істотні умови, необхідні для цього виду договору [4, с. 2].

Так, Ю. Серкова, аналізуючи вказану статтю ЦК України, виділяє чотири групи істотних умов: 1) умови про предмет договору; 2) ті умови, що визначені законом; 3) умови, які є необхідними для договорів цього виду; 4) ті умови, які визначаються за згодою сторін. На думку науковця, до якої ми приєднуємося, розмежування між другою та третьою групою умов є розмитим і не потребує самостійного виділення [5, с. 86].

Серед цивільно-правових договорів особливе місце займають договори про надання послуг, одним із видів яких є договір про надання детективних послуг.

Відповідно до ч. 1 ст. 901 ЦК України за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається у процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором [3].

Перше місце серед істотних умов договорів про надання послуг науковці відводять предмету договору. Наприклад, у договорі про надання медичних послуг предметом називається надання медичної послуги, яка споживається у процесі вчинення дій або провадження медичної діяльності [6, с. 56]; предметом договору про надання ріелторських послуг є конкретна послуга, яку замовив споживач ріелторських послуг у ріелтора [7, с. 23]; предметом договору про оплатне надання егерських послуг є егерська послуга, яка надається під час полювання та є комплексом цілеспрямовано створюваних і пропонуванних мисливцем можливостей для добування об'єкта тваринного світу, віднесеного до об'єктів полювання [8, с. 93]; предметом договору про надання послуг мобільного зв'язку є послуга, певне нематеріальне благо, яке отримує замовник у процесі вчинення виконавцем своєї діяльності, і корисний ефект від наданої послуги [9].

А. Телестакова, досліджуючи предмет договору про виконання робіт і надання послуг, називає результат послуг як цілеспрямовану дію (діяльність), однак вказує, що «специфічна відмінність цих договорів полягає в тому, що юридичне значення роботи полягає в обов'язковому матеріально визначеному результаті, який і підлягає передачі контрагенту, а в послугі – у самій вчиненій дії або здійсненні певного виду діяльності» [10, с. 9].

Зауважимо, що в юридичній літературі висловлюються й інші погляди щодо предмета договору про надання послуг. Предметом інтересу замовника, вказує Г. Ярошевська, є не сама собою дія, а ефект (результат) здійснюваної виконавцем поведінки [11, с. 330].

Керуючись тим, що результат послуги є завжди наслідком діяльності, деякі науковці підтримують компромісну концепцію, яка в сукупності розглядає діяльність та її наслідок як предмет договору про надання послуг. За цією концепцією послуга розглядається як «сукупність діяльності та результату, оскільки результату передуює діяльність, що не має матеріального втілення і становить із ним неподільне ціле» [12, с. 51].

Проте, відповідно до ст. 901 ЦК України, замовник має право вимагати виконання самої дії, не ставлячи за мету досягнення певного результату. О. Томин висловлює таку думку: «Указуючи результат як істотну умову договору, законодавець мав би вказати у відповідній нормі і ряд обов'язкових дій і характеристик, безпосередньо пов'язаних із результатом (приймання, оплата, якість і т. д.). Але в такому разі договір про оплатне надання послуг злився б із договором підяду» [8, с. 88].

Відповідно до специфіки договорів про надання послуг дослідники визначають інші (окрім предмета договору) істотні умови договорів. Так, до істотних умов договору про надання ріелторських послуг відносять: умови про ціну, розмір і порядок компенсації витрат суб'єкта ріелторських послуг [7, с. 23]; до істотних умов договору про надання послуг мобільного зв'язку – умови про порядок розрахунків та їх

строки, зважаючи на вибір конкретного тарифу (тарифного плану), яким визначаються ціна, порядок і строки оплати, абонентський номер із виділеного оператором зв'язку номерного ресурсу, закріплений на SIM-карті, відомості, що ідентифікують кінцеве обладнання абонента (назва, найменування виробника, індивідуальний серійний номер мобільного терміналу) [9]; істотними умовами договору про надання комунальних послуг є ціна послуги, яка буде включати розмір та порядок оплати наданих послуг, і строк надання послуг [13, с. 79].

Договір про надання детективних послуг, якому присвячена ця наукова розвідка, є різновидом договору про надання послуг, тому коло істотних умов є майже тотожним. Аналіз законодавчих норм та наукової доктрини дає нам підстави до них віднести: 1) предмет договору; 2) ціну; 3) строк; 4) відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання договору. Спробуємо розкрити їх більш детально.

Істотною умовою будь-якого договору є умова про його предмет. Предметом договору про надання детективних послуг є детективна послуга, що полягає у вчиненні певних дій детективом із надання кваліфікованої спеціальної допомоги, а також інших фактичних дій, які детектив має виконати за дорученням (завданням) клієнта.

Враховуючи специфіку детективної діяльності, зокрема особливості та порядок збору інформації в тій чи іншій сфері, вважаємо доцільним дії детектива з надання кваліфікованої спеціальної допомоги поділити на такі групи:

1) у разі надання приватними детективами послуг шлюбно-сімейного характеру – дії із з'ясування інформації щодо: проживання (перебування) особи, яку розшукували; про підтвердження чи відсутність фактів сімейної зради; народження особи саме у зазначеному місці; трудового стажу в указаній місцевості та ін.;

2) у разі надання послуг у сфері гарантування корпоративної безпеки – дії щодо виявлення фактів контрспостереження (підслуховувальних пристроїв, незаконність встановлення аудіо- і відеозаписувальних пристроїв), перевірки співробітників на поліграфі у разі підозри невиконання обов'язків в інтересах роботодавця (з письмового дозволу випробуваного) тощо;

3) у разі надання приватними детективами послуг у сфері гарантування економічної безпеки юридичних осіб – дії про з'ясування фактів неправомірного використання у підприємницькій діяльності фірмових знаків та найменувань, недобросовісної конкуренції; невиконання юридичною особою боргових зобов'язань перед особами, підприємствами та організаціями та ін.;

4) у разі надання послуг у цивільному, господарському, адміністративному судочинстві, під час кримінального провадження та судового слідства – дії із представлення відомостей, необхідних для розгляду справ у суді, надання даних, що можуть бути приводом або підставою для звернення до суду, захисту підозрюваного чи підсудного тощо.

Отже, приватна детективна (розшукова) діяльність здійснюється для: пошуку, збирання та фіксації інформації з метою розшуку людей, майна, предметів, тварин; збирання відомостей із цивільних та інших справ на договірній основі з учасниками процесу; вивчення ринку, пошуку і збору з відкритих джерел інформації

для підготовки ділових переговорів: з'ясування біографічних та інших даних, що характеризують особу, стосовно окремих громадян (з їх письмової згоди) у разі укладення ними трудових та інших договорів, виявлення їхніх ділових зв'язків тощо. Суб'єкти приватної детективної (розшукової) діяльності можуть надавати й інші детективні послуги, якщо вони не суперечать вимогам чинного законодавства України.

Більшість науковців, досліджуючи договори про надання послуг, вказує на таку їх істотну умову, як оплату послуги. Вважаємо, що ціна є обов'язковою істотною умовою договору надання детективних послуг. У цивілістиці склалося декілька підходів до її визначення за договорами про надання послуг: за одним із них виконавець фіксує кожен годину витраченого часу на надання відповідної послуги, за другим – це фіксація «твердої ціни», за третім – винагорода сплачується виконавцеві лише за умови досягнення певного позитивного для замовника результату. Визначення ціни за договором послуг дозволяє зменшити кількість наявних між контрагентами спорів [14, с. 202].

За договором про надання детективних послуг надаються різноманітні послуги, тому розмір (тариф) може встановлюватися за кожен окремий вид послуг. Зазначене зумовлюється тим, що надання тих чи інших послуг потребує певних матеріальних затрат виконавця, застосування різноманітних технічних засобів (для фотофіксації, відеоспостереження, спостереження на авто), залучення додаткових працівників агентства тощо. Специфіка порядку оплати договору про надання детективних послуг полягає в тому, що за ним надається й авансовий, й остаточний платежі після виконання договору. Можливим варіантом є оплата після закінчення кожного проміжного строку виконання завдання за його конкретним результатом.

У Проекті Закону «Про приватну детективну (розшукову) діяльність від 28 грудня 2015 р. № 3726 (автори – народні депутати М. Паламарчук, А. Кожемякін, О. Продан, А. Терерук) умова про оплату договору згадується у визначенні поняття договору про надання таких послуг. Так, у ст. 1 «Визначення основних термінів» наведене таке поняття договору: «Договір про надання приватних детективних (розшукових) послуг – це домовленість, за якою одна сторона (приватний детектив, приватне детективне підприємство (агентство)) зобов'язується здійснити надання приватних детективних (розшукових) послуг другій стороні (клієнту) на умовах і в порядку, що визначені цим Законом та договором, а клієнт зобов'язується оплатити надання послуг та фактичні витрати, необхідні для виконання договору» [15]. Звернемо увагу на те, що оплаті підлягають і сама послуга (вона може бути різноманітна), і фактичні витрати.

Фактичними витратами у цивілістиці визначають грошові витрати або використання власних матеріалів і предметів виконавця з повним чи частковим їх використанням, що здійснюється виконавцем для належного надання послуги. Тягар доведення відповідності витрат, необхідних для виконання договору, лежить на виконавцеві. Витрати відшкодовуються за загальним правилом у формі або грошової компенсації, або повернення речей такого самого роду і якості, відновлення їхніх властивостей [16]. За договором про надання детективних послуг фактичні витрати відшкодовуються у грошовій формі.

Звернемо увагу, що в законі Республіки Молдова міститься спеціальна стаття 21 «Про договір між приватним детективом і клієнтом», у якій указується на необхідність укладення письмового договору між приватним детективом і клієнтом, у якому серед інших умов договору називається орієнтовна сума витрат і гонорар за послуги [17]. Зауважимо, що за будь-яким договором про надання детективних послуг передбачити усі можливі дії для досягнення результату фактично неможливо, тому найчастіше визначається орієнтовна сума платежу, яка корегується після виконання договору з урахуванням усіх витрат.

Ціна за договором надання детективних послуг є істотною умовою, яка зумовлюється тим, що: 1) указаний договір укладається тільки як відплатний; 2) обсяг послуг та терміновість їх надання залежить від розміру оплати; 3) без оплати, частково попередньої, він не здійснюється.

Строк надання детективних послуг має велике значення для замовника детективних послуг, особливо якщо йдеться про пошук інформації про зниклу особу, втрачені документи, порушення прав інтелектуальної власності на торговельну марку тощо.

У фаховій літературі підкреслюється значення юридичних строків, які відіграють важливу роль у впорядкованому впливі всіх без винятку функцій права на суспільні відносини, значно посилюючи його результативність. Юридичні строки мають власні широкі можливості правового впливу на вид, галузь, систему суспільних відносин, унаслідок чого надається можливість зробити висновок про наявність у строків власних функцій з урегулювання соціальних зв'язків у суспільстві [18, с. 3].

Спеціальних правил щодо строків виконання оплатних послуг українським законодавством не встановлено. Відповідно до ст. 905 ЦК України строк договору про надання послуг встановлюється за домовленістю сторін, якщо інше не встановлено законом або іншими нормативно-правовими актами [3]. За цією самою нормою встановлюються і строки за договором про надання детективних послуг.

Окрім того, строк, під час якого надаються детективні послуги, залежить від багатьох обставин: по-перше, від обсягу інформації, яка повинна бути надана (перевірка інформації про підтвердження трудового стажу триватиме лише декілька днів, тоді як надання інформації, що підтвердить факт подружньої зради, може зайняти значно більше часу); по-друге, від оперативності надання інформації (в окремих випадках від швидкості отримання інформації може залежати доля особи, зокрема якщо йдеться про її викрадення з метою викупу); по-третє, від складності надання послуги (для доказування фактів неправомірного використання юридичними особами чужої торгівельної марки потрібно встановити місце і час маркування товарів чужими комерційними позначеннями та їх продажу тощо).

Звернемо увагу, що в договорі про надання детективних послуг зазначається початковий і кінцевий строки, а в окремих випадках – початковий, проміжні та кінцевий строки. Вони є обов'язковими для виконавця. У разі порушення цих строків виконавець несе передбачену договором відповідальність.

Якщо початковий строк починається з моменту укладення договору, а кінцевий строк визначається моментом його виконання, то проміжні строки визначаються

сторонами відповідно до надання чітко зазначених видів послуг. Практика надання детективних послуг указує на можливість встановлення проміжних строків. Так, під час укладення договору про надання детективних послуг із пошуку особи, місцезнаходження якої не відоме, один строк може бути укладений для з'ясування причин і обставин зникнення; інший строк – для виявлення місця знаходження; наступний строк – для планування можливостей і умов її повернення. Проміжні строки встановлюються, якщо укладається договір про надання детективних послуг щодо пошуку, збирання, фіксації відомостей у кримінальному провадженні на договірній основі зі стороною кримінального провадження з боку захисту. На пошук, збирання, фіксацію відомостей можуть бути встановлені проміжні строки.

Строк за договором про надання детективних послуг є завжди істотною умовою. Без конкретно визначеного строку надання детективних послуг не має сенсу, оскільки не можна здійснювати безстроково пошук і збір даних, які можуть бути приводом або підставою для звернення до правоохоронних органів; з'ясувати спроможність і благонадійність потенційних ділових партнерів (юридичних і фізичних осіб) із бізнесу; здійснювати пошук боржників та осіб, які ухиляються від виконання своїх договірних обов'язків; вирішення в порядку, встановленому законодавством України, питань щодо повернення боргів та виконання договірних обов'язків тощо.

Порушення строку за договором про надання детективних послуг зумовлює несприятливі наслідки для виконавця договору, зокрема відповідальність за ненадання детективних послуг своєчасно.

Істотною умовою договору надання детективних послуг, на наш погляд, є також відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання умов договору. Відповідальність виконавця за порушення договору про надання послуг встановлено ст. 906 ЦК України. Відповідно до неї збитки, завдані замовникові невиконанням або неналежним виконанням договору про надання послуг за плату, підлягають відшкодуванню виконавцем у повному обсязі лише у разі його вини, якщо інше не встановлено договором; якщо виконавець порушив договір під час здійснення ним підприємницької діяльності, то він відповідає за порушення, якщо не доведе, що належне виконання виявилось неможливим унаслідок непереборної сили, якщо інше не встановлено договором або законом.

Зазначену позицію підтримує більшість науковців. Зокрема, В. Горovenko, досліджуючи цивільно-правове регулювання приватної детективної й охоронної діяльності, до істотних умов договору про надання детективних послуг відносить засоби відповідальності сторін [19, с. 5].

Проте не всі науковці поділяють такий погляд. Так, Р. Гейнц [13, с. 77] вважає, що відповідальність сторін та штрафні санкції не можуть належати до істотних умов, тому що відповідно до ст. 526 ЦК України зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору, ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту або інших вимог, що зазвичай висуваються.

На нашу думку, визначення в договорі порядку, форми, виду цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання зобов'язань створює ширші можливості захисту порушених прав та інтересів сторін. А оскільки договір

про надання детективних послуг є непоіменованим, то віднесення відповідальності до істотних умов набуває особливого значення.

У разі невиконання або неналежного виконання зобов'язань за договором про надання детективних послуг як на детектива (виконавця), так і на клієнта (замовника) може бути накладена цивільно-правова відповідальність – санкція у вигляді накладення додаткових договірних (недоговірних) зобов'язань із відшкодування збитків, моральної шкоди, сплати неустойки.

Відповідальність приватних детективів, приватних детективних підприємств (агентств) настає за розголошення і використання у своїх власних інтересах або інтересах третіх осіб відомостей, що становлять професійну таємницю суб'єкта приватної детективної (розшукової) діяльності; застосування спеціальних засобів із перевищенням своїх повноважень, перевищенням меж необхідної оборони чи меж крайньої необхідності до жінок із явними ознаками вагітності, осіб похилого віку або з вираженими ознаками інвалідності та малолітніх, крім випадків вчинення ними групового нападу, що реально загрожує життю чи здоров'ю приватного детектива, або збройного нападу; порушення встановлених Конституцією України прав і свобод людини та в інших випадках.

Відповідальність клієнта може виникати в разі нездійснення ним оплати за надані послуги, що передбачає стягнення неустойки у вигляді пені в порядку та розмірі, визначених договором.

Висновки. Підсумовуючи зазначимо, що договір про надання детективних послуг є різновидом договору про надання послуг. На нашу думку, його істотними умовами є:

- 1) предмет договору, тобто детективна послуга, що полягає у вчиненні певних дій детективом із надання кваліфікованої спеціальної допомоги, а також інших фактичних дій, які детектив має виконати за дорученням (завданням) клієнта;
- 2) ціна послуги, яка буде включати розмір та порядок оплати наданих послуг;
- 3) строк надання послуг;
- 4) відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання договору.

Література

1. Зазуляк І. Істотні умови договору: теоретичний аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І. Зазуляк. – К., 2009. – 17 с.
2. Жирнова К. Істотні умови надання рекламних послуг / К. Жирнова // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 4 (2). – С. 191–196.
3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
4. Бородовський С. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / С. Бородовський. – Х., 2005. – 19 с.
5. Серкова Ю. Условія гражданско-правового договора: понятие, виды, значение / Ю. Серкова // Актуальные проблемы экономики и права. – 2007. – № 3. – С. 85–91.
6. Майданик Р. Договір про надання медичних послуг / Р. Майданик // Медичне право. – 2010. – № 5(1). – С. 52–66.
7. Грущинська Н. Договір про надання ріелторських послуг / Н. Грущинська // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 3. – С. 21–26.

8. Томин О. Поняття та правова природа договору про оплатне надання егерських послуг / О. Томин // Прикарпатський юридичний вісник. – 2014. – Вип. 1 (4). – С. 84–95.
9. Кохан В. Істотні умови договору про надання послуг мобільного зв'язку: цивільно-правовий аспект / В. Кохан // Актуальні питання інноваційного розвитку: Науково-практичний журнал. – 2012. – № 2. – С. 57–63.
10. Телестакова А. Система договорів про надання послуг в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / А. Телестакова. – К., 2008. – 16 с.
11. Ярошевська Г. Предмет договору про надання юридичних послуг / Г. Ярошевська // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия «Юридические науки». – 2006. – Т. 19 (58). – № 2. – С. 325–330.
12. Бездітко Д. Деякі спекти послуги в цивільному праві крізь призму договору охорони життя та здоров'я фізичної особи / Д. Бездітко // Форум права. – 2012. – № 2. – С. 48–52.
13. Гейнц Р. Істотні умови договору про надання комунальних послуг / Р. Гейнц // Університетські наукові записки. – 2009. – № 4 (32). – С. 76–80.
14. Федорченко Н. Ціна як звичайна умова договору про надання послуг / Н. Федорченко // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 2. – С. 199–203.
15. Про приватну детективну (розшукову) діяльність : Проект Закону від 28 грудня 2015 р. № 3726 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=3726&skl=9.
16. Коментар Цивільного Кодексу України : Стаття 904 «Відшкодування виконавцеві фактичних витрат за договором про безоплатне надання послуг» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://legalexpert.in.ua/komkodeks/gk/79-gk/1268-904.html>.
17. О частной детективной и охранной деятельности : Закон Республики Молдова от 4 июля 2003 г. № 283-XV [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://sec4all.net/1_organ_1-1.html.
18. Васекина Э. Юридические сроки: теоретико-правовое исследование : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / Э. Васекина. – М., 2011. – 26 с.
19. Горovenko В. Гражданско-правовое регулирование частной детективной и охранной деятельности : дисс. ... канд. юрид. наук / В. Горovenko. – Екатеринбург, 2001. – 199 с.

Анотація

Волинська А. М. Істотні умови договору про надання детективних послуг. – Стаття.

Досліджено наукову дискусію щодо істотних умов цивільно-правового договору. Розглянуто істотні умови договору надання послуг. Здійснено аналіз істотних умов договору детективних послуг.

Ключові слова: цивільно-правовий договір, надання детективних послуг, предмет договору, ціна, строк, відповідальність.

Аннотация

Волинская А. Н. Существенные условия договора о предоставлении детективных услуг. – Статья.

Исследована научная дискуссия относительно существенных условий гражданско-правового договора. Рассмотрены существенные условия договора оказания услуг. Осуществлен анализ существенных условий договора детективных услуг.

Ключевые слова: гражданско-правовой договор, предоставление детективных услуг, предмет договора, цена, срок, ответственность.

Summary

Volynska A. M. Essential conditions of the contract for the provision of detective services. – Article.

The scientific discussion of the essential conditions of a civil contract is investigated. Considered the essential terms of the contract for the provision of services. An analysis of the essential terms of the contract of detective services is underway.

Key words: civil contract, providing detective services, subject of the contract price, term liability.

УДК 342.415:351.84

І. С. Демченко

ОХОРОНА ЗДОРОВ'Я У КОНСТИТУЦІЙНОМУ ВИМІРІ: АНАЛІЗ СТАТТІ 49 КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Соціальні відносини, пов'язані з реалізацією прав людини у сфері охорони здоров'я та функціонуванням системи охорони здоров'я загалом, потребують переосмислення та перегляду. Соціальні права (до яких належать права у сфері охорони здоров'я) важко реалізувати через українське економічне становище України. Відсутність достатнього фінансування (або неефективне фінансування) є однією із ключових причин, чому реформа охорони здоров'я фактично ще не була ні розпочата, ні запропонована. Як зазначають фахівці, українська національна система охорони здоров'я до сьогодні базується на моделі Семашко [1, с. 16]. Ефективність цієї моделі піддається суттєвій критиці.

Однак пересторогою до змін (оскільки перегляд і передбачає зміни) є положення Конституції України щодо неможливості скасування конституційних прав та свобод людини і громадянина та недопущення звуження змісту й обсягу наявних прав і свобод (ч. ч. 2, 3 ст. 22) [2]. Отже, загальне реформування національної системи охорони здоров'я не може розглядатися окремо від дискурсу щодо забезпечення конституційних прав і свобод людини та громадянина у сфері охорони здоров'я.

Відтак потрібно з'ясувати: 1) чи сприймаємо ми, як суспільство, декларативність конституційно-правових положень щодо прав людини у сфері охорони здоров'я, визнаючи їх певним ідеалом, до якого має прагнути наша держава?; 2) чи потребують перегляду положення Конституції України з урахуванням сучасних реалій, насамперед економічних. Відповіді на ці питання розглядаються як мета статті.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У юридичній науковій літературі було чимало робіт, у яких досліджувалась проблема статті 49 Конституції України чи проблема реалізації соціальних прав людини загалом. Варто виокремити роботи представників різних галузей права, зокрема Я. Буздуган, В. Пашкова, С. Стеценка, В. Стеценко, Н. Нижник, С. Шевчука. Особливо виділяємо монографічні дослідження І. Сенюти [3], В. Рудого [4], у яких було здійснено аналіз конституційних положень щодо прав людини у сфері охорони здоров'я.

Звертаємо увагу, що проблемою конституційно-правової регламентації питань охорони здоров'я та прав людини цікавилися як представники юридичної наукової думки, так і інші фахівці й дослідники у сфері організації охорони здоров'я, державного управління тощо. Зокрема, виділяємо роботи Т. Грузевої, Ю. Вороненка, Я. Радиша, З. Гладуна, В. Москаленка, В. Лехан, О. Шекери.

Однак окремих досліджень, присвячених проблемі конституційного закріплення прав людини у сфері охорони здоров'я та засадам національної системи охорони здоров'я з погляду їх реальності та ефективності, не проводилось.

Метою статті є дослідити положення щодо прав людини у сфері охорони здоров'я та конституційні засади системи охорони здоров'я з погляду їх конституцій-

но-правової регламентації; провести критичний аналіз чинної статті 49 Конституції України.

Виклад основного матеріалу дослідження. Відповідно до загального підходу Конституція – це основний закон держави, що, серед іншого, закріплює права, свободи та обов'язки людини і громадянина, систему та принцип організації державної влади. Фактично від того, яким чином конституції визначають права людини у сфері охорони здоров'я, які принципи при цьому закладені, залежить те, яка національна система охорони здоров'я існує у державі.

Саме на основі положень конституцій розробляється національне законодавство держав у сфері охорони здоров'я. Загалом нормативно-правові акти гарантують досягнення таких важливих цілей для будь-якої системи охорони здоров'я: забезпечення загального та рівного доступу до медичної допомоги на основі принципу недискримінації, створення механізмів соціального захисту, акцент на первинній медико-санітарній допомозі (Декларація Алма-Ати 1978 р. та Оттавська хартія 1986 р.), заохочення до ефективного і справедливого використання наявних ресурсів, дотримання міжнародних зобов'язань. Кожна країна самостійно визначає, які права у сфері охорони здоров'я або, точніше, у якій варіації, виходячи з міжнародно-правових підходів, закріпити на конституційному рівні. Щодо системи охорони здоров'я, то кожній країні треба зважати на зобов'язання відповідно до міжнародно-правових договорів та на рекомендаційні документи Всесвітньої організації охорони здоров'я.

Аналіз статті 49 Конституції України.

Україна є соціальною державою. Це підтверджується конституційно-правовою нормою, що людина, її життя, здоров'я, честь і гідність, недоторканість та безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Конституція України базується на системі таких соціальних цінностей, щодо яких у суспільстві вже панує консенсус на демократичних засадах [5, с. 165]. Окрім цього, як зауважує О. Скрипнюк, домінування соціальних прав і свобод у Розділі II Конституції є логічним і закономірним, з огляду на те, що Україна ідентифікується як соціальна держава [6, с. 225].

Як уже було зазначено, Конституція України визначає основоположні засади регулювання відносин у сфері охорони здоров'я. При цьому таке регулювання здійснюється з погляду: 1) прав людини у сфері охорони здоров'я; 2) визначення основ національної системи охорони здоров'я; 3) закріплення компетенції державних органів влади. У нашому дослідженні ми робимо акцент на правах людини у сфері охорони здоров'я та основах національної системи охорони здоров'я. Конституційні положення щодо компетенції державних органів з організації та підтримання функціонування національної системи охорони здоров'я складаються з декількох загальних положень, які, на наш погляд, не стримують проведення реформи охорони здоров'я.

Ключовою статтею Конституції України, яка регулює питання прав людини у сфері охорони здоров'я та закріплює основи національної системи охорони здоров'я, є стаття 49:

Кожен має право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування.

Охорона здоров'я забезпечується державним фінансуванням відповідних соціально-економічних, медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних програм.

Держава створює умови для ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування. У державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно; наявна мережа таких закладів не може бути скорочена. Держава сприяє розвитку лікувальних закладів усіх форм власності.

Держава дбає про розвиток фізичної культури і спорту, забезпечує санітарно-епідемічне благополуччя.

Основна критика конституційних засад спрямована на таке:

– загалом положення статті 49 Конституції України є декларативними та непридатними для практичної реалізації – фактично держава не може забезпечити це соціальне право;

– положення, що у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно, на практиці не реалізується, оскільки: 1) у держави не вистачає ресурсів для реалізації цього права; 2) громадяни вимушені сплачувати за отриману медичну допомогу власними коштами (різним чином: через придбання лікарських засобів та витратних матеріалів, сплату «благодійних» внесків тощо);

– положення, що наявна мережа таких (державних і комунальних закладів охорони здоров'я) закладів не може бути скорочена, є причиною низької економічної ефективності використання ресурсів охорони здоров'я. Це положення не дає можливості провести реформи у сфері охорони здоров'я, що мають на меті підвищення ефективності функціонування системи охорони здоров'я.

Зазначені критичні зауваження загалом впливають на конституційні гарантії прав людини у сфері охорони здоров'я щодо ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування.

Спробуємо здійснити аналіз найбільш проблемних аспектів таких положень статті 49 Конституції України: щодо безоплатності медичної допомоги, її доступності і гарантованого обсягу, щодо неможливості скорочення наявної мережі державних та комунальних закладів охорони здоров'я.

Положення щодо безоплатності медичної допомоги.

Як зауважує В. Пашков, держава приділяє недостатньо уваги забезпеченню конституційних прав громадян на охорону здоров'я, прагнучи майже повністю перекласти свої функції з надання безоплатної медичної допомоги на самих громадян та органи місцевого самоврядування [7, с. 64]. Хоча відповідно до ч. 2 ст. 95 Конституції України виключно законом про Державний бюджет України визначаються будь-які видатки держави на загальносуспільні потреби, розмір і цільове спрямування цих видатків.

Ключовими для розуміння та тлумачення безоплатності є два рішення Конституційного Суду України: у справі про платні медичні послуги [8] та у справі про безоплатну медичну допомогу [9].

Відповідно до Рішення Конституційного Суду України [9] встановлено, що положення ч. 3 ст. 49 Конституції України «у державних і комунальних закладах

охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно» треба розуміти так, що у державних та комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається всім громадянам незалежно від її обсягу та без попереднього, поточного або подальшого їх розрахунку за надання такої допомоги.

Це Рішення Конституційного Суду України аналогічне до положення ч. 3 ст. 49 Конституції України і ще раз роз'яснює зміст терміна «безоплатно».

Безоплатність фактично відповідає на питання «Як?», «Яким чином?» має надаватися медична допомога. Однак у конституційно-правовому дискурсі відсутня відповідь на питання «Що розуміти під медичною допомогою?». На наш погляд, саме це тлумачення безоплатності медичної допомоги Конституційним Судом України дало поштовх для двох висновків, які пропагуються в науці та практиці медичного права України:

1) медична допомога – це фактично будь-яка діяльність професійно підготовлених медичних працівників, спрямована на профілактику, діагностику, лікування та реабілітацію у зв'язку із хворобами, травмами, отруєннями і патологічними станами, а також у зв'язку з вагітністю та пологами [10], яка є безкоштовною для громадян (або принаймні має бути). Фінансування медичної допомоги здійснюється за державні кошти;

2) медичні послуги – комплекс дій медичного характеру, що спрямовані на покращення якісних характеристик життя та здоров'я, ненадання яких не ставить під загрозу життя та здоров'я хворого. Медичні послуги можуть надаватися як безоплатно, так і платно. Це зумовлено різним режимом правового регулювання зазначених відносин.

Однак досі відсутня єдність у розумінні наведених понять. Конституційний Суд України зазначає, що «медична допомога» і «медична послуга» трактуються і як синоніми, і як антоніми, і як частина одна одної. Так само співвідносяться поняття «медична допомога» і «медичне обслуговування» та ін. (п. 3 мотив. част.) [9]. На наше переконання, саме відсутність правової визначеності стоїть на заваді реалізації конституційного права людини на охорону здоров'я та медичну допомогу.

До Основ законодавства України про охорону здоров'я були внесені зміни [11], які модифікують, зокрема, основи фінансування (нова редакція ст. 18) у системі охорони здоров'я (мають набути чинності з 1 січня 2018 р.). Ідея цих змін полягає в тому, щоб заклади охорони здоров'я отримали можливість здобути фінансову та управлінську автономію для забезпечення фінансових і матеріально-технічних ресурсів системи охорони здоров'я. Окрім цього, новими засадами є:

– положення, що рівень фінансового забезпечення охорони здоров'я розраховується на підставі науково обґрунтованих нормативів;

– спрощений порядок реорганізації закладів охорони здоров'я – державних та комунальних установ – у казенні підприємства та комунальні некомерційні підприємства (хоча питання реорганізації юридичних осіб детально врегульовані цивільним та господарським законодавством);

– окремі питання щодо договорів про медичне обслуговування (подальше запровадження яких залежатиме від прийняття підзаконних нормативно-право-

вих актів, оскільки нині відносини у державній та комунальній сфері охорони здоров'я більшою мірою врегульовані бюджетним законодавством);

– нова редакція ст. 18 Основ законодавства України про охорону здоров'я, яка встановлює, що «фінансове забезпечення охорони здоров'я може здійснюватися за рахунок коштів Державного бюджету України та місцевих бюджетів, коштів юридичних та фізичних осіб, а також з інших джерел, не заборонених законом». Це положення відповідає правовій позиції Конституційного Суду України, що безоплатність медичної допомоги у державних і комунальних закладах охорони здоров'я не виключає такої можливості через фінансування цієї галузі за рахунок розвитку позабюджетних механізмів залучення додаткових коштів, зокрема шляхом створення лікарняних кас (спілок, фондів), діяльність яких має бути врегульована законом (п. 5 мотив. част.) [9]. Однак щодо фінансового забезпечення державних та комунальних закладів охорони здоров'я, то фінансування здійснюється «відповідно до бюджетного законодавства» (ч. 4 ст. 18) [11].

Водночас стаття 8 Основ законодавства України про охорону здоров'я, як і положення ст. 49 Конституції України, визнає право кожного (у тексті Конституції)/громадянина (у тексті Основ законодавства України про охорону здоров'я) на безоплатне отримання у державних та комунальних закладах охорони здоров'я медичної допомоги.

Реалізація законодавчих нововведень та їх співвідношення буде багато в чому залежати від підзаконних нормативно-правових актів, які на сьогодні лише розробляються.

Додатково зазначаємо, що іншими законопроектами [12] пропонується встановлення принципів співоплати (де вартість медичної допомоги оплачується державою, пацієнтом, страховими компаніями у певних відношеннях). Міністерством охорони здоров'я України наголошено, що на основі принципів співоплати можливе надання вторинної та третинної медичної допомоги. Урядові законопроекти критикуються, адже долі співоплати між державою та пацієнтом не визначено.

Введення обов'язкової співоплати частково з пацієнта фактично суперечить чинній Конституції України та законодавству України у сфері охорони здоров'я. Вважаємо, що така співплата, в умовах чинного законодавства України, можлива лише на добровільній основі. Однак для реалізації такої амбітної мети необхідним є науковий аналіз та розроблення відповідного законодавства.

На основі Рішення Конституційного Суду України від 29 травня 2002 р. № 10-рп/2002 (у параграфі, де йдеться про медичне страхування) можемо припустити, що введення співоплати можливе, якщо платниками таких платежів (внесків) будуть організації, установи, підприємства, інші господарючі суб'єкти, які займаються підприємницькою діяльністю, державні фонди тощо. Ця ідея базується на тому, що роботодавці фактично будуть оплачувати (через укладання договорів із закладами охорони здоров'я чи через страхові компанії) медичну допомогу своїх робітників. У будь-якому разі така ідея нині в Україні не розглядається.

Отже, поки що безоплатність медичної допомоги залишається конституційною гарантією, яка знаходить своє закріплення як у Конституції, так і в галузевому законодавстві. Подальше розуміння терміна «безоплатність» залежатиме від його тлумачення Конституційним Судом України, про що йтиметься далі.

Положення щодо *доступності*.

Не менш важливою характеристикою медичної допомоги є її доступність. Доступність для всіх громадян медичного обслуговування – основа основ соціальної справедливості в охороні здоров'я. Однак умови доступності є багатограними: від встановлення цін до наявних людських та фінансових ресурсів і загального рівня інфраструктурного розвитку. Завданням та обов'язком держави є наявність такої системи охорони здоров'я, яка б забезпечувала доступність медичного обслуговування. Стаття 49 Конституції України гарантіями доступності медичного обслуговування визнає такі: безоплатність медичної допомоги у державних та комунальних закладах; наявна мережа таких закладів не може бути скорочена. Чи є ці гарантії такими, що забезпечують доступність для всіх громадян медичного обслуговування? Питання більш ніж дискусійне. На наш погляд, ця стаття Основного Закону потребує зміни акцентів на гарантований мінімальний безкоштовний рівень медичної допомоги усім громадянам (включаючи доступ до лікарських засобів). І не важливо, чи буде надаватися така допомога у державних/комунальних закладах охорони здоров'я; за наявної мережі закладів охорони здоров'я чи будь-якої іншої; використовуючи загальнообов'язкове медичне страхування чи оподаткування як механізм фінансового забезпечення функціонування системи охорони здоров'я.

Щодо нормативного забезпечення загального доступу до медичної допомоги, то в Україні, як і в більшості країн світу, доступ до медичної допомоги гарантується Конституцією. Так, відповідно до ст. 49 Конституції України «кожен має право на охорону здоров'я, медичну допомогу» та «держава створює умови для ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування». Доступність для всіх громадян означає, що кожному громадянину України гарантується доступ до визначеного та гарантованого набору медичного обслуговування відповідно до своїх потреб і незалежно від соціального стану, місця проживання, рівня доходу тощо (фактично доступність медичної допомоги пов'язана із принципом недискримінації, який закріплено у низці міжнародно-правових актів у сфері охорони здоров'я та в загальному вигляді у Конституції України). Доступність також означає, що громадяни наділені певними правами та можливостями для ефективної реалізації таких прав.

Положення щодо *гарантованого обсягу медичної допомоги*.

З тексту ст. 49 Конституції України презумується, що має бути певний рівень медичної допомоги (або медична допомога загалом), який входить до конституційних гарантій. Очевидно, що профінансувати медичну допомогу усім громадянам та від усіх хвороб – завдання, з яким не впорається жодна країна. Тому, говорячи про безоплатну медичну допомогу, маємо розуміти, що існує певний її обсяг, який фінансує держава. У теорії його називають «гарантований обсяг медичної допомоги».

Відповідно до пункту (в) ч. 1 ст. 7 Основ законодавства України про охорону здоров'я обсяг гарантованого рівня медичної допомоги встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Гарантований обсяг медичної допомоги пропонується і в останніх робочих документах, підготовлених в Україні. Зокрема, відповідно до Концепції реформування системи охорони здоров'я України [13] рекомендується ввести «державний гаран-

тований пакет медичних послуг». Однак варто констатувати: 1) відсутність аналізу співвідношення цього документа як із положеннями чинної Конституції України, так і з положенням чинного законодавства у сфері охорони здоров'я; 2) відсутність відповіді на питання, яка медична допомога (а в тексті йде підміна понять на «медичні послуги») гарантується громадянам.

Знову звертаючись до Рішення Конституційного Суду України [9], положення ч. 3 ст. 49 Конституції України «у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно» треба розуміти так, що у державних та комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається всім громадянам, незалежно від її обсягу (виділено авт. – І. Д.).

Це Рішення Конституційного Суду України, з одного боку, фактично робить такими, що «суперечать Конституції», положення законопроектів [12] щодо встановлення «державного гарантованого пакета медичних послуг». Однак з іншого – відбувається балансування на нормативній відсутності та розумінні відмінностей між поняттями «медична допомога» та «медична послуга». Сам термін «державний гарантований пакет» має стосуватися медичної допомоги, а не медичних послуг. У законодавстві України закріплено поняття «обсяг гарантованого рівня медичної допомоги». І саме над розумінням та змістовним наповненням поняття «обсяг гарантованого рівня медичної допомоги» має працювати нормотворець для ефективної та зрозумілої реформи медичної сфери.

Положення щодо наявної мережі державних і комунальних закладів охорони здоров'я, яка не може бути скорочена.

На наше переконання, нормі цієї статті бракує правової визначеності.

На практиці існують випадки, коли органи місцевого самоврядування приймали рішення щодо, наприклад, зміни організаційно-правової форми закладів охорони здоров'я. Очевидно, що органи місцевого самоврядування діють відповідно до своїх закріплених також у Конституції України (ст. ст. 142, 143) та у відповідному законодавстві повноважень. Органи місцевого самоврядування наділені правами щодо розпорядження комунальною власністю, до яких, зокрема, належать заклади охорони здоров'я. Уже зазначалося, що Законом України від 6 квітня 2017 р. № 2002 було запроваджено спрощений порядок реорганізації закладів охорони здоров'я. Однак наголошуємо, що згідно із цим законодавчим актом ідеться лише щодо зміни організаційно-правової форми, а не щодо зміни права власності.

Що ж власне розуміти під скороченням: скорочення кількості державних та комунальних закладів охорони здоров'я чи фактичну заборону зміни форми власності? На наш погляд, суть цієї норми полягає у забезпеченні повсюдності та фізичної доступності закладів охорони здоров'я (насамперед у сільській місцевості). У такому значенні ця норма може існувати.

Сучасні ініціативи щодо утворення так званих госпітальних округів, очевидно, призведуть до скорочення наявної мережі закладів охорони здоров'я. Відтак це положення потребує якщо не уточнення, то принаймні тлумачення, які може надати лише Конституційний Суд України.

Перспективи конституційної регламентації прав людини у сфері охорони здоров'я та основ національної системи охорони здоров'я можливі у двох напрямках:

нова редакція ст. 49 Конституції України та реалізація чинної редакції ст. 49 Конституції України через тлумачення Конституційним Судом України.

Нові редакції статті 49 Конституції України.

Як зауважує О. Шекера, конституційне право на охорону здоров'я та медичну допомогу в Україні (ст. 49 Конституції України) не повною мірою відповідає основним міжнародно-правовим стандартам, оскільки в міжнародних договорах, учасником яких є Українська держава, це право розглядається набагато ширше і включає соціальне благополуччя людини. Зазначене накладає на державу додаткові зобов'язання щодо створення умов для реалізації цього права [14, с. 530]. Вважаємо необхідним наголосити, що у запропонованому підході не зовсім зрозуміло, які саме міжнародно-правові стандарти включають соціальне благополуччя людини і – в розрізі нашого дослідження – чи є соціальне благополуччя конституційно-правовою категорією.

В Україні у період з 2012 р. по 2014 р. працювала Конституційна Асамблея як спеціальний допоміжний орган при Президентові України, утворений для підготовки законопроекту (законопроектів) про внесення змін до Конституції України. Відповідно до напрацювань Конституційної Асамблеї нею було запропоновано таку редакцію ст. 49 Конституції України:

Стаття 49. Право на охорону здоров'я.

1. Кожен має право на доступ до отримання медичної допомоги та медичних послуг, що потрібні йому за станом здоров'я.

2. Держава гарантує кожному надання мінімального обсягу безоплатних медичних послуг та безоплатної медичної допомоги в екстрених випадках, що встановлені законом.

3. Держава запроваджує і підтримує обов'язкове медичне страхування. Кожен має право на вільний вибір медичного страховика.

4. Держава впроваджує програми профілактичних заходів, дбає про розвиток фізичної культури і спорту, забезпечує санітарно-епідеміологічне благополуччя [15].

У зазначеній редакції фактично вирішено проблемні питання, пов'язані з безоплатністю, доступністю, гарантованим обсягом медичної допомоги, мережею державних та комунальних закладів.

Проте внесення змін до чинної Конституції України чи прийняття нової Конституції – процес важкий, що потребує як політичної волі, так і власне певних юридичних передумов. Зокрема, у ст. 157 Конституції України зазначено, що «Конституція України не може бути змінена, якщо зміни передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина». Скасування положень щодо «безоплатності», захисту «наявної мережі державних і комунальних закладів охорони здоров'я» може розглядатися як скасування прав і свобод людини і громадянина у сфері охорони здоров'я.

Очевидним є зменшення конституційних гарантій прав людини у сфері охорони здоров'я. Це суперечитиме принципу «прогресивної реалізації» права на здоров'я, що є основою міжнародного права охорони здоров'я.

У будь-якому разі остаточне рішення буде за Конституційним Судом України, який має надати висновок щодо відповідності законопроекту про внесення змін до

чинної Конституції України чи прийняття нової Конституції вимогам ст. ст. 157 і 158 чинного Основного Закону.

Реалізація статті 49 Конституції України через тлумачення Конституційним Судом України.

Вважаємо, що реалізація чинної редакції ст. 49 Конституції України можлива через тлумачення Конституційним Судом України її положень. Така позиція була неодноразово висловлена В. Пашковим [16]. Розглянемо передумови та спробуємо спрогнозувати, яке тлумачення має бути здійснено Конституційним Судом України для усунення критики та для ефективної реалізації прав людини у сфері охорони здоров'я й основ національної системи охорони здоров'я в Україні.

Конституційний Суд України у своєму Рішенні від 29 травня 2002 р. № 10-рп/2002 офіційно розтлумачив положення ч. 3 ст. 49 Конституції України, що «у державних та комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно». Однак, за текстом цього Рішення, були опосередковано розглянуті й вищенаведені дискусійні положення: щодо доступності медичної допомоги (безоплатна медична допомога, передбачена Конституцією України, повинна надаватись усім (підкреслено авт. – І. Д.) громадянам <...> у повному обсязі, тобто задовольняти потреби людини у збереженні або відновленні здоров'я; медична допомога надається всім (підкреслено авт. – І. Д.) громадянам); щодо гарантованого обсягу медичної допомоги (безоплатна медична допомога <...> повинна надаватись <...> у повному обсязі (підкреслено авт. – І. Д.), тобто задовольняти потреби людини у збереженні або відновленні здоров'я; пропозиції окремих державних органів щодо необхідності встановлення якихось меж безоплатної медичної допомоги у вигляді її гарантованого рівня, надання такої допомоги лише неспроможним верствам населення чи «у рамках, визначених законом», <...> суперечить положенням ст. 3, ч. 3 ст. 22 та низки інших статей Конституції України). Єдине дискусійне положення, яке не розглядалось Конституційним Судом України, – щодо неможливості скорочення наявної мережі державних та комунальних закладів охорони здоров'я.

Висновки. Вищенаведені пропозиції щодо скорочення конституційних гарантій прав людини у сфері охорони здоров'я і приведення їх до рівня можливостей держави є і буде предметом наукової, суспільної та політичної дискусії.

Кожна країна самостійно визначає, які права у сфері охорони здоров'я або, точніше, у якій варіації, виходячи з міжнародно-правових підходів, закріпити на конституційному рівні. Щодо системи охорони здоров'я, то кожній країні варто зважати на зобов'язання відповідно до міжнародно-правових договорів та рекомендаційних документів Всесвітньої організації охорони здоров'я.

Закріплення прав людини у сфері охорони здоров'я на рівні конституції, нормативно-правова база щодо функціонування національної системи охорони здоров'я – основа для впорядкування суспільних відносин. Міністерством охорони здоров'я України було підготовлено пакет законопроектів, направлений на зміну насамперед фінансування системи охорони здоров'я. Однак цей пакет законопроектів не передбачає змін у ст. 49 Конституції України.

Без визначення конституційних засад прав людини у сфері охорони здоров'я та основ національної системи охорони здоров'я будь-які стратегії, концепції

реформування охорони здоров'я перебувають більше у стані політичного дискурсу. Реалії сьогодення є такими, що будь-які зміни у системі охорони здоров'я будуть під загрозою визнання їх такими, що «не відповідають Конституції України».

Література

1. Lekhan V. Ukraine: Health system review. Health Systems in Transition / V. Lekhan, V. Rudiy, M. Shevchenko, D. Nitzan Kaluski, E. Richardson // WHO. – 2015. – Vol. 17. – № 2. – 153 p.
2. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
3. Сенюта І. Медичне право: право людини на охорону здоров'я : [монографія] / І. Сенюта. – Л. : Астролябія, 2007. – 224 с.
4. Рудий В. Законодавче забезпечення реформи системи охорони здоров'я в Україні / В. Рудий. – К. : Сфера, 2005. – 272 с.
5. Савчин М. Конституціоналізм і природа конституції: теорія і практика реалізації : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / М. Савчин ; ДВНЗ «Ужгородський національний університет». – Ужгород, 2013. – 564 с.
6. Скрипнюк О. Курс сучасного конституційного права України: академічне видання / О. Скрипнюк. – Х. : Право, 2009. – 468 с.
7. Пашков В. Проблеми державного регулювання правовідносин у галузі охорони здоров'я / В. Пашков // Український медичний часопис. – 2005. – № 5 (49). – С. 64–67.
8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 66 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку платних послуг, які надаються в державних закладах охорони здоров'я та вищих медичних закладах освіти» (справа про платні медичні послуги) : Рішення Конституційного Суду України від 25 листопада 1998 р. № 15рп/98.
9. Рішення Конституційного Суду України за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 49 Конституції України «у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно» (справа про безоплатну медичну допомогу) : Рішення Конституційного Суду України від 29 травня 2002 р. № 10-рп/2002 // Вісник Конституційного суду України. – 2002. – № 3. – С. 19.
10. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19 листопада 1992 р. № 2810-ХІІ (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 4. – Ст. 19.
11. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства з питань діяльності закладів охорони здоров'я : Закон України від 6 квітня 2017 р. № 2002-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2017. – № 21. – Ст. 245.
12. Проект Закону про державні фінансові гарантії надання медичних послуг та лікарських засобів від 10 квітня 2017 р. № 6327 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61566.
13. Концепція реформування системи охорони здоров'я України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://moz.gov.ua/docfiles/pre_20160205_0_dod.pdf.
14. Шекера О. Конституційні основи охорони здоров'я громадян в Україні / О. Шекера // Збірник наукових праць співробітників НМАПО імені П.Л. Шупика. – 2013. – № 22 (4). – С. 526–533.
15. Проект Розділу II Конституції, підготовлений Робочою групою із прав людини, станом на 15 липня 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://constitution.gov.ua/work/item/id/9>.
16. Пашков В. Правове забезпечення реформування сфери охорони здоров'я / В. Пашков // Український медичний часопис. – 2017 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/12616/1/Pashkov_1-6.pdf.

Анотація

Демченко І. С. Охорона здоров'я у конституційному вимірі: аналіз статті 49 Конституції України. – Стаття.

Досліджено положення статті 49 Конституції України, у якій закріплено права людини у сфері охорони здоров'я та визначено засади національної системи охорони здоров'я. Проведено аналіз найбільш дискусійних положень статті 49 Конституції України: щодо безоплатності медичної допомоги, її доступності та гарантованого обсягу, щодо неможливості скорочення наявної мережі державних та комунальних закладів охорони здоров'я. Розглянуто положення останніх законодавчих ініціатив щодо сфери охорони здоров'я.

Ключові слова: право на охорону здоров'я, соціальні права, система охорони здоров'я, охорона здоров'я, конституція.

Аннотация

Демченко И. С. Здравоохранение в конституционном измерении: анализ статьи 49 Конституции Украины. – Статья.

Исследованы положения статьи 49 Конституции Украины, в которой закреплены права человека в сфере здравоохранения и определены основы национальной системы здравоохранения. Проведен анализ наиболее дискуссионных положений статьи 49 Конституции Украины: относительно бесплатности медицинской помощи, ее доступности и гарантированного объема, относительно невозможности сокращения действующей сети государственных и коммунальных учреждений здравоохранения. Рассмотрены положения последних законодательных инициатив относительно сферы здравоохранения.

Ключевые слова: право на охрану здоровья, социальные права, система здравоохранения, здравоохранение, конституция.

Summary

Demchenko I. S. Public health at constitutional dimension: article 49 Constitution of Ukraine analyses. – Article.

This paper examines the provision of article 49 Constitution of Ukraine, which guarantees human right at healthcare and defines the basis of the national healthcare system. The analyses of the most controversial provision of article 49 Constitution of Ukraine had been made. For instance: regarding free of charge medical care; availability and accessibility of medical care; guaranteed volume of medical care; inability to reduce the existing network of state and communal healthcare institutions. Latest legislative initiatives regarding healthcare sector are considered.

Key words: right to healthcare, social rights, healthcare system, public health, constitution.

УДК 342.95

А. В. Денисова

СУТНІСТЬ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЩОДО ЗДІЙСНЕННЯ НАГЛЯДУ ОРГАНАМИ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ ТА ЇЇ МІСЦЕ У ВИКОНАВЧІЙ ВЛАДІ

Постановка проблеми. Сучасні суспільні трансформації визначають пріоритетними права та свободи людини і громадянина, що має бути відтворено у концептуальних положеннях теорії адміністративного права і процесу, втілено в діяльності насамперед органів державної виконавчої влади. За таких обставин виникає нагальна потреба уніфікації процедур адміністративного нагляду та формування теоретичної моделі універсальної адміністративної процедури, сутність якої визначена змістом адміністративної діяльності органів державної виконавчої влади.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Сутність і зміст адміністративної діяльності було досить широко висвітлено в наукових роботах таких учених у галузях державного управління, адміністративного права, як: Д.М. Бахрах, І.Л. Бачило, І.П. Голосніченко, В.Я. Малиновський, В.І. Олефір, Ю.І. Римаренко, О.П. Рябченко, Х.П. Ярмакі та ін.

Науковці відзначають наявність значного кола досліджень, присвячених проблемі сутності адміністративної діяльності [1]. Зокрема, на думку Л.В. Ковалю, адміністративна діяльність – це видання нормативних та індивідуальних актів [2, с. 116]. І.П. Голосніченко і Я.Ю. Кондратьєв адміністративну діяльність визначають як діяльність органів державної виконавчої влади, яка спрямована на забезпечення охорони прав громадян, громадської безпеки, виявлення, припинення та попередження правопорушень [3, с. 7.]. Іншої думки дотримується Ю.О. Тихомиров, який зазначає про адміністративну діяльність як про державне управління у вузькому значенні, тобто діяльність органів виконавчої влади, виконавчо-розпорядчих органів держави щодо здійснення виконавчої влади на різних її рівнях [4, с. 157].

Отже, сутність адміністративної діяльності розкрита у дослідженнях учених, які опрацьовували переважно проблеми правової охорони і діяльності правоохоронних органів. Терміном «адміністративна діяльність» було позначено імперативну, державно-владну, виконавчо-розпорядчу діяльність правоохоронних органів, що стосувалась як управління, так і питань застосування адміністративно-юрисдикційних повноважень. Разом із тим варто виділити окремо підхід Л.В. Ковалю, який можемо назвати широким, враховуючи наявність юридичних наслідків реалізації державно-владних повноважень у формі прийняття правових актів нормативного та індивідуального характеру.

Відтак сучасні тенденції запровадження концепції людиноцентризму в діяльність органів державної влади взагалі і виконавчої влади зокрема визначає необхідність подальшого наукового пошуку сутності адміністративної діяльності щодо здійснення адміністративного нагляду та визначення її місця у виконавчій владі.

Мета статті полягає в обґрунтуванні ознак та поняття адміністративної діяльності щодо здійснення нагляду органами виконавчої влади України.

Виклад основного матеріалу дослідження. Конституційно-правовий зміст виконавчої влади випливає із приписів ст. 6 Конституції України, якою передбачено поділ державної влади на законодавчу, виконавчу і судову [5]. Мета поділу полягає у забезпеченні прав і свобод людини і громадянина (Висновок Конституційного Суду України від 30 жовтня 2003 р. № 1-в/2003), політичної стабільності. Поділ державної влади є основою деконцентрації влади, що виключає небезпечне для громадської свободи надмірне зосередження влади в окремих державних органах, забезпечує «недопущення привласнення повноти державної влади однією з гілок влади» (Рішення Конституційного Суду України № 6-рп/99) [6, с. 38–39]. Поділ державної влади є принципом, основою функціонування механізму держави та реалізується у діяльності відповідних органів: законодавчої влади, виконавчої влади та судової влади, кожен із яких виконує окремі завдання і функції, проте в межах єдиної мети державної влади, що передбачає взаємодію між ними. Така теза ґрунтується на правовій позиції Конституційного Суду України у Рішенні від 18 листопада 2004 р. № 17-рп/2004 (п. 4 мотив. част.), де зазначено, що поділ державної влади не виключає взаємодії між органами державної влади, зокрема надання необхідної інформації, участь у підготовці або розгляді певного питання тощо. Така взаємодія має здійснюватися з урахуванням вимог ст. ст. 6, 19 Конституції України, відповідно до яких органи державної влади зобов'язані діяти на підставі, у межах повноважень та таким чином, що передбачені Конституцією та законами України [7].

Указане означає єдність за змістом державної влади, а конституційний принцип поділу влади є теоретичною константою, яка дозволяє побудувати державний механізм та організувати його функціонування, що означає в організаційному плані реалізацію державної влади через певні види державних органів. Між ними повноваження розподілені таким чином, що вони є самостійними у реалізації своєї компетенції у встановлених Конституцією межах і взаємодіють між собою за допомогою певних важелів взаємного «стримування» і «противаг» [8, с. 17–18].

Учені зазначають, що поділяється не сама влада, а функціонально-структурний механізм її здійснення. В одному разі поділ влади означає виділення основних функціональних видів діяльності держави: законотворення, правозастосування і правосуддя, а в іншому – організаційний устрій держави як сукупність різних видів державних органів – законодавчих, виконавчих і судових (це тільки основні види) – із притаманною їм компетенцією – сукупністю державно-владних повноважень [8, с. 17].

Особливість виконавчої влади серед гілок державної влади проявляється у її спрямованості на реалізацію законів та інших нормативних актів держави, а також у практичному застосуванні всіх важелів державного регулювання й управління важливими процесами суспільного розвитку. Вирішальна спрямованість виконавчої влади полягає в утвердженні і забезпеченні прав і свобод людини та визнається Конституцією України (ст. 3) «найвищою соціальною цінністю» [8, с. 17].

Конституційно-правова сутність поділу державної влади визначає необхідність виділення таких ознак виконавчої влади, як:

- невід'ємність у поділі державної влади;
- є одним із функціональних видів діяльності держави – правозастосуванням;
- є складником функціонально-структурного механізму здійснення державної влади;

– є складником організаційного устрою держави у формі системи органів виконавчої влади;

– організаційно представлена суб'єктами – носіями виконавчої влади.

У перелічених ознаках виконавчої влади відтворено її конституційно-правовий зміст і організаційну форму. Указане означає, що принцип розподілу влади як основа функціонування механізму держави організаційно представлений системою органів виконавчої влади. Разом із тим виконавча сутність владних повноважень, що визначає зміст виконавчої влади, зумовлює поширення виконавчої влади і поза межі системи зазначених органів.

У цьому зв'язку вчені вказують на необхідність розмежування державного управління і виконавчої влади, зазначаючи, що частина функцій державного управління реалізується за межами виконавчої влади, але водночас частина функцій виконавчої влади реалізується за межами державного управління [8, с. 19]. Указане означає, що державне управління може здійснюватись не тільки в межах системи органів виконавчої влади, але й під час організації діяльності підприємств, установ, організацій державної форми власності. Виконавча ж влада реалізується й у разі делегування повноважень відповідного змісту органам місцевого самоврядування. Таким чином, державне управління і виконавча влада розглядаються як правові явища, а відповідні категорії позначають особливості їх проявів в організації функціонування механізму держави. Указані правові явища відтворюються у компетенції суб'єктів – носіїв державного управління і виконавчої влади. Конституційно-правовий зміст виконавчої влади зумовлює її правове значення, ширше за змістом і сутністю порівняно з державним управлінням.

Доцільно зазначити про науковий підхід Н.І. Золотарьової, яка вказує на ширше значення поняття адміністративної діяльності органів влади порівняно з поняттям виконавчої влади. Дослідниця підкреслює різницю в суб'єктах адміністративної діяльності і виконавчої влади. Так, виконавчу владу здійснюють тільки органи цієї гілки влади та спеціальні інституції, яким делеговані повноваження на здійснення функцій органів виконавчої влади. Коло суб'єктів адміністративної діяльності, яку дослідниця називає управлінською і яка врегульована нормами адміністративного права, ширше, оскільки її здійснюють не тільки органи виконавчої влади, але й суди, прокуратура, Секретаріат Верховної Ради України, Адміністрація Президента України. Указані суб'єкти здійснюють організаційну діяльність, що пов'язана з виконанням функцій адміністративної діяльності [9].

Однак Н.І. Золотарьова визначає співвідношення адміністративної діяльності органів влади і виконавчої влади, використовуючи терміни, зміст яких потребує уточнення, конкретизації. Зокрема, указане стосується таких термінів, як «організація», «інституції», що призводить до окремих неточностей у визначенні суб'єктного складу адміністративної діяльності та виконавчої влади. Саме тому зазначений підхід дослідниці, хоч і викликає зацікавленість, не є беззаперечним.

Варто вказати ще на один підхід щодо визначення сутності і змісту адміністративної діяльності, який передбачає її спрямованість на реалізацію прав і свобод громадян у сфері управління. Серед ознак адміністративної діяльності виокремлено виконавчо-розпорядчий характер, суб'єктами є органи державної влади, врегульована нормами адміністративного права [10]. Розкриваючи сутність виконавчого характеру діяльності органів виконавчої влади, А.Ф. Мельник зазначав, що

вона полягає у практичному втіленні в життя законодавчих актів, оперативному та динамічному управлінні економічною і соціальною сферами, а також державно-політичною діяльністю (оборона, безпека, митна та податкова справа). На думку дослідника, розпорядчий характер державно-управлінської діяльності полягає у виданні органами виконавчої влади постанов, розпоряджень, наказів, інструкцій, правил та інших підзаконних актів, що дозволяє забезпечити виконання норм та принципів Конституції України, законів, інших нормативних актів та ефективно управляти галузями економіки і соціально-культурної сфери [11].

Наведені вище визначення і характеристика адміністративної діяльності презентована дослідниками в галузі державного управління, проте їх напрацювання доцільні й у разі використання у наукових розробленнях з адміністративного права. Теоретичною новелою наведеного підходу є врахування примату прав і свобод громадян у цій діяльності, що дозволяє визначити основним призначенням адміністративної діяльності органів виконавчої влади реалізацію конституційних прав громадян та захист їхніх прав і свобод.

Висновки. Отже, спираючись на підхід Л.В. Ковалю та напрацювання вчених-дослідників щодо сутності зазначеної категорії, можемо сформулювати підхід, який можливо назвати узагальненим, тобто таким, у якому враховано більшість відповідних положень стосовно сутності адміністративної діяльності щодо здійснення нагляду органами виконавчої влади.

Так, адміністративну діяльність щодо здійснення нагляду органами виконавчої влади доцільно визначити як врегульовану нормами адміністративного права специфічну, виконавчо-розпорядчу, підзаконну, державно-владну цілеспрямовану діяльність уповноважених органів виконавчої влади (посадових осіб) щодо забезпечення реалізації конституційних прав громадян та захисту їхніх прав і свобод.

Серед рис (ознак) адміністративної діяльності щодо здійснення нагляду органами виконавчої влади доцільно виділити:

– виконавчо-розпорядчий характер, який проявляється у правовиконавчій діяльності уповноважених суб'єктів, особливості якої полягають у встановленні правообов'язку діяти суворо в межах та на підставі норм чинного законодавства з метою виконання владним суб'єктом завдань і функцій, відповідних правовому статусу;

– підзаконний характер адміністративної діяльності, що означає її спрямованість на виконання приписів законів;

– державно-владний характер, що означає її здійснення від імені держави та на виконання функцій держави, спрямованих на забезпечення законності та правопорядку. При цьому уповноважені суб'єкти діють від імені держави, їх діяльність не є індивідуалізованою;

– підзвітність і підконтрольність як характерні риси (ознаки) адміністративної діяльності, специфіка якої визначається насамперед імперативним характером діяльності органів виконавчої влади.

Література

1. Адміністративна діяльність ОВС. Загальна частина : [підручник] / за заг. ред. О.П. Рябченко. – Х. : ХНУВС, 2009. – 256 с.
2. Коваль Л.В. Адміністративне право України : [курс лекцій] / Л.В. Коваль. – К. : Вентурі, 1998. – 208 с.
3. Голосніченко І.П. Адміністративний процес : [навчальний посібник] / [І.П. Голосніченко, М.Ф. Стахурський] ; за заг. ред. І.П. Голосніченка. – К. : ГАН, 2003. – 256 с.

4. Тихомиров Ю.А. Административное право и процесс: полный курс / Ю.А. Тихомиров. – М. : Издание г-на Тихомирова М.Ю., 2005. – 652 с.
5. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141 (зі змінами).
6. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол. : В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секр.), Ю.Г. Барабаш та ін. – 2-ге вид. перероб. і допов. – Х. : Право, 2012. – 1128 с.
7. У справі про Тимчасову спеціальну комісію Верховної Ради України : Рішення Конституційного Суду України від 18 листопада 2004 р. № 17-рп/2004 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 48. – Ст. 3159.
8. Виконавча влада й адміністративне право / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К. : Ін Юре, 2002. – 668 с.
9. Золотарьова Н.І. Співвідношення виконавчої влади та адміністративної діяльності / Н.І. Золотарьова // Вісник Національного технічного університету «КПІ». – 2011. – № 1 (9). – С. 45–54.
10. Грובה В.П. Адміністративний аспект державного управління / В.П. Грובה // Актуальные проблемы права: теория и практика : сборник научных трудов. – 2010. – № 18. – С. 298–304.
11. Державне управління : [навчальний посібник] / [А.Ф. Мельник, О.Ю. Оболенський, А.Ю. Васіна, Л.Ю. Гордієнко та ін.]; під ред. А.Ф. Мельник. – К. : Знання-Прес, 2003. – 343 с.

Анотація

Денисова А. В. Сутність адміністративної діяльності щодо здійснення нагляду органами виконавчої влади та її місце у виконавчій владі. – Стаття.

Стаття присвячена обґрунтуванню ознак та визначенню поняття адміністративної діяльності щодо здійснення нагляду органами виконавчої влади України. Спираючись на наявні теоретичні напрацювання, встановлено, що адміністративна діяльність щодо здійснення нагляду органами виконавчої влади є врегульованою нормами адміністративного права специфічною, виконавчо-розпорядчою, підзаконною, державно-владною цілеспрямованою діяльністю уповноважених органів виконавчої влади (їх посадових осіб) щодо забезпечення реалізації конституційних прав громадян та захисту їхніх прав і свобод.

Ключові слова: адміністративна діяльність, адміністративний нагляд, орган виконавчої влади, виконавча влада.

Аннотация

Денисова А. В. Сущность административной деятельности по осуществлению надзора органами исполнительной власти и ее место в исполнительной власти. – Статья.

Статья посвящена обоснованию признаков и определению понятия административной деятельности по осуществлению надзора органами исполнительной власти. Основываясь на существующих теоретических работах, установлено, что административной деятельностью по осуществлению надзора органами исполнительной власти является урегулированная нормами административного права специфичная, исполнительно-распорядительная, подзаконная, государственно-властная целенаправленная деятельность уполномоченных органов исполнительной власти (их должностных лиц) по обеспечению реализации конституционных прав граждан и защиты их прав и свобод.

Ключевые слова: административная деятельность, административный надзор, орган исполнительной власти, исполнительная власть.

Summary

Denysova A. V. The essence of administrative activities for the implementation of supervision by executive authorities and its place in the executive branch. – Article.

The article is devoted to the substantiation of the signs and definition of the concept of administrative activity for the implementation of supervision by the executive authorities. Based on the existing theoretical scientific works, it is established that the administrative activities for the implementation of supervision by the executive authorities are specific, executive, administrative, subordinate, state-authoritative, purposeful activities of the authorized executive bodies (their officials) to ensure the implementation of the constitutional rights of citizens and protecting their rights and freedoms.

Key words: administrative activity, administrative supervision, executive authority, executive power.

УДК 342.95

*М. А. Журба***ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ
СФЕРИ ФІЗИЧНОЇ КУЛЬТУРИ І СПОРТУ**

Розвиток національної сфери фізичної культури та спорту повинен відповідати сучасним інтеграційним і глобалізаційним процесам, вимогам переходу до постіндустріальної цивілізації, що забезпечить її подальше інтегрування в європейський і світовий спортивний простір, як зазначено у Дорожній карті реформ у сфері фізичної культури та спорту. Один із пріоритетних напрямів розвитку національної сфери фізичної культури і спорту полягатиме в удосконаленні інституційних механізмів державного регулювання сфери фізичної культури та спорту на засадах впровадження прогресивного зарубіжного досвіду, що обумовило вибір теми даної публікації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичним підґрунтям статті є роботи таких науковців, як І.І. Приходько, В.І. Мудрик, А.В. Починкин, С.Г. Сейранов та інші, які здійснили значний внесок у розвиток теорії і практики державного управління сферою фізичної культури та спорту у нашій країні. Проте зарубіжний досвід державного управління сферою фізичної культури та спорту ще не став предметом комплексного наукового дослідження, що обумовило вибір теми статті наявність моделей, які можна згрупувати за різними підставами. Традиційно більшістю фахівців фізкультурно-спортивної галузі головним критерієм виділення тієї або іншої моделі розглядається ступінь участі держави в управлінні і фінансуванні галузі. У відповідності з цим виділяють три основні моделі управління: американську, європейську та пострадянську (тоталітарну). Американська модель характеризується високою мірою децентралізації та незначною участю держави в організації фізкультурно-спортивної діяльності. Європейська модель характеризується великою мірою участі держави. Практично у всіх країнах Європи держава так чи інакше втручається в розвиток масового спорту, спорту вищих досягнень та іноді навіть професійного спорту. Пострадянська модель характеризується повним централізованим державним управлінням сферою фізичної культури і спорту. Така модель функціонувала в СРСР і країнах соціалістичного табору. На думку Ш. Тарпіщева, практичний інтерес для аналізу представляє поділ моделей управління за блоками, які відрізняються:

- рівнем впливу держави на розвиток спорту та діяльність спортивних громадських об'єднань (насамперед національних спортивних федерацій);
- формою управлінських структур (державна, громадська, змішана). При цьому серед основних світових моделей Ш. Тарпіщев виділяє французьку, американську, китайську і змішаного типу, прийняту в скандинавських країнах. Слід відразу зазначити, що на сьогоднішній день в більшості країн моделі спортивного регулювання доповнюють одна іншу, а також мають низку загальних принципів, у зв'язку з чим поділ їх на запропоновані групи (національні) є досить умовним.

Порівняльний аналіз зарубіжного досвіду управління сферою фізичної культури і спорту передбачає виділення певних складових. На нашу думку, основними з них можуть бути:

- організаційна модель управління;
- особливості нормативно-правового регулювання;
- ресурсне забезпечення [4].

Розглянемо управління сферою фізичної культури та спорту США. Традиційним принципом американської системи управління спортом є незначна ступінь державного втручання і децентралізація управлінських функцій як відносно різних напрямів фізкультурно-спортивної діяльності («спорт для всіх», «спорт вищих досягнень» і «професійний спорт»), так і у межах кожного з напрямів. Відповідальність за підтримку «спорту для всіх» в США покладено в основному на «спортивні ради» (комісії), які діють як приватні (недержавні), неприбуткові організації та підтримують масовий спорт у різних формах. Зазвичай вони є консультативними органами муніципальної влади. Головним завданням цих рад є підтримка функціонування всіх існуючих у містах спортивних організацій, клубів, команд, а також проведення спортивних змагань. Всю свою діяльність «спортивні ради» здійснюють на основі договорів, в тому числі і з міською владою [3].

Основні функції з управління аматорським «спортом вищих досягнень» виконують різні, незалежні одна від одної громадські організації. Найважливішу роль в цій системі відіграє: Олімпійський комітет США (United States Olympic Committee (USOC)), Національна асоціація студентського спорту (The National Collegiate Athletic Association (NCAA)), а також Аматорський спортивний союз (Amateur Athletic Union (AAU)). Олімпійський комітет США є найвпливовішою організацією, яка здійснює фінансову та організаційну координацію аматорського спорту в США. У його структуру входять представники олімпійських комітетів всіх штатів, національні федерації з видів спорту (понад 40), а також національні спортивні організації. Діяльність USOC характеризується високою мірою прозорості. Це виражається в публікації щорічних звітів, що містять інформацію як про здійснені організаційні заходи та нові результати роботи, так і про засоби їх досягнення (у тому числі фінансові і правові). Кожен щорічний звіт містить незалежний аудиторський висновок, який складається із консолідованих фінансових звітів за всією діяльністю USOC, звітів про прибутки та збитки. Не менш значущою організацією в системі аматорського спорту США є Національна асоціація студентського спорту, значення якої зумовлено тим, що спортсмени-студенти є домінуючою групою в загальній кількості учасників спорту вищих досягнень США. Згідно з останніми звітами їх кількість у загальній частці становить понад 70 %. Традиційно, найважливішу роль в американському спортивному русі відіграє професійний спорт, який розвивається професійними спортивними лігами, асоціаціями, спілками, а також клубами-командами. Найбільш відомі з них: Національна баскетбольна ліга, Національна хокейна ліга, Національна бейсбольна ліга, Національна футбольна ліга та ін. Професійний спорт у США має яскраво виражену специфіку. Його стійке положення базується на високому попиті на його продукт – видовище. Якщо вид спорту стає збитковим, то він припиняє своє існування як професійний. Видовище – про-

дукт діяльності всіх команд ліги. Тому клуби, ведучи жорстку боротьбу на майданчику, в спортивному бізнесі є партнерами. Одне з основних завдань ліги – врівноваження сил суперників, оскільки поява суперклубу може призвести до зниження відвідуваності матчів. Відомі випадки, коли власники ліг йшли на кардинальні заходи, аж до розпуску найсильнішої команди, якщо вона починала перемагати з очевидною перевагою (Хокей, 1920 р.). Завдання постійного урівноваження спортивних сил та фінансових можливостей клубів вирішує система драфту, суть якої полягає в тому, що представники команд за певною системою відбирають потрібних гравців, при цьому команда, що посіла останнє місце в чемпіонаті, отримує право першою зробити вибір.

Що стосується державного регулювання фізкультурно-спортивної діяльності в США, то воно, в основному, обмежується законотворчістю. У деяких виданнях, присвячених питанням спортивного менеджменту, йдеться про те, що спорт у США повністю незалежний від держави, однак аналіз сучасних зарубіжних джерел дозволяє зробити висновок про те, що ці заяви не повною мірою відповідають дійсності. Так, не беручи участь безпосередньо в управлінні фізкультурно-спортивною діяльністю, американський уряд в особі органів управління на рівні окремих штатів і муніципальних утворень проводить політику непрямого регулювання і стимулювання розвитку спорту в країні через прийняття окремих законодавчих актів (що сприяють розвитку спонсорської діяльності та соціально-відповідального бізнесу, спортивним теле- і радіотрансляціям, надання державної спортивної інфраструктури в оренду професійним клубам). Крім того, в деяких випадках уряд США надає пряму фінансову підтримку національній олімпійській команді. Необхідно відзначити, що в останні роки непряме регулювання державою економічних процесів (у тому числі й у сфері спорту) в США приймає все більш масштабний характер. Більше того, зараз вже можна говорити про це явище як про стійку тенденцію, в результаті якої у сфері спорту в США відбувається явне зміщення принципів управління в бік європейської моделі [3].

Дослідження європейських принципів управління фізичною культурою і спортом дозволили виявити, що головною її особливістю є наявність наддержавного рівня управління і координації. Починаючи з 1974 р. у цій сфері в Європі професійно і результативно діє велика континентальна міжурядова організація – Рада Європи та її спеціалізований структурний підрозділ – Комітет з розвитку спорту (CDDS). Відповідно до Європейської концепції про культуру, в частині що стосується спорту, CDDS покликаний: стимулювати та забезпечувати координацію спортивної політики в державах – членах Ради Європи; проводити єдину європейську політику з питань міжнародного спорту, зміцнювати співпрацю з державними та громадськими спортивними організаціями, відповідати за виконання Спортивної Хартії Європи, Кодексу спортивної етики та ін. Під впливом Ради Європи, всі країни, які входять до його складу, дотримуються єдиної думки щодо основних спортивних цінностей: ніяких маніпуляцій спортсменами для досягнення політичних цілей, всебічна підтримка ідеї оздоровчого спорту «спорту для всіх», посилення значення спорту у вихованні молоді. Найбільш значущим нормативним документом Ради Європи в галузі фізичної культури є «Європейська хартія по спорту для всіх».

У цьому документі містяться єдині цілі і рекомендації урядам країн, визначаються положення про спортивний рух, спортивні споруди, основи фізичної підготовленості, вдосконалення системи залучення до спорту, вдосконалення майстерності, положення про спорт вищих досягнень та професійний спорт, трудові ресурси, вплив на навколишнє середовище, інформацію та наукові дослідження, фінанси, внутрішнє та міжнародне співробітництво.

Необхідно відзначити, що наявність такого наддержавного координуючого органу, як Рада Європи, не виключає існування різних форм регулювання спорту. В межах Європейської моделі організації фізкультурно-спортивної діяльності можуть бути виділені дві групи країн, які розрізняються в залежності від міри державної участі в управлінській діяльності. Першу групу країн складають ті, які мають на федеральному рівні самостійний спеціалізований орган державного управління спортом. До них належать: Франція (Міністерство молоді і спорту), Великобританія (Міністерство у справах спорту), Люксембург (Міністерство фізичного виховання і спорту), Норвегія (Міністерство спорту і культури), Португалія (Державний секретаріат спорту), Угорщина (Національний комітет фізичної культури і спорту). Національні Олімпійські комітети в розвитку спорту вищих досягнень відіграють, як правило, другорядну роль, у розвитку ж масового спорту практично взагалі не беруть участь. Другу групу країн складають ті, які не мають самостійного спеціалізованого органу державного управління в галузі спорту. Державною структурою в таких країнах є підрозділ (департамент, управління і т. д.) у межах якого-небудь великого міністерства (в Австрії це – Міністерство освіти, мистецтва і спорту, в Німеччині – Міністерство внутрішніх справ).[2] У більшості європейських країн, що не мають самостійного спеціалізованого по спорту міністерства, управління розвитком спорту (з обов'язковим об'єднанням спортивних федерацій) здійснюється на підставі трьох основних моделей. У межах першої моделі управління здійснюється громадською організацією – національним олімпійським комітетом. Подібна модель характерна для Бельгії, Італії, Люксембургу. У межах другої моделі управління здійснюється спільно національним олімпійським комітетом та спортивною конфедерацією. Ключова роль при цьому відводиться конфедерації (яка об'єднує федерації, асоціації та спілки спорту). Прикладами країн з такою моделлю управління є: Німеччина (управління здійснюється Німецьким спортивним союзом і НОК Німеччини); Данія (управління здійснюється датської конфедерацією спорту та олімпійським комітетом (які на сьогоднішній день фактично є єдиною організацією); Норвегія (управління здійснюється конфедерацією спорту та Олімпійським комітетом Норвегії); Австрія (управління здійснюється австрійською федеральною спортивною організацією (об'єднує всі спортивні організації та спілки (федерації) за видами спорту) і НОК Австрії та ін. У межах третьої моделі управління спортом здійснюється національними федераціями з видів спорту при координуючій участі держави. До таких країн належать Великобританія, Іспанія і Португалія [1].

Дослідження зарубіжного досвіду нормативно-правового регулювання фізичної культури і спорту дозволяє виділити дві класичні моделі спортивного законодавства: «інтервент» і «неінтервент». Модель законодавства інтервента визначена як та, «яка містить певне законодавство державного контролю щодо структури і мандата істот-

ної частини спортивного руху». Всі інші моделі спортивного законодавства визначаються як неінтервентні. Подібний підхід можна використовувати як теоретичне підґрунтя при вивченні нормативно-правового регулювання, однак, при цьому слід враховувати зазначену раніше тенденцію до посилення ступеня державного регулювання процесів соціально-значущої фізкультурно-спортивної діяльності (зближення європейської та американської моделей). Аналізуючи основи нормативно-правового регулювання фізичної культури і спорту, цікаво навести аналіз деяких загальних положень законодавства про спорт у розвинених країнах світу, здійснений П. А. Рожковим. Перш за все, вчений виділяє:

- відповідальність держави за розвиток фізичного виховання і спорту;
- розмежування повноважень між державними органами та громадськими спортивними організаціями;
- роль місцевих органів влади в галузі спорту; – цілі і завдання фізичного виховання та спорту; – організаційну структуру спортивного руху в країні;
- фінансування спорту;
- фізичне виховання і спорт серед різних груп населення і, в першу чергу, в школах та інших навчальних закладах;
- підготовку спортивних кадрів;
- будівництво та експлуатацію спортивних споруд;
- проведення науково-дослідницької та інформаційної діяльності [8].

При цьому, аналізуючи загальні положення спортивного законодавства, П.А. Рожков відзначає різні підходи і механізми їх реалізації в різних країнах, зокрема, у США традиційно держава здійснює опосередковане нормативно-правове регулювання, яке полягає у прийнятті окремих законів, які сприяють розвитку соціальної сфери фізичної культури і спорту (наприклад, «Закон про трансляції спортивних змагань національними телекомпаніями» (1961, 1972, 1984, 1993 рр.), а також у використанні механізмів податкової політики – часткове ослаблення податкових режимів. Прикладом тому є звільнення Олімпійського комітету США від оподаткування. Вперше це мало місце в 1933 р., коли Конгрес США звільнив від оподаткування прибуток, отриманий від проведення Олімпіади (Лос-Анджелес 1932).[9] Згодом, починаючи з 1950 р., USOK був повністю звільнений від необхідності сплати податків. Важливим елементом американського законодавства є регулювання трудових та економічних відносин у професійному спорті. Як вже зазначалося раніше, Європейське спортивне законодавство більшою мірою передбачає відповідальність держави за розвиток фізкультурно-спортивної діяльності. Зокрема, у Німеччині держава є активним учасником в питаннях регулювання фізкультурно-спортивної діяльності. При цьому координація різних напрямків фізкультурно-спортивної активності здійснюється на різних рівнях. Спорт вищих досягнень знаходиться у відомстві федерального уряду. Питання масового спорту та будівництва спортивних споруд пов'язано з урядами земель. Паралельно з державною системою управління, як вже зазначалося раніше, важливу роль відіграє спортивна конфедерація. В Іспанії у 1990 р. був прийнятий федеральний закон про спорт. Цей закон регулює питання фізичної культури і спорту на території всієї країни. При цьому згідно з іспанською системою на локальному рівні (окремих ра-

йонів і утворень) приймаються свої закони, які, як правило, доповнюють положення федерального. У Греції всі правові документи, що стосуються спорту, спираються на статтю 16 (п. 9) Конституції країни 1975 р. Дана стаття говорить, що спорт підлягає охороні з боку держави і контролюється нею. В Греції держава субсидує спорт і здійснює нагляд за спортивними спілками. Всі спортивні клуби та союзи в Греції функціонують як зареєстровані об'єднання, що діють на основі цивільного права і не переслідують мети отримання прибутку, Закон 1996 р. покладає на клуби і союзи завдання державного характеру, при цьому не обмежує їх автономність. В Італії більшість функцій в галузі управління спортом передано державою громадської організації (Конфедерації спортивних федерацій) – Олімпійського комітету Італії (CONES), Найбільша відповідальність за стимулювання та розвиток спорту в Італії покладено на регіональну владу [2].

У результаті дослідження зарубіжного досвіду державного регулювання фізичною культурою і спортом ми можемо зробити кілька загальних висновків, які у подальшому дають можливість застосування їх у практичній сфері управління.

Характерною особливістю європейської системи управління фізичною культурою та спортом, у межах якої, на нашу думку, повинна функціонувати система, є наявність наддержавного органу (Ради Європи), який координує національні підходи до розвитку даної сфери. Стійкою тенденцією останніх десяти років є всі більше розмивання кордонів між європейською і американською моделями управління фізичною культурою та спортом. Так, незважаючи на традиційну децентралізацію і невтручання державних органів у процеси управління спортивною діяльністю в США, на сьогоднішній день стає очевидною потреба не тільки в непрямому, а й у прямому державному регулюванні. Значну роль у сучасній системі управління фізичною культурою та спортом відводиться громадським організаціям і спортивним конфедераціям. У країнах же, де першорядна функція управління і регулювання відводиться державі, все одно діє незмінний принцип поваги автономії громадських спортивних організацій.

В умовах децентралізації запровадження європейського досвіду державного управління в Україні доцільним є більш детальне вивчення аспектів управлінських методів та систем, що ефективно функціонують в розвинених країнах. У подальшому необхідно проаналізувати можливість запровадження вивчених методів у систему управління адміністративно-територіальної одиниці України.

Література

1. Sport structures in Member States – Portugal [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ee.europa.eu/sport/Information/structures/b_p_en.html
2. The European sports charter [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.sportdevelopmeiit.org.Uk/The_European_Sports_Charter.pdf#search-European%20sports%20charter
3. Гуськов С.И. О современных тенденциях развития профессионального спорта в США / С.И. Гуськов // Теория и практика физической культуры. – 1993. – № 7. – С. 23-31.
4. Гуськов С.И. Профессиональный спорт / С.И. Гуськов, В.Н. Платонов, М.М. Липец, Б.Н. Юшко. – Киев: Олимпийская литература, 2000. – 391 с.
5. Дорожня карта реформ у сфері фізичної культури та спорту // Електронний ресурс: Режим доступу: <http://dsmsu.gov.ua/index/ua/category/364>

6. Жданов І. Дорожня карта реформ у сфері фізичної культури та спорту : [Електронний ресурс] / Ігор Жданов. – Режим доступу: <http://dsmsu.gov.ua/index/ua/material/16627>.

7. Рожков П.А. Совершенствование экономического механизма функционирования физической культуры и спорта / П.А. Рожков. – СПб. : Изд-во СПбГУЭФ, 2003. – 254 с.

8. Тарпищев Ш.А. Некоторые проблемы управления спортом и пути их решения [Електронний ресурс] / Ш.А. Тарпищев. – Режим доступу: <http://www.tarpishev.com/index.php?menu=9&sub=0&art=17/>

9. Тарпищев Ш.А. Спортивная катастрофа [Електронний ресурс] / Ш.А. Тарпищев. – Режим доступу : <http://www.tarpishev.com/index.php?menu=9&sub=0&art=18>.

Журба М. А. Зарубіжний досвід державного регулювання сфери фізичної культури і спорту. – Стаття.

Анотація. Охарактеризовано основні нормативно-правові акти, що визначають державне регулювання сфери фізичної культури і спорту в зарубіжних країнах. Визначено основні моделі та принципи конструювання управлінських та організаційних структур. Наголошено на необхідності дослідження даного виду відповідальності.

Ключові слова: правове регулювання, фізична культура і спорт, державне управління, зарубіжний досвід, цільове програмування.

Журба М. А. Зарубежный опыт государственного регулирования сферы физической культуры и спорта. – Статья.

Аннотация. Охарактеризованы основные нормативно-правовые акты, определяющие государственное регулирование сферы физической культуры и спорта в зарубежных странах. Определены основные модели и принципы конструирования управленческих и организационных структур. Отмечена необходимость исследования данного вида ответственности.

Ключевые слова: правовое регулирование, физическая культура и спорт, государственное управление, зарубежный опыт, целевое программирование.

Zhurba M. A. Foreign experience of state regulation of physical culture and sport. – Article.

Abstract. Characterize the basic regulations that determine state regulation of physical culture and sports in foreign countries. The basic models and principles of construction management and organizational structures. The necessity of this type of research responsibilities.

Key words: legal regulation, physical culture and sports, public administration, international experience, targeted programming.

УДК 343.98

Р. В. Комісарчук

КРИМІНАЛІСТИЧНА МОДЕЛЬ МЕХАНІЗМУ ЗЛОЧИННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ПОНЯТТЯ ТА УМОВИ ФОРМУВАННЯ

Постановка проблеми. В основі методик розслідування злочинів лежить криміналістичне вчення про механізм злочину. Водночас не вирішено багато питань про сутність цього механізму, його форми, критерії повноти і якості. Більше того, сама методологія криміналістичного дослідження механізму злочинної діяльності потребує переосмислення й розвитку. Таким чином, є цілком актуальним і виправданим намір автора з науково-практичною користю дослідити ряд теоретичних, методологічних і методичних проблем, пов'язаних із формуванням нового підходу в криміналістичному аналізі механізму злочинної діяльності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблема співвідношення моделей, методологічних засобів і емпіричної реальності в Україні не досліджувалася. Мабуть, уперше методологія криміналістичного дослідження злочинної діяльності стала предметом монографічного аналізу в роботах А.М. Кустова і А.Ф. Лубіна (1997 р.). Кожен із цих авторів по-своєму підійшов до проблеми: один обґрунтував і створив описову криміналістичну модель механізму злочину, інший представив досить складну методологічну програму дослідження цієї моделі.

Дійсна потреба в методологічних змінах виникає лише на переломних точках розвитку науково-криміналістичного пізнання. Необхідність зміни методологічної парадигми стала очевидною і неминучою після введення в науковий оборот поняття «механізм злочину» (Т.В. Авер'янова, Р.С. Белкін, В.К. Гавло, Г.А. Густов, М.К. Камінський, З.І. Кірсанов, В.А. Образцов, Н.П. Яблоков та ін.). Більше того, механізм злочину був зведений у ранг «основного елемента предмета криміналістики» (Р.С. Белкін, 1997 р.). Була здійснена дисертаційна спроба створити «криміналістичне вчення про механізм злочину» (А.М. Кустов, 1997 р.). Однак багато методологічних проблем дослідження цього механізму ще лежать на периферії криміналістичної науки.

Метою статті є сформулювати основи криміналістичного аналізу механізму злочинної діяльності.

Виклад основного матеріалу дослідження. Незважаючи на постійну увагу криміналістів до проблем боротьби з господарськими (економічними) злочинами і значну активність учених на всіх етапах, рівень дослідження цих проблем недостатньо високий.

На думку В.П. Бахіна, ситуація така, що «хоча дані і висновки досліджень відображаються у публікованих за їх результатами виданнях, процедура і методологія досліджень зазвичай залишаються невідомою масовому читачеві. Це, по-перше, не дає можливості судити про наукову обґрунтованість і достовірність зроблених висновків і сформульованих на їх основі пропозицій, по-друге, виключає мож-

ливість реального зіставлення результатів, отриманих різними дослідниками, по-третє, ускладнює узагальнення й використання досвіду наукових досліджень, тобто змушує кожного дослідника «прокладати» свій шлях» [1, с. 57].

М.К. Камінський більш жорстко оцінює пізнавальну ситуацію: «Автори обмежуються заклинанням про те, що методологічну основу їх дослідження утворюють положення матеріалістичної діалектики ... і все. Далі дозволено стверджувати все, що завгодно» [2, с. 8].

Наша оцінка відноситься, по-перше, до недостатньої конкретизації дослідницької програми моделі механізму злочинної діяльності й абстрактного формулювання її мети. Тут допускаються суттєві пробіли в базі даних (вихідних даних) й особливості роботи з ними. По-друге, спостерігається розрив між заявленою дослідницькою програмою і її реалізацією. По-третє, наявне постійне змішування методологічного і методичного рівнів криміналістичних досліджень. На жаль, усередині наукова рефлексія – методологія криміналістики – і дослідницька інфраструктура інновацій у практичній діяльності органів досудового розслідування, на нашу думку, слабко розвинені. Настільки слабко, що, по-перше, допускається груба плутанина: а) практичного розслідування з науковою моделлю криміналістики; б) засобів практичної діяльності правоохоронних органів і суду із засобами методологічного характеру. Таким чином, сучасний історичний період вивчення криміналістичних моделей злочину (зокрема моделі механізму) оцінюється як «романтичний» [3, с. 63].

Сучасні рекомендації, спрямовані на виправлення цих недоліків й усунення «теоретичного хаосу», достатньо суперечливі. Сумарним (узагальненим) поданням цих рекомендацій є робота Р.І. Могутіна [4, с. 37].

Примітно, що в кінці наукової статті Р.І. Могутін «проговорюється»: «Кожне закінчене розслідування у кримінальній справі повинно завершуватися наданням інформації (значущих ознак, які є елементами криміналістичної характеристики) в базу даних. При цьому перелік фіксованих ознак злочину не повинен бути раз і назавжди фіксованим. Варто надати можливість слідчому додавати в нього ознаки, які відіграли, на його думку, значну роль у розслідуванні цього конкретного злочину» [4, с. 42]. Таким чином, суть не в єдності структури, а в її відповідності меті криміналістичного аналізу механізму злочинної діяльності. Яка мета, така і структура моделі.

На наш погляд, до реальних шляхів вирішення проблеми формування «базової» моделі механізму злочинної діяльності варто віднести виконання таких принципових умов: 1) коли є вихідна теоретична модель механізму злочину у сфері господарювання, дослідження якої призведе до планованого результату – криміналістичної характеристики; 2) коли можливо зібрати емпіричні дані, що відповідають вимогам релевантності (належності до моделі) й репрезентативності; 3) коли сформульована мета – побудувати ієрархічну систему версій, що дозволяє зрозуміти основні закономірності механізму злочинної діяльності; 4) коли висунуті гіпотези про існування системоутворювальних (головних) факторів; 5) коли існує можливість провести перевірку й верифікацію статистичних гіпотез. Це – загальні умови. Кожна з них потребує пояснення й конкретизації.

Першою умовою є наявність хоча б приблизної теоретичної конструкції або уявлення про те, які емпіричні дані потрібно збирати. Інакше кажучи, варто дотримуватися принципу ізоморфності (взаємоднозначності) теоретичної моделі механізму злочинної діяльності у сфері господарювання й емпіричних даних, у яких повинна знаходити своє відображення базова мета дослідження. Тому, наприклад, К.Б. Батороев справедливо на перше місце у процесі моделювання поставив «конструювання або вибір моделі на основі наданих попередньо теорій» [5, с. 57]. Однак реальність така, що у джерелах емпіричної інформації багато факторів моделі не відображаються. Тоді відбувається «огрубіння» (спрощення) моделі. Може бути й зворотнє: структура моделі «підказує», які дані треба збирати.

Попередня модель механізму злочинної діяльності може бути чотирьох видів: 1) традиційна (загальноприйнята, парадигмальна); 2) оригінальна (авторська); 3) комбінована (комплікативна); 4) концептуальна.

Щодо традиційного варіанта механізму злочину, то А.М. Кустов зауважує: «Як показали дослідження, основними елементами механізму злочину треба вважати: 1) діяльність суб'єкта злочинного події; 2) комплекс (сукупність) дій, вчинків та інших рухів жертви злочину; 3) комплекс (сукупність) дій, вчинків та інших рухів осіб, які опинилися на місці події і побічно пов'язані зі злочинном; 4) окремі елементи обстановки, що використовуються учасниками злочинної події, включаючи предмет злочинного посягання» [6, с. 26]. Отже, ідеться про послідовність способів дій усіх учасників злочинної події в конкретній обстановці. За рамками цієї моделі, як мінімум, залишилися всі суб'єктивні чинники, а також результати «діяльності, дій та вчинків». У такому разі механізм є усіченим, а отже, і криміналістична характеристика не може бути повною.

Концептуальна модель механізму злочинної діяльності відображає погляди певної наукової школи або напрямку. Так, наприклад, В.Є. Корноухов пов'язує механізм злочинів у сфері економічної діяльності виключно з підробками в документах. Звідси «тактичні операції» з дослідження документів, «перевірка матеріалів ревізії й інвентаризації», «провадження судово-бухгалтерської та економічної експертизи» і «проведення ревізій під час розслідування злочинів» [7, с. 9].

Прикладом авторської моделі є монографічне розроблення В.А. Єгорова. Науковець досить оригінально виділив сім елементів у криміналістичній моделі економічного злочину: 1) об'єктивні чинники; 2) суб'єктивні чинники; 3) способи підготовки; 4) способи вчинення; 5) способи приховування; 6) сліди; 7) наслідки злочинів. Причому до чинників об'єктивного порядку відносить, наприклад, «відомості про суспільну небезпеку злочинів» [8, с. 101–104].

На наше переконання, нова теоретична модель механізму злочинної діяльності відрізняється від колишніх: а) за передумовами створення; б) за структурою; в) за метою і завданнями дослідження; г) за можливостями верифікації та розвитку. Відповідно: 1) криміналістична характеристика злочинної діяльності не слугує і не може слугувати складником окремої методики розслідування; ця характеристика є основою для формування методики розслідування [9, с. 328, 330]; 2) криміналістична модель механізму злочинної діяльності у сфері економіки є засобом формування ієрархічної системи типових версій, яка є основою криміналістичної

характеристики; 3) базовими елементами структури моделі механізму злочинної діяльності у сфері економіки є: а) суб'єкт (зокрема груповий); б) ситуація; в) способи вчинення дій; г) сліди [10; 11, с. 187–188; 12].

За кожним із базових елементів приховані численні фактори, які, як правило, відображають специфіку конкретного виду злочинної діяльності. «Тільки дотримання природної специфічності механізму дозволить розкрити (через механізм) сутність діяльності. Урахування специфіки природи видового механізму означає зближення його вихідної моделі зі структурою бази даних за конкретним видом злочинної діяльності» [11, с. 187–188]. При цьому модель набуває конкретної назви. Наприклад, у цьому дослідженні така модель називається «механізм злочинної діяльності у сфері господарювання».

Н.А. Лопашенко про один зі складників цієї сфери написала так: «Економічна злочинність – поняття у кримінально-правовій і кримінологічній науках досить широке, та до кінця не визначене, адже майже будь-який злочин може бути зведено до категорії економічного, тобто такого, від якого його суб'єкт отримує пряму або опосередковану матеріальну вигоду» [13, с. 5].

У нашому дослідженні мається на увазі «типовий» злочин у сфері господарювання, у якому дуже яскраво проявляються: 1) рольові функції посадових і матеріально відповідальних осіб; 2) стадійність (технологічність) розвитку злочинної діяльності; 3) комбінаційний характер способів створення резервів для розкрадання; 4) комплексність слідових картин.

Сферу господарювання, мабуть, потрібно вважати гіпер- або мегасферою, оскільки в неї входять: сфера виробництва; сфера обігу товарів і послуг; кредитно-банківська сфера; сфера фондового ринку (ринок цінних паперів); сфера фінансової діяльності держави і т. п. [14, с. 9]. Ці сфери можуть бути поділені на більш окремі: сфера сільськогосподарського виробництва; сфера шоу-бізнесу; сфера комунального господарства; сфера освіти і т. д. Найімовірніше, поділ сфери господарювання можливо продовжити. Наприклад, злочини у сфері взаємозалікових операцій господарюючих суб'єктів, злочини у сфері банкрутства і т. д. [15, с. 169–205, 316–364].

Нарешті, у механізмі злочинної діяльності варто виділяти чотири фази: 1) збір та оцінка даних, на основі яких приймається рішення про можливість і «рентабельність» вчинення злочинів у конкретній ситуації (обстановці); 2) можлива зміна наявної ситуації, формування злочинної групи, коригування задуму, підготовка засобів вчинення злочину і т. д.; 3) реалізація злочинного задуму передбачає присвоєння товарно-матеріальних або (і) фінансових цінностей, їх розподіл між співучасниками; 4) безпосереднє розширення злочинних зв'язків, розширення масштабу злочинних операцій, вдосконалення засобів і процедур протидії [16, с. 17].

Другою умовою є реальна можливість зібрати емпіричні дані, що відповідають вимогам релевантності (належності до моделі) і репрезентативності. Виконати цю умову найчастіше складно, оскільки це залежить від багатьох обставин: 1) обраного виду злочинів у сфері господарювання (це може бути клас, вид, стосовно якого відсутній емпіричний матеріал, у якому відбилася б специфіка механізму злочинної діяльності); 2) обраного регіону, у якому буде відбуватися збір даних, що відповідають вимогам «середньої проби»; 3) відповідних джерел даних за обраним

видом злочину, у вибраному регіоні й за прийнятою вихідною моделлю механізму злочинної діяльності.

Третьою умовою є наявність чітко сформульованої мети дослідження механізму злочинної діяльності у сфері господарювання – побудувати ієрархічну систему версій, що дозволяє зрозуміти основні закономірності. Мабуть, ніхто із криміналістів не звернув уваги на важливе положення, яке свого часу висловили Р.С. Белкін, І.Є. Биховський і А.В. Дулов. Вони вказали, що саме перелік обставин, що підлягають доказуванню у кримінальній справі і відповідним чином інтерпретованих стосовно особливостей конкретного виду злочину, повинен становити ядро у криміналістичній характеристиці [17, с. 56–58]. Логічно припустити, що це «ядро» має бути закладено і в модель механізму злочинної діяльності.

Сутність елементного і фазового розроблення структури механізму злочинної діяльності одночасно визначає створення передумов для формування системи типових версій. Будь-який виділений структурний елемент може проявитися як версія. Якщо виділені елементи закономірно пов'язані між собою, то таким самим чином між собою пов'язані і версії. Така динамічна система і є моделлю механізму злочину [18, с. 10; 19, с. 241–246].

Четверта умова – це наявність гіпотез про існування системоутворювальних (головних) факторів. Сенс цієї умови простий: у структурі механізму злочинної діяльності необхідно виділити якусь «центральне поняття» (елемент, фактор), яке б слугувало системоутворювальною ланкою у структурі злочинної діяльності, і статистично встановити його відносини з іншими детермінантами. Ця ланка виконує роль методологічного стержня, що несе велику частину смислового навантаження. У цьому і полягає суто прикладний аспект такого виділення. Складність лише в тому, що кожен елемент моделі може стати основним, тобто виступатиме системоутворювальним чинником – статистичною гіпотезою. Кожен елемент може бути «випробуваний» на роль типової версії або на роль ознаки – елемента структурного оточення версії. «Наскільки пов'язані між собою елементи моделі, настільки міцним є мереживо версій» [11, с. 152].

П'ята умова відноситься до можливості провести перевірку і верифікацію статистичних гіпотез. Прямі спостереження механізму злочинної діяльності неможливі через його абстрактний характер. Та й те, що ми спостерігаємо, скажімо, кримінальну статистику, потребує узагальнення. По суті, емпіричними даними про злочинну діяльність можливо називати лише такі відомості, які дозволяють робити узагальнення. Розглядаючи ту чи іншу закономірність, наперед можемо бути впевнені, що вона певною мірою є наближеною. Навіть досвідчені перевірки закономірностей також наближені, як і самі емпіричні дані, і ми не можемо знати всіх факторів, адже кількість їх насправді безмежна, тому необхідно робити між ними вибір. Порядок розташування факторів набагато важливіший, ніж самі чинники. Хоч і є підстави вважати, що існує певна ієрархія факторів і що між ними може бути проведено розумне упорядкування, все ж залишається проблема *retitio principii* (лат. «аргументи, засновані на положеннях, які самі потребують доказів»).

Необхідні (найчастіше причинні) зв'язки, закони функціонування цілого переплітаються з випадковими факторами впливу, що проявляються через такі випад-

ковості. Звідси настання того чи іншого наслідку, що є результатом перехрещення, зіткнення необхідних і випадкових зв'язків, набуває імовірнісного характеру. Тим більше, що в механізмі злочинної діяльності, поряд з одно-однозначними, мають місце й одно-багатозначні та багато-багатозначні детермінації [20, с. 35–36]. Тому потрібно використовувати імовірнісні формулювання типу: за взаємного відношення таких-то змінних факторів спостерігається, імовірно, така-то закономірність [21, с. 14]. По суті, маємо справу з рівнянням. У принципі, воно вважається вирішеним, коли знаходиться кінцеве число відомих залежностей. Однак ми завжди можемо або повинні прагнути дізнатися про дещо невідому закономірність. Головне полягає не в тому, щоб просто створювати нові комбінації з наявних факторів, а в тому, щоб не будувати безкорисних. Кілька факторів у взаємозв'язку один з одним утворюють стійкі з'єднання – залежності. Один зв'язок можемо помітити, виділити, абстрагувати від інших. Наступний зв'язок можемо «вирахувати», виходячи з аналізу первинного зв'язку, і т. д. Зміна одного або декількох елементів впливає на інші. Ідеться про ситуації «мінливої інтенсивності взаємовідносин» [22, с. 11].

Мабуть, тут найбільш необхідне апріорне знання масовидної практики злочинної діяльності у сфері господарювання, відтак інтуїція дослідника відіграє не останню роль. Завдяки їй ми відгадуємо приховані гармонії, співвідношення, зв'язки.

Таким чином, механізм злочинної діяльності у сфері господарювання являє собою мережу причинно-наслідкових відносин. Можливе число взаємозалежностей може не витримати «навантажень» числа варіативних факторів. Однак методологія дослідження не повинна перевищувати можливостей «середньої» людини для розуміння того, «як це було зроблено». Тому перебіг дослідження повинен відповідати логіці: від організованої складності – до організованої простоти. Одна крайність – це «чиста методологія» як «піднесений відхід» від реальності, крайність інша – приземленість. Цілком природно, компроміс призводить до втрат певних основних елементів (наприклад, градації мотивів злочинів та ін.). Ця обставина, мабуть, не може знизити цінність загальних моделей механізму злочинної діяльності, якщо вони (моделі) дійсно універсальні [3, с. 163–164].

Висновки. До реальних шляхів вирішення проблеми формування «базової» моделі механізму злочинної діяльності у сфері господарювання варто віднести виконання таких принципових умов: 1) коли є вихідна теоретична модель механізму злочинів у сфері господарювання, дослідження якої призведе до планованого результату – криміналістичної характеристики; 2) коли можливо зібрати емпіричні дані, що відповідають вимогам релевантності та репрезентативності; 3) коли сформульована мета – побудувати ієрархічну систему версій, що дозволяє зрозуміти основні закономірності механізму злочинної діяльності у сфері господарювання; 4) коли висунуті гіпотези про існування системоутворювальних чинників; 5) коли існує можливість провести перевірку й верифікацію статистичних гіпотез.

Література

1. Бахин В.П. Следственная практика: проблемы изучения и совершенствования / В.П. Бахин. – К., 1991. – 132 с.
2. Каминский М.К. Что есть, что может быть и чего быть не может для системы «Криминалистика» / М.К. Каминский // Вестник криминалистики. – 2002. – Вып. 1 (3). – С. 8–14.

3. Лубин А.Ф. Механизм преступной деятельности. Методология криминалистического исследования / А.Ф. Лубин. – Н. Новгород, 1997. – 334 с.
4. Могутин Р.И. Метод формирования информационной модели преступления (криминалистической характеристики) на основе единой базы данных / Р.И. Могутин // Вестник криминалистики. – 2006. – Вып. 2 (18). – С. 33–42.
5. Батороев К.Б. Аналогии и модели в познании / К.Б. Батороев. – Новосибирск, 1981. – 320 с.
6. Кустов А.М. Теоретические основы криминалистического учения о механизме преступления / А.М. Кустов. – М. : Академия МВД России, 1997. – 227 с.
7. Корноухов В.Е. О структуре методик по расследованию преступлений / В.Е. Корноухов // Вестник криминалистики. – 2004. – Вып. 2 (10).
8. Егоров В.А. Криминалистические модели экономических преступлений в кредитно-финансовой сфере / В.А. Егоров. – Саратов : СЮИ МВД России, 1999. – 220 с.
9. Герасимов И.Ф. Общие положения методики расследования преступлений. Глава 26 / И.Ф. Герасимов // Криминалистика / под ред. И.Ф. Герасимова, Л.Я. Драпкина. – М., 1994. – 333 с.
10. Лубин А.Ф. Криминалистическая характеристика преступлений в сфере экономики: понятие, формирование, использование : [учебное пособие] / А.Ф. Лубин. – Н. Новгород : НВШ МВД СССР, 1991.
11. Лубин А.Ф. Методология криминалистического исследования механизма преступной деятельности : дисс. ... докт. юрид. наук / А.Ф. Лубин. – Н. Новгород, 1997. – С. 187–188.
12. Криминалистика. Расследование преступлений в сфере экономики / под ред. А.Ф. Лубина. – Н. Новгород, 1995. – 400 с.
13. Лопашенко Н.А. Экономическая преступность: понятие, состояние, проблемы борьбы / Н.А. Лопашенко // Вопросы квалификации и расследования преступлений в сфере экономики : сборник научных статей / под ред. Н.А. Лопашенко, В.М. Юрина, А.Б. Нехорошева. – Саратов : СЮИ МВД России, 1999.
14. Корноухов В.Е. О структуре методик по расследованию преступлений / В.Е. Корноухов // Вестник криминалистики. – 2004. – Вып. 2 (10).
15. Расследование экономических преступлений : [учебно-методическое пособие] / под ред. С.Ю. Журавлева, В.И. Каньгина. – М. : ЦОКР МВД России, 2006. – 568 с.
16. Каминский М.К. Криминалистическое руководство для стажеров службы ВХСС : [учебное пособие] / М.К. Каминский, А.Ф. Лубин. – Горький : ГВШ МВД СССР, 1987.
17. Белкин Р. Модное увлечение, или новое слово в науке (еще раз о криминалистической характеристике преступлений) / Р. Белкин, И. Быховский, А. Дулов // Социальная законность. – 1987. – № 9. – С. 50–58.
18. Ратинов А.Р. Следственные версии. Криминалистическое исследование / А.Р. Ратинов. – М., 1976. – 116 с.
19. Трофимов А.М. Мысленный эксперимент в деятельности следователя / А.М. Трофимов // 50 лет Союза ССР и актуальные проблемы развития Советского государства и права. – Волгоград, 1974. – С. 241–246.
20. Акофф Р. О целеустремленных системах / Р. Акофф, Ф. Эмери. – М., 1974. – 272 с.
21. Рассел Б. Человеческое познание, его сфера и границы / Б. Рассел. – М., 1957. – 24 с.
22. Саати Т. Аналитическое планирование. Организация систем / Т. Саати, К. Керне. – М., 1991. – 224 с.

Анотація

Комісарчук Р. В. Криміналістична модель механізму злочинної діяльності у сфері господарської діяльності: поняття та умови формування. – Стаття.

Статтю присвячено висвітленню основ криміналістичного аналізу механізму злочинної діяльності у сфері господарської діяльності. Означено реальні шляхи вирішення проблеми формування «базової» моделі механізму злочинної діяльності на основі виконання п'яти принципових умов.

Ключові слова: методика розслідування злочинів, криміналістичне моделювання, криміналістичний аналіз, механізм злочину, злочини у сфері господарської діяльності.

Аннотация

Комисарчук Р. В. Криминалистическая модель механизма преступной деятельности в сфере хозяйственной деятельности: понятие и условия формирования. – Статья.

Статья посвящена освещению основ криминалистического анализа механизма преступной деятельности в сфере хозяйствования. Отмечены реальные пути решения проблемы формирования «базовой» модели механизма преступной деятельности на основе выполнения пяти принципиальных условий.

Ключевые слова: методика расследования преступлений, криминалистическое моделирование, криминалистический анализ, механизм преступления, преступления в сфере хозяйственной деятельности.

Summary

Komisarchuk R. V. Criminalistic model of the mechanism of criminal activity in the sphere of economic activity: the concept and conditions of formation. – Article.

The article is devoted to the coverage of the basics of criminal analysis of the mechanism of criminal activity in the sphere of management. Real ways of solving the problem of forming the “basic” model of the mechanism of criminal activity are noted on the basis of the fulfilment of five fundamental conditions.

Key words: methods of crime investigation, forensic modelling, forensic analysis, mechanism of crime, crimes in the sphere of economic activity.

УДК 340.1

Я. П. Любченко

СУТНІСТЬ АЛЬТЕРНАТИВНИХ СПОСОБІВ ВИРІШЕННЯ ПРАВОВИХ СПОРІВ

Постановка проблеми. Альтернативні способи вирішення спорів (далі – ADR) успішно використовуються в зарубіжних державах, демонструють значні результати під час розв'язання правових спорів та допомагають розвантажити національні суди. Для ефективного використання ADR в Україні необхідно не лише формально запровадити такі способи на законодавчому рівні, а й розуміти їх зміст та сутність. У зв'язку із цим актуальним видається дослідження кожного елемента ADR.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемою ADR займалися такі науковці: A. Rau, A. QC, B. Daily, F. Steffek, G. Kaufman-Kohler, G. Born, G. de Palo, H. Brown, J. Collier, J. Merrills, K. Hopt, M. Trevor, S. Blake, T. van den Hout, V. Lowe та ін.

Питання, що стосуються системи альтернативного вирішення спорів, порушують також у працях вітчизняних науковців: Ю. Білоусова, Н. Бондарено-Зелінської, О. Брижинського, Д. Давиденка, С. Довгуника, В. Дручека, Г. Єрмоєнко, І. Захар'ящевої, В. Кабанець К. Канишевої, О. Карягіної, Ю. Коляснікової, В. Коротенка, А. Комбікова, А. Кузбагарова, С. Маркова, М. Меднікової, Л. Момот, О. Носиревої, Ю. Притики, Д. Проценко, В. Рекуна, А. Свінціцького, О. Скворцова, Ю. Сліпченко, О. Спектор, О. Сушинського, І. Терещенко, О. Угриновської, Г. Ульянової, Т. Худякова та ін.

Метою статті є розкриття змісту ADR через їхні елементи.

Виклад основного матеріалу дослідження. Для розуміння поняття ADR вважаємо необхідним дослідити значення кожного зі слів та їхнє змістове навантаження.

«Альтернативні»

Держава та державні суди століттями визнаються чи не єдиними доступними інструментами, які забезпечують доступ громадян до правосуддя. Монополія держави у галузі вирішення спорів існує виходячи з теорії поділу влади, відповідно до якої суди мають право вирішувати будь-які спори, що є правовими згідно із законодавством певної країни. Коли держава не здатна забезпечити правове вирішення спорів, яке було б задовільним для більшості громадян, виникає необхідність в альтернативних методах [1, с. 20].

На жаль, ситуація у багатьох країнах є незадовільною: суди сприймаються громадянами як затратні, довготривалі та такі, які роблять багато помилок [2, с. 739–740]. Державні суди стають все більш неефективними та нездатними запропонувати вирішення для великої кількості спорів, які виникають у суспільстві. За останні десятиліття ми стали свідками розгалуженості абсолютної влади державних судів у правовому житті громадян. Водночас зростає відчуття нездатності забезпечити членів суспільства швидкими, ґрунтовними та доступними способами вирішення їхніх суперечок.

В Оксфордському словнику «альтернативний» визначається через вибір між двома можливостями, одна з яких виключає іншу, або вибір однієї можливості з багатьох. Прикметник «альтернативний» може мати багато значень. У контексті ADR він означає «кардинально протилежний (дзеркальний) до судового вирішення спору».

Важливо звернути увагу, що незважаючи на те, що системи судового та альтернативного вирішення спорів відрізняються одна від одної, це не підтверджує наявності змагальності між ними. ADR не може протистояти судовому процесу, оскільки останній є загальноприйнятим інституційним методом вирішення правових спорів. Судова гілка влади – невід’ємна структурна одиниця держави. Судова влада виконує функцію, покладену на неї державою, а саме нагляд за публічним порядком у суспільстві. Судова влада є відповідальною за дотримання публічних норм та стандартів на благо суспільства. Жодна приватна система вирішення спорів не здатна замінити судовий процес або виконувати функції судової влади. ADR є лише додатковим варіантом, яким можуть скористатись зацікавлені суб’єкти у зв’язку зі зростанням навантаження на судову гілку. Водночас ADR стимулюють національні суди до розвитку та поліпшення надання послуг і доступу до правосуддя, адже саме ADR орієнтуються на ринок послуг, тобто створюють пропозицію надання послуг, адекватну попиту, упроваджують нові правила, умови, стандарти та підвищують кваліфікацію третіх осіб, які розглядають спори.

«Способи»

Країною-засновником ADR вважаються США. Термін, який аналізується у цій статті (alternative dispute resolution), в оригіналі не містить посилання на те, чи це є «способи», «форми», «засоби», «процедури» чи «методи». Однак у зарубіжній літературі ADR визначаються як «methods», що перекладається як «методи, способи, засоби, процедури». Це питання не є базовим для дослідження, тому вважаємо, що способи, форми, методи, процедури та засоби виражають конкретно в цьому випадку одне й те ж саме, адже в літературі не визначено інших змістовних навантажень стосовно вирішення спорів. Щодо того, що всі ADR відносяться до однієї групи, немає суперечок серед науковців. Дискусії існують лише стосовно кількості ADR у зв’язку з різною правовою традицією країн.

Думка автора [3], що найбільш вдалим перекладом загальновизнаного іноземного терміна «alternative dispute resolution» є «альтернативні способи вирішення спорів», видається правильною. Також погоджуємось, що формулювання «альтернативні способи» та «альтернативні методи» вирішення спорів можливо вживати як синонімічні. Кожне зі згаданих понять передбачає застосування прийому або системи прийомів уповноваженими на те особами (арбітром, медіатором, іншими третіми сторонами) з єдиною метою – вирішити спір.

«Конфлікт» та «спір»

Треба звернути увагу на те, що як у вітчизняній юридичній літературі, так і в іноземних джерелах для розкриття змісту ADR використовується не лише поняття «спір», а й поняття «конфлікт». У зв’язку із цим поряд із словосполученням «вирішення спорів» вживається термін «урегулювання конфліктів». Із цього приводу варто зазначити, що за визначенням, наданим Великим енциклопедичним словни-

ком, під конфліктом (від лат. «conflictus» – «зіткнення») розуміється зіткнення сторін, думок, сил [4, с. 625].

Юридичний словник «Burtons legal dictionary» визначає конфлікт та спір як синоніми: це суперечка, бути проти чогось, бути в опозиції тощо. Словник із вирішення спорів підтримує цю тезу та визначає конфлікт і спір як розбіжність, вираження або прояв стану несумісності [5, с. 114]. Водночас інші дослідники цілком переконані у кардинальній відмінності цих понять. Наприклад, на думку Дж. Бертона, спір включає інтереси сторін, які можуть бути предметом обговорення, тоді як конфлікти містять принципові позиції, які не можуть бути погодженими, питання, за якими неможливо прийти до компромісу [6].

Ми погоджуємось, що конфлікт є більш складним явищем, але не визнаємо, що він не може бути вирішений. Юридичний словник «Black's Law Dictionary» визначає, що спір – це конфлікт, або протиріччя, особливо такий, що має наслідком позов. Словник швейцарської арбітражної асоціації визначає спір як суперечку із приводу питання, яке є арбітрабельним, тобто яке може бути вирішене третьою стороною (входить до його компетенції). Цей словник не містить поняття «конфлікт» [7, с. 17].

Інші автори зазначають, що конфлікт є протиріччям між людьми або групами людей, і він не завжди має юридичний характер. Спір натомість є зовнішнім і формальним виявом конфлікту: сторони висувують взаємні претензії або ж одна сторона заявляє про своє право та висуває певну вимогу, а інша заперечує наявність у першої такого права і відмовляється задовольняти відповідну вимогу [3; 8]. З такою позицією також не можемо погодитись, адже вона відображає лише фрагментарне бачення авторів (дефініції юридичного конфлікту та спору) та не передбачає ситуацій, де конфлікт не супроводжується спором або навпаки.

На нашу думку, термін «конфлікт», перебуваючи під впливом предмета та методу відповідної галузі науки, набув різнопланового значення. Так, у філософії конфлікт розглядається як крайній випадок загострення протиріччя [9, с. 55]. Водночас психологічний словник визначає конфлікт як протиріччя, що важко вирішити, оскільки воно пов'язане з гострими емоційними переживаннями [10]. Розглядаючи «спір» і «конфлікт» як синоніми, Д. Давиденко наголошує на тому, що конфлікт насамперед – це поняття філософське, соціологічне, психологічне, що означає протиріччя між особами або їх групами. Причому таке протиріччя не обов'язково має юридичний характер. Спір же, зокрема, є зовнішнім і формальним проявом конфлікту, коли сторони висувують взаємні претензії одна одній або одна зі сторін заявляє іншій про своє право і формулює певні вимоги, а інша заперечує наявність у першої сторони такого права і відмовляє в задоволенні цієї вимоги. Отже, конфлікт є більш широким поняттям, ніж спір [8]. Різницю у дефініціях можливо частково пояснити різним застосуванням термінів різними галузями науки. Соціальні науки частіше використовують поняття «конфлікт» (conflict), тоді як юридична наука використовує поняття «спір» (dispute). Наука не зійшлась на одному і тому самому терміні. Конфлікт зазвичай на рівні інтуїції уявляється як такий, що включає більшу кількість суб'єктів, аніж спір, є більш затяжним та має серйозніші наслідки. Соціальні науки включають такий підрозділ, як «вирішення конфліктів», тоді як галузь права включає підрозділ «вирішення спорів» [11].

У зв'язку із тим, що ADR формувались по всьому світу окремо в різних країнах, вони мають різний ступінь розвитку, різне правове регулювання, різне визначення того, які процеси можна віднести до ADR. Англія та США мають багату історію застосування ADR, тоді як Україна не має належного законодавчого регулювання ADR, закону про медіацію, але має протиріччя в законодавстві та відсутність єдиної юридичної позиції щодо міжнародного арбітражу та третейських судів.

Показовим є те, що аббревіатуру ADR інколи розшифровують як «Appropriate Dispute Resolution», тобто сама концепція альтернативного вирішення спорів стала поступово трансформуватися в концепцію адекватного вирішення спорів. Таким чином, традиційна судова система вже не протиставляється іншим способам вирішення спорів, а навпаки, включена у загальний спектр процедур вирішення спорів, одночасно зберігаючи свою унікальність для сторін як останньої інстанції в пошуку справедливості. Альтернативне вирішення спорів – це не лише спосіб забезпечення доступу до правосуддя для громадян, але також механізм, який допомагає зберегти державні кошти. У будь-якому разі популярність ADR у всьому світі говорить на користь ідеї правосуддя, яка намагається відповідати складним, гнучким та мінливим соціальним реаліям, у яких ми живемо [12, с. 4–5].

На сьогодні пошук нових механізмів вирішення спорів за рамками традиційних державних судів є безперервним у багатьох правових системах світу, у яких звернення до альтернативного вирішення спорів стає все частішим. ADR спершу сприймалися як альтернатива державним судам, але сьогодні зрозуміло, що альтернативні способи вирішення спорів є доповненням до судової системи [12, с. 7].

ADR не претендують на вирішення всіх спорів, які виникають у суспільстві. Навпаки, тільки суди мають право вирішувати будь-які спори. Держава самостійно визначає у власному законодавстві, які спори підлягають вирішенню виключно судами, а які можуть бути передані на вирішення за допомогою альтернативних способів.

У різних країнах за допомогою ADR зазвичай можуть вирішуватись комерційні спори (міжнародні та/або внутрішньонаціональні), зокрема банківські та фінансові, інвестиційні, щодо прав споживачів, страхові, туристичні, енергетичні, із приводу будівництва, телекомунікаційні, повітряні та авторського права, стосовно неправомірної конкуренції, корпоративні, трудові, спортивні, із приводу здоров'я, щодо питань, які є суспільно важливими, сімейні та ін.

У науці не існує єдиного визначення ADR [13, с. 5; 14, с. 2]. Науковці та практики не можуть дійти спільної думки у зв'язку з тим, що включають різні способи вирішення спорів до складу поняття. Деякі вчені не вирізняють арбітраж як альтернативний спосіб вирішення спорів через його обов'язковість для сторін. Інші науковці зазначають, що переговори не є ADR, оскільки під час переговорів присутні юристи сторін та відсутня третя сторона (арбітр, медіатор).

Словник Блека [15] визначає ADR як процедуру для вирішення спорів іншими способами, відмінними від судового. Зокрема, такими як медіація та арбітраж.

Словник швейцарської арбітражної асоціації визначає ADR так: 1) у Європі – не обов'язкове дружнє вирішення спору третьою стороною; не включає арбітраж; 2) у США – будь-яке вирішення спору, яке включає третю сторону, за винятком судового процесу, включаючи арбітраж [7].

Інший юридичний словник визначає ADR як об'єднувальний термін, що описує методи, які сторони можуть використовувати, окрім судового, включаючи переговори, медіацію та багато видів арбітражу [16]. Один із найвідоміших електронних словників визначає ADR як спосіб вирішення спору не звертаючись до суду [17].

Поширеною помилкою вітчизняних науковців є визначення ADR досудовими способами вирішення спорів. Наприклад, таку ідею мають проекти Господарського процесуального кодексу, Цивільного процесуального кодексу та Кодексу адміністративного судочинства (від 23 березня 2017 р. № 6232). Багато спорів взагалі ніколи не вирішуються в національних судах, наприклад, у зв'язку з тим, що міжнародним правом передбачено вирішення їх за допомогою переговорів та арбітражу. Тому помилкою є зазначати, що ADR застосовується на етапі досудового врегулювання спорів.

Науковець Н. Вознюк зауважує, що альтернативні способи вирішення господарсько-правових спорів – це засоби несудового впливу на спір, що виникає у процесі здійснення господарської діяльності, метою яких є усунення суперечностей між сторонами, його розв'язання або мінімізація негативних наслідків для учасників за мінімальних витрат часу і коштів [18]. З таким визначенням не можемо погодитись, адже третя сторона не впливає на спір, а допомагає його вирішити, базуючись на згоді сторін та використовуючи правила, які сторони між собою погодили. Більше того, не завжди ADR є менш затратними, ніж судові спори, – усе залежить від складності спору.

Учений Г. Севастьянов запропонував вважати альтернативним вирішенням спорів погоджений вибір (застосування), виходячи з конкретної ситуації, наявного (медіація, третейський розгляд тощо) або спільного моделювання власного найбільш ефективного недержавного способу вирішення спору чи врегулювання правового конфлікту способом, не забороненим законом, для досягнення необхідного правового результату (установлення суб'єктивних прав та обов'язків сторін) [19, с. 98]. З таким визначенням також важко погодитись, адже правовий результат не завжди пов'язаний з установленням суб'єктивних прав та обов'язків сторін. Це дуже спрощене визначення результату вирішення спору. Адже, окрім прав та обов'язків сторін, ADR також можуть розглядати питання банкрутства, порушення публічного порядку, забезпечувальних заходів та ін.

Представник Одеської школи права З. Красіловська зазначає, що вирішення спорів – це застосування (наприклад, третейським судом) правових норм і винесення обов'язкового для сторін рішення, яке ґрунтується на законодавстві та інших можливих джерелах права. Метод «вирішення спору» застосовується у разі звернення до таких способів альтернативного вирішення спору, як третейський розгляд і міжнародний комерційний арбітраж. На відміну від «вирішення спору», метод «врегулювання конфлікту» заснований на досягненні компромісу шляхом ведення конструктивних переговорів сторонами самостійно або за сприяння незалежного спеціаліста (посередника, медіатора та ін.). У результаті «врегулювання конфлікту» сторони доходять компромісу – укладають угоду про врегулювання конфлікту, яка за своєю природою переважно є новим цивільно-правовим договором (новацією). У разі використання методу «вирішення спору» проблема вирі-

шується стосовно наявних прав і обов'язків сторін (правовідносин сторін), а в разі «врегулювання конфлікту» сторони прагнуть узгодити свої інтереси і досягти взаємоприйняттого вирішення конфлікту. Таким чином, вирішення спору і врегулювання конфлікту є принципово різними методами, які використовуються в альтернативному вирішенні спорів [20].

Із цією позицією не можемо погодитись, адже, по-перше, в ADR існує практика вирішення спору за допомогою принципу *ex boni et aequi* (добра і справедливості), який застосовується у міжнародному арбітражі. Це передбачено багатьма регламентами різних арбітражних інституцій і означає, що арбітр не зв'язаний нормами процесуального права та може вирішити спір за допомогою принципу *ex boni et aequi*. По-друге, автор у своїй статті не проводить різниці між спором та конфліктом, тому не зрозуміло, чому арбітраж та третейський суд вирішують спори, а медіація розв'язує конфлікти. Спір між двома компаніями може бути вирішений як за допомогою переговорів, медіації, так і за допомогою арбітражу. По-третє, укладення угоди про врегулювання конфлікту не є характерною ознакою медіації. Для вирішення спору за допомогою арбітражу сторони також повинні укласти арбітражну угоду або арбітражне застереження.

Враховуючи вищезазначене, надаємо авторське визначення альтернативних способів вирішення спорів: це система, яка надає сторонам широкий спектр вибору альтернативних судовому процесу способів вирішення спору: від необов'язкових (переговорів) до обов'язкових для сторін, що дозволяє самостійно визначити правила ведення процесу, застосовуване право, мову, місце розгляду, а також третю сторону, кваліфіковану в конкретній галузі.

Висновки. Для розуміння значення ADR, а також того, яким чином можна ефективно впровадити їх у національні системи права, треба розуміти змістове навантаження кожного елемента ADR, враховувати особливості національних правових систем, історію розвитку та систему права держав. У науці відсутнє єдине визначення ADR у зв'язку з тим, що науковці відносять різні способи вирішення спорів до ADR, а це впливає на їх ознаки, принципи і, як наслідок, визначення. Однак такий підхід науковців не заперечує існування системи ADR. Альтернативні способи вирішення спорів покликані розвантажити національні суди та надати сторонам спору широкий вибір способів та правил його вирішення.

Література

1. Paulsson J. Arbitration in Three Dimensions / J. Paulsson // Society and Economy Working Papers. – 2010. – № 2. – P. 20 [Electronic resource]. – Access mode : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536093.
2. Richman B. Norms and Law: Putting the Horse before the Cart / B. Richman // Duke Law Journal. – 2012. – № 62. – P. 739–740.
3. Поліщук М. Медіація як спосіб вирішення цивільно-правових спорів : дис. ... канд. юрид. наук / М. Поліщук. – К., 2017. – 225 с.
4. Большой энциклопедический словарь / под ред. А. Прохорова. – М. : Советская энциклопедия, 1993. – 1628 с.
5. Yarn D. Dictionary of Conflict Resolution / D. Yarn. – San Francisco : Jossey-Bass, 1999. – P. 114.
6. Burton J. Conflict Resolution as a Political Philosophy / J. Burton // Conflict Resolution Theory and Practice: Integration and Application. – Manchester ; N. Y. : Manchester University Press, 1993.

7. Glossary of Arbitration and ADR Terms and Abbreviations. – Geneva : Swiss Arbitration Association, 2009. – 48 p.
8. Давыденко Д. Вопросы юридической терминологии в сфере «альтернативного разрешения споров» / Д. Давыденко // Третейский суд. – 2009. – № 1. – С. 40–53.
9. Философская энциклопедия : в 5 т. / под ред. Ф. Константинова. – М. : Советская энциклопедия, 1960–1970. – Т. 3. – 1964. – С. 55.
10. Психологічний словник / за ред. В. Давидова, А. Запорожця, Б. Ломова та ін. – М. : Педагогіка, 1983.
11. Deutsch M. The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice / M. Deutsch, P. Coleman. – San Francisco : Jossey-Bass, 2000.
12. Barona-Vilar S. ADR Mechanisms and Their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends / S. Barona-Vilar, C. Esplugues Mota. – 2014 [Electronic resource]. – Access mode : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2403142.
13. Blake S. A practical approach to alternative dispute resolution / S. Blake, J. Browne, S. Sime. – Oxford : Oxford University press, 2014. – 595 p.
14. Brown H. ADR: principles and practice / H. Brown, A. Marriot. – London : Thomson Reuters, 2011. – 868 c.
15. Black's Law Dictionary. – 9th ed. – 2009. – 1920 p.
16. [Electronic resource]. – Access mode : [http://www.nolo.com/dictionary/alternative-dispute-resolution-\(adr\)-term.html](http://www.nolo.com/dictionary/alternative-dispute-resolution-(adr)-term.html).
17. [Electronic resource]. – Access mode : <https://www.translegal.com/legal-english-dictionary/alternative-dispute-resolution>.
18. Вознюк Н. Альтернативні способи вирішення господарсько-правових спорів / Н. Вознюк. – 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/urykr_2013_10_15.pdf.
19. Севастьянов Г. Концепция частного процессуального права (права альтернативного разрешения споров) / Г. Севастьянов // Третейский суд. – 2009. – № 1. – С. 25–32.
20. Красіловська З. Альтернативні способи вирішення спорів у сфері державного управління: поняття та сутність / З. Красіловська. – 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/dums_2015_1_18.

Анотація

Любченко Я. П. Сутність альтернативних способів вирішення правових спорів. – Стаття.

У статті визначено сутність альтернативних способів вирішення правових спорів та їх місце у системі вирішення спорів. Також досліджено застосування таких термінів: «альтернативний», «конфлікт», «спір», «способи», «методи».

Ключові слова: арбітраж, медіація, альтернативні способи вирішення спорів, правосуддя, конфлікт, спір.

Аннотация

Любченко Я. П. Сущность альтернативных способов разрешения правовых споров. – Статья.

В статье определена сущность альтернативных способов разрешения правовых споров и их место в системе разрешения споров. Также исследовано использование таких терминов: «альтернативный», «конфликт», «спор», «способы», «методы».

Ключевые слова: арбитраж, медиация, альтернативные способы разрешения споров, правосудие, конфликт, спор.

Summary

Liubchenko Ya. P. The essence of alternative dispute resolution. – Article.

The article explores the essence of alternative dispute resolution and place of ADR in the system of dispute resolution. Author examine application of such terms: “alternative”, “conflict”, “dispute”, “methods”.

Key words: arbitration, mediation, alternative dispute resolution, justice, conflict, dispute.

УДК 342. 92

Г. В. Медвідчук

АНАЛІЗ СУТНОСТІ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН НА ПРИКЛАДІ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ ІЗ ПРАВ ЛЮДИНИ

Постановка проблеми. Сутність адміністративно-правових відносин все частіше стає предметом досліджень, оскільки визначивши ті чи інші відносини адміністративними, можливо зрозуміти, яке законодавство регулює відносини, які є способи захисту в разі порушення прав у відповідних правовідносинах.

Оскільки в Україні довгий час адміністративне право взагалі не розвивалось або відрізнялось від сучасного розуміння, необхідно створювати модель, за якою головною функцією адміністративного права буде забезпечення та додержання прав і свобод органами публічної адміністрації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання правової природи адміністративних відносин досліджували такі науковці: В.Б. Авер'янов, Ю.М. Козлов, Л.В. Коваль, Т.О. Коломєць, В.М. Панов та ін.

Метою статті є розкриття сутності адміністративно-правових відносин на прикладі рішень Європейського суду із прав людини. Відповідно до мети у статті вирішуються такі завдання: характеристика рішень Європейського суду із прав людини, їх аналіз із погляду основних ознак адміністративно-правових відносин, виявлення основних проблемних питань розуміння адміністративно-правових відносин.

Виклад основного матеріалу дослідження. Якщо українськими науковцями буде визначено сутність адміністративно-правових відносин, їх види, суб'єкти, критерії розмежування адміністративно-правових відносин з іншими видами публічно-правових та приватноправових відносин, якщо буде досягнута єдина позиція стосовно зазначених питань, то будуть заповнені прогалини, а також вирішені проблемні питання як у доктрині адміністративного права, так і на практиці вирішення спорів.

Зародження громадянського суспільства спричинило виникнення питань щодо зв'язків держави із громадянами. Якщо така співпраця займає основне місце у діяльності, функціонуванні держави, то й рівень демократії у суспільстві високий. Конституція України так і визначає: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави» [1, с. 3]. Саме тому органи публічної адміністрації повинні спрямовувати свою діяльність на ефективний захист і додержання прав та свобод людини, що визнається Конституцією України як найвищою соціальною цінністю. Переосмислення діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування, суб'єктів делегованих повноважень як органів, що здійснюють сервісно-публічні функції, а не лише

функції управління, допоможе більше наблизитись до моделі демократичного суспільства.

Зміст адміністративно-правових відносин можливо розглянути та дослідити через призму аналізу рішень Європейського суду із прав людини. Відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду із прав людини» рішення є обов'язковим для виконання Україною відповідно до ст. 46 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод [2]. Частина 1 ст. 46 Конвенції передбачає, що високі Договірні Сторони зобов'язуються виконувати остаточні рішення суду в будь-яких справах, у яких вони є сторонами [3].

Проаналізувавши рішення Європейського суду із прав людини проти України, можливо зазначити про велику кількість заяв, поданих до суду проти органів державної влади, органів місцевого самоврядування про визнання незаконними рішень відповідних органів.

Багато судових рішень прийнято на підставі порушення ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, яка полягає у праві на справедливий суд.

Велика кількість рішень, прийнятих проти України, суб'єктами якої є органи державної влади, органи місцевого самоврядування, указує на неправильне розуміння призначення адміністративно-правових відносин, що полягає у виконанні сервісно-публічних функцій, коли державні органи, органи місцевого самоврядування повинні реалізовувати надані їм Конституцією та законами України повноваження, враховуючи права осіб на справедливий розгляд їх справ. Надзвичайно важливою є практика Європейського суду із прав людини з розгляду саме адміністративних справ, оскільки в такому разі можемо побачити, як рідко адміністративні або загальні суди приймають рішення не на користь державних органів.

Прикладом ухвалення рішень на користь державних органів є справа «Веренцов проти України» про доступ особи до мирних зібрань. Обставини справи полягали в тому, що заявник від імені громадської організації повідомив міського голову м. Львова про намір проводити у конкретний період пікетування перед приміщенням прокуратури Львівської області. Метою пікетування було привернути увагу до питання корупції в органах прокуратури. Виконавчий комітет Львівської міської ради звернувся до Львівського окружного адміністративного суду з позовною заявою про заборону пікетування. Під час мирного зібрання перед приміщенням прокуратури працівники міліції наказали учасникам пікетування не наблизатися до приміщення ближче ніж на п'ять метрів від будинку, що змусило б демонстрантів стояти на дорозі та перешкоджати руху транспорту. Поговоривши із працівниками міліції, вони перетнули дорогу та розмістились на газоні на протилежному боці, але працівники міліції сказали демонстрантам, що на газоні стояти не можна, тобто вони знову мали стати на дорогу, перешкоджаючи руху транспорту. Також працівники міліції намагалися примусово провести заявника до відділу міліції.

Львівський окружний адміністративний суд задовольнив позов виконавчого комітету Львівської міської ради про заборону проведення пікетування громадською організацією, членом якої був заявник. Постанову було оскаржено. Праців-

ники міліції звинуватили заявника у вчиненні адміністративних правопорушень, зокрема у злісній непокорі законним вимогам працівників міліції та порушенні порядку організації і проведення пікетування.

Також заявнику було відмовлено у допущенні адвоката до приміщення відділку міліції, його помістили до камери, залишили без їжі до вечора наступного дня. Під час судового засідання суд відхилив клопотання заявника щодо представництва його інтересів захисником за його вибором на тій підставі, що заявник сам є правозахисником і може захищати себе самостійно. Клопотання заявника щодо виклику та допиту свідків і перегляду відеозапису, зробленого під час пікетування, було також відхилено судом.

Своєю постановою від тієї самої дати суд визнав заявника винним у вчиненні адміністративних правопорушень і на підставі відповідних положень Кодексу України про адміністративні правопорушення призначив заявникові покарання у вигляді трьох діб адміністративного арешту.

Заявник оскаржив постанову суду. У своїй апеляційній скарзі він зазначав, що його було визнано винним, незважаючи на те, що він не вчиняв зазначених правопорушень. Заявник зауважив, що за ст. 39 Конституції України демонстрації можуть проводитись за умови сповіщення державних органів, а обмеження реалізації цього права можуть встановлюватись тільки судом. Отже, для цих заходів дозволу не вимагається. Він також зауважив, що двічі повідомляв міську раду про зазначені збори, але на час їх проведення не було судового рішення про заборону. Також він скаржився на те, що суд першої інстанції порушив його право на захист, оскільки не дозволив його захиснику взяти участь у розгляді справи на тій підставі, що заявник є правозахисником, а відтак здатний захищати себе сам.

Апеляційний суд Львівської області розглянув апеляційну скаргу заявника у присутності його захисника та відхилив її. Суд узагальнив висновки суду першої інстанції та доводи, викладені в апеляційній скарзі заявника, і зазначив, що висновки суду першої інстанції щодо винуватості заявника були обґрунтовані та відповідають фактичним обставинам справи [4].

Європейський суд із прав людини у своєму рішенні визнав, що було порушено:

1. Право мати необхідний час та засоби для підготовки захисту. Заявник зазначав, що протоколи про адміністративні правопорушення були складені лише за декілька годин до судового засідання і йому не дозволили ознайомитися з будь-якими іншими матеріалами справи перед цим судовим засіданням.

2. Право на юридичну допомогу за власним вибором. Якщо заявник вважав, що він потребує юридичної допомоги і національне законодавство гарантує йому право на захисника незалежно від його власної обізнаності в юридичних питаннях, відмова національних органів задовольнити його клопотання про юридичне представництво виглядає незаконною та свавільною.

3. Право допитувати свідків або вимагати їх допиту. Заявник був єдиною особою, яку допитував суд. Висновки суду базувалися тільки на письмових свідченнях і на протоколах працівників міліції. Ані працівники міліції, ані учасники демонстрації, які були свідками подій під час демонстрації та проводили її зйомку, не викликалися та не допитувалися судом, незважаючи на клопотання заявника.

5. Обґрунтування, наведене національними судами у справі заявника. Відповідно до своєї усталеної практики, яка відображає принцип, пов'язаний із належним здійсненням правосуддя, рішення судів мають адекватно вказувати на підстави, на яких вони ґрунтуються. Суд мав взяти до уваги доводи заявника, що стосувались як фактичних, так і юридичних питань його справи. Проте національні суди, включаючи апеляційний, які вивчали письмові доводи заявника із цього питання, цілком проігнорували їх, просто зазначивши, що вони спростовуються незазначеними матеріалами справи та сукупністю доказів у справі.

З огляду на вищезазначене, можемо зробити висновок, що рішення Європейського суду із прав людини у справі «Веренцов проти України» є прикладом порушення прав людини з боку органів державної влади, а також суду, оскільки Європейський суд із прав людини визнає порушення з боку правоохоронних органів, а також національних судів, які розглядали відповідну справу. Специфіка адміністративно-правових відносин зводиться до наявності публічного інтересу, який у такому разі полягає в реалізації права осіб на мирні зібрання (однієї з форм безпосередньої демократії). На нашу думку, це основний критерій, за яким можливо визначити наявність чи відсутність адміністративно-правових відносин.

Основою публічного інтересу є об'єктивований інтерес усього суспільства, що, відповідно, не дозволяє ототожнювати публічний та державний інтерес, який є лише одним з елементів інтересу публічного. Такі категорії, як «інтереси держави», «інтереси територіальної громади», «загальнодержавні інтереси», що зустрічаються у нормативно-правових актах, є різновидами публічних інтересів [5, с. 38]. Отже, до ознак, які характеризують адміністративно-правові відносини, можливо віднести публічний інтерес. Вважаємо, що публічний інтерес – це інтерес групи осіб, соціальної спільноти, закріплений правовими нормами (у природно-правовому розумінні права), задоволення якого забезпечує дотримання прав та свобод громадян.

Відповідне рішення Європейського суду із прав людини вказує на недоліки законодавства України. У цьому випадку йдеться про нормативне регулювання проведення мирних зібрань. Адміністративно-правові відносини динамічні, вони постійно змінюються, що призводить до виникнення прогалин і неузгодженостей у законодавстві.

Адміністративно-правові відносини існують незалежно від волі законодавця, вони є надзвичайно поширеними та різноманітними. Держава повинна лише закріплювати способи регулювання, охорони та захисту цих відносин. Органи державної влади, органи місцевого самоврядування повинні реалізовувати свої повноваження для забезпечення прав людини. Прикладом цієї характерної ознаки адміністративно-правових відносин є справа «Байсаков та інші проти України».

Наприкінці 2002 р. заявники виїхали з Казахстану у зв'язку з політичним переслідуванням із боку органів влади. У 2005 р. вони прибули до України. Державний комітет України у справах національностей та міграції задовольнив клопотання заявників про надання їм статусу біженців, оскільки існували законні підстави вважати, що заявники можуть зазнати політичного переслідування в Казахстані у зв'язку з їхньою діяльністю.

Кілька провідних політичних діячів і представників бізнесу в Казахстані створили опозиційну групу. Заявники брали участь у діяльності цієї групи, надаючи їй фінансову і технічну підтримку. Проти заявників було порушено кримінальну справу за різними пунктами обвинувачення, зокрема такими, як змова на вчинення вбивства, зловживання владою і шахрайство.

У вересні 2007 р., а також у квітні і травні 2008 р. Генеральна прокуратура Республіки Казахстан надіслала чотири окремі запити про екстрадицію заявників у зв'язку із пред'явленими їм обвинуваченнями у злочинах. Згідно зі ст. 96 Кримінального кодексу Республіки Казахстан убивство карається позбавленням волі на строк від десяти до дванадцяти років, або смертною карою, або довічним позбавленням волі. Органи прокуратури Казахстану запевнили, що кримінальне переслідування заявників не пов'язане з їхніми політичними переконаннями, расовою чи етнічною належністю або віросповіданням і що вони не вимагатимуть від судів засудження першого заявника до смертної кари за злочини, у зв'язку з якими його оголошено в розшук.

19 і 21 травня 2008 р. заступник Генерального прокурора вніс до Державного комітету України у справах національностей та релігій протест, вимагаючи перегляду і подальшого скасування його рішень. Він посилався на те, що органи влади Казахстану розшукують заявників у зв'язку з обвинуваченнями у «тяжких» злочинах і що кримінальне переслідування заявників, як запевнила Генеральна прокуратура Республіки Казахстан, не пов'язане з їхніми політичними переконаннями, расовим чи етнічним походженням або віросповіданням. 30 травня 2008 р. Комітет відхилив протест і підтвердив свої попередні рішення.

17 червня 2008 р. заступник Генерального прокурора звернувся до окружного адміністративного суду м. Києва із двома окремими адміністративними позовами, вимагаючи скасування рішень Комітету від 28 березня 2006 р. Він також вимагав, щоб суд зупинив дію оскаржуваних рішень.

24 листопада 2008 р. суд відмовив прокуророві в задоволенні позовних вимог. 22 січня 2009 р. Київський апеляційний адміністративний суд залишив рішення суду першої інстанції без змін. 11 лютого 2009 р. Генеральна прокуратура України подала до Вищого адміністративного суду касаційну скаргу, результати розгляду якої невідомі.

Листом від 25 травня 2009 р. Перший заступник Генерального прокурора Республіки Казахстан надіслав заступникові Генерального прокурора України запевнення, що відповідно до Конвенції Організації Об'єднаних Націй 1984 р. проти тортур та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання заявники – у разі їхньої екстрадиції до Казахстану – не зазнають поганого поводження, що буде забезпечено справедливий судовий розгляд їхньої справи, а в разі необхідності їм буде надано належну медичну допомогу і лікування.

Уряд заявив, що було одержано запевнення Генеральної прокуратури України в тому, що не буде прийнято жодного рішення про екстрадицію заявників, доки суд не розгляне цю справу.

Європейський суд із прав людини зауважує, що, за інформацією про стан прав людини в Казахстані, є чимало достовірних повідомлень про застосування право-

охоронними органами в Казахстані катувань, про їх жорстоке поводження із затриманими, узвичаєну практику побиття та застосування сили до підозрюваних у кримінальних злочинах для отримання зізнань.

Особи, пов'язані з політичною опозицією в Казахстані, зазнавали і зазнають із боку органів влади тиску в різних його формах, який здійснюється передусім з метою покарання їх за опозиційну діяльність і перешкоджання їм у такій діяльності.

Із цього приводу Європейський суд із прав людини зауважує, що підтвердженням слів заявників про політичне переслідування їх у Казахстані слугує рішення українських органів влади про надання їм статусу біженців [6].

Проаналізувавши зазначене рішення, можливо зазначити, що Європейський суд із прав людини розглядає норми законодавства через призму прав людини, які порушені або можуть бути такими. Органи прокуратури обмежуються запитами прокуратури Республіки Казахстан, а також обіцянками не застосовувати до осіб тортур, жорстокого поводження.

Висновки. Рішення Європейського суду із прав людини створюють прецеденти, які необхідно враховувати не тільки національним адміністративним судам, а й органам державної влади, місцевого самоврядування, оскільки рішення містять чіткий аналіз норм законодавства, зокрема з погляду права. Основою взаємодії держави з особою мають бути правові відносини, які базуються на демократичному, прогресивному законодавстві. У зазначеній вище справі можемо побачити, яким чином Європейський суд із прав людини висвітлює пріоритети розгляду і вирішення справи.

Вважаємо, що основною проблемою розуміння сутності адміністративно-правових відносин є неспроможність та небажання державних органів, органів місцевого самоврядування, судів покладати в основу відповідних відносин інтереси особи.

Література

1. Конституція України / Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду із прав людини : Закон України від 5 січня 2017 р. / Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – Ст. 260.
3. Конвенція про захист прав людини й основоположних свобод : Міжнародний документ від 4 листопада 1950 р.
4. Рішення Європейського суду із прав людини у справі «Веренцов проти України» від 11 квітня 2013 р. (заява № 20372/11).
5. Мельник Р.С. Загальне адміністративне право : [навчальний посібник] / [Р.С. Мельник, В.М. Бевзенко]; за заг. ред. Р.С. Мельника. – К. : Ваіте, 2014. – 376 с.
6. Рішення Європейського суду із прав людини у справі «Байсаков та інші проти України» від 18 лютого 2010 р. (заява № 54131/08).

Анотація

Медвідчук Г. В. Аналіз сутності адміністративно-правових відносин на прикладі рішень Європейського суду із прав людини. – Стаття.

У статті досліджено значення рішень Європейського суду із прав людини для розуміння адміністративно-правових відносин. Проведено аналіз рішень Європейського суду із прав людини, зроблено висновки та висвітлено основні проблеми розуміння адміністративно-правових відносин в Україні.

Ключові слова: адміністративно-правові відносини, Європейський суд із прав людини, рішення, публічний інтерес, право.

Аннотация

Медвидчук Г. В. Анализ сущности административно-правовых отношений на примере решений Европейского суда по правам человека. – Статья.

В статье исследовано значение решений Европейского суда по правам человека для понимания административно-правовых отношений. Проведен анализ решений Европейского суда по правам человека, сделаны выводы и освещены основные проблемы понимания административно-правовых отношений в Украине.

Ключевые слова: административно-правовые отношения, Европейский суд по правам человека, решения, публичный интерес, право.

Summary

Medvidchuk H. V. Analysis of the essence of administrative-legal relations on the example of decisions of the European Court of Human Rights. – Article.

The article explores the significance of the decisions of the European Court of Human Rights for understanding administrative relations. It is conducted an analysis of the decisions of the European Court of Human Rights, conclusions are made and the main problems of understanding administrative and legal relations in Ukraine are highlighted.

Key words: administrative-legal relations, European Court of Human Rights, decisions, public interest, law.

УДК 340.114.5:340.111.5

Т. В. Михайліна

ПРАВОСВІДОМІСТЬ ЯК ВІДНОСНО НЕЗАЛЕЖНИЙ ЕЛЕМЕНТ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Постановка проблеми. Будь-якій системі властиві ознаки цілісності, ієрархічності, відокремленості від навколишніх об'єктів та водночас наявність зв'язку із зовнішнім середовищем, визначення мети та функціональної спрямованості. Усе перелічене повною мірою властиво правовій реальності, яка у теорії права стандартно представляється у вигляді умовного поділу юридичних феноменів на систему права, правову ідеологію та юридичну практику, які формують цілісну систему і перебувають у постійній функціональній взаємодії. Тим не менше, взаємозв'язок, наприклад, між правовою нормою та актом реалізації права, виникає не безпосередньо. Як проміжний елемент, кожного разу виникатиме знання відповідної норми, її розуміння та ставлення до неї (що формуватиме мотиваційну сферу), а отже, правосвідомість індивіда, групи осіб чи суспільства загалом. А оскільки позитивні трансформації у межах правової системи значною мірою зумовлені сприйняттям права та підвищенням його ролі у суспільстві, надважливим завданням видається виявлення місця та значення правосвідомості у правовій системі, що, безумовно, свідчить про актуальність теми наукового дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. До проблем розвитку правової системи загалом і до визначення функцій, видів, структури правосвідомості звертались науковці-правники різних поколінь та наукових шкіл. Так, варто згадати фундаментальні роботи Т. Огаренко, М. Цимбалюка, М. Черкас, однак інтегративні властивості правосвідомості стосовно інших елементів правової реальності в науковій літературі є майже не висвітленими.

Метою статті є обґрунтування ролі правосвідомості як відносно незалежного елемента правової системи.

Виклад основного матеріалу дослідження. З погляду загальної теорії систем можемо беззаперечно погодитись із М. Хаустовою, що поняття «правова система» дає додаткові аналітичні можливості для комплексного аналізу сутності правової сфери життя суспільства [1, с. 9], що активно реалізується науковцями-правниками з моменту формування самої конструкції правової системи з більшим чи меншим ступенем конкретизації її складників.

Еволюцію підходів до розуміння правової системи (змістову, а не хронологічну) можливо проілюструвати починаючи від її визначення як «правової організації суспільства, сукупності усіх юридичних інститутів та засобів, що існують та функціонують у державі [2, с. 251], або «сукупності усіх правових явищ, що виникають у суспільстві [3, с. 118], із включенням системи права, правової ідеології та юридичної практики [4, с. 77], або «історично зумовленої, взаємопов'язаної та взаємозалежної, ієрархічно структурованої правової цілісності, що включає право, панівну правову ідеологію, юридичну практику та правову культуру,

що здійснює регулятивний вплив на суспільні відносини для їх впорядкування» [5, с. 315–316], які дуже близькі за своїм змістовим наповненням та майже стандартним виділенням ключових компонентів. Також достатньо близьким до вищенаведених є розуміння поняття правової системи як складного державно-правового явища, що полягає у єдності інституційного, нормативного (регулятивного), ідеологічного і функціонального компонентів [6, с. 9], оскільки також відображає усі складники правової реальності з акцентом на їх групування за призначенням та місцем у правовій системі.

І нарешті, підходи до визначення правової системи останніх років характеризуються виділенням у ній, поряд із класичними, таких елементів, які раніше «розвивалися» дослідниками, включалися до інших груп. Так, згідно з Т. Огаренко, правова система є відносно самостійним, цілісним, упорядкованим соціальним утворенням правових суб'єктів (осіб, організацій, держави) й інститутів, соціально-правових відносин і процесів, власне права (норм, принципів), що ґрунтується на джерелах права, зумовлюється специфічними особливостями правосвідомості нації як результату історично-суспільної діяльності, культурного розвитку та функціонує завдяки законодавчій системі й юридичній практиці з метою забезпечення та утримання правопорядку [7, с. 8]. Легко помітити, що це визначення виділяє базовий елемент правосвідомості як такий, що зумовлює всі інші компоненти правової реальності. Визнаючи переваги наведеного вище підходу, звернімося до ролі правосвідомості та її місця у функціональній єдності складників правової системи, тим більше що теорія правосвідомості, будучи загальноновизнаною та фундаментально розробленою, зі стрімким розвитком суспільних відносин та тенденціями глобалізації, останніми десятиліттями розкривається в новому аспекті.

Так, головною рисою правосвідомості, що ставить її у специфічне положення серед усіх інших елементів правової реальності, за твердженням І. Фарбера у редакції С. Алексеева, є те, що вона є «чистою» формою соціальної свідомості [8, с. 200; 9]. Абстрагуючись від такого надприродного значення правової свідомості, тим не менше, можемо констатувати її дійсно визначальну роль порівняно з іншими видами та формами свідомості людини, оскільки саме множина вхідних та вихідних чинників, стикаючись на межі правосвідомості, трансформується в іншу множину: передумов існування права, його фактичного буття та наслідків цього.

Правосвідомість як феномен соціокультурного світу є сукупністю поглядів на ідеї, що виражають ставлення до законності й правопорядку та уявлення про те, що є правомірним або неправомірним. Правосвідомість особистості є одним з елементів, з одного боку, її правової культури, а з іншого – правової культури суспільства загалом (поряд із такими елементами, як право, правові відносини, правова наука, правові установки, правотворча діяльність тощо) [10, с. 8] і, крім того, формує уявлення про бажане право, що суттєво розширює її межі порівняно з визначенням поведінки як правомірної чи неправомірної.

На думку С. Алексеева [8, с. 201], правосвідомість визначається як система відображення правової дійсності в поглядах, теоріях, концепціях, почуттях, уявленнях людей про право, його місце й роль у забезпеченні свободи особистості та інших загальнолюдських цінностей. І саме останні якості, що виділяються науковцем, на наш по-

гляд, є визначальними щодо місця правової свідомості у правовій дійсності, оскільки такі її властивості характеризують правосвідомість не лише як уособлення знань та відчуттів стосовно правових явищ, а як рушійну силу змін у правовій системі й у суміжних підсистемах соціуму. І враховуючи, що кожній цивілізації притаманна власна соціорегулятивна система, яка має у співвідношенні з іншими загальні та відмінні властивості, причому її своєрідність зумовлюється домінантним соціальним регулятором (правом, релігією, звичаями, традиціями) [11, с. 22], правосвідомість представлена одночасно як засіб формування регуляторів, засіб їх сприйняття та трансформацій. Інакше кажучи, можемо стверджувати факт відсутності правосвідомості як такої. Натомість вона існує лише стосовно інших правових явищ чи категорій і розвивається паралельно з ними.

Повною мірою визнаючи те, що генеза правосвідомості зумовлена спонтанними соціальними процесами, пов'язаними з конструюванням правил, зразків, норм та вибором тих чи інших варіантів поведінки, засобів комунікації, саморепрезентації, побудови мікросвітів соціально-правової реальності на основі горизонтальних, а не вертикальних зв'язків, і те, що правосвідомість виявляється не стільки в намірах, бажаннях та настановах, скільки в конкретних діях різноманітних соціальних суб'єктів [12, с. 8], для конкретизації представлення хотілося б додати складність відслідковування руху правосвідомості виключно в горизонтальному чи вертикальному напрямі, оскільки горизонтальні зв'язки будуть властиві правосвідомості під час циклічного та безперервного сприйняття інших елементів правової реальності, а елемент вертикальності з'являється тоді, коли через правосвідомість відбувається взаємозв'язок із системою більш високого порядку (соціальною) або коли різні чи порівняно різні прояви характеризують різні рівні правосвідомості (соціальний, груповий, індивідуальний).

Отож для результативної оцінки місця та ролі правосвідомості у правовій системі будь-якої держави треба визнати її динамічний характер, схильність до розвитку або інволюції разом з іншими складниками правової дійсності. Але навіть за істотного динамізму правосвідомості вона здатна створити атмосферу, у якій діє право, забезпечити стійкість правової системи, що трансформується, завдяки наявності в її підставі якоїсь константи [13, с. 611–612], насамперед моральних установок: справедливості, обов'язковості, солідарності, взаємодопомоги, толерантності, колективізму та ін. [14, с. 86–87]. Особливого значення наведене твердження набуває в розрізі сучасної суспільної орієнтації у більшості розвинених країн світу на формування інституцій правової держави та громадянського суспільства, які спираються на процеси рефлексії у правосвідомості.

Для орієнтації на окреслення об'єктивної ролі правосвідомості та її місця серед інших правових явищ уваги заслуговує теза І. Коваленка про те, що феноменологічна редукція полягатиме у фіксації меж традиційних уявлень про право та заданні напрямку пошуку предметного смислу права. Такий смисл виникає у свідомості правового суб'єкта за безпосереднього сприйняття й освоєння правових явищ [15, с. 107]. Але, конкретизуючи зазначений підхід, можемо констатувати виникнення уявлення про певні юридичні феномени не окремо, а в комплексі або стосовно інших, причому трансформація кожного елемента спричинятиме видозміну не лише його, а й інших компонентів правової реальності у свідомості особи. Виходячи із цього, таке сприйняття

правосвідомості чітко вписується у теорію інтегративного (або синтезованого) праворозуміння.

Звертаючись до загальної теорії систем, їхньої цілісності й одночасно неоднорідності елементного складу, справедливо видається ідея оцінки основних напрямів сучасного «синтезованого» праворозуміння, у межах яких правові явища вивчаються з позиції їх «різновимірності». Причому для побудови інтегральної теорії правосвідомості необхідним є комплексне дослідження структури, функцій та динаміки останньої у плані багаторівневого її вивчення: філософсько-правового (що включає онтологію, логіку, гносеологію, антропологію та аксіологію осмислення й реалізації права), соціологічного, психологічного, культурно-історичного, теоретико-правового, системно-динамічного та ін. [16, с. 13]. А для достовірності окреслення місця та ролі правосвідомості у правовій системі в будь-якому разі видається необхідним визнання не лише її діалектичного характеру, а й інтегративних властивостей. Інакше кажучи, інтегративне праворозуміння актуалізується не саме собою, а через правосвідомість. Усі елементи правової реальності набувають балансу та взаємоузгодженості, переломлюючись у свідомості законодавця, судді, пересічного громадянина як суб'єкта права, тим самим надаючи правовій реальності ознак самоуправління. Абстрагуючись від регулятивної ролі права стосовно суспільних відносин та виходячи із продемонстрованих ознак правосвідомості, які власне і визначають її місце серед інших елементів правової системи, не варто обмежуватись лише констатацією інтегративності усіх правових феноменів у суспільстві, а треба звернутись до законів кібернетики, через призму якої можемо конкретизувати місце та роль правової свідомості.

Відзначаючи ж різновимірність та різновекторність юридичних процесів у суспільстві, які перебувають у постійному русі та взаємодії, тим самим виходимо на синергетичність правової системи, оскільки саме «синергетика вивчає механізми самоорганізації окремого класу систем (відкритих та нелінійних) найрізноманітнішої природи [17, с. 28].

Теза про синергетичність правової системи не є новою у вченні про право та державу. Так, І. Кривцовою фундаментально досліджувався аспект синергетики у здійсненні компаративного аналізу, під час якого було виявлено, що «ефект самоорганізації» на рівні правової системи залежить від ступеня самоорганізації на рівні її компонентів і є результатом прояву тенденції ієрархічного керування внутрішньосистемними самоорганізаційними процесами. Самоорганізація на рівні правової системи загалом і на рівні її компонентів зокрема, тобто правова самоорганізація, виявляє своє джерело в соціальній самоорганізації [18, с. 11]. А отже, синергетика правової системи виявляється у її самоузгодженості, саморозвитку, які відбуваються за рахунок безперервної взаємодії правової ідеології, системи права та юридичної практики. Але зазначений взаємозв'язок виникає не сам собою. Логічно передбачити певні зв'язні ланки, що відіграють роль «провідника», забезпечуючи взаємопроникнення та взаємовплив усіх елементів правової системи. І однією з таких ланок, безумовно, є правосвідомість, яка формує можливість утвердження концептуальних підходів до права, втілення їх у самій сутності правових приписів із подальшим відбиттям форми і змісту цих приписів на фактичній поведінці особи [19, с. 308]. На підставі зазначеного поряд із базовими компонентами правової реальності доцільно розглядати правосвідомість, яка завжди

буде зумовлювати «ланцюгову реакцію» між усіма юридичними феноменами, повною мірою не включаючись до будь-якого з них.

Висновки. Отже, поряд із традиційно виділеними складниками правової системи (система права, правова ідеологія та юридична практика) функціонує відносно самостійний елемент правової реальності – правосвідомість, який неможливо у повному обсязі включити до будь-якого з перелічених базових елементів через постійний вихід правосвідомості за їх межі.

Так само немає можливості повноцінного виділення досліджуваної категорії в окремих компонент, оскільки у будь-який проміжок часу через правосвідомість забезпечується вся множина зв'язків, які відбуваються усередині системи права.

Література

1. Хаустова М. Національна правова система за умов розбудови правової демократичної державності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. Хаустова ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2005. – 19 с.
2. Теория государства и права : [учебник] / под ред. Р. Ромашова. – СПб. : Юридический центр «Пресс», 2005. – 630 с.
3. Цыганов В. Теория государства и права : [тезисы лекций] / В. Цыганов. – Н. Новгород, 2007. – 142 с.
4. Хахулина К. Теория государства и права в схемах и определениях : [учебное пособие] / К. Хахулина, В. Мальга, И. Стадник. – Донецк : ДонНУ, 2008. – 344 с.
5. Перунова В. Теоретико-методологические и сущностные аспекты современной правовой системы России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. Перунова. – Тамбов, 2005. – 17 с.
6. Мінченко О. Особливості здійснення юридичної діяльності в умовах германської правової сім'ї : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. Мінченко ; Київський нац. ун-т внутр. справ. – К., 2009. – 22 с.
7. Огаренко Т. Структура та функції правової системи / Т. Огаренко // Підприємство, господарство і право. – 2013. – № 5. – С. 12–15.
8. Алексеев С. Общая теория права : в 2 т. / С. Алексеев. – М. : Юридическая литература, 1981. – Т. 1. – 1981. – 360 с.
9. Фарбер И. Правосознание как форма общественного сознания / И. Фарбер. – М., 1963.
10. Макар Л. Формування правосвідомості майбутнього вчителя правових дисциплін у педагогічних університетах : автореф. дис. ... канд. пед. наук / Л. Макар ; Класичний приватн. ун-т. – Запоріжжя, 2009. – 23 с.
11. Тихомиров О. Юридична компаративістика: філософсько-методологічні засади : автореф. дис. ... докт. юрид. наук / О. Тихомиров ; Київський нац. ун-т внутр. справ. – К., 2006. – 37 с.
12. Калиновський Ю. Правосвідомість українського суспільства як соціокультурний феномен: філософсько-правова рефлексія : автореф. дис. ... докт. філософ. наук / Ю. Калиновський ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2010. – 37 с.
14. Черкас М. Правосвідомість та її функції в механізмі правового регулювання : [монографія] / М. Черкас. – Х. : Право, 2014. – 156 с.
15. Коваленко І. Правове життя в інтегративному праворозумінні: смислові обриси / І. Коваленко // Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». – 2016. – № 1 (28). – С. 106–118.
16. Цимбалюк М. Онтологічні основи теорії правосвідомості : автореф. дис. ... докт. юрид. наук / М. Цимбалюк ; Київський нац. ун-т внутр. справ. – К., 2009. – 38 с.
17. Князева Е. Основания синергетики. Режимы с обострением, самоорганизация, темпомиры / Е. Князева, С. Курдюмов. – СПб. : Алетей, 2002. – 414 с.
18. Кривцова І. Методологічна роль синергетики у порівняльно-правовому пізнанні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / І. Кривцова ; Одеська нац. юрид. академія. – О., 2008. – 22 с.
19. Михайліна Т. Сенергетична роль правосвідомості / Т. Михайліна // Economic and law paradigm of modern society. – 2016. – № 1. – Р. 305–309.

Анотація

Михайліна Т. В. Правосвідомість як відносно незалежний елемент правової системи. – Стаття.

Статтю присвячено аналізу правової реальності з позиції теорії систем та виявленню місця та ролі в ній правосвідомості. Обґрунтовано, що поряд із загальновизнаними елементами правової системи необхідно враховувати правосвідомість, яку неможливо повністю включити у базові компоненти, як і повністю вивести за їх межі.

Ключові слова: правова система, правова реальність, правосвідомість, інтегративне праворозуміння.

Аннотация

Михайлина Т. В. Правосознание как относительно независимый элемент правовой системы. – Статья.

Статья посвящена анализу правовой реальности с позиции теории систем и выявлению места и роли в ней правосознания. Обосновано, что наряду с общепризнанными элементами правовой системы необходимо учитывать правосознание, которое невозможно полностью включить в базовые компоненты, равно как и полностью исключить из них.

Ключевые слова: правовая система, правовая реальность, правосознание, интегративное правопонимание.

Summary

Mikhailina T. V. Legal awareness as a relatively independent element of the legal system. – Article.

This article analyzes the legal reality from the position of theory of systems and the identification of the place and the role of legal awareness. It is proved that along with the generally recognized elements of the legal system it is necessary to consider the sense of justice, which cannot be fully included in the core components, as well as completely excluded from them.

Key words: system, legal system, legal reality, sense of justice, integrative understanding of law.

УДК 343.9

О. І. Михалік

КІЛЬКІСНО-ЯКІСНІ ПОКАЗНИКИ ФАЛЬШИВОМОНЕТНИЦТВА В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Актуальність наукового дослідження фальшивомонетництва зумовлюється його підвищеною суспільною небезпекою для кредитно-фінансової системи України. Історія показує, що це негативне економіко-правове явище є давнім супутником товарно-грошових відносин, і з'явилося воно майже одразу після появи монет у VII ст. до н. е. у царстві Лідія. Уведення в обіг у 1701 р. у Франції перших паперових грошей [1, с. 4–7] посприяло більш широкому поширенню їх підробки.

Актуальність цієї проблематики для України підвищується через спроби представників сепаратистських озброєних формувань у Донецькій і Луганській областях підірвати фінансову стабільність нашої країни шляхом виготовлення та поширення на її території підроблених банкнот гривні [2]. Ці та інші обставини вказують на необхідність розроблення прогресивних кримінологічних (некаральних) заходів запобігання фальшивомонетництву, що не уявляється можливим без вивчення стану і поширеності зазначеного явища в українському суспільстві.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Фальшивомонетництво ставало предметом вивчення багатьма вченими. Більшість із них досліджували проблеми кримінальної відповідальності (В.Ф. Красавін, І.Є. Максимова, С.І. Марко, Ю.О. Нікітін, Н.С. Пономарьова, О.Ю. Ясінов), криміналістичні особливості злочинів, передбачених ст. 199 КК України (Т.П. Бірюкова, В.С. Богачук, О.М. Калужна, Є.І. Клімова, В.С. Мацішин, А.В. Мирівська, Є.А. Морозова, С.Ю. Петряєв, А.М. Тимчишин) або міжнародне співробітництво щодо протидії цьому злочину (А.В. Войціховський, С.І. Мукашев). Кримінологічні ж питання, включаючи кількісно-якісні показники цього явища, в Україні ґрунтовно вивчалися лише І.В. Сингаївською. Однак це дослідження було здійснено у 2010 р. Воно не торкається таких поширених предметів, як марки акцизного податку та голографічні захисні елементи, а також не враховує нові суспільно-політичні умови, що склалися в Україні протягом 2014–2017 рр. та впливають на поширеність розглядуваних кримінальних правопорушень.

Метою статті є визначення сучасного стану фальшивомонетництва в Україні.

Виклад основного матеріалу дослідження. Кримінологічну характеристику сучасного фальшивомонетництва в Україні пропонується надати за період 2013–2016 рр. на підставі таких кількісно-якісних показників, як рівень злочинів, рівень судимості, динаміка, структура, латентність, географія, «ціна».

Вивчення *рівня* фальшивомонетництва показує, що у 2013 р. в Україні за ст. 199 КК України було обліковано 1233 злочини, у 2014 р. – 709 злочинів, у 2015 р. – 860 злочинів, а у 2016 р. – 1316 злочинів [3]. Зазначені цифри вказують на нестабільність рівня фальшивомонетництва у 2013–2016 рр. Якщо порівнювати рівень цих

злочинів із попередніми роками, то, наприклад, у 1996 р. (рік проведення грошової реформи в Україні) було зафіксовано 2816 подібних злочинів. З моменту введення гривні в обіг найбільший рівень фальшивомонетництва мав місце у 1998 р. – 4027 злочинів. Протягом 2001–2009 рр. їх рівень поступово зменшувався: з 1838 до 1522 злочинів відповідно [4, с. 212]. Як бачимо, упродовж 2009–2015 рр. в Україні збереглися тенденції до зменшення рівня фальшивомонетництва, який становить за цей період аж 43,5%. Винятком став 2016 р., коли рівень цих злочинів порівняно з попереднім роком збільшився на 53%.

Аналогічно можна сказати і щодо чисельності осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, передбачені ст. 199 КК України. Якщо протягом 1996–2009 рр. середнє щорічне значення виявлених фальшивомонетників становило 401 [4, с. 212], то останніми роками спостерігається значне скорочення цього показника: у 2013 р. виявлено 104 винних, у 2014 р. – 114, у 2015 р. – 75, у 2016 р. – 51 [3].

Щодо *рівня судимості*, то відповідно до відомостей Державної судової адміністрації України у 2013 р. було засуджено 129 осіб, у 2014 р. – 105 осіб, у 2015 р. – 96 осіб, у 2016 р. – 42 особи [5]. Як бачимо, рівень судимості за фальшивомонетництво у 2013–2016 рр. скоротився на 67,4%, а показник чисельності виявлених фальшивомонетників – на 51%. Це вказує на незадовільний характер досудового розслідування та судового розгляду за вказаною категорією кримінальних проваджень.

До кількісних показників фальшивомонетництва належить і значення кількості виявлених окремих його предметів. Зокрема, емпіричним дослідженням встановлено, що злочинці підробляють гроші та марки акцизного податку, а інші предмети, передбачені ст. 199 КК України, у слідчо-судовій практиці не спостерігаються. Так, згідно з даними НБУ як єдиного суб'єкта, що здійснює емісію національної валюти у нашій державі, на 1 млн справжніх банкнот гривні припадала така кількість підробок: у 2010 р. – 5 од., у 2011 р. – 3,4 од., у 2012 р. – 4,1 од., у 2013 р. – 3,5 од., у 2014 р. – 3 од., у 2015 р. – 2,7 од. [6]. Як бачимо, кількість виявлених протягом 2010–2015 рр. підробок гривні зменшується. Однак ці відомості не охоплюють підроблену грошову масу, що перебуває в обігу серед громадян та не обробляється банківськими установами країни. Тобто вказаний сегмент підробок є латентним та не враховується НБУ під час визначення кількості фальшивих банкнот гривні в Україні.

Щодо марок акцизного податку, то, за інформацією Державної фіскальної служби України (далі – ДФС), у нашій державі було вилучено із незаконного обігу таку кількість підроблених марок акцизного податку: у 2010 р. – 15,9 тис. од., у 2011 р. – 34,1 тис. од., у 2012 р. – 6,9 тис. од., у 2013 р. – 41,6 тис. од., у 2014 р. – 19,5 тис. од., у 2015 р. – 8,5 тис. од. [7].

Динаміка фальшивомонетництва у 2013–2016 рр. є неоднорідною, оскільки у 2013–2015 рр. вона тяжіє до скорочення, а у 2016 р. простежується її істотне підвищення. Це можна пояснити а) високою латентністю цього негативного соціального явища, яка впливає на його рівень; б) недоліками порядку обліку злочинів правоохоронними органами, який до 2013 р. здійснювався за більш тяжким учиненим злочином; в) перебуванням Національної поліції на стадії реформування,

що не виключає депрофесіоналізації лав співробітників та звільнення найбільш досвідчених оперативних працівників і слідчих [8]; г) запобіганням фальшивомонетництву органами внутрішніх справ за залишковим підходом; д) реформуванням ДФСУ, яке вплинуло на зміну показників її роботи та створило штучну конкуренцію з Міністерством фінансів України щодо підпорядкування майбутньої фінансової поліції; е) неефективною фіскальною політикою, пов'язаною з істотним збільшенням розміру акцизного збору на алкогольну і тютюнову продукцію, що вплинуло, з одного боку, на розширення незаконного ринку контрафактних підакцизних товарів, а з другого – на збільшення рівня цих злочинів у 2016 р.

Показник *структури* фальшивомонетництва можна розділити на два види – спрощену та поглиблену. Перший демонструє, що питома вага фальшивомонетництва у структурі злочинів у сфері господарської діяльності становила: у 2013 р. – 11,1%, у 2014 р. – 8,4%, у 2015 р. – 11,3%, у 2016 р. – 19% [9]. Тобто фактично майже кожен п'ятий злочин у сфері економіки пов'язаний із підробкою грошей, марок акцизного податку та інших предметів, визначених законодавством про кримінальну відповідальність.

Поглиблену структуру фальшивомонетництва дослідимо на підставі проведеного емпіричного дослідження. Воно включає вибіркове вивчення 260 архівних кримінальних проваджень, розглянутих судами України за ст. 199 КК України протягом 2012–2016 рр., опитування 40 експертів Науково-дослідних експертно-криміналістичних центрів при МВС України в областях, які проводять судово-технічні експертизи документів (підроблених грошей, марок акцизного податку, державних цінних паперів, державних лотерей, голографічних захисних елементів), а також опитування 250 працівників територіальних управлінь протидії злочинам у сфері економіки МВС України.

Структура явища фальшивомонетництва показала, що предметом є гроші – 54,2% і марки акцизного податку – 45,8%; за видом підроблених грошей переважають гривні (68,2%), долари США (19,1%) і євро (9,9%); найбільш частіше підробляються банкноти 200 грн. (27%), 500 грн. (22%), 50 грн. (22%), 100 дол. США (17%) і 200 євро (6,4%); майже у половині злочинів (44%) сума підроблених грошей не перевищує 500 грн.; тривалість злочинної діяльності фальшивомонетників здебільшого (53,7%) не перевищує 1 місяця; предмети фальшивомонетництва збуваються в магазинах (33,5%) і на базарах (24,2%); типовими конкретними життєвими ситуаціями є матеріальна скрута винного (11,2%), утримання малолітніх дітей (3,4%), одержання підроблених грошей під час їх обміну (3,1%); груповий характер фальшивомонетництва становить 25% зі значним переважанням (90%) груп за попередньою змовою, що складаються з 2 (53,6%) і 3 (33,9%) учасників; за видом збуту предметів злочину переважає придбання товарів за підроблені гроші (37,6%) і продаж сфальсифікованого алкоголю із підробленими марками акцизного податку (32,2%); серед способів фальшивомонетництва найчастіше трапляється використання копіювально-множильної та іншої офісної техніки (69,2%) і використання способів поліграфічного друку (18,8%).

Латентність фальшивомонетництва також визначалась із застосуванням методу експертних оцінок. Одне з питань анкетування експертів стосувалося спів-

відношення кількості облікованих та прихованих злочинів, передбачених ст. 199 КК України. Так, опитування показало, що більшість експертів НДЕКЦ вказало співвідношення 1:10, а більшість правоохоронців – 1:5 відповідно. Узагальнення представлених результатів показує, що на одне обліковане фальшивомонетництво припадає близько 7 прихованих злочинів. Це означає, що рівень латентності досліджуваних злочинів дорівнює 87,5% ($100 : 8 = 12,5\%$ – величина зареєстрованих злочинів, решта – приховані). Ґрунтуючись на найбільш поширеній у кримінологічній науці класифікації злочинів за рівнем їх латентності (низьколатентні, середньолатентні, високолатентні) [10, с. 73] та беручи до уваги зазначений вище показник, бачимо, що фальшивомонетництво є високолатентним негативним явищем соціальної дійсності.

Експертне опитування дало змогу також встановити найбільш поширені причини латентності фальшивомонетництва, такі як 1) небажання потерпілих, у яких опинились підроблені гроші, повідомляти про це до правоохоронних органів та намагання продовжити подальший обіг підробок (85% експертів і 79,6% правоохоронців); 2) висока якість підробок не дає змоги виявляти сфальсифіковані грошові знаки, державні цінні папери, марки акцизного податку (17,5% і 34% відповідно); 3) низька ефективність правоохоронних органів із виявлення та розслідування злочинів, пов'язаних із фальшивомонетництвом (30% і 16,8% відповідно); 4) інше (2,5% і 2% відповідно).

Очевидно, що зменшення латентної частини фальшивомонетництва можливе завдяки здійсненню комплексу заходів віктимологічної профілактики, а також організаційно-управлінських, технічних та інших запобіжних напрямів діяльності правоохоронних органів.

Географія фальшивомонетництва характеризує територіальну поширеність цього явища. За статистичною інформацією Генеральної прокуратури України, у 2013–2016 рр. фальшивомонетництво найбільш поширене у Харківській, Львівській областях і м. Києві, а найменш поширене – у Кіровоградській і Луганській областях, а також у м. Севастополі [3].

На нашу думку, високі показники обліку цих злочинів у зазначених регіонах можна пояснити тим, що останні є потужними обласними центрами України (з огляду на чисельність населення, кількість торгівельних мереж і можливості для потенційних фальшивомонетників для виготовлення і безперешкодного збуту підробок грошей і марок акцизного податку). Харківська область до того ж межує із зоною проведення Антитерористичної операції, де простежуються активні спроби з боку терористично-окупаційних воєнізованих формувань виготовити і збути велику кількість фальшивих банкнот гривні на території України. Крім цього, на території Харківської області проживає найбільша кількість внутрішньо переміщених осіб (близько 200 тис.) порівняно з іншими регіонами України [11, с. 3]. Не унеможлиблюється, що частина цих переселенців вирішує власні матеріальні потреби шляхом учинення різних корисливих злочинів, включаючи фальшивомонетництво. Львівська ж область межує із Польщею, з якої завозяться на територію України високоякісні підробки доларів США і євро.

Щодо Кіровоградської та деяких західних областей України, то вони традиційно вирізняються невисокими показниками злочинності (у тому числі й у сфері

економіки). Щодо показників досліджуваних злочинів у Донецькій, Луганській областях, АР Крим і м. Севастополі, то вони об'єктивно не відповідають реальному стану фальшивомонетництва через недоступність на цих територіях системи кримінальної юстиції України внаслідок анексії АР Крим і окупації частини Донецької та Луганської областей.

«Ціна» фальшивомонетництва визначається прямою і непрямую шкодою, яка заподіюється цим негативним соціальним явищем державі та суспільству. На наш погляд, «ціна» фальшивомонетництва може визначитися з огляду на негативні наслідки фінансового, економічного, психологічного, міжнародно-правового та іншого характеру.

З огляду на те, що однією з істотних ознак фальшивомонетництва є посягання на національну і міжнародну економічну і фінансову безпеку, це явище за відповідних умов може негативно впливати на економічну безпеку України як невід'ємний складник національної безпеки нашої держави. У разі збільшення обсягу підробленої готівки та багаторазових розрахунків нею громадянами посилюються інфляційні процеси. Так само від значного обігу сфальсифікованої алкогольної і тютюнової продукції із підробленими марками акцизного податку не надходять чималі кошти до Державного бюджету. Це викликає необхідність збільшення грошової маси шляхом додаткової емісії гривні НБУ, внаслідок чого національна валюта поступово обезцінюється. Водночас за таких обставин відбувається девальвація гривні, втрата нею позицій порівняно з іншими вільно конвертованими валютами світу.

Водночас обезцінення національної валюти приводить до втрати населенням платоспроможності, оскільки більшість товарів Україна імпортує з-за кордону. Також через нестабільність фінансового сектору держава буде не у змозі виконати взяті на себе зобов'язання із соціальної та економічної підтримки громадян, особливо незабезпечених верств населення (інваліди, багатодітні родини, діти-сироти, матері-одиначки, внутрішньо переміщені особи та ін.). Через це реалізація заходів більшості державних і регіональних комплексних програм соціально-економічного розвитку тимчасово або повністю зупиниться. Як бачимо, фальшивомонетництво може стати одним із вагомих чинників державної економічної кризи та стагнації всієї кредитно-фінансової системи.

Негативні наслідки психологічного характеру від поширення фальшивомонетництва можуть пов'язуватися зі втратою українцями довіри до національної валюти через її обезцінення. Внаслідок цього населенням втрачатиметься і довіра до всієї системи органів державної влади, оскільки право на монопольний випуск національної валюти належить саме державі у вигляді НБУ. Тому можливе поглиблення недовіри громадян до українського політикуму, що є вкрай небезпечним в умовах посягань інших держав на конституційний лад і територіальну цілісність України, що може привести до подальшої ескалації насильства, сепаратистських настроїв, повернення до влади політиків, які зараз перебувають у розшуку та переходять від українського правосуддя на території інших країн.

Фальшивомонетництво за певних обставин здатне послабити позиції України на міжнародній арені, підірвати авторитет влади перед західними партнерами.

Адже успіхи чи, навпаки, невдачі у сфері соціально-економічного розвитку України, а також належного контролю правоохоронних органів над криміналітетом та організованою злочинністю беруться багатьма західними інституціями до уваги (у тому числі під час виділення чергових траншів МВФ). Зрештою широке поширення фальшивомонетництва здатне заблокувати поглиблення євроінтеграційних процесів України, оскільки країнам ЄС не вигідний майбутній асоційований член із хиткою фінансовою системою, на яку впливає багато негативних (у тому числі криміногенних) чинників.

Окрім цього, представниками організованої (у тому числі транснаціональної) злочинності незаконні доходи від виготовлення і збуту підробленої валюти можуть використовуватися для фінансування інших видів злочинної діяльності.

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, можна дійти висновків, що 1) фальшивомонетництво являє собою негативне соціальне явище, що здатне підірвати економічну стабільність України; 2) істотне збільшення у 2015–2016 рр. рівня фальшивомонетництва, пов'язаного з виготовленням і збутом підроблених марок акцизного податку, вказує на неефективну фіскальну політику держави, а також на бідність населення; 3) протягом 2013–2016 рр. відбулася кардинальна зміна структури фальшивомонетництва, що виявляється у співвідношенні підроблених грошей і марок акцизного податку як предметів цього злочину у пропорції 1:1; 4) упродовж останніх 7–10 років збільшився рівень латентності фальшивомонетництва, який зараз сягає 80–90%; 5) несприятлива суспільно-політична ситуація в Україні вплинула на зміну територіальної поширеності сучасного фальшивомонетництва. Це вказує на те, що правоохоронні органи мають посилити запобіжну діяльність передусім у Харківській, Львівській областях і м. Києві; 6) «ціна» вказаного явища визначається прямою і непрямою шкодою для держави й українського суспільства фінансового, економічного, психологічного, міжнародно-правового та іншого характеру.

Література

1. Пономарев В.Т. Тайны фальшивых денег: вчера, сегодня, завтра / В.Т. Пономарев. – Донецк : Пбб ООО ПКФ «БАО», 2005. – 288 с.
2. Гирак Г. Нашествие лжегривен: как не стать жертвой фальшивомонетчиков / Г. Гирак // Аргументы и факты. – 2014. – 17 дек. (№ 51). – С. 3.
3. Лист Генеральної прокуратури України від 22 липня 2016 р. № 27/1-190 вих. 16.
4. Сингаївська І.В. Фальшивомонетництво в Україні: кримінально-правовий та кримінологічні аспекти : монографія / І.В. Сингаївська. – Луганськ : Віртуальна реальність, 2010. – 358 с.
5. Судова статистика Державної судової адміністрації України про засуджених осіб у 2013–2016 рр. (Форма 7) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://court.gov.ua/sudova_statystyka.
6. Лист Національного банку України від 7 червня 2016 р. № 50-0004/48007.
7. Лист Державної фіскальної служби України від 3 червня 2016 р. № 12370/6/99-99-12-01-03-15.
8. Колодяжний М.Г. Шляхи модернізації системи запобігання злочинності в Україні / М.Г. Колодяжний // Сучасна кримінологія: досягнення, проблеми, перспективи : матеріали Міжнар. наук. конф., присвяч. 50-річчю каф. кримінології та кримінально-виконавчого права (м. Харків, 9 груд. 2016 р.) ; за ред. В.Я. Тація, Б.М. Головкина. – Х. : Право, 2016. – С. 159–161.
9. Єдиний звіт про кримінальні правопорушення за січень-грудень 2013–2016 років / Управління організації ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань та статистичної інформації Генеральної прокуратури України. – К., 2017.
10. Оболенцев В.Ф. Латентна злочинність: проблеми теорії та практики попередження / В.Ф. Оболенцев. – Х. : СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2005. – 128 с.

11. Забезпечення потреб та дотримання прав внутрішньо переміщених осіб : звіт за результатами комплексного дослідження / О. Будник, С. Карелін, С. Корнилюк. – К. : Центр політичних студій та аналітики : Посольство Королівства Нідерландів в Україні, 2016. – 42 с.

Анотація

Михалік О. І. Кількісно-якісні показники фальшивомонетництва в Україні. – Стаття.

Виокремлено істотні ознаки фальшивомонетництва та визначено це поняття. Виходячи з розуміння фальшивомонетництва як негативного явища соціальної дійсності, надано його кримінологічну характеристику на підставі вивчення низки кількісно-якісних показників – рівня злочинів, передбачених ст. 199 КК України, рівня судимості, динаміки, структури, латентності, географії, «ціни».

Ключові слова: фальшивомонетництво; злочини, передбачені ст. 199 КК України; кількісно-якісні показники.

Аннотация

Михалик А. И. Количественно-качественные показатели фальшивомонетничества в Украине. – Статья.

Выделены существенные признаки фальшивомонетничества и дано определение этому понятию. Исходя из понимания фальшивомонетничества как явления социальной действительности, дана его криминалистическая характеристика на основании ряда количественно-качественных показателей – уровня преступлений, предусмотренных ст. 199 УК Украины, уровня судимости, динамики, структуры, латентности, географии, «цены».

Ключевые слова: фальшивомонетничество; преступления, предусмотренные ст. 199 УК Украины; количественно-качественные показатели.

Summary

Mykhalik O. I. Quantitate and qualitative indexes of the counterfeiting in Ukraine. – Article.

The notion of the counterfeiting and the main attributes of this crime have been determined. Based on the interpretation of the counterfeiting as an adverse phenomenon of social reality, the author gave his criminological characteristics on a number of quantitative and qualitative indexes, such as: a rate of crimes covered by Article 199 of the Criminal Code of Ukraine, incarceration rate, dynamics, structure, latency, geography, «price».

Key words: counterfeiting, crimes covered by Article 199 of the Criminal Code of Ukraine, quantitative and qualitative indexes.

УДК 347.73:340.111.5

С. В. Очкуренко

РОЗМЕЖУВАННЯ ФІНАНСОВОГО ТА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Проблема розмежування фінансового та цивільного права, норм цих двох галузей права, фінансових і цивільних правовідносин, відносин, що є предметом регулювання двох названих галузей права, набула значної гостроти. Проте інтенсивність її дослідження не відповідає потребам розвитку науки фінансового права та правотворчості, а особливо – потребам правозастосування. Складається враження, що розвиток іде не в напрямі розв’язання вказаної проблеми, а в напрямі її ускладнення. Тому актуальним є дослідження розмежування фінансового та цивільного права, норм фінансового й цивільного права, фінансових і цивільних правовідносин та відносин, що регулюються фінансовим і цивільним правом.

Окремі аспекти цієї проблеми розглядалися Ю.А. Ровінським, С.Д. Ципкіним, М.І. Піскотіним, Л.К. Вороновою, А.І. Худяковим, Н.Ю. Пришвою, О.П. Орлюк, М.П. Кучерявенком, П.С. Пацурківським, В.В. Запольським, Д.В. Вінницьким, А.Т. Ковальчуком, О.А. Лукашевим, Д.О. Гетманцевим та іншими науковцями. Працями цих учених створено методологічне підґрунтя для наукового вирішення проблеми розмежування фінансового й цивільного права, яка може стати вагомим підґрунтям для вирішення практичних проблем.

Метою статті є формулювання наукових положень, які стали б вагомим внеском у вирішення проблеми розмежування фінансового й цивільного права.

Зв’язки між відносинами, що регулюються нормами різних галузей права, правовідносинами, які мають різну галузеву належність, нормами різних галузей права є досить інтенсивними. Однак наукові дослідження цих зв’язків і за радянських часів, і в період незалежності України здійснювались лише епізодично та не характеризувались глибиною. Варто погодитись із тим, що дослідження С.С. Алексєєвим системи [1] та структури [2] радянського права стали класикою радянської теоретико-правової думки. Однак проблема зв’язків галузей права, норм окремих галузей права, правовідносин різної галузевої належності, відносин, що регулюються нормами різних галузей права, цим ученим належно навіть не ставилась. А без усвідомлення міжгалузевих зв’язків спроби розмежувати галузі права набувають спрощеного характеру.

Недостатнє дослідження стало причиною прямого чи непрямого заперечення самої можливості, а також необхідності й доцільності розмежування галузей права. Загальне положення в цьому аспекті сформулював С.В. Дорохін: «Чіткої межі між публічним і приватним правом немає та бути не може, вони можуть сприйматись лише як два полюси, до яких більшою чи меншою мірою притягуються норми тієї чи іншої галузі права» [3, с. 45]. Із цього висловлювання загальноправового змісту Д.О. Гетманцев зробив висновок, що чітко розмежувати фінансово-правові та цивільно-правові норми взагалі неможливо [4, с. 15]. Наведені думки науковців знаходять опору у фундаментальному теоретичному положенні, яке сформулював

Ю.К. Толстой: «Хімічно чисті галузі права виокремити неможливо, їх просто немає» [5, с. 43]. Певні причини підтримати цю позицію були в В.К. Мамутова [6, с. 21], оскільки йому треба було відстоювати ідею господарського права, яка на роль «хімічно чистої галузі права» претендувати жодним чином не може, адже більше може бути порівняна із сумішшю складних речовин, ніж із хімічним з'єднанням, а тим більше хімічним елементом.

Сама ж думка Ю.К. Толстого має бути оцінена як відмова від розмежування понять законодавства та права. Якби Ю.К. Толстой сказав, що хімічно чистих кодексів, тобто кодексів, які містять виключно норми однієї галузі права, немає, його варто було б беззастережно підтримати. Також ученого необхідно підтримати тоді, коли він стверджує, що книга четверта Цивільного кодексу Російської Федерації є продуктом «не стільки кодифікації, скільки інкорпорації законодавства про інтелектуальну власність, яке було включене до Цивільного кодексу як комплексна галузь законодавства» [7, с. 160]. Проте «галузь права» – це наукова абстракція, яка не може бути природним явищем, яке може бути забруднене. Тому галузь права – це поняття, що позначає систему норм єдиної галузевої належності. У цьому аспекті галузі права завжди є «абсолютно чистими». У складі галузі права (якщо це не комплексна галузь права, а результат первинного поділу системи права на галузі) немає та за визначенням не може бути навіть однієї норми іншої галузі права.

Незважаючи на той авторитет, на який Ю.К. Толстой заслуговував на пострадянському просторі, варто визнати, що наведена його думка є результатом недостатнього розрізнення права та законодавства, що є загальнопоширеним і не має будь-якого теоретичного виправдання. Починається все з терміна «норми законодавства», який у вигляді поняття «норми Конституції» увійшов навіть до ст. 8 Конституції України. У науці фінансового права ця тенденція проявилась особливо яскраво. Стали звичними такі висловлювання, як «у межах фінансового права важливе значення має взаємодія приватноправової та публічно-правової регламентації» [8, с. 18], «функціонування цивільно-правових засобів у фінансовому праві» [9, с. 12]. Взаємодія приватноправової й публічно-правової регламентації справді має місце, є важливою. Однак ця взаємодія жодним чином не може мати місце «в межах фінансового права», оскільки фінансове право приватноправової регламентації не здійснює та здійснювати не може. А взаємодія приватноправової й публічно-правової регламентації здійснюється за межами предмета регулювання фінансового права. Є серйозні сумніви також у «функціонуванні цивільно-правових засобів у фінансовому праві», якщо тільки не йдеться про субсидіарне правозастосування (правове регулювання) або про аналогію закону.

Подібно до цього Д.О. Гетманцев пише про «збагачення податкового права інструментами податкової застави та податкової поруки» [4, с. 15]. На нашу думку, інструментами податкової застави й податкової поруки збагатились фінансове законодавство та цивільне право, а не фінансове право. Застава, у тому числі податкова, – це суто цивільно-правове явище. Такою – не просто цивільно-правовою, а речовою – є сутність застави. Правова конструкція застави, про що писали свого часу Ф.К. фон Савіньї та Р. Ієринг [10, с. 546; 11, с. 352], включає в себе речові й зобов'язальні елементи. Проте зобов'язальні елементи, як це показала А.Р. Ча-

нишева [7, с. 62], є суто допоміжними. У правовій конструкції податкової застави зобов'язальні елементи замінюються публічно-правовими. А сутність застави є речовою (абсолютною). Вона полягає в праві заставодержателя задовольнити свою вимогу за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами заставодавця. Сама суть застави виражається в слові «переважно». Це право відсторонити будь-яку особу від претензій на річ, а після цього – задовольнити свою вимогу за рахунок цієї речі. Якби в правовій конструкції не було переважного права заставодавця, вона втратила б речовий характер. Тільки тоді виникли б підстави для дискусії про цивільно-правовий чи публічно-правовий характер податкової застави. Щоправда, у науці цивільного права дискусія про характер застави не вщухає. До прибічників концепції зобов'язального характеру застави приєднався В.В. Вітрянський, який сформулював вісім доводів на її користь [13, с. 402–403]. Через обсяг і тему статті ми не маємо можливості проаналізувати та спростувати ці доводи. Проте має бути зрозуміло, що публічні правовідносини речовими (абсолютними) не можуть бути за визначенням.

Що стосується податкової поруки, то неможливо погодитись із думкою про те, що правовідношення, яке виникає на підставі абсолютно вільного волевиявлення поручителя й контролюючого органу, стає публічним (фінансовим, податковим) або тому, що контролюючий орган є суб'єктом владних повноважень, або тому, що податковою порукою забезпечується публічне зобов'язання. Обидва чинники не можуть змінити цивільно-правовий характер податкової поруки. Зауважимо, що український законодавець відмовився від правової конструкції податкової поруки. У Росії використовуються і правова конструкція податкової поруки, і правова конструкція податкової застави. При цьому прямо вказується на застосування до таких правовідносин цивільного законодавства, якщо інше не передбачене законодавством про податки та збори (ст. ст. 73, 74 Податкового кодексу Російської Федерації).

З іншого боку, А.О. Гетманцев має рацію, коли не допускає поширення чинності цивільного законодавства на відносини, які виникають під час укладення договору про розстрочення чи відстрочення грошового зобов'язання або податкового боргу та на його підставі [4, с. 15]. Це твердження має логічні підстави. Так, договір про розстрочення або відстрочення має сенс тільки в межах податкового правовідношення. Податкова застава, податкова порука, на відміну від такого договору, виходять за межі податкового правовідношення.

Наведені висловлювання науковців мають характер певних епізодів. Однак є фундаментальні наукові дослідження, у яких межа між фінансовим і цивільним правом фактично стирається. А.Т. Ковальчук у зв'язку із цим пристосував для таких цілей навіть понятійний апарат правової науки. У такий спосіб предметом фінансово-правового регулювання були визначені не певні суспільні відносини, а такі явища: 1) утворення (накопичення), розподіл і використання фінансових ресурсів та фінансового капіталу; 2) фінансові ресурси та золотовалютні резерви Національного банку України; 3) грошово-кредитні ресурси комерційних банків, фінанси підприємств, сфери послуг; 4) ігровий і лотерейний бізнес, страхові резервні фонди, різні децентралізовані фонди [14, с. 28]. Крім того, на думку А.Т. Ковальчу-

ка, в орбіту фінансового права потрапляють грошові ресурси та високоліквідні активи фінансового ринку (у тому числі фондового ринку) і ринків фінансових послуг (страхова справа, недержавні пенсійні фонди, інститути посередницького інвестування, кредитні союзи, ломбарди) [14, с. 28]. Добре, що ці об'єкти потрапили «в орбіту фінансового права», а не стали предметом фінансово-правового регулювання. А фінансово-правова система включає до себе як суб'єктів правовідносин ринки фінансових послуг [14, с. 30].

Після такої концептуально-понятійної підготовки А.Т. Ковальчук визнає фінансове право «комплексною галуззю юриспруденції» [14, с. 26], якій, звичайно, тісно у сфері публічного права, однак вийти на простори приватного права їй заважають наукові ортодокси, у руках яких теоретичне вираження реальної, проте неприйнятної дійсності перетворилось на зібрання фізичних і морально застарілих догм [14, с. 86]. Добре, коли виростають нові покоління науковців, які йдуть далі за своїх учителів. Тільки при цьому молодим науковцям треба стояти на твердому підґрунті, а його в науці для молодих поколінь готують старші. Представників старших поколінь науковців не варто захищати від критики. Однак нехай критиками будуть ті, хто доклав зусиль, щоб стати на тверде підґрунтя, хто зрозумів, що ринки – не суб'єкти правовідносин, а бізнес – не предмет фінансово-правового регулювання.

Більш ґрунтовними є думки В.В. Запольського, який взагалі виключає можливість відмежування фінансового права від цивільного права. Він висуває гіпотезу, згідно з якою ускладнення й збагачення економічних і політичних відносин тягне за собою появу галузей, які не піддаються класифікації за критерієм «публічне» чи «приватне». Такі галузі, на думку вченого, віддзеркалюють особливості виробничих відносин у їх розвиненому стані; гіпотетично фінансове право могло бути такою галуззю [15, с. 15]. Фундаментальність наукових пошуків В.В. Запольського полягає в тому, що він здійснює їх, усвідомлюючи, що місце фінансового права в системі права варто шукати з урахуванням змін у суспільних відносинах, які полягають у розвиненому стані виробничих відносин, в ускладненні й збагаченні економічних і політичних відносин. Фіксація цих змін та визначення соціальної ролі фінансового права з їх урахуванням – правильний і перспективний напрям наукових розвідок. Проте подальші наукові пошуки В.В. Запольського набули ознак хибності. Він пише, що в конкретні фінансові правовідносини юридичні та фізичні особи вступають із державними органами. Підстав називати ці відносини приватноправовими мало, проте неозброєним оком видно, що вони не є «чисто публічно-правовими» [15, с. 31]. Закінчуються роздуми В.В. Запольського думкою, яка не дає будь-якої надії на розмежування фінансового та цивільного права: «Незважаючи на регулювання у формі договорів та угод <...> через превалювання публічності цілей і задач вступу в ці відносини державний кредит і державний борг повинні бути віднесені до системи інститутів фінансового права. Із цих міркувань страхування, ощадна справа, банківські розрахунки, банківське кредитування, тобто інститути, що базуються на договорі <...> являють собою частини єдиної системи фінансового права» [15, с. 93]. Оскільки таке розмежування є неможливим, з'являється ідея приватного фінансового права [15, с. 103]. Зрештою, ставиться завдання створити

адекватний цивільному законодавству та іншим джерелам цивільного права режим правового регулювання фінансових відносин [15, с. 142].

На нашу думку, проблема чіткого розмежування фінансового й цивільного права успішно вирішується вже за існуючого законодавства та за існуючого стану суспільних відносин. Для цього необхідно повернутись до визначення предмета й методу правового регулювання критеріями, за якими фінансове право має виокремлюватись у системі права України. Таким предметом є публічні майнові відносини, пов'язані з формуванням, розподілом і використанням публічних фондів грошових коштів, допоміжні стосовно зазначених майнових відносин немайнові відносини, а також публічні немайнові відносини, пов'язані з функціонуванням ринків фінансових послуг і ринку цінних паперів.

Ті ж завдання, які ставить В.В. Запольський, лише на перший погляд вражають грандіозністю. Більш уважне вивчення наукових положень, сформульованих ученим, дає підстави для висновку, що ідеєю створення нового фінансового права прикриваються необґрунтовані теоретичні положення.

Розмежуванню фінансового та цивільного права перешкоджають панівні в науці уявлення про те, що існують спеціальні фінансові закони (у тому числі фінансові кодекси та загальні закони про фінанси) і закони, що містять окремі норми фінансового права [15, с. 86]. Суть проблеми полягає в наявності в Податковому кодексі України норм цивільного, трудового та процесуального права. Що стосується Бюджетного кодексу України, то в ньому кількість норм цивільного й процесуального права переходить усі розумні межі. Складається враження, що законодавець у Бюджетному кодексі України здійснив пристосування цивільного та процесуального права до цілей комфортності бюджетно-правового регулювання. Навіть поняття бюджетного зобов'язання, яке надається в п. 7 ч. 1 ст. 2 Бюджетного кодексу України, за змістом є цивільно-правовим. Відтак навіть Податковий кодекс України та Бюджетний кодекс України не можуть бути визнані фінансовими законами, оскільки регулюють не виключно фінансові відносини. Більш доцільно було б визнати названі кодекси фінансовими законодавчими актами, виокремлюючи останні за критерієм їх основного спрямування (основного кола відносин, які ними регулюються).

Податковий кодекс України та Бюджетний кодекс України могли б зробити внесок у відмежування фінансового права від інших галузей права, зокрема й від цивільного, якби в них визначались не відносини, що регулюються цими кодексами (ст. 1 Податкового кодексу України, ст. 1 Бюджетного кодексу України), а відносини, які регулюються податковим і бюджетним правом. Однак нині склалась традиція визначати в кодексах відносини, що регулюються ними, а в кращому випадку – відповідним галузевим законодавством.

Прагнення науковців – фахівців у галузі фінансового права до вирішення фундаментальних проблем, у тому числі тих, що стосуються відмежування фінансового права від інших галузей права, мало своїм наслідком недостатню увагу до конкретних положень актів фінансового законодавства та проблем, які з ними пов'язані. Так, у ст. 46 Бюджетного кодексу України визначаються 7 стадій виконання бюджету за видатками й кредитуванням. Лише перші дві здійснюються в суто фінан-

сових правовідносинах. Що стосується п. п. 3–7 ст. 46 Бюджетного кодексу України, то ними, а також правилами, що конкретизують ці пункти, встановлюються одночасно норми і фінансового, і цивільного права. Зокрема, взяття бюджетних зобов'язань (п. 3 ст. 46 Бюджетного кодексу України) передбачає перебування розпорядника бюджетних коштів у фінансових правовідносинах із головним розпорядником бюджетних коштів та відповідним органом казначейства, а також вступ при цьому в цивільні правовідносини із суб'єктами підприємництва, які будуть поставляти товари, виконувати роботи, надавати послуги розпорядникам бюджетних коштів.

Наступна стадія виконання бюджету за видатками – отримання товарів, робіт, послуг (п. 4 ст. 46 Бюджетного кодексу України). Це дії на виконання бюджетних зобов'язань, що здійснюються у формі цивільних зобов'язань. Водночас під час отримання товарів, робіт, послуг розпорядники бюджетних коштів продовжують перебувати у фінансових правовідносинах і зобов'язані виконувати відповідні фінансові обов'язки.

Здійснення платежів відповідно до взятих бюджетних зобов'язань (п. 5 ст. 46 Бюджетного кодексу України) – це найбільш проблемна стадія виконання бюджету за видатками. Її проблемність полягає в тому, що за умов, передбачених ч. 4 ст. 51 Бюджетного кодексу України, стосовно розпорядників бюджетних коштів діє заборона на здійснення платежів відповідно до взятих бюджетних зобов'язань. Ця заборона є диспозицією фінансово-правової норми. Виникає ситуація, за якої розпорядник бюджетних коштів у фінансових правовідносинах позбавлений права здійснювати певні дії (здійснювати платежі відповідно до взятих бюджетних зобов'язань), а в цивільних правовідносинах несе обов'язок здійснювати ті ж дії. Ця парадоксальна ситуація не може бути вирішена через переважне застосування норм фінансового права або норм цивільного права, оскільки норми різних галузей не можуть конкурувати між собою. Її вирішення можливе за умови визнання тієї обставини, що положення ч. 4 ст. 51 Бюджетного кодексу України, яке забороняє за відповідних умов здійснювати платежі на виконання раніше взятих бюджетних зобов'язань, буде тлумачитись так, що воно встановлює не лише норму фінансового права, а й норму цивільного права. Якщо це так, то залишається тільки вирішити колізію між цивільно-правовою нормою, встановленою ч. 4 ст. 51 Бюджетного кодексу України, і цивільно-правовою нормою, яка встановлена ст. 526 Цивільного кодексу України та приписує належним чином виконувати цивільні зобов'язання. Ця колізія має бути вирішена на користь спеціальної цивільно-правової норми, що встановлена ч. 4 ст. 51 Бюджетного кодексу України. Цій правовій нормі варто надати перевагу під час правозастосування також за правилом *lex posterior derogate priori* (пізнішим законом скасовується більш ранній).

Подібним є положення ч. 8 ст. 51 Бюджетного кодексу України. Воно, що правда, прямо не забороняє розпорядникам бюджетних коштів здійснювати платежі за раніше взятими бюджетними зобов'язаннями, проте фінансово-правовий припис за відповідних умов «упорядкувати бюджетні зобов'язання» означає одночасно і право розпорядника бюджетних коштів вимагати внесення змін до раніше укладених цивільно-правових договорів, і його право не здійснювати

платежі за раніше взятими бюджетними зобов'язаннями. Було б цікаво дізнатись, як буде вирішена судом справа за позовом про внесення змін до цивільного договору на підставі ч. 8 ст. 51 Бюджетного кодексу України. Однак нам не вдалося знайти таких рішень. У будь-якому разі можна прогнозувати, що суду навряд чи вдасться дати задовільне тлумачення ч. 8 ст. 51 Бюджетного кодексу України. Проблема спочатку повинна бути вирішена в науці, а не залишатись для вирішення її судами під час здійснення правозастосування. Розмежування норм фінансового та цивільного права в таких випадках є особливо складним завданням, адже ці норми встановлюються одними й тими ж законодавчими положеннями.

Таким чином, варто констатувати тісний взаємозв'язок положень фінансового та цивільного законодавства. Зазначений взаємозв'язок, зокрема, проявляється в субсидіарному застосуванні положень цивільного законодавства до фінансових відносин, у субсидіарному застосуванні положень фінансового законодавства до цивільних відносин, у необхідності використання аналогії закону, у комплексному характері більшості актів фінансового законодавства, у наявності положень, що формулюють норми цивільного права, навіть у кодифікованих актах фінансового законодавства. Більше того, нерідко положення актів законодавства формулюють одночасно і норми фінансового права, і норми цивільного права. Однак такий тісний взаємозв'язок положень фінансового й цивільного законодавства не просто не виключає, а навіть збільшує необхідність розмежування норм фінансового та цивільного права, а також відносин, що регулюються цими галузями права. Викладені в статті положення, на нашу думку, дають змогу зробити висновки про те, що не існує публічно-приватних (фінансово-цивільних) відносин, а також не існує відповідних їм комплексних норм права. Фінансове право та цивільне право, незважаючи на тісний взаємовплив, є самостійними профілюючими галузями права, тому предмети їх регулювання можуть і повинні суворо розмежовуватись на всіх рівнях системи права, у тому числі для будь-якої конкретної норми права. Особливо варто зазначити, що не існує також відносно-абсолютних відносин. Речові права встановлюються й регулюються винятково нормами цивільного права, а на фінансові відносини ці норми тільки впливають.

Викладеним не вичерпується вся проблематика розмежування фінансового та цивільного права. Ця проблема має особливості свого вирішення стосовно правовідносин щодо державного кредиту та державного запозичення, стосовно правовідносин у процедурі взяття бюджетних зобов'язань (у процедурі укладення розпорядниками бюджетних коштів цивільно-правових договорів, що передбачають здійснення платежів за рахунок бюджетних коштів), співвідношення права власності та фінансових правовідносин тощо. Ці питання стануть темами подальших наукових досліджень.

Література

1. Алексеев С.С. Общие теоретические проблемы системы советского права / С.С. Алексеев. – М. : Госюриздат, 1961. – 187 с.
2. Алексеев С.С. Структура советского права / С.С. Алексеев. – М. : Юридическая литература, 1975. – 258 с.

3. Дорохин С.В. Деление права на публичное и частное: конституционно-правовой аспект / С.В. Дорохин. – М. : Волтерс Клувер, 2008. – 136 с.
4. Гетманцев Д.О. До питання про предмет і метод фінансового права / Д.О. Гетманцев // Фінансове право. – 2008. – № 2. – С. 13–16.
5. Толстой Ю.К. О преподавании гражданского права на современном этапе / Ю.К. Толстой // Преподавание гражданского права в современных условиях : сб. – СПб. : Изд-во Санкт-Петербургского гос. ун-та, 1999. – С. 42–48.
6. Мамутов В.К. Развитие хозяйственного права и хозяйственно-правовой мысли в суверенной Украине: научный доклад / В.К. Мамутов. – Донецк : Ин-т экономико-правовых исследований НАН Украины, 2004. – 40 с.
7. Толстой Ю.К. Е.А. Суханов на путях совершенствования отечественного законодательства / Ю.К. Толстой // Правоведение. – 2007. – № 1. – С. 152–163.
8. Саттарова Н.А. Современные аспекты межотраслевых связей финансового права / Н.А. Саттарова // Финансовое право. – 2012. – № 5. – С. 11–14.
9. Гаффарова Г.Р. О гражданско-правовых средствах в финансовом праве / Г.Р. Гаффарова // Финансовое право. – 2010. – № 11 – С. 12–14.
10. Савиньи Ф.К. Обязательственное право / Ф.К. фон Савиньи ; пер. Н.А. Мандро, В.В. Фукс. – М. : Тип. А.В. Кудрявцевой, 1876. – 579 с.
11. Иеринг Р. Избранные труды : в 2 т. / Р. Иеринг. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2005–2006. – Т. 2. – 2006. – 547 с.
12. Чанишева А.Р. Поточні цивільні правовідносини : [монографія] / А.Р. Чанишева. – О. : Фенікс, 2009. – 148 с.
13. Брагинский М.И. Договорное право. Общие положения / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. – М. : Статут, 1997. – 682 с.
14. Ковальчук А.Т. Финансовое право в рыночных системах (теоретическое исследование в практическом аспекте) / А.Т. Ковальчук. – К. : Парламентское издательство, 2008. – 506 с.
15. Запольский В.В. Дискуссионные вопросы финансового права : [монография] / В.В. Запольский. – М. : РАП ; Эксмо, 2008. – 160 с.

Анотація

Очкуренко С. В. Розмежування фінансового та цивільного права. – Стаття.

У статті викладено деякі результати дослідження проблеми розмежування фінансового та цивільного права. Доведено не лише можливість, а й необхідність чіткого розмежування цих двох галузей права. Критично оцінено спроби довести неможливість такого розмежування внаслідок руйнування межі між фінансовим і цивільним правом у процесі розвитку суспільних відносин. Автор наводить приклади розмежування та визначення змісту норм фінансового й цивільного права в тих випадках, коли норми цивільного права формулюються в актах фінансового законодавства, а також коли одним і тим же нормативним положенням одночасно встановлюються і норма фінансового права, і норма цивільного права.

Ключові слова: фінансове право, цивільне право, законодавство, право, розмежування фінансового та цивільного права.

Аннотация

Очкуренко С. В. Разграничение финансового и гражданского права. – Статья.

В статье излагаются некоторые результаты исследования проблемы разграничения финансового и гражданского права. Доказывается не только возможность, но и необходимость четкого разграничения этих двух отраслей права. Критически оцениваются попытки доказать невозможность такого разграничения вследствие разрушения границы между финансовым и гражданским правом в процессе развития общественных отношений. Автор приводит примеры разграничения и определения содержания норм финансового и гражданского права в тех случаях, когда нормы гражданского права формулируются в актах финансового законодательства, а также когда одним и тем же нормативным положением одновременно устанавливается и норма финансового права, и норма гражданского права.

Ключевые слова: финансовое право, гражданское право, законодательство, право, разграничение финансового и гражданского права.

Summary

Ochkurenko S. V. Delimitation of financial law and civil law. – Article.

The article presents some results of the investigation of the problem of delineation of financial and civil law. It is proved not only the possibility, but also the need for a clear delineation of these two branches of law. The attempts to prove the impossibility of such a delimitation due to the destruction of the boundary between financial and civil law in the process of development of public relations are critically evaluated. The author gives examples of differentiation and definition of the contents of the norms of financial and civil law in those cases when civil law norms are formulated in acts of financial legislation, as well as in cases when the same normative provision simultaneously establishes the rule of financial law and civil law.

Key words: financial law, civil law, legislation, law, delimitation of financial and civil law.

УДК 347.1

Ю. С. Павлова

ПОНЯТТЯ ТА ПРОВОА ПРИРОДА ЕЛЕКТРОННИХ ДОКАЗІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ

Постановка проблеми. В умовах сучасності широке запровадження та використання цифрових технологій, електронних форм комунікації, мережі Інтернет спричинило неабиякий вплив на суспільне життя, який дозволив говорити про електронні джерела інформації, як про новий вид доказів. Подібні тенденції вимагають належного нормативного врегулювання питань, пов'язаних з використанням в правозастосовній практиці електронних доказів, в тому числі, в процесі здійснення цивільного судочинства.

Одночасно із цим, незважаючи на суцільне впровадження цифрових технологій у всі сфери суспільних відносин, реалії цивільного процесуального законодавства не в повній мірі відображають досягнення сучасного науково-технічного розвитку, що проявляється у складності збирання, використання, оцінки та процесуального закріплення електронних доказів як рівноцінного засобу доказування в цивільному процесі.

Відсутність належного нормативного регулювання правового статусу електронного доказу, неоднозначність судової практики щодо застосування електронних доказів під час вирішення цивільних справ перешкоджає ефективному використанню сучасних об'єктивних джерел інформації та гальмує розвиток відносин з використанням сучасних інформаційно-комунікативних технологій, що зумовлює необхідність дослідження сутності та правової природи електронного доказу як самостійного джерела доказової інформації в цивільному судочинстві.

Стан дослідження. Досліджуваний у даній статті проблематиці, а також її окремим питанням присвячували свої праці такі науковці, як: Ю.В. Білоусов, О.Т. Боннер, К.Л. Брановицький, Є.В. Васьковський, О.П. Вершинін, С.П. Ворожбіт, Н.Ю. Голубева, М.В. Горелов, К.Б. Дрогозюк, І.М. Зайцев, А.Ю. Каламайко, О.Ф. Клейнман, О.М. Лазько, Є.О. Нефедьєв, В.К. Пучинський, І.В. Решетнікова, Т.В. Цюра, М.С. Строгович, С.Я. Фурса, Д.М. Цехан, Н.О. Чечина, К.С. Юдельсон.

Метою статті є аналіз існуючого різноманіття наукових підходів до визначення електронних доказів в теорії цивільно-процесуального права, дослідження сутності та правової природи електронних доказів, а також визначення їх місця серед традиційних засобів доказування в цивільному процесуальному законодавстві.

Для досягнення поставленої мети визначено наступні завдання:

- дослідити переваги та недоліки сучасних наукових підходів до визначення поняття «електронний доказ», висловлені в теорії цивільно-процесуального права;
- сформулювати власне тлумачення сутності електронного доказу як специфічного джерела доказової інформації в системі засобів доказування;
- характеризувати співвідношення поняття «електронний доказ» з іншими суміжними поняттями;

- проаналізувати правову природу електронних доказів, їх місце в системі засобів доказування в цивільно-процесуальному законодавстві;
- визначити специфіку, ознаки та сутнісні характеристики електронних доказів;
- дослідити законодавчі новації щодо визнання на нормативному рівні електронних доказів в якості самостійного джерела доказування.

Виклад основних положень. Розвиток та суцільне запровадження інформаційно-комунікаційних технологій є глобальною тенденцією світового розвитку та науково-технічної революції останніх десятиліть. При цьому, нормативне регулювання у сфері використання електронно-цифрових засобів вже давно не відповідає соціальним реаліям, та навпаки не виправдано гальмує їхній розвиток. Зокрема, чинна редакція Цивільного процесуального кодексу не враховує повною мірою досягнень науки і техніки, внаслідок чого судовий захист перестає бути ефективним способом захисту порушених прав та інтересів.

Однієї з центральних проблем сучасного цивільного процесу України є визначення правового статусу електронного доказу, дослідження його правової природи, встановлення можливості його використання в процесі розгляду цивільних справ, нормативне визначення способів фіксації та вилучення електронних доказів, а також встановлення правил поведження із ними.

До визначення сутності електронних доказів існує різноманіття наукових підходів, які відображають специфічні ознаки електронного доказу та підкреслюють його особливу правову природу.

Так, Е. Панкратова визначає електронні докази у широкому сенсі та розуміє під ними будь-які документи, в яких інформація представлена в електронно-цифровій формі. Е.В. Ткаченко застосовує більш вузький підхід, обмежуючи використання електронних доказів як будь-яких письмових доказів, сформованих в електронній формі.

С.Г. Сафронов та А.В. Минбалеев під електронними доказами розуміють задокументовану інформацію, представлену в електронній формі, тобто у вигляді, придатному для сприйняття людиною за допомогою електронних обчислювальних машин, а також для передання по інформаційно-телекомунікаційним мережам або обробці в інформаційних системах [8, с. 92].

В свою чергу, А.В. Корепіна визначає електронні докази як інформацію, зафіксовану на електронному носії у вигляді набору символів, звукозапису або зображення і призначену для передачі в часі і просторі з використанням технічних засобів.

Н.Н. Лебедева під електронним доказом розуміє відомості про обставини, які підлягають встановленню у справі, у формі, придатній для зберігання і передачі з використання електронних засобів зв'язку [1, с. 60].

М.В. Горелов визначає «електронний доказ» як відомості про обставини, що мають значення для розгляду справи, виконані у формі цифрового, звукового або відеозапису. При цьому М.В. Горелов зазначає, що для надання інформації в електронній формі вже існує загальновизнана назва – «файл» як будь-який цілісний масив інформації, організований відповідно до фіксованих правил (різними для різних файлів) і не прив'язаний до носія [6, с. 128].

Прашант Малі називає електронними або цифровими доказами будь-яку доказову інформацію, яка зберігається або передається в цифровій формі, яку сторони можуть використовувати в судовому процесі [8, с. 91].

Варто відзначити, що на нормативному рівні відсутнє визначення поняття електронного доказу, яке б визначало його процесуальний статус. Між тим, в умовах триваючої судової реформи 20 червня 2017 року у першому читанні було прийнято законопроект № 6232 про внесення змін до трьох процесуальних кодексів – господарського процесуального кодексу, цивільного процесуального та кодексу адміністративного судочинства України.

У вказаних законопроектах містяться однакові положення щодо доказів у цивільному, господарському та адміністративному процесах, а найголовніше те, що запроваджується новий вид доказу – електронний доказ.

У законопроекті № 6232 від 20 червня 2017 року під електронними доказами пропонується розуміти інформацію в електронній (цифровій) формі, яка містить дані про обставини, що мають значення для справи, зокрема:

- електронні документи (в тому числі, текстові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо);
- веб-сайти (сторінки);
- текстові, мультимедійні та голосові повідомлення;
- метадані, бази даних й інші дані в електронній формі.

Такі дані можуть зберігатись, зокрема, на портативних пристроях (картах пам'яті, мобільних телефонах та ін.), серверах, системах резервного копіювання, інших місцях збереження даних в електронній формі (в тому числі в мережі Інтернет), тобто перелік джерел інформації, що підпадатимуть під поняття «електронний доказ», не є вичерпним.

Таким чином, проект нового Цивільного процесуального кодексу нарешті визнає особливий правовий статус електронних доказів та визначає його в якості самостійного засобу доказування на рівні з письмовими та речовими доказами.

Під час дослідження сутності електронних доказів окрему увагу варто приділити співвідношенню поняття «електронного доказу» із іншими суміжними поняттями. Так, А.Ю. Каламайко замість електронного доказу використовує термін «електронний засіб доказування» та визначає його як передбачену законом процесуальну форму залучення носіїв письмової та аудіовізуальної інформації в електронній формі, які потребують використання технічних та програмних засобів для одержання відомостей [4, с. 7].

Співвідношення понять «доказ» та «засіб доказування» є дискусійним протягом тривалого часу в теорії цивільного процесу. З огляду на відсутність єдності у поглядах науковців щодо використання цих термінів, неоднозначність їх застосування була переведена й у площину дослідження електронних джерел інформації, внаслідок чого використовуються поняття і електронний доказ, і електронний засіб доказування.

Найбільшої розповсюдженості набула точка зору, відповідно до якої доказ є комплексним поняттям, яке пов'язує фактичні дані та засоби доказування як зміст та процесуальну форму. Тобто засіб доказування розглядається як певна проце-

суальна форма, в якій доказова інформація може бути залучена у цивільне судочинство. З цієї позиції вважаємо правильним розглядати сутність «електронного доказу» так, що охоплює поняття «електронного засобу доказування» як власної процесуальної форми, в якій міститься доказова інформація.

Окрім поняття електронного доказу в науковій літературі, особливо в джерелах зарубіжних країн, зустрічається застосування терміну «цифровий доказ», під якими розуміють будь-які збережені дані, що передаються з використанням комп'ютера. Експертами Scientific Working Group on Digital Evidence було запропоновано під терміном «цифро відокази» розуміти будь-яку інформацію доказового значення, яка зафіксована чи передана у цифровій формі [10, с. 257].

Разом з цим, застосування терміну «цифровий доказ» можна зустріти в окремих правових актах, зокрема наказі державного підприємства Український науково-дослідний і навчальний центр проблем стандартизації, сертифікації та якості» від 07.10.2016 № 307 «Про прийняття національних стандартів України, змін та поправок до національних стандартів України, гармонізованих з міжнародними нормативними документами», на підставі якого було затверджено державний стандарт України 27037:2016 «Інформаційні технології. Методи захисту. Настави щодо ідентифікування, збирання, придбання та збереження цифрового доказу».

Застосування терміну «цифрові докази» обумовлено його англійським походженням, адже в джерелах зарубіжних країн замість електронного доказу використовується поняття «digital evidence», яке переводиться саме як цифровий доказ. Тобто назва таких доказів пов'язується із його природою, яка візуально виражена у двійковому комп'ютерному коді.

На нашу думку, з точки зору сутності немає різниці між використанням назви «електронного» або «цифрового доказу», адже вони відображають одну й ту саму сутність доказової інформації та, фактично, є тотожними поняттями.

Окрім цього, в теорії цивільного процесу зустрічається використання терміну «відомості, представлені в цифровій формі», яке використовується для позначення сутності електронного доказу. Поява такого терміну обумовлена прийняттям міжнародного стандарту ISO/IEC 27037:2012 «Інформаційні технології. Методи забезпечення. Настави щодо ідентифікації, збирання, отримання та забезпечення збереження електронних доказів». Між тим, поява такого терміну обумовлена існуванням різних підходів до перекладу спеціальних термінів вищезазначеного стандарту, а тому, фактично, «відомості, представлені в цифровій формі» є окремим варіантом перекладу з англійської мови «digital evidence».

Проблема визначення місця електронних доказів серед традиційних засобів доказування в теорії цивільного процесу пов'язана із правовою природою електронних доказів, які відрізняються за своїми ознаками як від письмових, так і від речових засобів доказування. Водночас, єдиний підхід щодо визначення статусу електронного доказу в системі засобів доказування відсутній.

Так, Д.М. Чечот, О.А. Виноградова вважають, що сучасні джерела інформації охоплюються вже відомими процесуальному законодавству засобами доказування і їх необхідно відносити або до речових, або до письмових доказів [5].

На думку Т. Лежух, єдиною формою використання електронних даних як доказів є трансформація такої інформації в письмові докази, передбачені ст. 64 ЦПК України [7, с. 13]. Схожої позиції дотримувався А.Т. Боннер, який зауважив, що будь-який електронний документ може бути перетворений в доступну для читання форму. Однак після такого перетворення він, по суті, перестає бути електронним і стає традиційним документом.

Відповідно до ч. 2 ст. 65 ЦПК України магнітні, електронні та інші носії інформації, які містять аудіовізуальну інформацію про обставини, що мають значення для справи, відносяться до речових доказів. Втім віднесення аудіо- та відеозаписів до речових доказів викликає певні заперечення. Особливістю речових доказів є те, що хоча вони і є предметами, які є засобами встановлення обставин справи, ці відомості отримуються зі змісту вказаних предметів, а не з їх зовнішнього виду. Якщо речові докази досліджуються, як правило, візуальним шляхом, то за допомогою огляду або спостереження неможливо дослідити сучасні електронні носії інформації.

Представники іншого підходу, зокрема М.В. Горелов, О.М. Лазько, обґрунтовують необхідність виокремлення електронних засобів доказування серед інших засобів доказування. Вони визначають, що сучасні процесуальні засоби зберігання володіють суттєвою специфікою, яка повинна бути відображена у процесуальному законодавстві, а тому потрібно відносити їх до окремих засобів доказування. Так, електронні докази мають специфічну форму, а особлива форма виразу електронного документа призводить до особливої форми дослідження та оцінки такого доказу з обов'язковим використанням технічних засобів.

На нашу думку, електронні докази мають специфічну правову природу, власні ознаки та характерні особливості, які відрізняють електронний доказ від письмових та речових доказів. Відсутність матеріальної форми, нерозривний зв'язок із програмно-технічними засобами, специфічні джерела доказової інформації зумовлюють необхідність виокремлення електронних доказів в якості самостійного та рівноцінного засобу доказування як в теорії цивільного процесу, так і в цивільному процесуальному законодавстві.

Сутність електронних доказів необхідно досліджувати через їх ознаки, притаманні особливості, які відображають специфіку та правову природу електронних доказів, та за допомогою яких їх можна виокремити в якості самостійного виду засобів доказування.

1. Електронні докази не мають матеріальної форми. Електронний доказ – це двійковий комп'ютерний код, який створений за допомогою комп'ютерних засобів та існує на технічних носіях. Його неможливо відчути, він не має матеріального виразу, між тим він існує у нематеріальній формі на технічних засобах. Сутність цієї ознаки відрізняє електронний доказ від письмових та речових доказів, які існують лише у матеріальній формі та нерозривно із нею пов'язані.

2. Необхідність використання програмних та технічних засобів для дослідження електронного доказу. Електронні докази характеризуються неможливістю їх безпосереднього сприйняття, адже електронний доказ фактично є фіксацією інформації за допомогою машинного коду. Огляд та дослідження фізичного стану носія електронного доказу (диску, флеш-накопичувача тощо) не є дослідженням

електронного доказу, адже суд та учасники цивільного процесу не можуть дослідити фактичні дані, які на ньому записані.

Для дослідження електронного доказу необхідним є тлумачення машинного коду за допомогою спеціальних технічних засобів. Досить в окремих судах загальної юрисдикції існують складнощі в дослідженні електронних доказів через відсутність спеціальних програмно-технічних комплексів, що впливає на якість судового розгляду через обмеження сторін у доказуванні тих чи певних обставин, які входять до предмету доказування або значно затягує розгляд справи.

При цьому основна проблема використання електронних доказів не в тому, щоб переглянути певний електронний носій інформації, а в тому, щоб здійснити процес аутентифікації, тобто встановити певні правила та методи, за допомогою яких суд та учасники цивільного процесу зможуть визначити достовірність доказової інформації. В іншому разі такий засіб доказування не може бути використано в доказовій діяльності.

3. Наявність технічного носія інформації. Суть даної ознаки електронного доказу полягає у нерозривному зв'язку електронної інформації та фізичного носія, на якому така інформація записана. Відеозапис може бути записаний на жорсткому диску, аудіозапис – на дискетах, доказова інформація в мережі Інтернет – на серверах інтернет-провайдера. Будь-яка електронна інформація завжди пов'язана із її фізичним носієм.

4. Специфічний процес створення та зберігання інформації, який надає можливість легко змінювати носій без втрати змісту і навпаки, надає можливість внесення змін до змісту без залишення слідів на носієві. Фактично технічний носій інформації має схожості з речовим доказом, адже обидва містять доказову інформацію у своїх фізичних властивостях. Між тим на відміну від речових доказів носії електронних доказів дозволяють легко створювати, змінювати та безслідно видаляти фактичні дані. Доказова інформація на електронному носії є досить вразливою у порівнянні із традиційними засобами доказування. Це зумовлює ще одну проблему електронних доказів, яка полягає в створенні спеціальних правил фіксації електронної інформації, збереженні та приєднанні до матеріалів справи.

Наприклад, у справах про захист честі та ділової репутації переважно недостовірною інформацією розповсюджується у мережі Інтернет, адже таку інформацію можливо донести до найбільшої кількості читачів, та, найголовніше, легко знищити таку інформацію та приховати сліди порушення цивільних прав фізичних чи юридичних осіб. На нормативному рівні досить не визначено, яким чином інформація з електронних джерел у мережі Інтернет повинна вийматись та долучатись до матеріалів справи, що значно обмежує учасників судочинства у доведенні факту порушення їхніх прав.

5. Відсутність копій електронних доказів. Електронні докази характеризуються відсутністю традиційного існування оригіналів та копій доказів, які властиві для матеріалів цивільних справ. Характерною особливістю електронного доказу є те, що він не має жорсткого зв'язку з носієм і може легко бути перенесений на інший носій без втрати або зміни юридичної сили. Це, зокрема, підкреслює особливу природу електронного доказу, що зумовлює необхідність його виділення в якості самостійного виду доказів наряду з письмовими та речовими доказами.

Сам технічний носій може бути використано багаторазово, а специфічний процес створення та зберігання інформації в електронній формі надає можливість легко змінювати носій без втрати змісту і навпаки, надає можливість внесення змін до змісту без залишення слідів на носіїві. При цьому копії електронних засобів доказування є повністю ідентичними, що виключає поняття «копії електронного доказу».

Окрім вищезазначеного, в теорії цивільного процесу окремі науковці виділяють також такі ознаки електронного документа як можливість його передання за допомогою каналів зв'язку, можливість використання електронного доказу одночасно кількома особами, цифрові докази схильні до масивності, менше піддаються руйнуванню, наявність специфічних «реквізитів», так званих метаданих – інформації технічного характеру, яка закодована всередині файлів, а також особливий порядок дослідження та оцінки електронних доказів.

Висновки наукового дослідження і перспективи подальших розробок у даному напрямку. Розвиток суспільних відносин залежить не тільки від досягнень науково-технічної революції, але й від рівня нормативно-правового регулювання таких відносин, від якого залежить можливість учасників цивільних відносин захищати та відстоювати свої права та інтереси у суді. При цьому відсутність належного врегулювання статусу електронного доказу ускладнює розвиток цивільно-процесуальних відносин, учасники яких значно обмежені доказувати обставини, що мають значення для розгляду справи, за допомогою електронних доказів.

В теорії цивільного процесуального права під електронним доказом необхідно розуміти будь-яку інформацію, представлену в електронній формі, що має значення для розгляду цивільної справи, дослідження якої здійснюється за допомогою спеціальних програмно-технічних засобів. Вони представлені у вигляді двійкового комп'ютерного коду, тлумачення якого здійснюється за допомогою спеціальних програмно-технічних засобів.

Сутність електронних доказів пізнається через їх характерні ознаки, які полягають у відсутності матеріальної форми, наявності тісного взаємозв'язку із технічним носієм інформації, легко піддаються знищенню, при цьому можуть вільно переміщатись за допомогою телекомунікаційних мереж. Внаслідок особливої правової природи та власних специфічних ознак електронний доказ займає самостійне місце на рівні із письмовими та речовими доказами.

Перспективами подальших розробок у даному напрямку є дослідження джерел та способів класифікації електронних доказів, порядку збирання та процесуального закріплення електронних засобів доказування в цивільному судочинстві, а також дослідження особливостей використання електронних доказів під час розгляду окремих категорій справ.

Література

1. Дрогозюк К.Б. Сучасні джерела доказування у цивільному процесі України та Франції / К.Б. Дрогозюк // Право і суспільство. – № 1, 2016. – С. 52 – 63.
2. Єсімов С.С. Електронні документи як докази у справах про адміністративні правопорушення / С.С. Єсімов // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки, 2016. – № 845. – С. 68-74.
3. Каламайко А.Ю. Місце електронних засобів доказування та окремі питання їх використання в цивільному процесі / А.Ю. Каламайко // Право та інновації, 2015. – № 2. – С. 127-132.

4. Каламайко А.Ю. Електронні засоби доказування в цивільному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / А. Ю. Каламайко; кер. роботи К.В. Гусаров; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2016. – 20 с.
5. Каламайко А.Ю. Електронні засоби доказування в цивільному процесі // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/7259/1/Kalamayko_812.pdf.
6. Лазько О.М. Перспективи розвитку електронних (технічних) засобів доказування в цивільному процесі України / О. М. Лазько // Європейські перспективи, 2015. – № 1. – С. 125-129.
7. Лежух Т. Застосування електронних доказів у справах про захист честі, гідності та ділової репутації / Т. Лежух // Віче, 2013. – № 16. – С. 13-15.
8. Марков В.В. Принципи належності електронних доказів, отриманих з мобільних пристроїв / В.В. Марков, Р.Р. Савченко // Право і Безпека, 2014. – № 1. – С. 89-95.
9. Орлов Ю.Ю. Електронне відображення як джерело доказів у кримінальному провадженні / Ю.Ю. Орлов, С.С. Чернявський // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ, 2017. – № 1. – С. 12-24.
10. Цехан Д.М. Цифрові докази: поняття, особливості та місце у системі доказування / Д.М. Цехан // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція, 2013. – № 5. – С. 256-260.

Анотація

Павлова Ю. С. Поняття та правова природа електронних доказів в теорії цивільного процесуального права. – Стаття.

У статті досліджено різноманіття наукових підходів до визначення електронних доказів в теорії цивільно-процесуального права, досліджені правова природа та сутність електронних доказів, запропоновано власне тлумачення сутності електронного доказу як специфічного джерела доказової інформації. Досліджені ознаки та сутнісні характеристики електронних засобів доказування, а також їх місце серед традиційних засобів доказування в цивільному процесуальному законодавстві. У статті запропоновано виокремлення електронних доказів в якості самостійного засобу доказування наряду з письмовими та речовими доказами. Окрему увагу приділено сучасним законодавчим новаціям щодо визначення правового статусу електронних доказів на нормативному рівні.

Ключові слова: електронний доказ, ознаки електронних доказів, електронний засіб доказування, цивільний процес, теорія доказів.

Аннотация

Павлова Ю. С. Понятие и правовая природа электронных доказательств в теории гражданского процессуального права. – Статья.

В статье исследовано многообразие научных подходов к определению электронных доказательств в теории гражданского процессуального права, исследованы правовая природа и сущность электронных доказательств, предложено собственное толкование сущности электронного доказательства как специфического источника доказательственной информации. Исследованы признаки и сущностные характеристики электронных средств доказывания, а также их место среди традиционных средств доказывания в гражданском процессуальном законодательстве. В статье предложено выделение электронных доказательств в качестве самостоятельного средства доказывания наряду с письменными и вещественными доказательствами. Отдельное внимание уделено современным законодательным новациям по определению правового статуса электронных доказательств на нормативном уровне.

Ключевые слова: электронное доказательство, признаки электронных доказательств, электронное средство доказывания, гражданский процесс, теория доказательств.

Summary

Pavlova Yu. S. The concept and legal nature of electronic evidence in the theory of civil procedural law. – Article.

This article studies the diversity of scientific approaches to the definition of electronic evidence in the theory of civil procedural law, the legal nature and essence of electronic evidence, own interpretation of the essence of electronic evidence as a specific source of evidentiary information is proposed by author. The features and essential characteristics of electronic evidences, as well as their place among the traditional means of proof in civil procedural legislation are examined. The article proposes the allocation of electronic evidence as an independent mean of proving along with written and material evidence. Especial attention is paid to modern legislative innovations on the definition of the legal status of electronic evidence in the civil procedural legislation.

Key words: electronic evidence, features of electronic evidence, electronic means of proof, civil process, theory of evidences.

УДК 341.322.5

В. П. Пилипенко

СКЛАД ВОЄННОГО ЗЛОЧИНУ ЗА МІЖНАРОДНИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ

Постановка проблеми. Визначення воєнних злочинів у науці міжнародного права (далі – МП) не характеризується одноманітністю. Так, Словник міжнародного права визначає цю категорію злочинних деліктів як «міжнародні протиправні діяння, вчинення яких становить порушення міжнародного гуманітарного права, що застосовується у період збройних конфліктів» [1, с. 40–41]. В.А. Батир характеризує воєнні злочини як «особливо серйозні правопорушення, вчинені під час збройного конфлікту» [2, с. 401]. В.Н. Кулебякін та А.Ю. Скуратова констатують, що в категорію воєнних злочинів «входять порушення законів і звичаїв війни, серйозні порушення Женевських конвенцій 1949 року і Додаткових протоколів до них 1977 року» [3, с. 725]. Р.А. Адельханян визначає воєнний злочин як діяння, «яке полягає у порушенні встановлених основними принципами міжнародного права і міжнародного гуманітарного права правил ведення збройних конфліктів міжнародного або неміжнародного характеру, злочинність якого визначена в акті міжнародного кримінального права» [4, с. 13]. М. Шредер також стверджує, що за основу визначення військових злочинів беруться формулювання Женевських конвенцій 1949 року, при цьому проводячи диференціацію внутрішніх і міжнародних конфліктів [5, с. 770–771]. Г. Верле вважає, що «воєнний злочин – це порушення норми міжнародного гуманітарного права, яке тягне за собою кримінальну відповідальність безпосередньо за міжнародним правом» [6, с. 469.]. В.М. Репецький та В.М. Лисик доходять висновку, що «воєнним злочином вважається міжнародний злочин, що умисно чи з грубої необережності вчиняється комбатантом та прирівняними до них особами чи щодо них цивільною особою під час збройного конфлікту і полягає у масовому і серйозному порушенні норм міжнародного гуманітарного права та посягає на осіб, їх права чи найважливіші принципи міжнародного гуманітарного права» [7, с. 125].

Практично кожен дослідник воєнних злочинів намагався сформулювати своє власне визначення поняття «воєнний злочин». Причиною цього є визначення цього поняття в актах МП лише шляхом перерахунку конкретних діянь, які являють собою воєнний злочин. Видається, що підхід міжнародно-правових документів є виправданим, оскільки пропонуване визначення могло би привести до спорів як на стадії прийняття міжнародно-правової норми, так і на стадії її застосування. Однак визначення поняття «воєнний злочин» можна розвинути шляхом застосування до цієї категорії міжнародних злочинів загальнокримінальних досліджень (зокрема, вчення про склад злочину). В українській юридичній науці така спроба була зроблена в дисертаційному дослідженні В.П. Базова «Кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни (аналіз складу злочину)». Водночас предметом зазначеного дослідження була кримінальна відповідальність за порушення законів і звичаїв війни [8, с. 5]. Предметом нашого дослідження є відповідальність за

вчинення воєнних злочинів за міжнародним кримінальним правом (далі – МКП), зокрема Римським статутом Міжнародного кримінального суду (далі – РС).

Метою статті є визначення об'єктивних і суб'єктивних елементів та ознак воєнних злочинів із метою кращого розуміння цього виду міжнародних злочинів.

Виклад основного матеріалу дослідження. Визначення воєнного злочину в МКП містить його обов'язкові ознаки (юридичні та соціальні), властиві кожному воєнному злочину як юридичному факту в МКП. Однак правові норми не містять безпосередньої вказівки на самі ці факти і є тільки юридичними абстракціями. Для реалізації кримінальної відповідальності за МКП потрібно встановити відповідність діяння (як юридичного факту) приписам самої норми, тобто провести юридичну кваліфікацію скоєного, на основі якої і застосовуються норми МКП.

Норма містить логіко-юридичну абстракцію, яку в теорії кримінального права прийнято називати складом злочину.

У літературі під складом злочину традиційно розуміється сукупність встановлених кримінальним законом об'єктивних і суб'єктивних ознак, що характеризують суспільно небезпечне діяння як злочин [9, с. 283]. При цьому наголошується, що будь-який склад злочину утворюють чотири групи ознак, які називаються елементами складу злочину, такі як об'єктивні ознаки (об'єкт і об'єктивна сторона) і суб'єктивні ознаки (суб'єкт і суб'єктивна сторона). Аналіз норм МКП дає змогу говорити про те, що в них визначаються ознаки, які характеризують те чи інше діяння як злочинне. Ці ознаки можуть мати як об'єктивний характер (опис діяння, наслідків, способів вчинення діяння, обстановки його вчинення та ін.), так і суб'єктивний (наприклад, цілі і мотиви поведінки винного). У МКП кожний злочин характеризується чотирма обов'язковими ознаками: небезпекою для світового правопорядку, протиправністю, винністю та наявністю індивідуальної відповідальності за його вчинення. Цим ознакам фактично скоєного воєнного злочину повинні відповідати певні юридичні форми, характерні для правової норми.

Відповідно до концепції складу злочину в МКП, найрізноманітніші юридичні ознаки, що характеризують діяння як воєнний злочин за МКП, можна згрупувати за ознаками самого воєнного злочину таким чином: 1) ознаки злочинного діяння – юридичні ознаки норми МКП; 2) небезпека для світового правопорядку – інтерес (група інтересів), визначений в нормах МКП, якому діянням заподіюється шкода; 3) протиправність – вказівка на злочинність діяння або опис діяння як злочинного в юридичній нормі; нерідко опис наслідків такого діяння; 4) винність – вказівка на те чи інше психічне ставлення особи до скоєного, мотиви і цілі його поведінки; 5) індивідуальна відповідальність – ознаки, що характеризують особу, яка несе відповідальність згідно з МКП [10, с. 17].

Ознаки, що юридично характеризують ту чи іншу якість злочинного діяння, можна об'єднати в юридичні елементи норми МКП. При цьому видається можливим застосувати вироблене в доктрині МКП вчення про склад злочину. Це підтверджується і самим міжнародним правом. Так, у п. 1 ст. 20 РС згадується про «склад злочину» як про характеристику самого злочину.

Відзначимо, що у зв'язку з різноманітністю джерельної бази МКП склади тих чи інших злочинів можуть визначатися у різних міжнародно-правових актах,

причому одночасно в декількох чинних документах. Так, склади воєнних злочинів містяться як у Женевських конвенціях і Додаткових протоколах до них, так і в ст. 8 РС.

З огляду на викладене склад воєнного злочину за МКП можна визначити як сукупність встановлених джерелами МКП об'єктивних і суб'єктивних ознак, що характеризують діяння як воєнний злочин за МКП. Через відсутність єдиного кодифікаційного акту в МКП навряд чи можна здійснити послідовну і обґрунтовану класифікацію складів воєнних злочинів за традиційними підставами, прийнятими в теорії кримінального права. Проте з позиції конструкції об'єктивної сторони складів воєнних злочинів їх можна розділити на 1) формальні – норма містить вказівку тільки на діяння, без опису будь-яких наслідків (наприклад, напади на цивільні та інші захищені об'єкти); 2) матеріальні – норма містить вказівку на обов'язковий наслідок у результаті вчиненого діяння (наприклад, вбивство або поранення комбатанта, який, склавши зброю або не маючи більше засобів захисту, здався).

Значення складу злочину за МКП полягає передусім у правильній юридичній оцінці скоєного для реалізації завдань цього права як такого. Оскільки завданням МКП є забезпечення і підтримання світового правопорядку, можна дійти висновку, що світовий правопорядок є загальним об'єктом усіх злочинів за МКП. При цьому під світовим правопорядком варто розуміти всю сукупність благ та інтересів, що охороняються системою МП загалом. Така сукупність надзвичайно важлива, у неї включаються найрізноманітніші правові інтереси, такі як інтереси забезпечення та охорони прав і свобод особистості, інтереси підтримання миру, інтереси розвитку людства загалом, інтереси світової економіки тощо.

Таким чином, складові частини світового правопорядку – групи однорідних юридичних благ та інтересів, взятих під охорону МКП, можна розглядати як родові об'єкти злочинів із міжнародного кримінального права. І таким родовим об'єктом для воєнних злочинів будуть інтереси забезпечення миру і безпеки людства. Видовим об'єктом воєнного злочину є охоронюваний правом інтерес у вигляді встановлених принципами МП і (або) нормами міжнародного гуманітарного права (далі – МГП) правил ведення збройних конфліктів (законів і звичаїв війни). Безпосереднім об'єктом воєнного злочину за МКП є той юридичний інтерес, якому заподіюється шкода конкретним злочином, тобто цілком певне правило збройного конфлікту. Особливість воєнного злочину за МКП полягає в тому, що воно зазвичай багатооб'єктне, тобто заподіює шкоду одночасно кільком безпосереднім об'єктам. Однооб'єктний же воєнний злочин – швидше виняток, ніж правило. Отже, можна говорити про можливість виділення додаткового об'єкта воєнного злочину в МКП – того об'єкта, якому завжди (поряд із безпосереднім об'єктом) злочином заподіюється шкода. Наприклад, за вчинення більшості воєнних злочинів завжди, поряд з інтересами дотримання правил збройних конфліктів, шкода завдається життю та здоров'ю осіб, які служать додатковим об'єктом цього злочину.

Отже, ієрархію об'єктів воєнного злочину за МКП можна представити таким чином: 1) загальний об'єкт – світовий правопорядок як сукупність усіх юридичних благ та інтересів, визначених системою МП загалом і охоронюваних МКП;

2) родовий об'єкт – інтереси миру і безпеки людства; 3) видовий об'єкт – інтереси дотримання правил збройних конфліктів, як вони визначені в принципах МП і нормах МГП; 4) безпосередній об'єкт – те правило збройного конфлікту, на яке посягає конкретний злочин за МКП.

Елемент складу, званий об'єктивною стороною, являє собою сукупність ознак, що характеризують діяння і наслідки, які настали в результаті нього. Іншими словами, об'єктивна сторона злочину – це його зовнішній прояв. Об'єктивізація злочину починається з поведінки людини. Тому ключову роль у розумінні об'єктивної сторони відіграє діяння, що здійснюється особою, причому таке діяння має бути одночасно протиправним, усвідомленим і вольовим. Саме ці характеристики діяння як кримінально значущої поведінки людини були вироблені теорією кримінального права. Переважно воєнний злочин скоюється шляхом дії (дій), тобто активної поведінки суб'єкта. Як справедливо зауважив І.П. Бліщенко, багато міжнародних (у тому числі і воєнних) злочинів являють собою «складну і розгалужену діяльність багатьох осіб», здійснювану впродовж багатьох років і навіть десятиліть [11, с. 69].

На цю ж обставину звертав увагу О.М. Трайнін, кажучи про те, що «злочин проти людства складається не з епізодичної дії (удар ножом, підпал тощо), а з системи дій, з певного роду «діяльності» [12, с. 316.]. У разі, коли для поставлення у провину складу воєнного злочину потрібне встановлення злочинних наслідків, необхідно виявляти причинний зв'язок між діянням (діяннями) і цими наслідками. У літературі підкреслювалося, що саме цей елемент «винятково складний» у багатьох злочинах за МКП через наявність численних «ланок» між діянням і наслідком. І дійсно, ще на засіданні Нюрнберзького трибуналу зазначалося, що підсудні «захопили німецьку державу і перетворили її в державу розбійників, підпорядкувавши своїм злочинним намірам всю виконавчу міць держави... Цьому сприяли всі керівники всіх інших установ, які надавали цьому підтримку. Жодна з установ не хотіла ухилитися, оскільки газові камери і знищення були вираженням вищої ідеї режиму, а цим режимом були вони самі» [4, с. 205].

У багатьох складах воєнних злочинів юридичного значення набувають ті ознаки об'єктивної сторони, які традиційно вважаються факультативними (час, місце, обстановка, знаряддя, засоби і спосіб вчинення злочину). Так, у Женевських конвенціях і Додаткових протоколах до них зумовлюється ситуація міжнародного конфлікту, з одного боку, і збройного конфлікту неміжнародного характеру – з іншого. Ситуація багатьох воєнних злочинів одночасно характеризується часом, місцем і обстановкою їх здійснення.

Водночас особливе значення в МКП має також спосіб вчинення злочину як певний порядок, метод, послідовність прийомів здійснення злочинного діяння. Багато воєнних злочинів можуть мати характер триваючих і продовжуваних. Триваючий воєнний злочин – це дія або бездіяльність, поєднана з подальшим тривалим невиконанням обов'язків, покладених на винного МКП (наприклад, захоплення заручників із числа захищених осіб). Триваючий воєнний злочин починається з моменту вчинення злочинної дії, а закінчується дією самого винного, спрямованою на припинення злочину, або настанням обставин, що перешкоджають його здійсненню.

Продовжувані воєнні злочини являють собою низку тотожних злочинних дій, спрямованих до спільної мети, що становлять у сукупності єдиний злочин (наприклад, тероризування мирного населення на окупованих територіях; нанесення ударів по будівлях, медичних установах і транспортних засобах). Початком продовжуваного злочину вважається вчинення першої дії (бездіяльності) з числа декількох тотожних дій, що становлять один продовжуваний злочин, а кінцем – момент скоєння останньої злочинної дії.

Із принципу індивідуальної відповідальності осіб за МКП випливає, що загальним суб'єктом воєнного злочину повинна вважатися будь-яка людина, незалежно від будь-яких демографічних, соціальних, майнових чи інших характеристик, що скоїла цей злочин і підлягає відповідальності за МКП. Особливістю регламентації відповідальності за вчинення воєнних злочинів є та обставина, що склади багатьох із них передбачають наявність спеціального суб'єкта («командира», «особи, яка ефективно виконує функції військового командира» та ін.).

Основним елементом суб'єктивної сторони будь-якого злочину є вина – певне психічне ставлення особи до свого діяння і можливого результату (наслідків). Стаття 30 РС визначає суб'єктивну сторону двома ознаками, такими як навмисність і свідомість. Навмисність, тобто цілеспрямованість поведінки визначається як щодо діяння, коли особа збирається його зробити, так і щодо наслідків, коли особа збирається заподіяти цей наслідок або усвідомлює, що він настане за звичайного ходу подій.

Намір – характеристика вольової сфери психіки людини, що означає бажання, задум чогось. Бажання як вольова характеристика може стосуватися як діяння, так і наслідку. У вітчизняній доктрині кримінального права таким психологічним характеристикам відповідає визначення прямого умислу, за якого особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачає неминучість або реальну можливість настання суспільно небезпечних наслідків і бажає їх настання [13, с. 77]. Таким чином, МКП через «намір» допускає можливість прямого умислу як щодо діяння, так і щодо його наслідків. Прямий умисел винного можливий у воєнних злочинах як із формальним, так і з матеріальним складом.

Свідомість у визначенні суб'єктивної сторони злочину в МКП означає розуміння особою вчиненого нею акту поведінки і його можливого (або бажаного) результату. Необережна вина у скоєнні воєнних злочинів за МКП – явище юридично неможливе, оскільки суб'єктивна сторона («свідоме» і «навмисне» заподіяння шкоди) виключає необережність і у вигляді недбалості, і у вигляді легковажності.

Таким чином, значення складу злочину за МКП полягає передусім у правильній юридичній оцінці скоєного для реалізації завдань цього права як такого. Загальним об'єктом воєнних злочинів, як і загалом міжнародних злочинів, є світовий правопорядок як сукупність всіх юридичних благ та інтересів, визначених системою міжнародного права загалом і охоронюваних МКП, родовим об'єктом є інтереси миру і безпеки людства, видовим об'єктом є інтереси дотримання правил збройних конфліктів, як вони визначені в принципах МП і нормах МПП, а безпосереднім об'єктом – те правило збройного конфлікту, на яке посягає конкретний злочин за МКП.

Висновки. Переважно військовий злочин скоюється шляхом дії (дій), тобто активної поведінки суб'єкта. У багатьох складах військових злочинів юридичного значення набувають ті ознаки об'єктивної сторони, які традиційно вважаються факультативними (час, місце, обстановка, знаряддя, засоби і спосіб вчинення злочину). Особливістю регламентації відповідальності за вчинення військових злочинів є та обставина, що склади багатьох із них передбачають наявність спеціального суб'єкта («командира», «особи, яка ефективно виконує функції військового командира» та ін.). Необережна вина у скоєнні військових злочинів за МКП – явище юридично неможливе, оскільки суб'єктивна сторона («свідоме» і «навмисне» заподіяння шкоди) виключає необережність і у вигляді недбалості, і у вигляді легковажності.

Водночас питання дослідження окремих елементів складу військових злочинів залишається актуальним. Так, особливий інтерес зараз становлять контекстуальні обставини у складі військових злочинів, які потребують подальших наукових досліджень, зважаючи на збройний конфлікт, що триває в Україні.

Література

1. Словарь международного права. – 3-е изд. перераб. и доп. – М: Статут, 2014. – 495 с.
2. Батырь В.А. Международное гуманитарное право: Учеб. для вузов / В.А. Батырь. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2011. – 688 с.
3. Международное право: учебник / Ю.М. Колосов, Ю.Н. Малеев и др. ; Отв. ред. А.Н. Вылегжанин; МГИМО (У) МИД России. – М.: Юрайт; Высшее образование, 2009. – 1012 с.
4. Адельханян Р.А. Военные преступления как преступления против мира и безопасности человечества: дис. докт. юр. наук: 12.00.08 «уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Адельханян Роберт Артурович – Москва, 2003. – 430 с.
5. Международное право / Вольфганг Граф Вицтум и др.; пер. с нем. [В. Бергман, пред., сост.]; науч. ред. и сост. указ. Т.Ф. Яковлева. – М.: Инфотропик Медиа, 2011. – 992 с.
6. Верле Г. Принципы международного уголовного права: учебник / Герхард Верле; пер. с англ. С.В. Саяпина. – О. : Фенікс; М.: ТрансЛит, 2011. – 910 с.
7. Репецкий В.М. Понятия та ознаки військових злочинів / В.М. Репецкий, В.М. Лисик // Альманах міжнародного права. – 2009. – Вип. 1. – С. 120–125.
8. Базов В.П. Кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни (аналіз складу злочину): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук: спец. 12.00.08 «кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» / Базов Віктор Петрович – Харків, 2009. – 21 с.
9. Данилюк Т.М. Класифікація складів злочинів та її значення для встановлення моменту закінчення злочину / Т.М. Данилюк // Наук. вісн. Львів. держ. ун-ту внутр. справ. Сер. юрид. – 2008. – Вип. 3. – С. 280–288.
10. Адельханян Р.А. Преступность деяния по международному уголовному праву: Учебное пособие / Р.А. Адельханян; Академический правовой университет. – М.: МЗ Пресс, 2002. – 37 с.
11. Международное уголовное право : Учебн. пособие / Под ред. В.И. Кудрявцева. – 2-е изд. перераб. и доп. – М.: Наука, 1999. – 264 с.
12. Трайнин А.Н. Защита мира и уголовный закон / А.Н. Трайнин – М.: Наука, 1969. – 454 с.
13. Вереша Р.В. Умисел і його види (коментар до ст. 24 КК України) / Р.В. Вереша // Вісник Академії адвокатури України. – 2010. – Число 3. – С. 73–82.

Анотація

Пилипенко В. П. Склад воєнного злочину за міжнародним кримінальним правом. – Стаття.

У статті визначаються об'єктивні і суб'єктивні елементи та ознаки військових злочинів. Доводиться значення складу злочину, яке полягає у правильній юридичній оцінці скоєного для подальшого притягнення винної особи до відповідальності. Стверджується, що юридичного значення набувають ті ознаки об'єктивної сторони, які традиційно вважаються факультативними (час, місце, обстановка, знаряддя, засоби і спосіб вчинення злочину). Аналізується наявність спеціального суб'єкта злочину. Підкреслюється свідомість і навмисність заподіяння шкоди при скоєнні воєнного злочину.

Ключові слова: воєнні злочини, склад злочину, міжнародне кримінальне право, Римський статут Міжнародного кримінального суду, відповідальність.

Аннотация

Пилипенко В. Ф. Состав военного преступления по международному уголовному праву. – Статья.

В статье определяются объективные и субъективные элементы и признаки военных преступлений. Доказывается значение состава преступления, которое заключается в правильной юридической оценке содеянного для дальнейшего привлечения виновного лица к ответственности. Утверждается, что юридически значимыми становятся те признаки объективной стороны, которые традиционно считаются факультативными (время, место, обстановка, орудия, средства и способ совершения преступления). Анализируется наличие специального субъекта преступления. Подчеркивается сознание и преднамеренность причинения вреда при совершении военного преступления.

Ключевые слова: военные преступления, состав преступления, международное уголовное право, Римский статут Международного уголовного суда, ответственность.

Summary

Pylypenko V. P. Legal Components of War Crime under International Criminal Law. – Article.

The article defines objective and subjective component elements of war crimes under international criminal law. The value of the crime component elements, which consists in the correct legal assessment of the offense for further prosecution of the guilty person, is proved. It is alleged that component elements that are traditionally considered optional (time, place, environment, tools, means and method of the offense) get legal importance in the case of war crimes. The occurrence of a special subject of war crime is analyzed. The consciousness and willfulness of causing harm in the commission of a war crime is also emphasized.

Key words: war crime, component elements of crime, international criminal law, Rome Statute of the International Criminal Court, responsibility.

УДК 343.81

*М. С. Пузирьов***ПОЗИТИВНИЙ ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ВИКОНАННЯ ПОКАРАННЯ У ВИДІ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ НА ПЕВНИЙ СТРОК ЯК КОНЦЕПТУАЛЬНА ОСНОВА РЕФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ**

Постановка проблеми. В умовах розбудови в Україні правової держави реформування того чи іншого інституту механізму держави має спиратися не лише на позитивні вітчизняні здобутки, а й, використовуючи порівняльно-правовий (компаративний) підхід, на позитивний зарубіжний досвід у визначеній сфері правовідносин.

Тому не випадково, що нині актуальність проведення порівняльних досліджень у сфері кримінально-виконавчого права зумовлена стрімкими процесами реформування кримінально-виконавчої системи України (у зв'язку з ліквідацією 18 травня 2016 р. Державної пенітенціарної служби України і передачею її повноважень Міністерству юстиції України) та удосконалення кримінально-виконавчого законодавства (зокрема, в частині адаптації правового статусу засудженого до європейських стандартів).

На порядку денному як галузевої юридичної науки, так і практики перебуває питання щодо реформування і побудови в Україні пенітенціарної системи нового, європейського типу, вирішення якого неможливе без звернення до позитивного зарубіжного досвіду виконання покарання у виді позбавлення волі на певний строк. При цьому ми усвідомлюємо, що це не єдиний вид покарання у контексті пріоритетних напрямів реформування вітчизняної кримінально-виконавчої системи, проте обрання нами його як елемента предмета дослідження зумовлює відповідний напрям наукового пошуку в межах кримінально-виконавчої (пенітенціарної) компаративістики.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Теоретичною основою написання статті стали праці вітчизняних і зарубіжних учених, присвячені порівняльно-правовим засадам виконання та відбування покарань, застосування окремих елементів механізму виконання покарання у виді позбавлення волі на певний строк, концептуальним основам реформування кримінально-виконавчої системи. Серед них – праці К.А. Автухова, З.А. Астемірова, Л.В. Багрій-Шахматова, С.Л. Бабаяна, В.А. Бадири, О.М. Бандурки, Є.Ю. Бараша, І.Г. Богатирьова, О.І. Богатирьової, І.В. Боднара, Є.М. Бодюла, А.О. Галая, М.Л. Грекова, В.І. Гуржія, Т.А. Денисової, О.М. Джужі, В.О. Жабського, І.В. Іванькова, О.І. Іванькова, Ю.В. Калініна, В.В. Кареліна, А.В. Кирилюка, В.В. Коваленка, О.Г. Колба, Н.В. Коломієць, В.Я. Конопельського, І.М. Копотуна, В.О. Меркулової, М.П. Мелентьева, Р.М. Підвисоцького, Г.О. Радова, А.Ф. Сизого, В.Б. Спіцнаделя, А.Х. Степанюка, М.О. Стручкова, В.М. Трубникова, С.Я. Фаренюка, С.В. Царюка, О.О. Шкути, В.П. Шупілова, Д.В. Ягунова, І.С. Яковець та ін.

Поіменовані вчені зробили вагомий внесок у вирішення проблем пенітенціарної теорії і практики, їхні праці заклали теоретичні основи розроблення низки

наукових концепцій у цій сфері правовідносин. Проте на сьогодні недостатньо розробленими залишаються концептуальні засади використання позитивного зарубіжного досвіду виконання покарання у виді позбавлення волі на певний строк у процесі реформування кримінально-виконавчої системи України. На усунення вказаної прогалини і спрямована мета цієї публікації.

Мета статті полягає в обґрунтуванні пріоритетних напрямів використання позитивного зарубіжного досвіду виконання покарання у виді позбавлення волі на певний строк у процесі реформування кримінально-виконавчої системи України.

Виклад основного матеріалу дослідження. Розробляючи концептуальні засади реформування кримінально-виконавчої системи України, важливо усвідомлювати той факт, що ефективність виконання покарання у виді позбавлення волі на певний строк з урахуванням позитивного зарубіжного досвіду залежить від багатьох факторів, у тому числі – від національного менталітету, культурних особливостей українського народу, стану економіки, політичної обстановки, стану законодавства тощо.

Водночас суворе дотримання та реалізація у національній кримінально-виконавчій політиці вимог міжнародних стандартів поведіння із засудженими до позбавлення волі на певний строк пов'язано з нагальною та актуальною проблемою будівництва нових установ виконання покарань, якими, на нашу думку, спираючись на позитивний зарубіжний та певною мірою вітчизняний (дореволюційний період, після реформи 1879 р.) досвід, мають стати тюрми, або, з огляду на пенітенціарний вектор розвитку державної політики у сфері виконання кримінальних покарань [1] – пенітенціарні установи.

Подібний підхід підтримується й у сучасній вітчизняній пенітенціарній науці, яскравим свідченням чого є безпрецедентне теоретико-правове дослідження «Пенітенціарні установи України», проведене професором І.Г. Богатирьовим [2]. Підтримуючи більшість із наведених у названому дослідженні положень, а також розвиваючи окремі з них, вважаємо, що нові пенітенціарні установи закритого типу мають бути влаштовані за системою одиночного тримання, за певними винятками (наприклад, під час залучення засуджених до суспільно корисної праці, під час проведення соціально-виховної роботи, в інших необхідних ситуаціях, що сприяють досягненню мети їх виправлення і ресоціалізації).

Зазначені положення дали нам підстави під час роботи над проектом Закону України «Про загальні засади функціонування пенітенціарної системи України» у складі групи інших вітчизняних учених-пенітенціаристів обґрунтувати одиночне тримання засуджених як принцип функціонування пенітенціарної системи України та сформулювати нове для вітчизняної пенітенціарної теорії і практики положення у вигляді норми права в такій редакції:

«У пенітенціарних установах встановлюється такий порядок і умови виконання та відбування покарань, за яких забезпечується реалізація вимог режиму, передбачених для державних, муніципальних і приватних установ, із дотриманням вимог одиночного тримання у нічний час у порядку, визначеному Прикінцевими положеннями цього Закону» [3, с. 16–17].

Зазначимо, що сформулювати таку пропозицію стало можливим і завдяки аналізу Закону Швеції «Про позбавлення волі», ст. 3 глави 6 якого передбачає, що «за-

суджені до позбавлення волі можуть триматися окремо один від одного у зв'язку з відпочинком у нічний час» [4, с. 5].

Водночас ми усвідомлюємо, що, незважаючи на прогресивний у безпековому відношенні потенціал режиму одиночного тримання засуджених до позбавлення волі, реалізувати подібний алгоритм за сучасних економічних умов розвитку держави загалом та кримінально-виконавчої системи зокрема дуже складно.

Більше того, сучасний стан вітчизняного кримінально-виконавчого законодавства не дає можливості забезпечити на 100% навіть блочне тримання засуджених до позбавлення волі. Так, відповідно до ч. 1 ст. 115 КВК України «засуджені, як правило, тримаються в приміщеннях блочного типу. Норма житлової площі на одного засудженого не може бути менше чотирьох квадратних метрів, а у лікувальних закладах при виправних колоніях, у виправних колоніях, призначених для тримання і лікування хворих на туберкульоз, у стаціонарі – п'яти квадратних метрів» (*курсив наш.* – М.П.) [5].

Формулювання «як правило» не зобов'язує державу (звичайно, зважаючи на неможливість через фінансово-економічні фактори у короткі строки) одразу після внесення 21 січня 2010 р. до КВК України відповідних змін [6] (якими вперше до галузевого законодавства введено інститут тримання засуджених до позбавлення волі у приміщеннях блочного типу) забезпечити перехід до такого виду тримання засуджених.

Дискусійність наведеної законодавчої конструкції знаходить своє відображення і в сучасній пенітенціарній науці. Зокрема, як зазначає О.І. Іваньков, незважаючи на нібито нормальну мінімальну площу, яка передбачена на одного засудженого до позбавлення волі, блочний режим утримання відбудований лише у деяких колоніях [7, с. 146–147]. Водночас поняття блочного типу утримання та вимоги щодо обладнання таких приміщень у національному законодавстві практично відсутні. Переобладнання житлових приміщень виправних колоній за блочним типом не дасть тих позитивних наслідків, які від нього очікують. На думку згаданого автора, повністю нейтралізувати негативні елементи субкультури засуджених в умовах блочного утримання засуджених до позбавлення волі складно [7, с. 147].

Таке завдання, на думку як учених [7, с. 147; 8, с. 36; 9], так і практиків, а також з огляду на позитивний зарубіжний досвід у цій сфері, по силі виконати лише за таких умов відбування покарання у кримінально-виконавчих установах закритого типу, коли засуджені у виправних колоніях утримуватимуться у приміщеннях камерного типу з урахуванням вимог санітарії і гігієни, з одиночним утриманням у нічний час.

Аналіз зарубіжного досвіду за відповідним напрямом дав можливість обґрунтувати відомчу підпорядкованість кримінально-виконавчої системи України як концептуальну засаду галузевого реформування.

Наявні дослідження дають змогу констатувати такі моделі підпорядкування кримінально-виконавчих (пенітенціарних) систем у зарубіжних країнах, як 1) модель, за якої система виконання покарань повністю підзвітна Міністерству внутрішніх справ або його еквіваленту; 2) модель, у якій система виконання покарань повністю управляється Міністерством юстиції; 3) модель, за якої система

виконання покарань перебуває під управлінням об'єднаного Міністерства юстиції і внутрішніх справ (поліції); 4) модель, за якої система виконання покарань перебуває у віданні окремого державного департаменту, не підконтрольного ні Міністерству юстиції, ні Міністерству внутрішніх справ; 5) змішана модель, за якої різні види покарань або заходи процесуального примусу перебувають у віданні різних відомств (пенітенціарні установи, в яких тримаються засуджені особи, перебувають у віданні Міністерства юстиції, а місця попереднього ув'язнення – у віданні Міністерства внутрішніх справ [10, с. 337–338].

Нині кримінально-виконавча система України перебуває у віданні Міністерства юстиції. Статистичні дані за Європейським регіоном [11] свідчать, що це найпоширеніший варіант (у 43 із 57 країн (ураховуючи ті країни, де Міністерство юстиції функціонує як об'єднане міністерство, а також країни, де замість Міністерства юстиції діють відповідні Департаменти юстиції), тобто 75,4%) відомчого підпорядкування системи виконання покарань.

Водночас на сьогодні відомче підпорядкування кримінально-виконавчої системи України Міністерству юстиції має як прихильників, так і опонентів. Це дало підстави більш детально вивчити зарубіжний досвід і відповідну наукову літературу за цим напрямом.

За результатами проведених досліджень, з огляду на фінський досвід майже сторічного підпорядкування системи виконання покарань Міністерству юстиції, вважаємо критичним зауваження професора І.Г. Богатирьова, «що історично це міністерство було неспроможне забезпечити її [пенітенціарної системи] функціонування з низки об'єктивних і суб'єктивних причин, тобто є алогічним за своєю природою» [12, с. 162], а також висновок поіменованого вченого, що «великих позитивних очікувань від передачі відомства до Міністерства юстиції не варто чекати» [12, с. 166].

Аналіз наукових праць професора І.Г. Богатирьова дає підстави констатувати, що висновок поіменованого вченого, за яким історично Міністерство юстиції було неспроможне забезпечити функціонування пенітенціарної системи, ґрунтується на тенденціях збільшення рівня пенітенціарної злочинності на початку 1920-х, 1930-х років, після чого органи й установи виконання покарань переходили з юрисдикції Народного комісаріату юстиції до Народного комісаріату внутрішніх справ. Згодом, після стабілізації криміногенної обстановки (наприкінці 1920-х) або ж із метою «розрядження» обстановки в органах і установах виконання покарань, що склалася за 19 років (1934–1953 рр.) підпорядкування пенітенціарної системи НКВССРСР (коли ця система переживала найскладніші часи свого функціонування, від репресій до свавілля), кримінально-виконавча система передавалася з юрисдикції Міністерства внутрішніх справ до Міністерства юстиції.

При цьому історико-правовий аналіз відповідних подій все більше схиляє нас до думки, що кожного разу Міністерству юстиції не вистачало часу і суспільно-державної підтримки для здійснення повноцінних реформ кримінально-виконавчої системи. Найменше часу у цього міністерства було в середині ХХ ст. (березень 1953 р. – січень 1954 р.). Так, 21 січня 1954 р. на підставі Постанови Ради Міністрів СРСР пенітенціарна система з Міністерства юстиції СРСР була передана до

складу МВС СРСР, яке керувало пенітенціарною системою аж до 1998 р., майже півстоліття [12, с. 164; 13, с. 142].

Надаючи авторську інтерпретацію окремим положенням статті професора І.Г. Богатирьова «Криза пенітенціарної реформи в Україні: причини та шляхи їх вирішення» [12], розвиваючи наведені поіменованим ученим судження, доповнюючи їх власними, вважаємо, що будь-яка передача пенітенціарної системи до того чи іншого міністерства від свого попередника має супроводжуватися такими кроками, як:

1) обґрунтування соціальної доцільності такої передачі (однієї політичної волі в такій суспільно важливій справі, як виправлення і ресоціалізація засуджених, недостатньо);

2) попередній моніторинг спроможності відповідного міністерства виконувати нові функції, наявність для цього матеріальних, фінансових, кадрових та інших ресурсів. Неврахування цього чинника під час «реформування» порушить гармонізацію роботи структурних підрозділів органів і установ виконання покарань, що приводитиме до збільшення правопорушень із боку засуджених;

3) проведення комплексної міжгалузевої антикорупційної експертизи на предмет відстеження можливих корупційних схем перерозподілу бюджетних коштів у результаті передачі системи органів і установ виконання покарань від одного міністерства (відомства) до іншого;

4) проведення моніторингу на предмет забезпечення правового та соціального захисту персоналу органів і установ виконання покарань у разі зміни відомчого підпорядкування. У разі нехтування таким чинником процес передачі пенітенціарної системи з одного міністерства (відомства) до іншого породжуватиме серед персоналу органів і установ виконання покарань невизначеність, необхідність звільнення і тимчасовий пошук робочих місць.

Сформульований алгоритм є авторським баченням на наявні у вітчизняній історії процеси передачі пенітенціарної системи з одного міністерства (відомства) до іншого. Переконані, що його дотримання якщо й не подолає усіх кризових процесів, які супроводжують будь-який процес реформування, то зведе їх до мінімуму, зберігши при цьому сталість функціонування органів і установ виконання покарань та максимально забезпечивши правовий і соціальний захист пенітенціарного персоналу (збереження робочих місць, умов проходження служби тощо).

Висновки. Аналіз позитивного зарубіжного досвіду виконання покарання у виді позбавлення волі на певний строк як концептуальної основи реформування кримінально-виконавчої системи України свідчить про те, що істотні відмінності в методології вирішення різних проблем зумовлені конкретними умовами окремих країн, а тому до використання зарубіжного досвіду в Україні варто ставитися з певною часткою обережності.

Безумовно, між вітчизняними установами виконання покарань та пенітенціарними установами (тюрмами) зарубіжних країн існують величезні відмінності, що стосуються не тільки питань тримання засуджених до позбавлення волі, а й багатьох інших проблем, у тому числі їх навчання, залучення до праці, стимулювання правослухняної поведінки через застосування окремих елементів прогресивної

системи, підготовки до звільнення тощо. Оскільки вступ України до Ради Європи унеможливив її існування поза рамками співробітництва з іншими її членами – країнами Європи, то природно, що і у виконанні покарань може використовуватися викладений у цій та низці інших наших публікацій досвід зарубіжних країн.

Однак застосовувати його необхідно з урахуванням економічних, політичних, культурних та інших особливостей держав, традицій і менталітету громадян. І все ж критичне осмислення і використання передового європейського досвіду виконання покарання у виді позбавлення волі на певний строк, безсумнівно, прискорить процес реформування кримінально-виконавчої системи України і сприятиме її наближенню до міжнародних стандартів.

Література

1. Пузирьов М.С. Пенітенціарний вектор розвитку державної політики у сфері виконання кримінальних покарань / М.С. Пузирьов // Ступенева професійна освіта у вітчизняному та європейському освітньому просторі : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Чернігів, 7 черв. 2012 р.). Чернігівський юридичний коледж Державної пенітенціарної служби України. – Чернігів : Видавець Лозовий В.М., 2012. – С. 256–260.
2. Богатирьов І.Г. Пенітенціарні установи України (теоретико-правове дослідження) : наукове видання (трьома мовами) / Богатирьов І.Г. – К., 2013. – 444 с.
3. Трансформація кримінально-виконавчого законодавства України (пенітенціарна доктрина) / [Богатирьов І.Г., Богатирьов А.І., Іваньков І.В., Пузирьов М.С., Царюк С.В.]. – К. : ВД «Дакор», 2014. – 156 с.
4. Act on Imprisonment (Swedish Code of Statutes 2010:610). – 17 p. [Electronic resource]. – Access mode : https://www.kriminalvarden.se/globalassets/om_oss/lagar/fangelselagen-engelska.pdf
5. Кримінально-виконавчий кодекс України від 11 лип. 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 3–4. – Ст. 21.
6. Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо забезпечення прав засуджених осіб в установах виконання покарань : Закон України від 21 січ. 2010 р. № 1828-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 12. – Ст. 114.
7. Іваньков О.І. Міжнародно-правові стандарти у сфері забезпечення захисту прав засуджених до позбавлення волі : дис. ... канд. юрид. Наук : 12.00.08 / Іваньков Олег Ігорович. – Х., 2016. – 233 с.
8. Боднар І.В. Проблемні питання діяльності органів та установ виконання покарань / І.В. Боднар, С.В. Царюк // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2017. – № 2. – С. 34–39.
9. Тарасова М.В. Перехід до одиночного утримання засуджених як один із актуальних напрямів реформування пенітенціарної системи України / М.В. Тарасова // Юридичний науковий електронний журнал. – 2016. – № 3. – С. 134–136.
10. Бараш Є.Ю. Управління Державною кримінально-виконавчою службою України: адміністративно-правове дослідження : моногр. / Бараш Є.Ю. – Х. : НікаНова, 2012. – 458 с.
11. Europe // World Prison Brief data [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.prisonstudies.org/map/europe>
12. Богатирьов І.Г. Криза пенітенціарної реформи в Україні: причини та шляхи їх вирішення / І.Г. Богатирьов // Право і суспільство. – 2016. – № 4. – С. 161–166.
13. Богатирьов І.Г. Доктрина пенітенціарного права України : моногр. / Богатирьов І.Г., Пузирьов М.С., Шкута О.О. – К. : ВД «Дакор», 2017. – 236 с.

Анотація

Пузирьов М. С. Позитивний зарубіжний досвід виконання покарання у виді позбавлення волі на певний строк як концептуальна основа реформування кримінально-виконавчої системи України. – Стаття.

Стаття присвячена обґрунтуванню пріоритетних напрямів використання позитивного зарубіжного досвіду виконання покарання у виді позбавлення волі на певний строк у процесі реформування кримінально-виконавчої системи України.

Ключові слова: позбавлення волі на певний строк, виконання покарання, концептуальна основа, кримінально-виконавча (пенітенціарна) система, зарубіжний досвід.

Аннотация

Пузырев М. С. Положительный зарубежный опыт исполнения наказания в виде лишения свободы на определенный срок как концептуальная основа реформирования уголовно-исполнительной системы Украины. – Статья.

Статья посвящена обоснованию приоритетных направлений использования положительного зарубежного опыта исполнения наказания в виде лишения свободы на определенный срок в процессе реформирования уголовно-исполнительной системы Украины.

Ключевые слова: лишение свободы на определенный срок, исполнение наказания, концептуальная основа, уголовно-исполнительная (пенитенциарная) система, зарубежный опыт.

Summary

Puzurov M. S. Positive foreign experience regarding execution of imprisonment for a fixed term as a conceptual basis for the reform of the criminal and executive system of Ukraine. – Article.

The article deals with the priority directions for using positive foreign experience regarding execution of imprisonment for a fixed term in the process of the criminal and executive system of Ukraine reforming.

Key words: imprisonment for a fixed term, execution of punishment, conceptual basis, criminal and executive (penitentiary) system, foreign experience.

УДК 343.13

О. В. Соколов

**ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВЗАЄМОДІЇ СЛІДЧОГО, ПРОКУРОРА
З ОПЕРАТИВНИМИ ПІДРОЗДІЛАМИ НА ПІДСТАВІ ДОРУЧЕННЯ
ПРО ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ**

У 2012 році українським законодавцем до Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) були запроваджені нові процесуальні засоби доказування, які за своєю правовою природою майже співпадають з передбаченими раніше чинним законодавством оперативно-розшуковими заходами. Вказаний правовий інститут одержав назву «Негласні слідчі (розшукові) дії» (далі – НС(Р)Д).

Реформування досудового розслідування в цьому напрямі мало на меті вирішення таких завдань: 1) розширення меж судового контролю під час досудового розслідування; 2) унормування підстав та порядку проведення таємних слідчих дій; 3) обмеження можливості проведення таємних слідчих дій кримінальними провадженнями про тяжкі та особливо тяжкі злочини; 4) встановлення строків проведення таємних слідчих дій та порядку продовження цих строків; 5) впровадження процедури повідомлення особі про проведення стосовно неї таких дій; 6) визнання за протоколами таємних дій аналогічного доказового значення, як і за протоколами слідчих дій [2, ст. 4-5].

Слід погодитись з думкою Є.Д. Скулиша, який зазначає, що вказана новела була введена до системи досудового розслідування з метою забезпечення виявлення та документування найбільш складних та латентних злочинів, розслідування яких традиційними засобами кримінально-процесуального провадження, що застосовувались в Україні до набрання чинності КПК України, надзвичайно складно або просто неможливо [5, с. 108]. Аналогічної точки зору дотримується і М.А. Погорецький, який вказує, що завдяки НС(Р)Д розкриваються та розслідуються понад 85% тяжких й особливо тяжких злочинів, а вчинених в умовах неочевидності, організованими злочинними угрупованнями, проти основ національної безпеки – 100% [4, с. 271].

Крім того, на наш погляд, вітчизняний законодавець запозичив позитивний досвід застосування цих заходів у іноземних країнах з метою оптимізації строків досудового розслідування та підвищення його ефективності шляхом використання специфічних методів отримання (збирання) та перевірки доказів, оскільки, в силу конфіденційності їх проведення стороні обвинувачення в більшості випадків вдається, серед іншого, ефективно фіксувати суб'єктивну сторону вчинення злочину. У разі ж проведення лише гласних слідчих дій, доказування наявності умислу в діях правопорушника потребуватиме значно більше часу, а іноді взагалі є неможливим, оскільки особа, яка причетна до вчинення злочину, усвідомлюючи прагнення слідчого до встановлення доказів його вчинення нею, вживає заходи протидії, у тому числі й неправомірного характеру (здійснює тиск на свідків та потерпілого, знищує докази тощо).

У зв'язку з появою вищевказаного правового інституту, нормотворець розширив повноваження суб'єктів сторони обвинувачення, а саме надав право слідчому та прокурору приймати рішення про проведення НС(Р)Д, а у випадку істотного обмеження прав і свобод людини звертатись із відповідним клопотанням до слідчого судді з метою отримання дозволу на реалізацію зазначених процесуальних дій (ч.3 ст. 246 КПК). Крім того, до компетенції слідчого і прокурора було віднесено можливість самостійного визначення суб'єктів, які мають проводити НС(Р)Д. У випадку прийняття рішення прокурором, він може доручити проведення НС(Р)Д слідчому, органу досудового розслідування або відповідному оперативному підрозділу (п.п. 4,5 ч. 2 ст. 36 КПК), якщо ж йдеться про слідчого, то він вправі доручати проведення НС(Р)Д лише відповідним оперативним підрозділам (п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК).

Питання взаємодії слідчого і прокурора з оперативними підрозділами у формі надання/виконання доручень були предметом наукових праць О.М. Бандурки, О.В. Бауліна, А.Ф. Волобуєва, Ю.М. Грошевого, О.Ф. Долженкова, А.Я. Дубинського, В.С. Зеленецького, Л.М. Карнеєвої, В.П. Корж, М.П. Климчука, О.М. Ларіна, Л.М. Лобойка, М.А. Погорецького, Б.Г. Розовського, Д.Б. Сергєєвої, Є.Д. Скулиша, В.М. Тертишника, В.Ю. Шепітька, М.Є. Шумили та інших учених.

Разом із тим, процесуальні та організаційні особливості виконання оперативними підрозділами доручень слідчого, прокурора про проведення НС(Р)Д поки що не отримали належної наукової розробки, яка, разом з тим, є необхідною в силу наявності чисельних проблем правозастосування, неоднакового тлумачення норм кримінального процесуального права та, як наслідок, - формування суперечливої правозастосовної практики. Вказане обумовлює актуальність наукового аналізу зазначеного питання, який, на думку автора цієї роботи, надасть можливість створити теоретичне підґрунтя для подальшого дослідження технології проведення НС(Р)Д, що відповідає вимогам закону.

Розглядаючи вказане питання, слід звернути увагу на думку М.В. Багрія, який зазначає, що найважливішою умовою досягнення успіху в розкритті та розслідуванні кримінальних правопорушень є взаємодія органів, які беруть участь у цій діяльності. Разом з тим, діючий КПК (як і КПК 1960 р.) не містить терміну «взаємодія», але він застосовується в інших законах України: «Про оперативно-розшукову діяльність» (п. 5 ст. 7), «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» (розд. V). [6].

В науковій літературі існують різноманітні підходи до визначення вказаного поняття. Проте, на наш погляд, найбільш прийнятним в контексті досліджуваного питання є позиція Г.А. Матусовського, яка полягає в розумінні «взаємодії» як погодженої діяльності слідчого та оперативних підрозділів [7]. Це твердження деталізується О.О. Чувелевим, який зазначає, що вказана діяльність узгоджується за метою, місцем і часом [8].

М.П. Климчук слушно звертає увагу на те, що в процесі взаємодії слідчого й оперативних підрозділів під час досудового розслідування між ними виникають не лише кримінально-процесуальні правовідносини, а й ділове співробітництво, відбувається якісне об'єднання сил, засобів і методів, що забезпечує оптимізацію

процесу розслідування злочинів для найбільш якісного й ефективного виконання завдань, що стоять перед досудовим розслідуванням [9].

На теперішній час, в науковій літературі не існує єдиного підходу до визначення форм взаємодії слідчого та оперативного підрозділу. На думку М.В. Багрія, форми взаємодії слідчого та працівників підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, поділяються на: нормативно-правові (формальні), що пов'язані з положеннями КПК України, законами та організаційно-тактичними (неформальні) [6]. При цьому Є.О. Наливайко у своїх дослідженнях зазначає, якщо в результаті узгодженої діяльності виконуються дії, порядок яких регламентований процесуальними нормами, то така форма взаємодії є процесуальною. Якщо ж ким-небудь з суб'єктів взаємодії виконуються не процесуальні дії, цю форму слід віднести до організаційної [10]. На наш погляд, останній підхід до визначення форм взаємодії є більш вдалим.

Слід відзначити, що розробники КПК передбачили відповідну форму взаємодії слідчого, прокурора з оперативним підрозділом шляхом винесення процесуального акту, на підставі якого слідчим і прокурором реалізуються їх владні повноваження, спрямовані на втілення прийнятих процесуальних рішень щодо проведення НС(Р)Д, який отримав назву доручення.

Порядок надання і виконання доручень регламентується розділом 3 «Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні», затвердженої Наказом ГПУ, МВСУ, СБУ, Адміністрації ДПСУ, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16.11.2012 року № 114/1042/516/1199/936/1687/5 (далі - Інструкція), який має назву «Організація проведення негласних слідчих (розшукових) дій».

Важливою ознакою вказаного процесуального рішення є його письмова форма. Як слушно зазначає Н.В. Глинська, найважливішим і невід'ємним компонентом кримінальної процесуальної форми є письмовий характер кримінального провадження. Тому, з огляду на необхідність зовнішньої визначеності, будь-яке рішення повинне втілюватися саме в письмову форму, індивідуалізуватися та відображатися у справі у вигляді кримінального процесуального документа. Саме з документальною індивідуалізацією рішень законодавець пов'язує необхідність забезпечення їх законності. З урахуванням правозахисної спрямованості сучасного кримінального процесу письмова форма документів має безпосереднє практичне значення, тому що зафіксоване на конкретному носії (на папері) рішення матеріалізується у провадженні як певна правова даність, що дозволяє будь-яким учасникам процесу ознайомитися з ним з метою захисту своїх прав і законних інтересів [3, с. 56-57]. У зв'язку з чим, на нашу думку, законодавець і передбачає у ст. 40 КПК положення, відповідно до якого оперативні підрозділи зобов'язані здійснювати слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії саме за письмовим дорученням слідчого, прокурора.

При цьому С.М. Карпіка слушно зазначає, що норми, які формують у своїй сукупності галузевий кримінальний процесуальний інститут доручень слідчих, не містять конкретних підстав для надання доручення слідчим, не регламентують

процесуального порядку його винесення, не встановлюють строків, обсягу й меж їх виконання [14], що, як видається, не сприяє виконанню завдань кримінального судочинства в розумні строки.

В контексті розгляду даного питання важливо відмітити, що КПК передбачає лише назву процесуального акту – доручення слідчого, прокурора про проведення НС(Р)Д, а його форма і зміст залишено поза нормативним регулюванням. На нашу думку, це є логічним, оскільки під час винесення доручення уповноваженою особою не приймається рішення щодо обмеження основоположних прав і свобод людини, яке, в свою чергу, вимагає чіткої деталізації відповідного документу, а лише скеровується процес реалізації вже прийнятого рішення. Тієї ж точки зору дотримуються і автори коментаря КПК України, які вказують, що доручення прокурора – це процесуальний акт, який скеровує хід розслідування і його результати [1, с. 121]. Разом з тим, відповідно до ч. 6 ст. 246 КПК проводити НС(Р)Д мають право лише слідчий, який здійснює досудове розслідування або за його дорученням – уповноважені оперативні підрозділи. Вважаємо, що прокурор цілком закономірно позбавлений законодавцем права проводити НС(Р)Д, оскільки на нього, як особу, що здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, покладено обов'язок нагляду за додержанням законів і недопущення можливих порушень конституційних прав і свобод людини з боку слідчого і оперативних підрозділів у ході здійснення НС(Р)Д.

На окрему увагу заслуговує наступне питання. Наділивши прокурора правом давати доручення оперативним підрозділам про проведення НС(Р)Д, законодавець, разом з тим, не передбачив у диспозиції статті 246 КПК права здійснення зазначених процесуальних дій оперативними підрозділами за його дорученням. В результаті чого на практиці виникають випадки ініціювання стороною захисту визнання доказів, отриманих за результатами НС(Р)Д, недопустимими. Її позиція ґрунтується на тому, що хоча прокурор і наділений правом давати доручення на проведення зазначених процесуальних дій відповідним оперативним підрозділам (п. 5 ч. 2 ст. 36 КПК), а останні зобов'язані його виконувати (ч.ч. 1,3 ст. 41 КПК), у статті 246 КПК, яка визначає підстави проведення НС(Р)Д, не передбачено право оперативних підрозділів на здійснення зазначеного виду слідчих (розшукових) дій на підставі доручення прокурора. Вказана ситуація є досить поширеною для кримінальних проваджень, у рамках яких проводиться досудове розслідування за фактами одержання неправомірної вигоди посадовими особами. З огляду на сказане, вважаємо, що з метою забезпечення правової визначеності у цьому питанні до ч. 6 ст. 246 КПК доцільно внести відповідні зміни.

Повнота дослідження проблеми взаємодії слідчого, прокурора та співробітників оперативних підрозділів у формі надання/виконання доручень на проведення НС(Р)Д передбачає також необхідність здійснення аналізу наукових підходів до мотивації слідчого, прокурора, якою вони керуються під час прийняття рішення про надання доручення про проведення НС(Р)Д уповноваженому оперативному підрозділу.

Так, О.В. Капліна зазначає, що доручення слідчого про проведення С(Р)Д та НС(Р)Д відповідним оперативним підрозділам повинно надаватись тільки у випад-

ках, викликаних необхідністю. Це впливає із вимог закону. Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 38 КПК досудове розслідування здійснюють слідчі органу досудового розслідування. Згідно із ч. 1 ст. 92 КПК обов'язок доказування обставин, передбачених ст. 91 КПК, покладається на слідчого та прокурора. Таким чином, можливість доручення слідчим відповідним оперативним підрозділам проведення С(Р)Д та НС(Р)Д може бути пов'язана із необхідністю прискорення досудового розслідування, оскільки слідчий не відволікається на проведення нескладних слідчих дій, а також із необхідністю залучення до проведення НС(Р)Д фахівців оперативних підрозділів, які мають досвід, спеціальну підготовку, необхідну техніку для їх проведення [1, с. 127 – 128].

О.М. Ларін висловлює думку, що доручення слідчим окремих слідчих дій оперативному підрозділу можливо, у випадку відсутності у слідчого можливості їх виконання, або у випадку необхідності одночасного виконання серії слідчих дій [11, с. 117-118]. А.М. Балашев називає в якості однієї із умов необхідності доручення слідчих дій оперативному підрозділу – відсутність можливості їх самостійного проведення [12, с. 39]. Слід відзначити, що діюче кримінальне процесуальне законодавство України не передбачає можливості надання доручень оперативному підрозділу на проведення окремих слідчих або процесуальних дій у разі відсутності у слідчого, прокурора можливості виконати їх самостійно. На думку А.І. Маторіна такі випадки можуть бути обумовлені різноманітними слідчими ситуаціями, тактикою і методикою розслідування злочину [13].

На наш погляд, необхідність надання слідчим доручень оперативним підрозділам про проведення НС(Р)Д, перш за все, обумовлюється відсутністю у нього достатніх знань щодо форм і методів їх проведення, а також відповідного практичного досвіду. Схожої точки зору дотримується Н.Я. Маньковський, який зазначає, що сучасна редакція положень КПК України продукує до того, що більшість НС(Р)Д виконуються співробітниками оперативних підрозділів за дорученням слідчого. Хоча норми КПК наділяють слідчого повноваженнями на проведення таких дій, водночас брак практичного досвіду, технічних і тактичних знань у цій сфері нівелюють його можливості щодо їх якісного самостійного проведення [15, с. 216]. В свою чергу, В.А. Колесник слушно зауважує, що переважна більшість негласних слідчих (розшукових) дій по суті складається з окремих дій слідчого, низки дій оперативних співробітників, здійснення пов'язаних з ними оперативно-розшукових заходів, а деякі з них зумовлюють потребу застосування негласних засобів спеціальної техніки, що є на озброєнні лише спеціальних оперативних підрозділів, негласних методів їхньої діяльності, допомоги осіб, що співробітничать із правоохоронними органами на конфіденційній основі. І за наявності процесуального дозволу, що надає право слідчому особисто проводити будь-яку негласну слідчу (розшукову) дію, все ж таки окремі з її складових або й певні негласні слідчі (розшукові) дії взагалі слідчий самостійно здійснити не в змозі і тому повинен доручати їх проведення уповноваженим оперативним підрозділам або залучати їх співробітників до участі в такій негласній процесуальній дії [16, с. 60].

В підтвердження вищевказаних наукових позицій можна навести статистичні дані щодо проведення НС(Р)Д співробітниками одного з обласних Управлінь Служ-

би безпеки України за дорученнями, наданими слідчими вказаного підрозділу органу державної безпеки.

Так, протягом 2013 року проведено 94 негласні слідчі (розшукові) дії, серед яких: 1) аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260 КПК) – 21; 2) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263 КПК) – 35; 3) обстеження публічно недоступних місць (ст. 267 КПК) – 2; 4) спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269 КПК) – 16; 5) аудіо-, відеоконтроль місця (ст. 270 КПК) – 7; 6) негласне отримання зразків (ст. 274 КПК) – 1.

У 2014 році проведено 795 негласних слідчих (розшукових) дій, серед яких: 1) аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260 КПК) – 18; 2) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263 КПК) – 733; 3) обстеження публічно недоступних місць (ст. 267 КПК) – 6; 4) установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК) – 13; 5) спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269 КПК) – 25.

Протягом 2015 року проведено 3314 негласних слідчих (розшукових) дій, серед яких: 1) аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260 КПК) – 85; 2) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263 КПК) – 2254; 3) зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264 КПК) – 19; 4) обстеження публічно недоступних місць (ст. 267 КПК) – 12; 5) установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК) – 541; 6) спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269 КПК) – 350; 7) аудіо-, відеоконтроль місця (ст. 270 КПК) – 27; 8) контроль за вчиненням злочину (ст. 271 КПК) – 24; 9) негласне отримання зразків (ст. 274 КПК) – 2.

За 8 місяців 2016 року отримано санкції на проведення 676 негласної слідчої (розшукової) дії, серед яких: 1) аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260 КПК) – 27; 2) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263 КПК) – 457; 3) зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264 КПК) – 7; 4) установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК) – 93; 5) спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269 КПК) – 91; 6) негласне отримання зразків (ст. 274 КПК) – 1.

Таким чином, у період з 01.01.2013 по 01.09.2016 року із 4879 проведених НС(Р)Д лише при здійсненні негласного отримання зразків у 2016 році, а також у 12 випадках зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж дії проводились безпосередньо слідчим, що становить 0,27% від загального обсягу НС(Р)Д. Тобто, 99,73% НС(Р)Д проведені саме оперативними підрозділами.

Аналізуючи вказані статистичні дані, спостерігається тенденція до різкого зростання з 2014 року кількості проведених оперативними підрозділами НС(Р)Д за дорученнями слідчих. Зазначене свідчить про актуальність досліджуваного питання. На нашу думку, вказана ситуація обумовлена об'єктивними обставинами, пов'язаними з початком російської агресії проти України, значного збільшення кількості вчинених тяжких та особливо тяжких кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки (дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади; посягання на територіальну цілісність і недоторканість України; державна зрада; диверсія; пе-

решкодження законній діяльності Збройних сил України та інших військових формувань), громадської безпеки (терористичні акти; створення терористичної групи чи терористичної організації; фінансування тероризму; створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань; незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами та інші), і, як наслідок, запровадження в деяких регіонах України правового режиму антитерористичної операції та фактичного проведення бойових дій. Разом з тим, із зростанням кількості проведення НС(Р)Д, збільшується загроза необґрунтованого обмеження конституційних прав і свобод людини. У зв'язку з чим, значно підвищується роль якісних заходів судового контролю і прокурорського нагляду за здійсненням НС(Р)Д, а також вимог до фахового рівня і правової культури слідчих і працівників оперативних підрозділів, задіяних у проведенні зазначених заходів.

З 2016 року в органах державної безпеки поступово формується практика проведення НС(Р)Д слідчим спільно з оперативним підрозділом. Правовим підґрунтям зазначеного механізму є ч. 6 ст. 246 КПК, яка надає право слідчому на підставі свого рішення (відповідно до ст. 110 КПК мається на увазі постанова) залучати до проведення НС(Р)Д інших осіб та п. 3.1 Інструкції, який передбачає, що слідчий може проводити НС(Р)Д самостійно, спільно з уповноваженими оперативними підрозділами, залучати до їх проведення інших осіб, а також доручати їх проведення уповноваженим оперативним підрозділам. На думку М.П. Климчука, необхідність у проведенні спільних С(Р)Д і НС(Р)Д виникає частіше в таких ситуаціях: 1) хорошого знання оперативним працівником обставин вчинення кримінального правопорушення; 2) використання негласних оперативно-розшукових відомостей, які вимагають зашифровки; 3) у разі встановлення оперативним шляхом конкретних намірів підозрюваних протидіяти слідству, й участь співробітника сприятиме їх нейтралізації; 4) використання орієнтуючої інформації для слідчого, отриманої оперативним шляхом для організації й тактики С(Р)Д і НС(Р)Д [9].

Разом з тим, на практиці основним мотивом спільного проведення НС(Р)Д є контроль слідчого за їх здійсненням і результатами, оскільки оперативним підрозділам досконало не відомі матеріали кримінального провадження і безпосередні виконавці можуть не звернути увагу на інформацію, яка є вагомим для подальшого досудового розслідування. На наш погляд, зазначена точка зору має право на існування. Проте вказана позиція є досить спірною у випадках, коли фактичним ініціатором відкриття кримінального провадження виступає працівник оперативного підрозділу, який до моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань провів комплекс оперативно-розшукових заходів щодо осіб, які причетні до вчинення зазначеного злочину і володіє щодо них великим обсягом різнопланової інформації.

Також, на важливий аспект спільного проведення НС(Р)Д вказує Ю.В. Коробко, який зазначає, що протокол про хід і результати проведеної НС(Р)Д (або її етапу) складається слідчим, якщо вона проводиться за його безпосередньої участі, в інших випадках – уповноваженим працівником оперативного підрозділу [2, с. 104]. В правозастосовній практиці зустрічаються випадки, коли слідчий з метою спільного проведення НС(Р)Д доручає оперативному підрозділу, окрім здійснення та-

емної слідчої дії, надавати слідчому можливості ознайомлюватись з інформацією, отриманою під час проведення НС(Р)Д для її визначення та відбору. На наше переконання, така практика заслуговує на критичну оцінку з огляду на наступне. По-перше, надання доручення слідчим не передбачає спільного проведення НС(Р)Д, оскільки вказане процесуальне рішення скеровує хід досудового розслідування в частині проведення заходів, які істотно обмежують конституційні права і свободи людини, із визначенням відповідального за їх реалізацію суб'єкта, тобто оперативного підрозділу. По-друге, подібної процесуальної форми обміну інформацією, як можливість ознайомлення з матеріалами НС(Р)Д без складання відповідного протоколу, не передбачено КПК. По-третє, своїми діями слідчий фактично дублює функції, які здійснює працівник оперативного підрозділу на підставі доручення, що, в свою чергу, негативно впливає на строки досудового розслідування. По-четверте, в даному випадку виникає невизначеність питання щодо суб'єкта, який має складати протокол НС(Р)Д. З нашої точки зору, подібне трактування спільного проведення НС(Р)Д свідчить про порушення кримінальної процесуальної процедури і може слугувати підставою визнання отриманих доказів недопустимими.

М.А. Погорецький, досліджуючи проблеми провадження НС(Р)Д, зазначає, що на практиці проведення НС(Р)Д, як правило, слідчим не здійснюється, а доручається уповноваженим оперативним підрозділам, які також їх безпосередньо не проводять, а для цього на підставі свого завдання згідно з п. 3.8 Інструкції залучають відповідні оперативні та оперативно-технічні підрозділи. У зв'язку з чим, автор висловлює думку, що з метою підвищення оперативності проведення НС(Р)Д доцільно зазначені доручення слідчого надсилати безпосередньо тому оперативному чи оперативно-технічному підрозділу, який уповноважений на її проведення [4]. Будучи спрямованою на оптимізацію взаємодії, ця наукова позиція, разом із тим, потребує уточнення, адже необхідно враховувати мету залучення вказаних підрозділів та деяких аспектів правозастосовної практики. В п. 3.8 Інструкції зазначається, що оперативні чи оперативно-технічні підрозділи залучаються уповноваженим оперативним підрозділом з метою забезпечення умов проведення НС(Р)Д. Тобто, на нашу думку, хоча працівники «допоміжних» підрозділів і проводять певні технічні заходи по фіксації кримінального правопорушення (наприклад: відео зйомка під час візуального спостереження за особою або місцем; обладнання заявника спеціальними технічними засобами для проведення аудіо-, відеоконтролю особи і т.і.), однак безпосередню організацію НС(Р)Д і створення необхідних умов для його проведення забезпечує саме працівник уповноваженого оперативного підрозділу, якому доручено проведення негласної слідчої дії. Його роль не зводиться лише до заповнення відповідного завдання оперативному або оперативно-технічному підрозділу. Він виконує певну «поза процесуальну» функцію, а його дії можна віднести до форм, методів і тактичних прийомів проведення НС(Р)Д. «Допоміжні» підрозділи виступають певним «засобом» проведення НС(Р)Д, оскільки вони виконують суто технічні функції, а обов'язок по створенню відповідних умов проведення НС(Р)Д (наприклад обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи) лишається обов'язком ініціатора завдання. Тобто, нам видається, що у разі надання слідчим, прокурором доручення на проведення НС(Р)Д безпосе-

редньо оперативним або оперативним-технічним підрозділам без відповідного забезпечення уповноваженим оперативним підрозділом, ефективність їх проведення по отриманню (збиранню) і перевірці доказів буде значно нижчою.

Крім того, пропонуємо звернути увагу на наступні випадки, які зустрічаються в правозастосовній практиці під час проведення НС(Р)Д, і які потребують наукової оцінки з огляду невідповідності вимогам закону. Так, деякі працівники органів прокуратури, не надаючи письмового доручення, супровідним листом надсилають оперативним підрозділам для виконання прийняті ними постанови про проведення НС(Р)Д. Можливість подібної практики обґрунтовує М.В. Багрій, аргументуючи свою позицію тим, що ч. 2 ст. 6 закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» передбачає, що підстави здійснення оперативно-розшукової діяльності можуть міститись у письмових дорученнях або постановях слідчого, а у ч. 3 ст. 110 КПК України викладено, що про рішення прийняті слідчим під час провадження досудового слідства, складається постановою. Із цього автор доходить висновку, що слідчому у цій ситуації доцільно було б оформляти свої доручення лише постановою. Це завжди обґрунтований документ із постановкою конкретних питань і завдань [6]. Вважаємо подібну наукову точку зору спірною, оскільки вона суперечить діючому КПК і підзаконним нормативно-правовим актам, а виявлення подібних фактів під час судового розгляду може слугувати підставою визнання отриманих доказів недопустимими, оскільки було допущено порушення кримінальної процесуальної форми.

В якості доводів висловленої нами позиції слід навести наступне. По-перше, ч. 1 ст. 40 КПК передбачає проведення НС(Р)Д саме на підставі письмового доручення. По-друге, в п.п. 3.3, 3.4 Інструкції, зазначено, що слідчий, прокурор надсилає доручення керівнику органу, під юрисдикцією якого знаходиться місце вчинення кримінального правопорушення і у складі якого знаходяться орган розслідування та/або оперативні підрозділи, уповноважені на проведення негласних слідчих (розшукових) дій (ст. 246 КПК). До доручення слідчого, прокурора додається ухвала слідчого судді про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії чи постановою слідчого, прокурора про проведення негласної слідчої (розшукової) дії. Така точка зору поділяється у спеціальній літературі, зокрема, автори коментаря КПК, зазначаючи, що постановою щодо виконання слідчої дії складає сам слідчий і направляє такі матеріали у відповідний оперативний підрозділ як додатки до свого доручення [1, с. 141]. На нашу думку, практика надсилання до оперативних підрозділів постанов про проведення НС(Р)Д виникла через використання прокурорами формулювань, які були передбачені раніше чинним Кримінально-процесуальним кодексом України, а саме п. 4 ч. 1 ст. 227 якого передбачав, що при здійсненні нагляду за виконанням законів органами дізнання та досудового слідства, прокурор в межах своєї компетенції має право доручати органам дізнання виконання постанов про затримання, привід, взяття під варту, проведення обшуку, виїмки, розшук осіб, які вчинили злочини, виконання інших слідчих дій, а також давати вказівки про вжиття необхідних заходів для розкриття злочинів і виявлення осіб, які їх вчинили, по справах, що перебувають у провадженні прокурора або слідчого прокуратури. Видається, що у подібних випадках оперативні підрозділи залишити

надіслану постанову без виконання і поінформувати прокурора або слідчого, який ініціює НС(Р)Д, про необхідність надання відповідного письмового доручення і лише після його надходження приступати до проведення процесуальних дій.

З урахуванням викладеного, можемо дійти висновку, що виконання оперативними підрозділами доручень слідчого, прокурора на даний час є основною формою кримінальної процесуальної взаємодії зазначених суб'єктів. Крім того, правозастосовна практика свідчить, що питому вагу проведених НС(Р)Д, в силу об'єктивних обставин, здійснюють саме уповноважені оперативні підрозділи, а тому їх роль по отриманню (збиранню) та перевірці доказів з використанням негласних форм і методів є незамінною на сучасному етапі розвитку кримінального процесуального законодавства та практики його застосування. Разом з тим, процесуальні та організаційні особливості виконання оперативними підрозділами доручень слідчого, прокурора про проведення НС(Р)Д залишаються недостатньо розробленими. У зв'язку з чим, на наш погляд, актуальним є подальше удосконалення норм КПК та підзаконних нормативно-правових актів, які регламентують проведення НС(Р)Д, в частині забезпечення всіма уповноваженими суб'єктами єдиного алгоритму прийняття і оформлення кримінальних процесуальних рішень, деталізації форм взаємодії слідчого, прокурора та уповноважених оперативних підрозділів з метою уникнення дублювання їх функцій та недопущення порушень встановленої законом кримінальної процесуальної форми.

Література

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бордуль та ін. за заг. ред. В.Я. Тація. – Харків: Право, 2012.
2. Банчук О.А., Аналітичний огляд “Правове регулювання спеціальних (таємних) слідчих дій в пострадянських країнах”. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://prc.kz/files/library/206/rus/Specialnyye%20sledstvennyye%20deystviya.pdf>.
3. Глинська Н.В. Концептуальні засади визначення та забезпечення стандартів доброякісності кримінальних процесуальних рішень. - Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук. – [Електронний ресурс]. – http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Glinskaya/d_Glinskaya.pdf.
4. Погорецький М.А. Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми провадження та використання результатів у доказуванні // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – К. : НАВС. – 2013. – № 1. – С. 270 – 277.
5. Скулиш Є.Д. Система негласних слідчих (розшукових) дій за Кримінальним процесуальним кодексом України / Є.Д. Скулиш // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2012. – № 618. – С. 108 – 114.
6. Багрій М.В. Взаємодія слідчого з працівниками підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність. // Науковий фаховий журнал «Вісник Львівського університету. Серія юридична». – 2013. – № 57. – С. – 315 – 321.
7. Матусовський Г.А. Основи взаємодії та інформаційного забезпечення в методиці розслідування злочинів / Криміналістика: підручник / кол. авторів: В.М. Глібок, А.Л. Дудніков, В.А. Журавель та ін.; за ред. Шепітька. – К. : Видавничий дім “Ін Юре”, 200. – 684 с.
8. Чувилов А.А. Взаимодействие следователей органов внутренних дел с милицией / А.А. Чувилов. – М. : Изд-во МВШМ МВД СССР, 1981. – 80 с.
9. Климчук М.П. Виконання доручень як форма взаємодії слідчих та оперативних підрозділів у кримінальному провадженні. // Науковий фаховий журнал «Порівняльно-аналітичне право». – 2014. – № 5. – С. – 371 – 373.
10. Наливайко Є.О. Доручення слідчого щодо оперативно-розшукових заходів із встановлення обвинувачених, які переховуються від слідства. // Науковий фаховий журнал «Держава і право. Серія: Юридичні і політичні науки». – 2011. – № 53. – С. – 574 – 578.
11. Ларин А.М. Расследование по уголовному делу. Планирование, организация. М. : Юридическая литература, 1970. 224 с.

12. Балашов А.Н. Взаимодействие следователей и органов дознания при расследовании преступлений. М.: Юридическая литература, 1979. 112 с.

13. Маторин А.И. Некоторые проблемы правового регулирования взаимодействия оперативно-розыскных и следственных органов при производстве предварительного расследования. // Научный профессиональный журнал «Вектор науки ТГУ. Серия: Юридические науки». – 2016. – № 4(27). – С. 59 – 62.

14. Карпіка С.М. Виконання доручень слідчих як основна форма діяльності оперативних підрозділів у кримінальному судочинстві. // Науковий фаховий журнал «Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки». – 2014. – № 6-2 (4). – С. 81 – 84.

15. Маньковський Н.Я. Правове регулювання оперативно-розшукової діяльності та негласних слідчих (розшукових) дій / Н.Я. Маньковський // Митна справа. – 2013. – № 5 (2.2). – С. 216 – 219.

16. Колесник В.А. Негласні слідчі (розшукові) дії: кримінально-процесуальні та криміналістичні аспекти підготовки і проведення : науково-практичний посібник / В. А. Колесник; Академія адвокатури України. – Київ : Прецедент, 2014. – 135 с.

Анотація

Соколов О. В. Проблемні питання взаємодії слідчого, прокурора з оперативними підрозділами на підставі доручення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій. – Стаття.

У статті здійснено аналіз процесуальних та організаційних особливостей надання слідчим, прокурором доручень оперативними підрозділами про проведення негласних слідчих (розшукових) дій та їх виконання, а також обґрунтована доцільність теоретичної розробки зазначеного питання для подальшого використання у вітчизняній нормотворчій діяльності.

Ключові слова: кримінальний процес, доручення, негласні слідчі (розшукові) дії, отримання доказів.

Аннотация

Соколов А. В. Проблемные вопросы взаимодействия следователя, прокурора с оперативными подразделениями на основе поручения про проведение негласных следственных (розыскных) действий. – Статья.

В статье осуществлен анализ процессуальных и организационных особенностей предоставления следователем, прокурором поручений оперативным подразделениям про проведение негласных следственных (розыскных) действий и их выполнения, а также обоснована целесообразность теоретической разработки указанного вопроса для дальнейшего использования в отечественной нормотворческой деятельности.

Ключевые слова: кримінальний процес, поручення, негласні слідственні (розыскные) действия, получение доказательств.

Summary

Sokolov O. V. Problematic issues of interaction between the investigator, the prosecutor and the operational units on the basis of instruction for performing secret investigative (search) actions. – Article.

The article presents analysis the procedural and organizational features giving the investigator, the prosecutor instructions to the operational units for performing secret investigative (search) actions and their execution, also practicability of the theoretical study of this issue was substantiated for the further use in the national regulatory development activity.

Key words: Criminal Procedure, instruction, secret investigative (search) actions, obtaining evidence.

УДК 343.6

О. О. Станкевич

**ЩОДО СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ
«НАРКОТИЧНІ ЛІКАРСЬКІ ЗАСОБИ», «ПСИХОТРОПНІ ЛІКАРСЬКІ ЗАСОБИ»
ТА «ФАЛЬСИФІКОВАНІ ЛІКАРСЬКІ ЗАСОБИ»**

Постановка проблеми. Визначення розмежувальних ознак між лікарськими препаратами, які містять наркотичні та/або психотропні речовини, та фальсифікованими лікарськими засобами має суттєве значення для правильної кримінально-правової кваліфікації злочинних дій, предметом яких є фальсифіковані наркотичні та/або психотропні лікарські засоби. Актуальність теми обумовлена відсутністю науково-теоретичного дослідження зазначеної проблематики вітчизняними науковцями. Терміно-поняття «наркотичні лікарські засоби» та «психотропні лікарські засоби» на законодавчому рівні не визначені, хоча ці терміни нерідко вживаються в нормативно-правових актах для позначення «особливого» різновиду (окремої категорії) фармацевтичної продукції, особливості якого безпосередньо зумовлюють необхідність в окремій регламентації порядку вчинення дій, предметом яких вони є.

Відповідно до Закону України № 60/95-ВР від 15.02.1995 «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори» (далі – Закон № 60/95-ВР):

наркотичні засоби – речовини природні чи синтетичні, препарати, рослини, включені до Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів;

психотропні речовини – речовини природні чи синтетичні, препарати, природні матеріали, включені до Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів;

прекурсори наркотичних засобів і психотропних речовин – речовини, які використовуються для виробництва, виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин, включені до Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів.

Перелік – Перелік наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, затверджений постановою КМУ від 06.05.2000 № 770 : згруповані у списки наркотичні засоби, психотропні речовини та прекурсори наркотичних засобів і психотропних речовин, включені до таблиць I-IV згідно із законодавством України та міжнародними договорами України.

Термін «наркотична речовина» об'єднує в собі три критерії – медичний (специфічний вплив на центральну нервову систему – седативний, стимулюючий, галюциногенний та ін.), соціальний (соціальна значимість та безпека) і юридичний (нормативно-правове регулювання та закріплення). Відсутність одного з критеріїв виключає віднесення речовини до наркотичних засобів, навіть якщо вона і є предметом зловживання та викликає відповідний хворобливий стан [1, с. 339].

Психотропні речовини природного та синтетичного походження – це лікарські препарати або природні матеріали, що внесені до переліку речовин, які здат-

ні викликати стан залежності та спричиняти депресивний або стимулювальний вплив на ЦНС, або порушення сприйняття, емоцій, мислення, чи поведінки і становлять небезпеку для здоров'я населення у разі зловживання ними [2].

Вказівка на безпосередній взаємозв'язок лікарських засобів та наркотичних засобів і психотропних речовин міститься у численних законодавчих положеннях. Відповідно до ч. 1 та ч. 2 ст. 21 Закону України №60/95-ВР у медичній практиці можуть використовуватися наркотичні засоби, психотропні речовини, включені до Таблиць II і III Переліку та прекурсори, включені до таблиці IV Переліку. На правовідносини, пов'язані з обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, включених до Таблиць II і III Переліку, та прекурсорів, включених до Таблиці IV Переліку, які дозволені до використання в медичній практиці, дія законодавства про лікарські засоби поширюється в частині, що не суперечить цьому Закону.

Частиною 2 ст. 2 Закону № 60/95-ВР передбачено, що щодо препаратів, які містять малі кількості наркотичних засобів, психотропних речовин, включених до Таблиць II і III Переліку, та (або) прекурсорів, включених до Таблиці IV Переліку, і тому ризику зловживання ними немає або він незначний, і з яких зазначені засоби чи речовини не можна вилучити легкодоступними способами в кількості, за якої можливе зловживання, можуть вилучатися із сфери дії деяких заходів контролю. Заходи контролю за обігом зазначених препаратів та порядок їх застосування встановлюються Кабінетом Міністрів України. Гранично допустима кількість наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, що міститься в препаратах, встановлюється Кабінетом Міністрів України за поданням центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів, протидії їх незаконному обігу.

Згідно з п. 2 Порядку провадження діяльності, пов'язаної з обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, та контролю за їх обігом, затвердженого постановою КМУ від 03.06.2009 №589 (далі – Порядок № 589), дія цього Порядку поширюється на суб'єктів господарювання, які відповідно до Закону України «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори» провадять діяльність, пов'язану з обігом:

1) наркотичних засобів, психотропних речовин, включених до Таблиць II і III Переліку, та прекурсорів, включених до Списку №1 Таблиці IV Переліку, *зарєєстрованих в установленому порядку як готові лікарські засоби та діючі речовини (субстанції)*;

2) препаратів (лікарських засобів), що містять наркотичні засоби, психотропні речовини, включені до Таблиць II і III Переліку, та (або) прекурсори, включені до Таблиці IV Переліку, в кількості, що перевищує їх гранично допустиму кількість, визначену постановою Кабінету Міністрів України від 10.10.2007 №1203, *зарєєстрованих в установленому порядку як готові лікарські засоби та діючі речовини (субстанції)*;

3) препаратів (лікарських засобів), що містять наркотичні засоби, психотропні речовини, включені до Таблиць II і III Переліку, та (або) прекурсори, включені до Таблиці IV Переліку, в кількості, що не перевищує їх гранично допустиму кільк-

кість, визначену постановою Кабінету Міністрів України від 10.10.2007 № 1203, зареєстрованих в установленому порядку як готові лікарські засоби та діючі речовини (субстанції).

Відповідно до п. 20 Порядку № 589 діяльність, пов'язана з обігом препаратів, що містять малу кількість (не перевищує їх гранично допустиму кількість, визначену постановою Кабінету Міністрів України від 10.10.2007 № 1203 – авт.) наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, провадиться суб'єктами господарювання на підставі ліцензії на виробництво, оптову, роздрібну торгівлю лікарськими засобами, виданої відповідним органом ліцензування.

Таким чином, певні наркотичні лікарські препарати та/або психотропні лікарські препарати не вважаються особливим предметом обігу і прирівнюються до звичайних лікарських засобів.

Відповідно до ч. 2 ст. 12 Закону №60/95-ВР обіг наркотичних засобів, психотропних речовин, включених до Таблиць II і III Переліку, допускається для використання у медичній практиці за призначенням лікаря, що передбачає їх застосування у фармацевтичних цілях. Порядок обігу наркотичних засобів та психотропних речовин визначається в залежності від можливостей та обсягу їх лікарського застосування (самостійно чи в складі лікарських препаратів і в залежності від кількості, яка міститься в таких складах). Обов'язковою умовою обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів є їх державна реєстрація як готових лікарських засобів та діючих речовин (субстанцій), тобто усі наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори, які перебувають в законному обігу, є зареєстрованими лікарськими засобами (діючими речовинами лікарських засобів).

Як нами вже зазначалось, головним критерієм виокремлення ЛЗ за ознакою фальсифікованості згідно з визначенням, передбаченим Законом України «Про лікарські засоби», є будь-яка невідповідність (у т.ч. неідентичне маркування) ЛЗ відомостям про лікарський засіб з відповідною назвою, що внесені до Державного реєстру лікарських засобів України.

Предметом фальсифікації та подальшого його обігу можуть бути будь-які зареєстровані в Україні лікарські засоби.

Отже, усі наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори, які перебувають у законному обігу (у межах провадження господарської діяльності на території України) охоплюються поняттям ФЛЗ як предмет злочину, передбаченого ст. 321-1 КК України, якщо вони є лікарськими засобами або входять до складу лікарського засобу, який умисно промаркований неідентично (невідповідно) відомостям (одній або декільком з них) про лікарський засіб з відповідною назвою, що внесені до Державного реєстру лікарських засобів України, а так само лікарський засіб, умисно підроблений у інший спосіб, і не відповідає відомостям (одній або декільком з них), у тому числі складу, про лікарський засіб з відповідною назвою, що внесені до Державного реєстру лікарських засобів України.

З огляду на зазначене виникає питання щодо розмежування наркотичних засобів та психотропних речовин та їх аналогів як предмету злочину, передбаченого ст.ст. 307, 320 КК України, з ФЛЗ як предмету злочину, передбаченого ст. 321-1 КК України.

Відповідно до положень ч. 2 ст. 2 Закону № 60/95-ВР обіг препаратів, що містять наркотичний засіб або психотропну речовину, які включені до Таблиць II і III Переліку, підпадає під дію заходів контролю, що застосовуються щодо обігу наркотичного засобу чи психотропної речовини, які в них містяться.

Вказане положення свідчить, що обіг лікарських засобів, у складі яких є наркотичні засоби або психотропні речовини, підлягає спеціальному контролю так само, як і наркотичні засоби та психотропні речовини у якості самостійних субстанцій. Однак, як нами зазначалось, в обігу також перебувають лікарські засоби з незначним вмістом наркотичних засобів або психотропних речовин і прекурсорів, включених до відповідних таблиць переліку, які законодавцем прирівнюються до обігу звичайних ліків.

На думку А.В. Байлова та С.І. Полякова, наркотичні засоби, психотропні речовини їх аналоги та прекуртори не є предметом злочину, передбаченого ст. 321-1 КК України, тому що за незаконні дії з останніми передбачено кримінальну відповідальність окремими статтями розділу XIII КК України. Що стосується лікарських засобів, які містять у своєму складі наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги чи прекуртори, то, на думку цих вчених, вони також не є предметом досліджуваного злочину, оскільки наслідком використання останніх при виготовленні чи виробництві фальсифікованих лікарських засобів з метою збуту буде настання кримінальної відповідальності за відповідною частиною ст. 307 КК України, яка в цьому випадку є спеціальною статтею відносно до ст. 321-1 КК України [3, с. 40].

Така позиція, на нашу думку, є цілком виправданою з тієї точки зору, що наркотичні засоби, психотропні речовини та їх аналоги оцінені законодавцем в якості предмета злочину більш суспільно небезпечними (у тому числі і за наявності однакових кваліфікуючих ознак), ніж ФЛЗ: санкція ч.1 ст.307 КК України передбачає позбавлення волі на строк від чотирьох до восьми років, а санкція ч. 1 ст. 321-1 КК України передбачає позбавлення волі на строк від трьох до п'яти років; санкція ч. 2 ст. 307 КК України – позбавлення волі на строк від шести до десяти років з конфіскацією майна, санкція ч.2 ст.321-1 КК України – позбавлення волі на строк від п'яти до восьми років з конфіскацією майна.

Водночас, варто звернути увагу, що за вчинення дій, передбачених ч.1 та ч.2 ст.307 КК України, якщо предметом таких дій були наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги в особливо великих розмірах, встановлено кримінальну відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк від дев'яти до дванадцяти років з конфіскацією майна (ч. 3 ст. 307), а за дії, передбачені ч. 1 або ч. 2 ст. 321-1 КК України, якщо вони вчинені в особливо великих розмірах, встановлено кримінальну відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк від восьми до десяти років або довічне позбавленням волі, з конфіскацією майна. За незаконне виробництво наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч.1 ст.307 КК України) передбачено кримінальну відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк від чотирьох до восьми років. За виробництво фальсифікованих лікарських засобів (ч. 2 ст. 321-1 КК України) – позбавлення волі на строк від п'яти до восьми років з конфіскацією майна. У випадку контрабанди, передбаченої ст. 305 КК України, суспільна небезпечність наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів

чи прекурсорів і фальсифікованих лікарських засобів є однаковою, оскільки ці речовини є альтернативними предметами злочину.

Виникає питання: чи можуть визнаватися предметом злочину, передбаченого ст. 307 КК України, лікарські засоби, які містять малі кількості наркотичних засобів, психотропних речовин, включених до Таблиць II і III Переліку, та (або) прекурсорів, включених до Таблиці IV Переліку, якщо самим законодавцем визнано, що ризику зловживання такими препаратами немає або він незначний (положення ст. 2 Закону №60/95-ВР).

На нашу думку, виключення таких препаратів зі сфери дії деяких заходів контролю за їх обігом не можна трактувати як скасування кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 307 КК України, якщо предметом злочинних дій є такі препарати. Прирівнюючи наркотичні (психотропні) лікарські засоби з незначним вмістом наркотичних засобів або психотропних речовин і прекурсорів, включених до відповідних таблиць Переліку, до звичайних лікарських засобів, законодавець виходив з тих підстав, що наркотичні засоби чи психотропні речовини не можна вилучити з таких препаратів легкодоступними способами в кількості, за якої можливе зловживання, однак не виключив такої можливості взагалі.

Висновки. Зважаючи на вище викладене, якщо предметом реально вчиненого діяння будуть фальсифіковані наркотичні (психотропні) лікарські засоби, то за ознакою предмета злочину однозначно розмежувати, який склад злочину утворюють такі злочинні дії – передбачений ст. 307 чи ст. 321-1 КК України, з нашої точки зору, неможливо. Тому при вирішенні питання щодо кваліфікації таких дій визначальну роль відіграють фактичні обставини справи та встановлення умислу особи – метою виготовлення та інших дій був збут фальсифікованих наркотичних (психотропних) лікарських засобів як наркотичних (психотропних) чи як фальсифікованих речовин.

На нашу думку, правильним є підхід російського законодавця, який вирішив окреслене питання конкуренції кримінально-правових норм одночасно з криміналізацією дій, пов'язаних з ФЛЗ, шляхом закріплення у п. 1 Примітки до ст. 238.1 КК РФ, якою передбачено кримінальну відповідальність за обіг фальсифікованих, неякісних та незареєстрованих лікарських засобів, медичних виробів та обіг фальсифікованих біологічно активних добавок, наступного положення: «Дія цієї статті не поширюється на випадки незаконного збуту і ввезення на територію Російської Федерації наркотичних засобів, психотропних речовин, їх прекурсорів, сильнодіючих чи отруйних речовин, а також незаконного виробництва наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх прекурсорів».

Література

1. Руководство по психиатрии: В 2-х т. Т. 2 / А. С. Тиганов, А. В. Снежневский, Д. Д. Орловская и др.; Под ред. А. С. Тиганова. – М.: Медицина, 1999. – С. 339.
2. Наркотичні засоби, психотропні речовини та прекурсори: Словник-довідник для працівників правоохоронних органів / Уклад.: Г. П. Петюнін, А. М. Полях, В. Ю. Шепітько. – Х.: Право, 2006. – 96 с.
3. Байлов А. В., Поляков С. І. Кримінально-правова характеристика предмета злочину, передбаченого статтею 321-1 Кримінального кодексу України / А. В. Байлов, С. І. Поляков // Вісник кримінологічної асоціації України. – 2013. – № 3. – С. 31-41.

Анотація

Станкевич О. О. Щодо співвідношення понять «наркотичні лікарські засоби», «психотропні лікарські засоби» та «фальсифіковані лікарські засоби». – Стаття.

В статті досліджується питання про співвідношення таких понять, як «наркотичний засіб» і «психотропна речовина» як предмет злочинних дій, передбачених ст. 307 Кримінального кодексу України (КК України), з поняттям «фальсифіковані лікарські засоби» як препаратів, обіг яких криміналізовано ст. 321-1 КК України. Автором аналізується специфіка нормативно-правової регламентації ліцензійного виробництва і реалізації препаратів, які містять наркотичні та/або психотропні речовини, в контексті взаємозв'язку цього виду господарської діяльності з виробництвом та торгівлею оригінальними лікарськими засобами і обігом фальсифікованих лікарських засобів. У результаті дослідження автор приходить до висновку, що всі наркотичні лікарські засоби та/чи психотропні лікарські засоби, обіг яких дозволено на території України, можуть бути предметом фальсифікації, що відповідно спричинює проблеми з правильною кримінально-правовою кваліфікацією злочинних дій, предметом яких є фальсифіковані лікарські засоби, до складу яких входять наркотичні та/або психотропні речовини, оскільки в такому випадку відсутні розмежувальні ознаки між предметом злочину, передбаченого ст. 307 КК України, та предметом злочину, передбаченого ст. 321-1 КК України.

Ключові слова: наркотичний засіб, психотропна речовина, лікарський препарат, фальсифікований лікарський засіб, предмет злочину.

Аннотация

Станкевич Е. А. О соотношении понятий «наркотические лекарственные средства», «психотропные лекарственные средства» и «фальсифицированные лекарственные средства». – Статья.

В статье исследуется вопрос о соотношении таких понятий, как «наркотическое средство» и «психотропное вещество» как предмет преступных действий, предусмотренных ст. 307 Уголовного кодекса Украины (УК Украины), с понятием «фальсифицированные лекарственные средства» как препаратов, оборот которых криминализован в ст. 321-1 УК Украины. Автор анализируется специфика нормативно-правовой регламентации лицензированного производства и реализации препаратов, содержащих наркотические и/или психотропные вещества, в контексте взаимосвязи этого вида хозяйственной деятельности с производством и торговлей оригинальными лекарственными средствами и оборотом и фальсифицированных лекарственных средств. В результате исследования автор приходит к выводу, что все наркотические лекарственные средства и/или психотропные лекарственные средства, оборот которых разрешен на территории Украины, могут быть предметом фальсификации, что соответственно вызывает проблемы с правильной уголовно-правовой квалификацией преступных действий, предметом которых являются фальсифицированные лекарственные средства, содержащие наркотические и/или психотропные вещества, поскольку в таком случае отсутствуют разграничительные признаки между предметом преступления, предусмотренного ст. 307 УК Украины, и предметом преступления, предусмотренного ст. 321-1 УК Украины.

Ключевые слова: наркотическое средство, психотропное вещество, лекарственный препарат, фальсифицированное лекарственное средство, предмет преступления.

Summary

Stankevych O. O. Regarding the relation between the concept of “narcotic drugs”, “psychotropic drugs” and “counterfeit medicines”. – Article.

The article explores the question of correlation between such concepts as “narcotic drug” and “psychotropic substance”, as the subject of criminal acts provided for in Article 307 of the Criminal Code of Ukraine (CC of Ukraine), and the notion of “falsified medicines”, whose turnover is criminalized in Article 321-1 of the CC of Ukraine. The author analyzes the specifics of statutory regulation of licensed production and sale of drugs containing narcotic and/or psychotropic substances in terms of the relationship between this type of economic activity and the production and distribution of original and falsified medicines. It is substantiated that all narcotic drugs and/or psychotropic medicines whose turnover is allowed on the territory of Ukraine can be subject to falsification, which consequently causes problems with the correct criminal qualification of criminal acts, since in this case there are no differentiating characteristics between the subject of crime in Article 307 of the CC of Ukraine and the subject of crime provided for in Article 321-1 of the CC of Ukraine.

Key words: narcotic drug, psychotropic substance, medicinal product, counterfeit medicine, subject of crime.

УДК 347.9

Т. С. Федорова

СУЧАСНА ЗАРУБІЖНА ПРАКТИКА ВИРІШЕННЯ КОМЕРЦІЙНИХ (ТОРГОВИХ) СПОРІВ У СУДОВОМУ ПОРЯДКУ

Постановка проблеми. Дослідження організації вирішення комерційних (торгових) спорів в окремих державах, які є членами Європейського Союзу, має неабиякий інтерес для України з огляду на євроінтеграційний вектор розвитку нашої держави. Цей інтерес зумовлений також необхідністю врахування отриманого згаданими державами досвіду під час реформування судової системи України, яке відбувається сьогодні. Дослідження окреслених питань є корисним також із позиції здійснення правосуддя, а саме розгляду окремих справ.

Сучасне зарубіжне законодавство по-різному вирішує питання про те, які суди повинні розглядати економічні (господарські) спори. Як правило, існують два способи вирішення цього питання: або створюються суди спеціальної юрисдикції, уповноважені розглядати економічні справи, або такі справи підвідомчі судам загальної юрисдикції [1].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Сучасний порядок вирішення господарських спорів у країнах Європи досліджували такі вітчизняні та зарубіжні науковці-правники, як Є. Бойченко, А. Бутирський, М. Закурін, П. Зданьковський, Л. Молдован, О. Макарова, Л. Мелех, В. Попондопуло, Т. Степанова, Т. Шепель, E. Junge, H.-Ch. Ackermann, M. Rath, R. Clark, T. Wegerich, G. Wegen, S. Rützel, S. Wilske та інші.

Метою статті є дослідження сучасних моделей вирішення комерційних (торговельних) суперечок у деяких європейських країнах, їх порівняльний аналіз.

Виклад основного матеріалу. Розгляд питання щодо організації вирішення економічних суперечок у правових системах окремих держав є досить актуальним, що зумовлюється насамперед необхідністю здійснення аналізу отриманого цими державами досвіду для успішної реалізації судової реформи, яка здійснюється сьогодні в Україні. Крім того, отримання повної інформації в цій сфері є корисним під час вирішення спорів за участю іноземних осіб, розгляду справ про транскордонне банкрутство, звернення за наданням правової допомоги до судів іноземних держав та виконання аналогічних прохань іноземних судових органів, вирішення питання *lis alibi pendens* (паралельних процесів), з'ясування статусу іноземної особи тощо.

Вирішення комерційних суперечок у різних країнах різниться, що залежить від судової системи країни, правил підвідомчості й підсудності комерційних суперечок, особливостей розгляду зазначених спорів. Комерційні спори вирішуються державними судами відповідної країни, а також третейськими судами (комерційними арбітражами) [2, с. 473]. Коли говорять про державні суди різних країн, варто зазначити, що комерційні суперечки при цьому розглядаються або судами загальної юрисдикції, або для цього створюються суди спеціальної компетенції.

У Європі та світі переважно державні суди вирішують незначну частину комерційних суперечок. Спори бізнесу, як правило, вирішують арбітражі, які не належать до державних судових систем [3]. При цьому в країнах, які належать до системи континентального права, для яких історично більш характерний слідчий процес, прийнято створення судів спеціальної юрисдикції або підрозділів у структурі судів загальної юрисдикції для вирішення комерційних суперечок. М. Хамнік зазначає, що підсистема спеціалізованих судів по-різному приєднується до системи судів загальної юрисдикції. Таке приєднання здійснюється через можливість перегляду рішень спеціалізованого суду в суді загальної юрисдикції; зокрема, таке приєднання може бути виконане також на рівні місцевого суду, апеляційного або на рівні касаційної інстанції [4].

Механізми вирішення господарських спорів варто називати моделями, які визначають основні риси системи й порядку такого дозволу. Як зазначає О. Бутирський, «моделі вирішення господарських спорів» є досить широким поняттям, до складу якого входить не тільки сам механізм вирішення господарських спорів, а й зміст судової системи певної країни, місце конституційного суду в судовій системі, правовий статус судді, наявність кодифікованого акта, що регламентує порядок вирішення господарського спору, тощо [5, с. 105].

О. Осетинський свого часу запропонував класифікацію моделей вирішення господарських спорів у національних правових системах європейських країн загалом. Залежно від історичних традицій і сучасних економіко-правових умов він пропонує застосовувати три основні моделі механізму вирішення спорів із торговельних (комерційних) відносин [6, с. 168]:

- функціонування спеціалізованих органів;
- діяльність спеціалізованих відділень у загальних судах відповідного територіального рівня;
- змішана модель, за якої за деякими категоріями або залежно від територіальної ознаки суперечки, пов'язані з комерцією, підлягають вирішенню або в спеціальних підрозділах загальних судів, або в окремому спеціалізованому органі.

На нашу думку, досить обґрунтованою є класифікація моделей вирішення господарських спорів, запропонована О. Бутирським за ознакою наявності суду, який спеціалізується виключно на вирішенні господарських спорів, за ознакою наявності особливого порядку вирішення господарських спорів та за ознакою наявності вертикалі спеціальних судів для вирішення господарських спорів.

Франція стала першою європейською країною, де було здійснено передачу комерційних суперечок до сфери державного правосуддя. У цій країні на сьогодні існує розгалужена система спеціалізованих судів для вирішення комерційних суперечок – торгових судів.

Структура й компетенція всіх діючих у Франції судів визначається Кодексом судоустрою [7]. Суди першої інстанції, які функціонують у Франції, діляться на суди загальної та спеціальної юрисдикції. Різновидом останніх є торгові (комерційні) трибунали (229 судів), у яких вирішуються спори між комерсантами, що виникають із відносин підприємницької діяльності, суперечки між членами торгових компаній, а також розглядаються справи про банкрутство й оздоровлення.

Повноваження, склад і компетенція комерційних судів визначаються Главою 7 Комерційного кодексу [8] (*Des juridictions commerciales et de l'organisation du commerce*). Комерційні суди є судами першої інстанції та складаються з обраних суддів і реєстратора. Їхня юрисдикція визначається цим кодексом та спеціальними законами й нормами (ст. L721-1).

Торгові суди здійснюють свої повноваження на всій території Франції, за винятком регіонів Bas-Rhin, Haut-Rhin і Мозель, де ці повноваження здійснюють комерційні палати верховного суду загальної юрисдикції (ст. L731-1).

Комерційні суди розглядають комерційні суперечки між підприємцями, між підприємцями та комерційними компаніями, спори за участю комерційних банків, а також спори щодо комерційних договорів та угод (ст. L721-3). Стороною спору може бути також фізична особа, якщо вона є позивачем. У цьому разі остання має право вибору звернутись або до торгового суду, або до суду загальної юрисдикції.

З урахуванням додаткових положень, пов'язаних із виборами (ч. 2 ст. L. 723-11), судді комерційних судів, які є непрофесійними суддями (*juge consulaire*), обираються перший раз строком на 2 роки. У подальшому вони можуть після першого строку бути переобрані на 4 роки в тому ж суді або в будь-якому іншому комерційному суді (ст. L722-6) [9].

Судді комерційних судів не можуть працювати за професіями юриста, нотаріуса, судового пристава, судового аукціоніста, комерційного секретаря суду, директора та законного представника впродовж терміну їх повноважень (ст. L722-6-1), а також бути представниками в Європейському Парламенті (ст. L722-6-2) [10]. Голова Арбітражного суду обирається із суддів трибуналу, які займали посади в комерційному суді не менш ніж 6 років, за умови дотримання положень ст. L722-13. Президент обирається строком на 4 роки таємним голосуванням суддів комерційного суду на загальних зборах. Секретар торгового суду є державним службовцем і призначається міністром юстиції, причому з 27 січня 2016 р. – лише після проходження попереднього конкурсного відбору.

Судді, які обирались до комерційних судів протягом чотирьох послідовних термінів у тому ж комерційному суді, не мають права бути обраними в цьому суді протягом року. Однак колишній президент після чотирьох термінів поспіль як члена або президента може бути переобраний на новий термін як член того ж комерційного суду. Наприкінці цього мандата він більше не має права на будь-яку посаду протягом одного року (ст. L723-7).

Комерційні суди застосовують керівні принципи цивільного судочинства (ст. R721-1) і функціонують за умови дотримання положень французького Кодексу судоустрою.

Національна рада комерційних судів затверджується Міністром юстиції Франції (ст. R721-7). Відповідно до Додатку II до Декрету № 2015-618 від 4 червня 2015 р. Національна рада комерційних судів Франції оновлюється протягом одного року, починаючи з 8 червня 2015 р. (8 червня 2016 р.) [11].

Рішення Торгового суду є остаточним і не підлягає апеляційному оскарженню, якщо сума спору менше 4 тис. євро, і навпаки, воно підлягає апеляційному оскарженню, якщо сума спору перевищує 4 тис. євро. Окремих спеціальних апеляційних торгових судів у Франції не існує.

Якщо сума спору перевищує 4 тис. євро, апеляційна скарга на рішення торгового суду подається та розглядається комерційною палатою апеляційного суду загальної юрисдикції (*Chambre commercial de la Cour d'appel*). Палата складається з трьох суддів: голови (професійного призначеного судді) і двох суддів, обраних серед комерсантів-підприємців.

Касаційна скарга на рішення торгового суду (до 4 тис. євро) або рішення комерційної палати апеляційного суду подається й розглядається комерційною палатою касаційного суду (*Chambre commerciale de la Cour de cassation*).

Судді торгових судів (*juges consulaires*) обираються, на відміну від професійних суддів (*magistrats professionnels*), які призначаються. Відмінність полягає в тому, що судді торгових судів, які обираються із числа своїх колег-підприємців і керівників підприємств, є найбільш компетентними в економічних та фінансових питаннях управління підприємствами, у прийнятті оптимальних рішень для виходу підприємств із кризи та вирішення поточних питань підприємств. Крім того, незалежність цих суддів гарантована також їх колегіальністю в прийнятті рішень (обов'язкова наявність трьох суддів для прийняття будь-якого рішення), що дає змогу обмежити ризики впливу з боку учасників процесу [12, с. 152–156].

У 2002 р. запропонована реформа торгових судів, яка полягала в тому, щоб колегія з трьох суддів складалася з одного призначеного професійного судді (*magistrat*) і двох виборних суддів серед комерсантів (*juges consulaires*). Саме це є тим складом, який має комерційна палата апеляційного суду. Однак цю реформу так і не було реалізовано [3].

У Німеччині, згідно зі ст. 92 Конституції ФРН [13], судова влада здійснюється Федеральним конституційним судом, федеральними судами та судами земель. Німецьку судову владу також можна поділити на суди загальної юрисдикції (цивільні й кримінальні справи), спеціальної, адміністративної та конституційної юрисдикції [14; 15]. І на федеральному рівні, і на рівні земель функціонують як суди загальної юрисдикції, так і спеціалізовані суди. Загалом судову систему Німеччини можна назвати однією з найбільш спеціалізованих. Так, у сфері економіки створені органи спеціальної юрисдикції, у тому числі фінансові, адміністративні суди, Федеральний патентний суд.

У Німеччині, на відміну від Франції, немає самостійних судів для вирішення комерційних спорів. Відповідно, більшість економічних спорів розглядаються судами загальної юрисдикції, які поділяються на амтсгеріхти, ландгеріхти та оберландгеріхти.

Амтсгеріхти (*das Amtsgericht*) – суди першої інстанції, складники нижчої ланки в організації належного правосуддя у ФРН. Судочинство із цивільних справ у судах першої інстанції (амтсгеріхтах) здійснюється відділом із цивільних справ. Цивільні спори до 5 тис. євро вирішуються суддею одноосібно (§ 23 *Gerichtsverfassungsgesetz*) [16] Амтсгеріхтам підсудні, зокрема, справи, що витікають із шлюбно-сімейних, конкурсних, спадкових правовідносин.

Ландгеріхти (*das Landgericht* – земельні суди) є судами першої та другої інстанцій. До виключної компетенції земельних судів входять справи, у яких розглядаються позови до казни, державних службовців, держави та корпорацій публічного

права (§ 71 Gerichtsverfassungsgesetz) [17]. Розгляду ландгеріхтів за першою інстанцією підлягають спори, ціна позову яких перевищує 5 тис. євро.

За першої інстанції ландгеріхти розглядають, зокрема, і торговельні справи. При ландгеріхтах діють торгові колегії, що засідають у складі одного професійного судді та двох непрофесійних суддів, обраних серед комерсантів. Розгляд торгових справ одноособово може здійснювати тільки професійний суддя.

Ворганізації загального судочинства Верховний суд землі (das Oberlandesgericht) є інстанцією, що стоїть над ландгеріхтами, та інстанцією, яка перебуває нижче щодо Федерального суду. У Берліні Верховний суд землі має назву Каммергеріхт (das Kammergericht), а в Баварії – das Bayerische Oberste Landgericht. Оберландгеріхти (Oberlandesgerichte) – це 24 вищі земельні суди, які є судами другої інстанції та розглядають апеляційні скарги на судові акти земельного суду. В оберландгеріхтах є спеціалізовані сенати (три судді колегіально) з торгових справ, а також із сільськогосподарських, картельних справ та капітального будівництва. Скарги з торгових справ розглядаються в складі одного професійного та двох непрофесійних суддів.

Бундесгеріхтсхоф (der Bundesgerichtshof) – Федеральний суд, який є вищою ланкою в ієрархії судів загальної юрисдикції. До його функцій належить перевірка законності судових актів апеляційної інстанції. У межах структури Федерального суду є Сенат із торговельних справ.

Введення непрофесійних суддів для вирішення торговельних суперечок у Німеччині переслідувало декілька цілей, у тому числі залучення осіб, які мають спеціальні знання, і підвищення довіри до суду з боку підприємців. Кандидатури таких суддів пропонуються Торговою палатою та призначаються міністерством юстиції відповідної землі, при цьому міністерство не може відмовити в призначенні або призначити інших осіб. Торговим суддею може бути особа, зареєстрована як комерсант, член ради директорів або директор юридичної особи. Обов'язковою умовою є наявність спеціальних знань і досвіду в певній галузі комерції. Торгові судді призначаються на 5-річний строк, мають під час розгляду справи права судді та голосують під час прийняття рішення.

Цікавий той факт, що з 2010 р. в деяких німецьких судах, зокрема в судах земель Північної Рейн-Вестфалії, Гамбург, Нижня Саксонія, було введено окремі палати (Kammern für internationale Handelssachen), де за бажанням сторін можливе вирішення міжнародних комерційних спорів англійською мовою (поки що в межах усного виробництва). Введення письмового провадження англійською мовою в Німеччині на сьогодні є предметом законодавчих ініціатив [18; 19].

В Австрії діє єдиний на всю країну Торговий суд, який розглядає комерційні суперечки, у тому числі справи про банкрутство. До складу цього суду входять представники ділової спільноти як комерційні судді.

Для таких країн, як Болгарія, Польща, Румунія та Словаччина, існування окремих судів для вирішення господарських спорів не властиве. Це постає з того, що державні арбітражі (прообрази господарських судів) утворювались у згаданих країнах наприкінці 1940 – на початку 1950-х рр. під тиском ЄСРП, а після ослаблення позиції останнього державні арбітражі почали ліквідуватись. Еволюція інститу-

ту державного арбітражу мала місце в Югославії, Албанії та Угорщині. У цих країнах у 1955 р., 1969 р. та 1972 р. відповідно державний арбітраж був ліквідований [20, с. 186].

На зміну державним арбітражам, з огляду на необхідність особливого порядку вирішення господарських спорів, у країнах Східної Європи був введений особливий порядок вирішення господарських спорів загальними судами. Проте й такі спеціальні порядки згодом були скасовані (крім Болгарії та частково Румунії, де новий Цивільний процесуальний кодекс не вступив у дію).

Таким чином, у Болгарії, Польщі, Румунії та Словаччині існує тенденція до уніфікації процесуальних основ вирішення всіх суперечок незалежно від спеціалізації.

У Болгарії діють суди загальної та адміністративної юрисдикції. Конституційний суд Болгарії не належить до жодної з гілок влади, а є органом, який здійснює тлумачення Конституції Болгарії та дає висновки щодо конституційності законів і підзаконних актів. У Болгарії існує трьохінстанційна судова система: перша інстанція – районний суд, апеляційна інстанція – окружний суд, касаційна інстанція – Верховний касаційний суд. Якщо ж справу в першій інстанції розглядає окружний суд, то апеляційною інстанцією є Апеляційний суд, а касаційною – Верховний касаційний суд.

У Болгарії відсутні спеціалізовані суди, які вирішують виключно торгові суперечки. Такі спори вирішуються районними (окружними) судами на підставі Цивільного процесуального кодексу Болгарії [21], який містить окремі норми для вирішення торговельних суперечок.

У Румунії діє чотириланкова судова система, до якої входять суди, трибунали, апеляційні суди, Верховний суд касації та юстиції (у першій інстанції справа розглядається судами й трибуналами, апеляційна інстанція – це суди та апеляційні суди, касаційна інстанція – Верховний суд касації та юстиції). Комерційні спори в Румунії вирішуються загальними судами за спеціальною процедурою згідно з нормами Цивільного процесуального кодексу Румунії [22].

У судовій системі Республіки Польща існують три інстанції з внутрішньою (цивільний, кримінальний відділи як обов'язкові та сімейні, відділи щодо неповнолітніх, трудові, господарські як факультативні) і зовнішньою (адміністративні та військові суди) спеціалізацією. Особливе місце посідає Конституційний суд Республіки Польща, який не є судом у загальновизнаному розумінні, проте належить до органів судової влади, здійснюючи правосуддя.

У Словацькій Республіці діє триступенева судова система (районний суд, окружний суд, Верховний суд), у складі якої діє спеціалізований кримінальний суд. Судова система Словаччини містить елементи як зовнішньої, так і внутрішньої спеціалізації.

Правосуддя в Республіці Молдова здійснюється Вищою судовою палатою, Апеляційною палатою та судами, а для окремих категорій судових справ до 1 січня 2017 р. діяли спеціалізовані суди, зокрема й Окружний комерційний суд.

Комерційні спори в Молдові свого часу розглядались в економічних, а потім комерційних судах. У межах юридико-правової реформи 1996 р. Державний арбітражний суд було реорганізовано в економічні спеціалізовані інстанції. Після ре-

форми 2003 р. вони були реформовані до Окружного економічного суду муніципалітету Кишинів, Економічної апеляційної палати та Економічної колегії Вищої судової палати. Економічний суд отримав право розглядати й вирішувати цивільні спори між юридичними особами, питання неспроможності та приватизації економічних агентів [23].

У листопаді 2009 р. уряд Молдови розробив законопроект про ліквідацію спеціалізованих судів. У січні 2010 р. ініціатива отримала позитивний висновок Вищої ради Магістратури – органу суддівського самоврядування.

Комерційні суди розглядали чотири категорії спорів: справи про оскарження рішень третейських судів, справи про видачу виконавчих листів на примусове виконання таких рішень, справи про реорганізацію й розпуск юридичних осіб, а також спори про захист професійної репутації в підприємницькій і господарській діяльності. Решта цивільних, адміністративних та комерційних справ були віднесені до компетенції судів загальної юрисдикції [24]. Порядок вирішення спорів Окружним комерційним судом регламентувався Цивільним процесуальним кодексом Республіки Молдова, згідно з яким такі спори розглядались у загальному порядку, без будь-яких особливостей.

Чотириланкова судова система Чеської Республіки характеризується наявністю в складі Верховного суду Торгової колегії, до складу якої входять 3 панельні судді та 9 суддів Великої панелі [25].

У Чехії відокремлені комерційні суди діють на рівні обласних судів у таких містах, як Прага, Острава та Брно. У першій інстанції комерційні справи розглядаються суддями загальних судів, які спеціалізуються на розгляді комерційних справ. Рішення цих судів можуть бути оскаржені відповідно до територіальної підсудності в один із наведених обласних комерційних судів, що слухають справи в апеляційному порядку.

У цивільному судочинстві суди розглядають і вирішують будь-які та всі приватні правові питання, а саме питання, що постають із цивільних, трудових, сімейних, підприємницьких і комерційних відносин, та інші правові питання, зокрема й передбачені матеріальним правом. Таким чином, немає спеціалізованих судів, компетентних у випадках приватного права. Окружні суди зазвичай є судами першої інстанції в цивільному процесі. Регіональні суди діють переважно як апеляційні суди в тих випадках, коли районний суд був судом першої інстанції [26, с. 233].

У Чехії діє Комерційний кодекс, який регулює статус підприємців, бізнес-зобов'язання та деякі інші відносини, пов'язані з підприємницькою діяльністю [27]. У разі неможливості вирішити деякі питання відповідно до положень цього кодексу вони підлягають вирішенню відповідно до положень цивільного права. Якщо такі питання не можуть бути вирішені відповідно до положень цивільного права, вони повинні розглядатись відповідно до правил торгової (комерційної) практики, а за відсутності цього – відповідно до принципів, на яких ґрунтується такий кодекс.

Загалом комерційні спори в Чеській Республіці, які сторони не в змозі врегулювати мирним шляхом або через посередництво, зазвичай можуть бути вирішені в судовому або арбітражному порядку [28]. Комерційні спори в Чехії розвивались досить швидко впродовж останніх декількох років та, як і раніше, схиляються

до змагального процесу зі значною увагою до документальних доказів. Чеський судовий процес, як правило, сприймається як повільний і тривалий. Мають місце затримки в провадженні, які часто призводять до значного накопичення справ, що перебувають на розгляді у відповідному суді.

Як правило, комерційні спори розглядаються в першій інстанції регіональними/муніципальними судами (на відміну від районних судів, які є найнижчими судами в ієрархії). Таким чином, регіональні суди (які в іншому разі також є судами апеляційної інстанції для вирішення справ районних судів) логічно пропонують більш складний і бізнес-орієнтований підхід, а також у більшості випадків здатні впоратись зі складними комерційними питаннями, що виникають у ході розгляду. Оскільки закон Чеської Республіки ґрунтується на континентальній системі письмового права, чеські суди не пов'язані прецедентами. Таким чином, попередні рішення судів у Чеській Республіці не визнаються як джерела права, за винятком рішень, прийнятих Конституційним судом Чеської Республіки, які є обов'язковими для всіх осіб та установ країни, у тому числі інших судів.

Комерційний судовий розгляд регулюється Цивільним процесуальним кодексом Чеської Республіки. Положення кодексу регулюють всі етапи розгляду справи.

Висновки. Таким чином, еволюція вирішення економічних суперечок у судах багатьох держав сформувала на сьогодні низку підходів до організації такого правосуддя та регламентації процесуальної форми вирішення економічних суперечок. Диференціація зумовлена як історичними, так і загальносоціальними й культурними факторами, приналежністю правової системи держави до тієї чи іншої правової сім'ї.

Можна констатувати, що особливістю вирішення комерційних суперечок у зарубіжних країнах є введення до складу судів, які розглядають такі суперечки, судових засідателів із числа професійних підприємців. При цьому до кандидата на посаду судового засідателя не висувається така вимога, як наявність юридичної освіти.

У тих зарубіжних країнах, де поряд із загальними судами є спеціалізовані, розмежування компетенції здійснюється виключно за предметом судового розгляду. Так, у Франції є комерційні (торгові) суди. Вони розглядають спори, що виникають із торгових угод, регулюються Торговим кодексом.

На сьогодні українські господарські суди потребують значного реформування, адже для повноцінної участі в економічному житті Європи та побудови бізнесу спільно з європейськими партнерами необхідно орієнтуватись на моделі, які давно працюють в економічно розвинених країнах. Переформатування вирішення господарських спорів у широкому сенсі передбачатиме як перебудову системи судів і процедур, так і розвиток недержавного арбітражу та поширення практики комерційної медіації. У будь-якому разі саме питання впровадження ефективних механізмів вирішення комерційних суперечок є одним із найголовніших завдань судової реформи.

Література

1. Закурін М. Зарубіжний досвід розгляду господарських спорів / М. Закурін [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ks.arbitr.gov.ua/sud5024/8/8/741/>.
2. Попондопуло В. Коммерческое (предпринимательское) право : [учебник] / В. Попондопуло. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма, 2008. – 800 с.

3. Шепель Т. Европейское направление хозяйственного судопроизводства / Т. Шепель, Е. Бойченко [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.s-quo.com/content/articles/336/6412/>.
4. Хамник М. Формування і розвиток господарських судів в Україні (історико-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / М. Хамник ; Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2009. – 16 с.
5. Бутырский А. Классификация моделей разрешения хозяйственных (коммерческих) споров в странах Восточной Европы / А. Бутырский // *Continutul numărului de revistă*. – 2013. – № 8/2. – С. 104–107.
6. Осетинський А. Перспективи запровадження комерційних судів в аспекті судового реформування в Україні / А. Осетинський // *Вісник господарського судочинства*. – 2006. – № 6. – С. 161–173.
7. Code de l'organisation judiciaire [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071164>.
8. Code de commerce [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20130701>.
9. LOI № 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle (1) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=A62D917E450DBAD05E56B4463BC2D325.tpdila16v_1?cidTexte=JORFTEXT000033418805&idArticle=LEGIARTI000033423906&dateTexte=20161120.
10. LOI № 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle (1) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033418805&categorieLien=id>.
11. Décret № 2015-618 du 4 juin 2015 relatif à certaines commissions administratives à caractère consultatif relevant du ministère de la justice [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030680734&categorieLien=id>.
12. Коммерческое (торговое) право зарубежных стран : [учебник для магистров] / отв. ред. : В. Поподуло, О. Макарова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрайт, 2017. – 575 с.
13. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://www.bundestag.de/gg>.
14. Krümmel T. Advantages of Proceedings under German Law in Civil Matters / Т. Krümmel [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.kiew.diplo.de/contentblob/2507230/Daten/601325/pdf_rede_kruemmel.pdf.
15. Назаров І. Історичний розвиток та сучасна структура судової системи Німеччини / І. Назаров // *Проблеми законності*. – 2016. – Вип. 134. – С. 173–181. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pz_2016_134_19.
16. Übersicht über die Gerichtsinstanzen [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://gesetz-und-rechte.de/uebersicht-ueber-die-gerichtsinstanzen/>.
17. Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) neugefasst durch B. v. 09.05.1975 BGBl. I S. 1077; zuletzt geändert durch Artikel 6 G. v. 01.06.2017 BGBl. I S. 1416 Geltung ab 01.01.1975; FNA: 300-2 Gerichtsverfassung [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.buzer.de/gesetz/6164/index.htm>.
18. Kern Ch. English as a court language in continental courts / Ch. Kern // *Erasmus Law Review*. – 2012. – Vol. 5. – Issue 3. – P. 187–209.
19. Schmidt P. Kammern für internationale Handelssachen / P. Schmidt [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://www.bundesanzeiger-verlag.de/gesetze/nachrichten/detail/artikel/kammern-fuer-internationale-handelssachen-13021.html>.
20. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. Туманова. – М. : Международные отношения, 1997. – 400 с.
21. Граждански процесуален кодекс (в сила от 01.03.2008 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.admincourts Sofia.bg/81.aspx>.
22. Codul de Procedura Civila republicat 2015. Legea 134/2010 privind Codul de procedura Civila republicat [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.dreptonline.ro/legislatie/codul_de_procedura_civila_noul_cod_de_procedura_civila_legea_134_2010.php.
23. Гилян А. Реформирование экономических судов в Молдове: «за» и «против» / А. Гилян [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.businessclass.md/>.
24. Экономический суд стал коммерческим [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.logos.press.md/node/33862>.

25. The System of Courts in the Czech Republic [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/pdf/org_justice_cze_en.pdf.

26. The Dispute Resolution Review / ed. R. Clark [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://tomaierlegal.cz/Czech_Republic.pdf.

27. Czech Republic Law № 513/1991 of Coll., the Commercial Code (“Obchodní zákoník”) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=198074.

28. Dispute resolution in the Czech Republic – Commercial disputes overview [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://is.muni.cz/el/1422/jaro2008/SOC026/um/5444458/Dispute_resolution_in_the_Czech_Republic.pdf.

Анотація

Федорова Т. С. Сучасна зарубіжна практика вирішення комерційних (торгових) спорів у судовому порядку. – Стаття.

Сучасне зарубіжне законодавство по-різному вирішує питання про те, які суди повинні розглядати економічні (господарські) спори. Як правило, існують два способи вирішення цього питання: або створюються суди спеціальної юрисдикції, уповноважені розглядати економічні справи, або такі справи підвідомчі судам загальної юрисдикції.

Ключові слова: комерційний спір, суд, загальна юрисдикція, спеціальна юрисдикція.

Аннотация

Федорова Т. С. Современная зарубежная практика решения коммерческих (торговых) споров в судебном порядке. – Статья.

Современное зарубежное законодательство по-разному решает вопрос о том, какие суды должны рассматривать экономические (хозяйственные) споры. Как правило, существует два способа решения этого вопроса: либо создаются суды специальной юрисдикции, уполномоченные рассматривать экономические дела, либо такие дела подведомственны судам общей юрисдикции.

Ключевые слова: коммерческий спор, суд, общая юрисдикция, специальная юрисдикция.

Summary

Fedorova T. S. Modern foreign practice of solving commercial disputes in the courts. – Article.

Modern foreign legislation differently decides the question of which courts should consider economic disputes. As a rule, there are two ways to resolve this issue: either courts of special jurisdiction are created that are authorized to consider economic cases, or such cases are subordinate to courts of general jurisdiction.

Key words: commercial dispute, court, general jurisdiction, special jurisdiction.

УДК 336.01:336.71(477)

Н. А. Фукс

ПОНЯТТЯ «БАНКІВСЬКА ПОСЛУГА» І «БАНКІВСЬКА ОПЕРАЦІЯ» В ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Якість законодавства (у тому числі й банківського) та ефективність його застосування значною мірою залежить від термінології, що використовується, її узгодженості та однозначності розуміння сутності окремих понять. Сьогодні доводиться констатувати, що становлення банківського законодавства на сучасному етапі розвитку України відбувається із порушенням вимог юридичної техніки (зокрема, в частині уніфікації термінології). Нехтування вимогою щодо точності термінології та однакового розуміння того чи іншого поняття у тексті нормативно-правових актів, які становлять банківське законодавство, можна спостерігати, починаючи з базових понять, що визначають зміст банківської діяльності, до яких передусім належать «банківська послуга» та «банківська операція». Це не лише ускладнює подальший розвиток банківського законодавства, знижує рівень його ефективності через зниження якості окремих законодавчих актів, а й уповільнює процеси гармонізації з європейським законодавством, заважаючи таким чином взаємодії суб'єктів банківської діяльності національної та європейських правових систем.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню сутності основних понять у сфері банківської діяльності – «банківська послуга» і «банківська операція» – приділяють увагу вітчизняні науковці у галузі як економіки, так і юриспруденції. Зокрема, варто відзначити здобутки таких фахівців, як Є.О. Алісов, І.А. Безклубий, З.М. Васильченко, О.В. Васюренко, О.Д. Вовчак, Л.К. Воронова, О.В. Дзюблук, І.Б. Заверуха, Б.С. Івасів, Є.В. Карманов, В.В. Корнєєв, О.А. Костюченко, Т.А. Латковська, Б.Л. Луців, І.О. Лютий, А.М. Мороз, О.П. Орлюк, Л.О. Примостка, М.І. Савлук, Т.С. Смовженко, В.П. Ходаківська, С.А. Циганов, Н.М. Шелудько та ін. Однак, незважаючи на широкий інтерес до вивчення цих питань, на наш погляд, потребують глибокого аналізу тенденції законодавчої практики використання понять «банківська послуга» та «банківська операція».

Мета дослідження полягає у формулюванні дефініцій «банківська послуга» і «банківська операція» на основі систематизації підходів до їх розуміння у законодавчих актах, наукових джерелах та з урахуванням європейського досвіду задля досягнення точності у розумінні базової термінології у сучасному банківському законодавстві України.

Виклад основного матеріалу дослідження. Нині в законодавчих актах, які визначають основи правового регулювання діяльності банків, серед яких – Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV [1], Закони України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 р. № 679-XIV [2] та «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 р. № 2121-III [3], одночасно вживаються поняття «банківська послуга» і «банківська операція» зі встановленням різних

змістових взаємозв'язків між ними, що пояснюється відсутністю в законодавстві дефініцій відповідних понять. Зазначене зумовлює необхідність уточнення співвідношення між цими поняттями, виходячи з їх сутності.

На сьогодні можна стверджувати, що підходи до розуміння змісту понять «банківська послуга» і «банківська операція» та їх співвідношення змінюються з розвитком банківського законодавства. Вперше поняття «банківська операція» та «послуга» були використані ще в Законі України «Про банки і банківську діяльність» від 20 березня 1991 р. № 872-ХІІ [4] (втратив чинність). Основним з-поміж них було поняття «банківська операція» (поняття «банківська послуга» в цьому нормативно-правовому акті ще не вживалося – прим. авт.). Закон містив ст. 3, що мала назву «Банківські операції», в ч. 3 якої визначався перелік операцій, здійснювати які у межах, передбачених статутами, могли банки. Водночас у ч. 1 ст. 25 Закону України «Про банки і банківську діяльність» 1991 р. із назвою «Функції комерційних банків» (а функції можна розглядати як напрями діяльності – прим. авт.) зазначалося, що банки здійснюють кредитно-розрахункове, касове та інше банківське обслуговування шляхом виконання операцій і надання послуг, передбачених ст. 3 цього закону, а в ч. 1 ст. 27 банкам заборонялося укладати угоди з метою монополізації умов надання кредитів, інших послуг. При цьому відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 3 закону залучення і розміщення грошових вкладів та кредитів – це банківська операція. Також у контексті виявлення встановленого в Законі України «Про банки і банківську діяльність» 1991 р. співвідношення між поняттями «банківська операція» та «послуга» становить інтерес ч. 1 ст. 40 «Функції Ощадного банку України», в якій до функцій Ощадного банку віднесено розрахунково-кредитне та касове обслуговування населення, безготівкові розрахунки, розповсюдження та погашення цінних паперів, кредитування населення, валютне обслуговування іноземних громадян та громадян України, надання різноманітних платних послуг. На основі аналізу вищенаведених норм можна дійти висновку про довільне вживання поняття «послуга» в тексті Закону України «Про банки і банківську діяльність» 1991 р. або як тотожного поняттю «банківська операція», або в розумінні дій банку, які безпосередньо не пов'язані із здійсненням пасивних або активних операцій.

Надалі в Законі України «Про Національний банк України» з метою окреслення сфери державного регулювання діяльності банків спостерігаємо вживання поняття «банківська операція». Так, відповідно до ст. 7 закону серед інших функцій центрального банку держави називається встановлення для банків правил проведення банківських операцій, здійснення ліцензування банківської діяльності та операцій (п. п. 4, 9 ч. 1 ст. 7). Тенденція використання термінології за відсутності її точного визначення, започаткована у 90-х рр. ХХ ст., мала продовження у першій редакції нині чинного Закону України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р. Спершу напрями діяльності банків у цьому нормативно-правовому акті подібно до закону 1991 р. визначалися із використанням поняття «банківські операції» (ст. 47 мала аналогічну назву). Однак у законі також вживається поняття «послуга» (абз. 23 ч. 1 ст. 2, п. 3 ч. 2 ст. 44, пп. 8, 11 ч. 2 ст. 47, п. 3 ч. 1 ст. 56, ч. 1 ст. 60, ч. 3 ст. 61 та ін.) і з'являються поняття «банківська послуга» (ст. 53, ч. 1 ст. 54, ч. 3 ст. 55, пп. 4, 5 ч. 1 ст. 56) і «фінансова послуга» (ч. 1 ст. 12, п. 2 ч. 3 ст. 50). Вихо-

дячи з норм цих статей, можна констатувати урізноманітнення термінології, яка позначає напрями діяльності банків, шляхом введення до тексту закону понять «банківська операція», «послуга», «банківська послуга», «фінансова послуга». Проте залишилося невирішеним питання визначення сутності кожного з цих понять, що сприяло усталенню довільного їх вживання у співвідношеннях із різним змістовим зв'язком, серед яких переважали ототожнення понять «банківська операція» – «банківська послуга», «банківська послуга» – «послуга» і використання понять «банківська послуга» та «послуга» як таких, що містять у собі усі види діяльності банку.

Поняття «банківська операція» також вживається у ст. 339 Господарського кодексу України, яка має назву «Банківські операції». Згідно з цією статтею фінансове посередництво здійснюється банками у формі банківських операцій, а основними видами банківських операцій називаються депозитні, розрахункові, кредитні, факторингові та лізингові операції (ч. 1 ст. 339). Щодо законодавчого визначення переліку банківських операцій у ч. 2 ст. 339 Господарського кодексу України робиться відсилання до спеціального законодавчого акту – Закону України «Про банки і банківську діяльність». При цьому в ч. 5 ст. 341 Господарського кодексу України помічаємо використання законодавцем поняття «послуга» у такому контексті: «Договір повинен містити види послуг, що надаються банком...», проте виникає питання, в якому розумінні вживається поняття «послуга»: як синонім поняття «банківська операція» чи як елемент банківської операції? Беручи до уваги відому норму ч. 2 ст. 339 Господарського кодексу України, варто зазначити, що тривалий час (до 16 червня 2011 р.) використання в кодексі поняття «банківська операція» як основного збіглося з підходом ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р., яка спершу, як і ст. 339 Господарського кодексу України, мала назву «Банківські операції» і визначала перелік операцій та угод, які банки мали право здійснювати на підставі банківської ліцензії, а також операцій, виконання яких передбачало отримання письмового дозволу Національного банку України.

Нині відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо регулювання діяльності банків» від 15 лютого 2011 р. № 3024-VI (набув чинності з 16 червня 2011 р.) ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р. має назву «Види діяльності банку» і містить, що є важливим, поняття «банківські послуги», яке відтепер введено і до дефініції поняття «банк». Таким чином, законодавець змістив акценти у базовій термінології, яка використовується у розкритті основних напрямів діяльності банків, замінивши поняття «банківські операції» на поняття «банківські послуги». До останніх належать: 1) залучення у вклади (депозити) коштів та банківських металів від необмеженого кола юридичних і фізичних осіб; 2) відкриття та ведення поточних (кореспондентських) рахунків клієнтів, у тому числі у банківських металах, та рахунків умовного зберігання (ескроу); 3) розміщення залучених у вклади (депозити), у тому числі на поточні рахунки, коштів та банківських металів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик (ч. 3 ст. 47). При цьому варто підкреслити, що згідно з ч. 2 ст. 47 банк має право здійснювати банківську діяльність на підставі банківської ліцензії

шляхом надання банківських послуг, тобто фактично законодавець визначає банківську діяльність через сукупність банківських послуг, надавати які має право лише фінансова установа – банк. Отже, в сучасній редакції ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р. використовується термінологія, що кореспондує із термінологією, яка вживається в Законі України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. № 2664-III [5]. Зазначене твердження також доводять норми ст. 47, відповідно до яких банк має право надавати, окрім банківських, ще й інші фінансові послуги (крім послуг у сфері страхування). Такі нововведення дали змогу виокремити банківські послуги з-поміж фінансових послуг, а банки – серед фінансових установ.

Водночас чинна редакція Закону України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р., на наш погляд, містить норми, в яких словосполучення «банківські послуги» вживається у значенні, ширшому від розуміння поняття «банківські послуги» згідно з ч. 3 ст. 47 цього закону, що спричинено безсистемним використанням термінології в спеціальному банківському законодавстві через відсутність дефініції поняття «банківська послуга». Так, зокрема, зазначене простежується в ч. 2 ст. 53, відповідно до якої банку забороняється встановлювати процентні ставки та комісійні винагороди на рівні, нижчому за собівартість банківських послуг у цьому банку; пп. 4, 5 ч. 1 ст. 56, згідно з якими банки зобов'язані на вимогу клієнта надати інформацію про ціну банківських послуг та іншу інформацію і консультації з питань надання банківських послуг. Отже, спостерігається використання поняття «банківська послуга» в ширшому значенні, ніж визначено у ч. 3 ст. 47, оскільки у цьому контексті мова йде про вимоги для банків, встановлені щодо усіх видів їхньої діяльності.

Крім цього, у тексті чинного Закону України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р. містяться словосполучення, які становлять синонімічний ряд поряд із поняттям «банківські послуги», – «послуги, що надаються банком», «послуги банку», наприклад: 1) банк самостійно визначає напрями своєї діяльності і спеціалізацію за видами послуг (ч. 2 ст. 4); 2) банк самостійно встановлює процентні ставки та комісійну винагороду за надані послуги (ч. 14 ст. 47); банки зобов'язані на вимогу клієнта надати йому інформацію про перелік послуг, що надаються банком (п. 3 ч. 1 ст. 56). При цьому, як видно, словосполучення «послуги, що надаються банком», «послуги банку» за змістом не є тотожними поняттю «банківська послуга» ані в розумінні ч. 3 ст. 47 закону, ані в широкому значенні цього поняття, оскільки в будь-якому разі банківські послуги визначаються не за суб'єктом їх надання, а за об'єктом – а це фінансові активи. Водночас зазначимо, що банки можуть надавати послуги, які прямо не пов'язані з рухом фінансових активів, зокрема, зі зберігання цінностей або надання в майновий найм (оренду) індивідуального банківського сейфа, надання консультаційних та інформаційних послуг щодо банківських та інших фінансових послуг (пп. 4, 7 ч. 8 ст. 47). Тобто у такому контексті словосполучення «послуги, що надаються банком», «послуги банку» стосуються і тих видів діяльності банку, які прямо не пов'язані з рухом фінансових активів.

Також у Законі України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р. спостерігається довільне використання базових понять «банківська послуга» і «банківська

операція», що пояснюється відсутністю відповідних законодавчих дефініцій, а, отже, й однозначного розуміння їх співвідношення між собою. Зокрема, привертають увагу такі норми: 1) в ч. 1 ст. 49 закону операція, зазначена в п. 3 ч. 3 ст. 47 цього ж закону (розміщення залучених у вклади (депозити), у тому числі на поточні рахунки, коштів та банківських металів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик) розглядається як кредитна операція (хоча згідно з ч. 3 ст. 47 це є банківська послуга), а в ч. 1 ст. 53 закону банкам заборонено укладати договори з метою обмеження конкуренції та монополізації умов надання кредитів, інших банківських послуг (у контексті наведених норм, на наш погляд, проглядається ототожнення понять «банківська послуга» і «банківська операція»); 2) в ч. 4 ст. 47 закону банківські послуги дозволяється надавати винятково банку. Водночас Центральний депозитарій цінних паперів має право провадити окремі банківські операції на підставі ліцензії на здійснення окремих банківських операцій, що видається Національним банком України (вважаємо, що можна говорити про розуміння поняття «банківська операція» як елемента банківської послуги).

Подібні та інші факти нехтування вимогою юридичної техніки щодо точності термінології та однакового розуміння окремих понять у всьому тексті нормативно-правового акту вже можна розглядати як усталену тенденцію і, на жаль, не лише у галузі банківського законодавства, що знижує якість як відповідних законів, так і підзаконних нормативно-правових актів, які покликані деталізувати їх норми. Отже, все вищенаведене вкотре доводить необхідність формулювання законодавчих дефініцій понять «банківська послуга» і «банківська операція» або ж встановлення співвідношення між ними за аналогією на основі дефініції поняття «фінансова послуга» відповідно до Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», оскільки згідно з п. 14 ч. 1 ст. 4, п. 6 ч. 1 ст. 1 та абз. 2 ч. 1 ст. 21 цього закону банківські послуги є різновидом фінансових послуг, а ринок банківських послуг – складником ринків фінансових послуг.

Так, за законом, фінансова послуга – це операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів (п. 5 ч. 1 ст. 1). Також у ч. 1 ст. 2 зазначається, що Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» регулює відносини, що виникають між учасниками ринків фінансових послуг під час здійснення операцій із надання фінансових послуг, а п. 1 ч. 3 ст. 4 передбачено, що органи, які здійснюють державне регулювання ринків фінансових послуг, у межах своїх повноважень приймають рішення про належність операцій, які здійснюються на ринках фінансових послуг, до певного виду фінансових послуг, визначених у ч. 1 ст. 4 закону. Отже, виходячи з вищенаведеного, фінансова послуга складається із сукупності операцій із фінансовими активами і є результатом їх виконання. На жаль, доводиться констатувати, що і в Законі України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» підхід до використання термінології не є бездоганним. Так, у п. 5 ч. 1 ст. 6 серед умов договору про надання фінансових послуг називається найменування фінансо-

вої операції (а не фінансової послуги – прим. авт.), а в п. 2 ч. 3 ст. 4 зазначається, що органи, які здійснюють державне регулювання ринків фінансових послуг, можуть приймати в межах своїх повноважень рішення про визначення операції як фінансової послуги, відсутність такої фінансової послуги серед видів фінансових послуг, передбачених переліком згідно з ч. 1 цієї статті, та заборону надання зазначеної послуги, що наводить на думку про ототожнення понять «фінансова послуга» і «фінансова операція», незважаючи на їх розмежування у дефініції поняття «фінансова послуга». Окрім цього, цей нормативно-правовий акт, на жаль, не містить дефініцій понять «операція з фінансовими активами», «операція з надання фінансових послуг» та «фінансова операція», які утворюють синонімічний ряд і вживаються у тексті закону як тотожні. Однак, незважаючи на це, в Законі України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» наявне розмежування понять «фінансова послуга» і «фінансова операція» та встановлення співвідношення між ними як цілого та частки. А оскільки, виходячи з вищенаведеного, банківські послуги є різновидом фінансових послуг, керуючись аналогією закону, подібний підхід можна застосовувати і для визначення змісту понять «банківська послуга» і «банківська операція».

Досліджуючи сутність поняття «банківська послуга», доцільно також звернутися до Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. № 435-IV в контексті регулювання відносин, пов'язаних із наданням послуг, оскільки банківським послугам, як і фінансовим, притаманні риси, що характеризують послуги загалом. Тим паче, що згідно з ч. 2 ст. 901 норми Цивільного кодексу України можуть застосовуватися до всіх договорів про надання послуг, якщо це не суперечить суті зобов'язання. Так, відповідно до ст. 901 Цивільного кодексу України за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається у процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором. Також у цьому контексті варто звернути увагу на дефініцію поняття «послуга», яка використовується у Законі України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р. № 1023-XII в редакції Закону України від 1 грудня 2005 р. № 3161-IV: послуга – це діяльність виконавця з надання (передачі) споживачеві певного визначеного договором матеріального чи нематеріального блага, що здійснюється за індивідуальним замовленням споживача для задоволення його особистих потреб (п. 17 ч. 1 ст. 1). Однак банківські послуги за своєю природою є нематеріальними, абстрактними, тобто не мають конкретної товарної форми і набувають реальних рис через майнові договірні відносини.

З метою формулювання дефініцій понять «банківські послуги» і «банківські операції» для потреб законодавства звернемося також до тлумачень цих понять провідними вітчизняними науковцями-юристами. Так, на думку І.А. Безклубого, у вузькому розумінні банківська послуга – це комплекс правомірних дій банку з фінансовими активами, у процесі здійснення яких задовольняються вимоги споживача [6, с. 42]. А Т.А. Латковська банківською операцією вважає сукупність взаємопов'язаних, юридично зумовлених, систематичних дій спеціальних суб'єктів

(банків), наділених особливою правоздатністю, відповідно до установчих документів і наданої Національним банком ліцензії з дотриманням установлених правил, стандартів та нормативів, об'єктом яких можуть бути кошти, цінні папери, дорогоцінні метали та каміння тощо та які здійснюються на підставі укладеного договору і відповідно до чинного законодавства та нормативних актів Національного банку України [7, с. 9]. Як бачимо, принципового розмежування ці визначення не містять.

Загалом доводиться констатувати, що в сучасній вітчизняній та іноземній науковій літературі наявні різні, часто протилежні міркування щодо сутності поняття «банківська послуга», його співвідношення з поняттям «банківська операція», тобто банківські послуги можуть ототожнюватися з банківськими операціями, що у випадках іншомовних наукових праць може пояснюватися навіть недосконалістю перекладу, або розглядатися як близькі за змістом до банківських операцій, які є основними видами діяльності банку, або ж «банківські послуги» та «банківські операції» чітко розмежовуються шляхом відокремлення банківських послуг від пасивних та активних операцій, які пов'язані із залученням і розміщенням коштів. Проте більшість визначень поняття «банківська послуга» у науковій літературі базується на використанні поняття «банківська операція», тобто остання розглядається як частина банківської послуги.

На основі аналізу вищенаведених законодавчих та наукових підходів вважаємо, що банківську послугу можна визначити як сукупність технологічно взаємопов'язаних операцій із фінансовими активами, що здійснюються фінансовими установами – банками в інтересах третіх осіб на підставі договору з метою отримання прибутку та/або збереження реальної вартості фінансових активів. Тобто фактично мова йде про банківські послуги відповідно до ч. 3 ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р., які разом становлять поняття «банківська діяльність». Саме надання банківських послуг є професійною діяльністю, яка здійснюється фінансовими установами – банками на підставі ліцензії Національного банку України. А банківська операція – це конкретна дія банку з фінансовими активами, яка у сукупності з іншими технологічно взаємопов'язаними діями спрямована на досягнення результату – задоволення потреб клієнта банку шляхом надання йому відповідної банківської послуги. При цьому варто зауважити, що надання банківської послуги передбачає здійснення певних банківських операцій, а виконання тих чи інших банківських операцій може бути пов'язано із наданням як банківських, так і інших фінансових послуг або здійсненням банком інших видів діяльності (або ж стосуватися організаційних, технічних чи інших питань всередині банку).

Також відзначимо, що заміщення поняття «банківська операція» поняттям «банківська послуга» в законодавстві України відповідає тенденціям, які спостерігаються у міжнародних документах, зокрема, в Угоді про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27 червня 2014 р. (ст. 125).

Висновки. На основі проведеного дослідження нами сформульовані такі висновки: 1) надання банківської послуги передбачає здійснення банком низки

технологічно пов'язаних між собою банківських операцій, тобто банківська операція є елементом банківської послуги; 2) здійснення банківських операцій не завжди пов'язано з наданням банківських послуг, а може стосуватися й інших видів діяльності банку; 3) розмежування понять «банківська послуга» і «банківська операція» сприятиме уточненню термінології, яка вживається в банківському законодавстві.

Література

1. Господарський кодекс України: закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15>
2. Про Національний банк України: закон України від 20 травня 1999 р. № 679-XIV: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/679-14>
3. Про банки і банківську діяльність: закон України від 07 грудня 2000 р. № 2121-III: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2121-14>
4. Про банки і банківську діяльність: закон України від 20 березня 1991 р. № 872-XII: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/872-12> (втратив чинність)
5. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: закон України від 12 липня 2001 р. № 2664-III: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2664-14>
6. Безклубий І.А. Банківські правочини: цивільно-правові проблеми: монографія / І.А. Безклубий. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2005. – 378 с.
7. Латковська Т.А. Фінансово-правове регулювання організації та функціонування банківської системи в Україні та зарубіжних країнах: порівняльно-правовий аналіз: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07 / Т.А. Латковська. – Одеса, 2008. – 36 с.

Анотація

Фуks Н. А. Поняття «банківська послуга» і «банківська операція» в законодавстві України. – Стаття.

У статті проаналізовано сутність понять «банківська послуга» і «банківська операція» та встановлено співвідношення між ними на основі аналізу вітчизняного законодавства з урахуванням сучасних наукових підходів та європейського досвіду.

Ключові слова: банк, банківська діяльність, види банківської діяльності, банківські операції, банківські послуги, Закон України «Про банки і банківську діяльність».

Аннотация

Фуks Н. А. Понятия «банковская услуга» и «банковская операция» в законодательстве Украины. – Статья.

В статье проанализирована сущность понятий «банковская услуга» и «банковская операция», установлено соотношение между ними на основе анализа отечественного законодательства с учетом современных научных подходов и европейского опыта.

Ключевые слова: банк, банковская деятельность, виды банковской деятельности, банковские операции, банковские услуги, Закон Украины «О банках и банковской деятельности».

Summary

Fuks N. A. Concept of „banking service” and „banking operation” in legislation of Ukraine. – Article. Essence of concepts „banking service” and „banking operation” is analyzed in this article, and the relation between them is established on basis of domestic legislation analysis, with taking into account of contemporary scientific approaches and European experience.

Key words: bank, banking, types of banking, banking operations, banking services, Law of Ukraine „On Banks and Banking”.

УДК 343.2

Є. С. Хижняк

ПОНЯТТЯ ВІРТУАЛЬНИХ СЛІДІВ ТА ЇХ ЗНАЧЕННЯ У ПРОЦЕСІ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ

Постановка проблеми. Сьогодні суспільство поступово переходить на новий історичний етап свого розвитку. Прискорені процеси інформатизації, суцільна комп'ютеризація, необмежені можливості мережі Інтернет якісно змінюють суспільні відносини, у тому числі у сфері вчинення злочинів та їх розслідування.

Соціум цілком і повністю стає залежним від комп'ютерних технологій, які переносять частину суспільного життя в нову площину існування – віртуальний простір, який закономірно стає однією зі сфер вчинення кримінальних правопорушень.

Нещодавні комп'ютерні злочини особливо відобразили, наскільки держава та суспільство залежать від комп'ютерних технологій, втручання в роботу яких привело до загрози національній безпеці, збоїв у роботі економічної та банківської систем, призупинення мовлення провідних інформаційних ресурсів, невиконання контрагентами своїх зобов'язань тощо.

При цьому характерна особливість віртуального простору полягає в тому, що взаємодіючи в ньому об'єкти, які беруть участь у процесі утворення слідів, не мають зовнішньої будови. Весь арсенал засобів і методів роботи зі слідами, накопичений трасологією, тут виявляється марним, у зв'язку з чим ефективно розслідування злочинів в умовах інтенсивного розвитку комп'ютерних технологій потребує дослідження віртуальних слідів як нової категорії криміналістичної науки.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Досліджуваний у цій статті проблематиці, а також її окремим питанням присвячували свої праці такі науковці, як В.Ю. Агібалов, В.Д. Басай, Г.Л. Грановський, Є.П. Іщенко, А.В. Касаткін, В.А. Мещеряков, П.В. Мочагін, В.В. Поляков, О.А. Самойленко, О.Б. Смушкін, О.О. Сукманов, А.К. Шеметов та інші.

Метою статті є аналіз розмаїття наукових підходів до визначення криміналістично значущої інформації, яка виникає внаслідок вчинення злочинів за допомогою комп'ютерних технологій, теоретичне визначення поняття віртуальних слідів, дослідження їх сутності та значення у процесі розслідування кримінальних правопорушень.

Для досягнення поставленої мети визначено такі завдання:

- дослідити сучасні наукові підходи до визначення криміналістично значущої інформації, яка виникає внаслідок вчинення злочинів за допомогою комп'ютерних технологій;
- визначити переваги та недоліки різноманітних підходів до визначення слідів, які виникають у процесі експлуатації комп'ютерних технологій;
- проаналізувати ознаки та сутнісні характеристики віртуальних слідів;
- охарактеризувати наявні підходи до класифікації віртуальних слідів;

– проаналізувати значення віртуальних слідів у процесі розслідування злочинів.

Виклад основного матеріалу дослідження. У криміналістичній науці сутність злочину пізнається, проявляється і досліджується через його відображення в об'єктивній реальності у вигляді слідів. Взаємозв'язок механізму злочину з обстановкою його вчинення проявляється у закономірному відображенні події злочину в різних видах слідів, зумовлених його механізмом, в об'єктивній можливості використання таких слідів і загалом слідової картини у процесі розслідування злочинів.

Відповідно до загальноприйнятих положень криміналістичної науки всі сліди кримінальних правопорушень поділяються на матеріальні та ідеальні сліди. Матеріальні сліди – це будь-які зміни в матеріальній обстановці, пов'язані з подією злочину, а ідеальні сліди – це відомості, які відобразилися в свідомості людини і містяться в її пам'яті, також пов'язані з подією злочину.

У зв'язку із швидким розвитком сучасних інформаційних технологій криміналістично значуща інформація, пов'язана зі вчиненням злочину, все частіше виявляється на комп'ютерах, цифрових засобах відео- та звукозапису, фотозйомки і мобільного зв'язку. Правоохоронні органи стикаються з новим середовищем відображення злочинів – віртуальним простором, привабливість якого зумовлена такими причинами, як:

1) наддержавний і децентралізований характер мережі Інтернет, відсутність єдиної організації, яка би повністю координувала і контролювала його функціонування. У більшості країн система регулювання і контролю Інтернету знаходиться на стадії становлення;

2) технологічна незахищеність глобальної мережі, яка від самого початку створювалася як відкрите середовище комунікації дослідних і військових комп'ютерних центрів;

3) можливість анонімної діяльності в комп'ютерних мережах, спрощені процедури реєстрації користувачів, практично повна відсутність достовірних ідентифікаторів особистості під час роботи в Інтернеті істотно ускладнюють виявлення осіб, які вчиняють мережеві злочини, особливо трансграничні [4].

У зв'язку із цим у криміналістичній літературі обговорюється, яким терміном варто позначити такі сліди, що пов'язані з використанням комп'ютерних та цифрових технологій, та яким чином включити ці сліди до наявної криміналістичної класифікації слідів злочину.

Позиція щодо необхідності виділення віртуальних слідів в окрему групу на сучасному етапі розвитку юридичної науки вважається нетрадиційною. Більшість авторів підручників із криміналістики не висвітлюють вказаних питань у розділі «слідознавство». Проте дослідження віртуальних слідів має певне практичне та наукове підґрунтя, а тому повинно знайти своє відображення у наукових працях, присвячених проблемам механізму слідоутворення.

Досліджуючи сліди злочинів, вчинених із використанням комп'ютерних технологій, науковці-криміналісти використовують різні поняття, такі як «віртуальні», «цифрові», «електронно-цифрові», «інформаційні», «бінарні», «комп'ютерні сліди», «сліди засобів комп'ютерної техніки» тощо.

Так, В. Мещеряков використовує назву «віртуальні сліди» та розуміє під ними будь-яку зміну стану автоматизованої інформаційної системи, пов'язану з подією злочину і зафіксовану у вигляді комп'ютерної інформації на матеріальному носії, у тому числі й на електромагнітному полі [7].

Схожій позиції дотримується і Г.В. Семенов, який вважає, що віртуальні сліди – це комп'ютерна інформація на матеріальних носіях комп'ютерної техніки (програмне забезпечення, за допомогою якого здійснюється сканування, декодування, запис і зберігання необхідних даних, підробка документів та інші супутні злочини, продукти застосування вказаних спеціальних програм, повідомлення телекомунікаційних сервісів (SMS, EMS, MMS), персональні дані абонента і тому подібне) [1, с. 222].

Окремі науковці, наприклад В.Н. Черкасов, заперечують проти застосування терміна «віртуальні сліди», мотивуючи свою позицію тим, що поняття «віртуальний» є усталеним терміном, що застосовується у квантовій теорії поля для характеристики частинок, що перебувають у проміжному стані або у стані невизначеності (координати яких і сам факт їх існування у цю мить можна назвати лише з певною часткою ймовірності) [8, с. 54]. Тобто ця позиція обґрунтована тим, що термін «віртуальність» та «віртуальний» як його похідна ознака вже має власне смислове навантаження, а тому використання поняття «віртуальний» у криміналістиці в іншому значенні спотворює сутність останнього.

Не заперечуючи вказаного значення цього терміну, варто все ж відзначити, що, крім фахівців-фізиків, більшість людей (у тому числі вчених-криміналістів і практиків – працівників правоохоронних органів) термін «віртуальний» застосовують і розуміють саме щодо комп'ютерного, цифрового простору. Саме в цьому розумінні використовується термін «віртуальність» у багатьох сферах сучасного життя.

В.А. Мілаш запропонував використовувати термін «бінарні сліди» як «результати логічних і математичних операцій із двійковим кодом», але застосування цього терміна було критично оцінено. Так, М.М. Литкін зазначив, що «зміни в комп'ютерній інформації, що є слідами злочину, переважно доступні сприйняттю не у вигляді двійкових кодів (що і є бінарним слідом), а в перетвореному вигляді (записи у файлі реєстру, зміна атрибута файлу, електронне поштове повідомлення) [5, с. 11].

Пізніше М.М. Литкін запропонував свій власний термін «комп'ютерно-технічні сліди», але він залишився без особливої уваги з боку наукової спільноти, оскільки ця категорія слідів може залишатися не тільки в комп'ютерних, але і в інших цифрових пристроях (у мобільних телефонах, цифрових фото- і відеокамерах тощо).

Для позначення нетрадиційної категорії слідів, пов'язаної зі вчиненням злочинів із застосування комп'ютерних технологій, М.М. Менжега запропонував застосування категорії «сліди засобів комп'ютерної техніки» та визначав їх як будь-які зміни середовища, які зумовлені роботою цих засобів, що виникли в результаті вчинення у цьому середовищі комп'ютерного злочину (роздруківка тексту, графічного малюнка або схеми, компакт-диск з інформацією, віртуальний образ, інформація в радіохвилі, в інфрачервоному промені, уявний образ зображення тощо [3, с. 265].

Ю.В. Гаврилін пропонував використовувати назву «інформаційні сліди» у зв'язку з тим, що вони «утворюються в результаті впливу на комп'ютерну інформацію шляхом доступу до неї і являють собою будь-які зміни комп'ютерної інформації, пов'язані з подією злочину», у зв'язку із застосуванням інформаційних технологій [3, с. 265].

В.Д. Басай та С.В. Томин констатують, що, незважаючи на певні розбіжності у поглядах різних науковців щодо поняття віртуальних слідів, більшість розглядають їх як результат впливу (знищення, модифікації, копіювання, блокування) на комп'ютерну інформацію шляхом доступу до неї, що виявляється у будь-яких змінах комп'ютерної інформації, пов'язаних із подією злочину. Передусім вони залишаються на машинних носіях інформації і відображають зміни в інформації, що зберігається в них. Мова йде про сліди модифікації інформації, що міститься на жорстких дисках, дискетах та інших матеріальних носіях.

Крім того, ці носії можуть містити сліди знищення і модифікації інформації. Ці сліди можуть бути виявлені під час вивчення комп'ютерного обладнання, робочих записів програмістів, протоколів роботи антивірусних програм, програмного забезпечення тощо. Таким чином, віртуальні сліди переважно є результатом вчинення злочинів у сфері інформаційних, телекомунікаційних технологій [1, с. 221].

В основі механізму формування віртуальних слідів лежить специфічне електронно-цифрове відображення, що відбувається у штучно створеному середовищі (як правило, комп'ютерній системі). У зв'язку із цим якість (характеристика) відображення залежить від особливостей цих штучних середовищ, які визначають «криміналістичну ємність» (обсяг одержуваних криміналістично значущих ознак, які в подальшому можуть бути пов'язані з кримінально релевантною інформацією) утворених слідів [7].

Під час формування віртуальних слідів на матеріальному носії фіксуються не власні властивості (характеристики) спостережуваного фізичного процесу (зображення, звуку тощо), а лише цифрові значення параметрів цифрової програми (моделі), покладеної в основу технічного пристрою.

Зафіксований на цифровому носії віртуальний слід являє собою складну інформаційну структуру, в якій поряд зі значущою кримінально-релевантною інформацією міститься значний обсяг допоміжних даних, що відповідають за цілісність і доступність комп'ютерної інформації віртуального сліду.

Віртуальний слід не має фізично цілісної структури. Він може складатися з великої кількості окремих інформаційних елементів, які можуть бути записані як на одному, так і на декількох фізичних носіях цифрової інформації, підключених як до одного, так і до декількох комп'ютерів, об'єднаних в обчислювальну мережу.

При цьому структура одержуваного в кожному конкретному мить віртуального сліду залежить як від технічних особливостей пристрою, що реєструє (використовуваний мікропроцесорний набір, вид операційної системи, вид файлової системи цифрового носія інформації тощо), так і від його поточного стану.

Отже, однією із принципових особливостей віртуальних слідів, що докорінно відрізняють їх від традиційних матеріальних слідів, є їх багатоконпонентний характер. Одиночний віртуальний слід, що несе інформацію про будь-яку криміналь-

ну подію злочину, обов'язково складається з низки взаємопов'язаних за особливим правилом частин.

Так, у процесі електронно-цифрового відображення механізм формування віртуального сліду буде містити в собі дві основні групи компонентів, такі як діяльність активних сутностей (трасологічний аналог слідоутворюючих об'єктів) – людини або обчислювального процесу, і програмно-апаратного середовища. З вищенаведеного випливає, що нові інформаційні технології ускладнили не тільки слідову картину скоєного, але і такі поняття, як місце і час скоєння кримінальних правопорушень, а також коло предметів і документів, які можуть слугувати речовими доказами.

Отже, віртуальні сліди характеризуються такими ознаками:

- існують на матеріальному носії, але недоступні для безпосереднього сприйняття;
- не мають фізично цілісної структури (віртуальний слід може складатися з великої кількості окремих інформаційних елементів, які можуть бути записані як на одному, так і на декількох фізичних носіях цифрової інформації);
- мають специфічний механізм слідоутворення;
- мають багатокомпонентний характер, складну інформаційну структуру, в якій поряд зі значущою кримінально-релевантною інформацією міститься значний обсяг допоміжних даних, що відповідають за цілісність і доступність комп'ютерної інформації віртуального сліду;
- вилучення віртуальних слідів можливе лише за допомогою спеціальних програмно-технічних засобів;
- мають нестабільний характер, не мають міцного зв'язку із записуючим інформацію пристроєм, а також легко піддаються знищенню.

Окремі сутнісні характеристики віртуальних слідів можливо пізнати через їх класифікацію. Так, власну класифікацію віртуальних слідів запропонував А. Волеводз, який як підставу класифікації обрав фізичний носій «віртуального сліду».

На цій підставі він виокремлює 1) сліди на жорсткому диску (вінчестері); 2) сліди на магнітній стрічці (стрімери), оптичному диску (CD, DVD); 3) сліди в оперативних запам'ятовуючих пристроях (ОЗУ) ЕОМ; 4) сліди в ОЗУ периферійних пристроїв (лазерного принтера, наприклад); 5) сліди в ОЗУ комп'ютерних пристроїв зв'язку і мережевих пристроїв; 6) сліди у провідних, радіооптичних та інших електромагнітних системах і мережах зв'язку.

А. Семенов доповнив класифікацію віртуальних слідів, підрозділивши їх за місцем знаходження на дві групи: 1) сліди на комп'ютері злочинця; 2) сліди на комп'ютері жертви. На комп'ютері жертви це а) таблиця розширення файлів (FAT, NTFS або інша залежно від типу операційної системи); б) системний реєстр операційної системи; в) окремі кластери магнітного носія інформації (вінчестера, дискети), в яких записуються фрагменти виконуваних файлів (програм) і файлів конфігурації; г) файли і каталоги (папки) зберігання вхідних повідомлень електронної пошти і прикріплених виконуваних файлів, конфігурації поштової програми; д) файли конфігурації програм віддаленого з'єднання комп'ютера з інформаційною мережею [8, с. 56].

Л. Краснова запропонувала класифікувати віртуальні сліди за механізмом слідоутворення на первинні і вторинні. Первинні сліди є наслідком безпосереднього впливу користувача з використанням будь-якої інформаційної технології, а вторинні – наслідком впливу технологічних процесів без участі людини і поза її бажанням.

Досліджуючи значення віртуальних слідів у процесі розслідування злочинів, передусім варто підкреслити, що віртуальний слід є слідом у криміналістичному сенсі, тобто може надати таку ж криміналістично значущу інформацію, як і традиційні матеріальні та ідеальні сліди. На підставі віртуальних слідів можливо пізнати об'єктивну сторону кримінального правопорушення, коли, де і як саме був вчинений злочин, за допомогою яких знарядь та засобів, дослідити суб'єктивну сторону правопорушення, ціль та мотиви злочинця, встановити його фізичне місцезнаходження.

Водночас, окрім встановлення елементів складу кримінального правопорушення та криміналістичної характеристики злочину, на підставі віртуальних слідів можливо встановлювати обставини, які не були безпосередньо пов'язані з подією злочину, але мають значення у процесі його розкриття. Наприклад, за допомогою віртуальних слідів встановлюються психологічні риси злочинця, його інтереси та уподобання, місцезнаходження у певний час, майнове становище тощо.

Варто визнати, що віртуальний простір є складним інформаційним конгломератом, у межах якого існує безліч віртуальних слідів, які можуть та мають бути використані у процесі розкриття злочинів. А тому одним з актуальних завдань сучасної криміналістики є створення механізмів пошуку таких віртуальних слідів, способів їх вилучення, правил поводження з ними та їх дослідження для досягнення цілей розслідування злочинів.

Висновки. Традиційні вчення про криміналістичні сліди вже не охоплюють всіх проявів злочинності в об'єктивній реальності. Стрімкі процеси науково-технічного розвитку, які якісно змінюють систему суспільних відносин, знайшли своє відображення у різноманітних формах злочинності і методах боротьби з нею. Віртуальна реальність, стаючи частиною суспільного життя, закономірно стає і сферою здійснення кримінальних правопорушень, в межах якої виникають якісно нові типи слідів – віртуальні.

Віртуальні сліди – це будь-які зміни комп'ютерної інформації, пов'язані з подією злочину, зафіксовані на матеріальних носіях комп'ютерної техніки. Вони не належать до матеріальних слідів, адже не мають фізичних властивостей, та не охоплюються поняттям ідеальних слідів, адже вони існують не у свідомості людини, а на певних матеріальних носіях, які можна дослідити за допомогою спеціальних програмно-технічних комплексів.

Сутність віртуальних слідів проявляється у їх характерних ознаках, таких як відсутність фізично цілісної структури; зв'язок із матеріальним носієм; специфічний механізм слідоутворення; вони мають багатокомпонентний характер, складну інформаційну структуру, в якій поряд зі значущою кримінально-релевантною інформацією міститься значний обсяг допоміжних даних, що відповідають за цілісність і доступність комп'ютерної інформації віртуального сліду; вилучення вір-

туальних слідів можливе лише за допомогою спеціальних програмно-технічних засобів; вони мають нестабільний характер, не мають міцного зв'язку із записуючим інформацію пристроєм, а також легко піддаються знищенню.

З огляду на суцільну інтеграцію суспільного життя у віртуальний простір вбачається, що віртуальні сліди з часом змінять традиційне вчення про криміналістичне слідознавство. Поступово віртуальні сліди стають головним джерелом криміналістично значущої інформації, яка стосується не тільки кримінальних правопорушень, що вчиняються за допомогою комп'ютерних технологій, але і традиційних злочинів, у процесі розслідування яких за допомогою слідів у віртуальному просторі встановлюються обставини кримінальної події.

Перспективами подальших досліджень у цьому напрямі є дослідження криміналістичних методів виявлення, фіксації, збереження та вилучення віртуальних слідів, способів аналізу та дослідження таких слідів, а також подальше удосконалення окремих методологій розкриття кримінальних правопорушень у розрізі становлення віртуального сліду як самостійного елемента криміналістичної характеристики злочинів.

Література

1. Басай В.Д. Дослідження віртуальних слідів – перспективний напрямок кримінального слідознавства / В.Д. Басай, С.В. Томин // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць, 1994. – 2008. – Вип. 44. – С. 220–223.
2. Грановский Г.Л. Основы трасологии. Общая часть / Г.Л. Грановский; под ред. Е.И. Зуева. – М.: ВИИНОП, 1965. – 124 с.
3. Дуда Х.І. Поняття комп'ютерних злочинів / Х.І. Дуда // Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України, 2014 р. – Вип. 197. – Ч. 1. – С. 262–267.
4. Ищенко Е.П. Криминалистические аспекты использования виртуальной информации // [Электронный ресурс] – Режим доступа:file:///C:/Users/%D0%93%D0%BB%D0%B5%D0%B1/Downloads/%D0%98%D1%89%D0%B5%D0%BD%D0%BA%D0%BE-1.pdf.
5. Лыткин Н.Н. Использование компьютерно-технических следов в расследовании пре ступлений против собственности: автореф. дис. ...канд. юрид. наук., 2007. – 201 с.
6. Майлис Н.П. Судебная трасология : Учебник для вузов / Н.П. Майлис. – М.: Экзамен, Право и закон, 2003. – 274 с.
7. Мещеряков В.А. Следы преступлений в сфере высоких технологий // [Электронный ресурс] – Режим доступа: file:///C:/Users/%D0%93%D0%BB%D0%B5%D0%B1/Downloads/%D0%92.%D0%90.(2013-5).pdf.
8. Мочагин П.В. Виртуально-информационный процесс отражения сле дообразований как новое направление в криминалистике / П.В. Мочагин, М.К. Каминский // Вестник криминалистики, 2013. – № 3. – С. 51–57.
9. Самойленко О.А. Передумови розроблення криміналістичної методики розслідування злочинів, вчинених у мережі Інтернет / О.А. Самойленко // Правничий часопис Донецького університету: науковий журнал, 1997–2013. – № 1 (29). – С. 181–186.
10. Смушкин А.Б. Виртуальные следы в криминалистике // А.Б. Смушкин // Законность, 2012. – № 8. – С. 43–45.
11. Шевченко Б.И. Научные основы современной трасологии / Б.И. Шевченко // Моск. юрид. ин-т, под ред. Е.У. Зицера. – М., 1947. – 55 с.
12. Шеметов А.К. О понятии виртуальных следов в криминалистике / А.К. Шеметов // Российский следователь, 2014. – № 20. – С. 52–54.

Анотація

Хижняк Є. С. Поняття віртуальних слідів та їх значення у процесі розслідування злочинів. – Стаття.

У статті досліджено розмаїття наукових підходів до визначення криміналістично значущої інформації, яка виникає внаслідок учинення злочинів за допомогою комп'ютерних технологій, теоретичне визначення поняття віртуальних слідів; досліджено їх ознаки та сутнісні характеристики, класифікацію віртуальних слідів, а також їх значення у процесі розслідування кримінальних правопорушень.

Ключові слова: віртуальний слід, ознаки віртуальних слідів, класифікація слідів, віртуальний простір, трасологія, слідознавство.

Аннотация

Хижняк Е. С. Понятие виртуальных следов и их значение в процессе расследования преступлений. – Статья.

В статье исследовано многообразие научных подходов к определению криминалистически значимой информации, которая возникает вследствие совершения преступлений с помощью компьютерных технологий, теоретическое определение понятия виртуальных следов; исследованы их признаки и существенные характеристики, классификация виртуальных следов, а также их значение в процессе расследования уголовных правонарушений.

Ключевые слова: виртуальный след, признаки виртуальных следов, классификация следов, виртуальное пространство, трасология, изучение следов.

Summary

Khyzhniak Ye. S. The concept of virtual traces and their significance in the process of investigating the crimes. – Article.

The article studies the diversity of scientific approaches to the definition of forensic information, which arises from the commission of crimes connected with using computer technology, the theoretical definition of the concept of virtual tracks, explored their features and essential characteristics, the classification of virtual tracks and their significance in the process of criminal offenses investigation.

Key words: virtual track, features of virtual tracks, classification of tracks, virtual space, research of traces.

УДК 342.4

Т. В. Хмарук

ДО ПИТАННЯ ЩОДО НЕЗМІНЮВАНОСТІ ПРАВОВИХ ПОЗИЦІЙ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Конституційний Суд України за результатами розгляду справ ухвалює рішення і надає висновки, які є обов'язковими для виконання на території України, остаточними та такими, що не підлягають оскарженню. Характеристика юридичної природи рішень Конституційного Суду як нормативно-інтерпретаційних актів значною мірою пов'язана з юридичними (або, як вони часто іменуються доктриною, правовими) позиціями, які в них формулюються. Виникнення правових позицій зумовлене потребою у забезпеченні Конституційним Судом України таких конституційних принципів, як рівність конституційних прав і свобод громадян та рівність їх перед законом, адже, здійснюючи конституційний контроль, Конституційний Суд повинен давати правильне розуміння тієї чи іншої норми закону, що, як і сама норма, має однозначно застосовуватися суб'єктами правовідносин.

13 липня 2017 року Верховною Радою України прийнято Закон України «Про Конституційний Суд України» у новій редакції. Згідно зі статтею 92 цього нормативно-правового акта юридичну позицію Конституційний Суд викладає у мотивувальній та/або резолютивній частині рішення, висновку. Юридична позиція Суду може міститися в ухвалах про відмову у відкритті конституційного провадження у справі та про закриття конституційного провадження у справі, постановлених Сенатом чи Великою палатою.

Інтерпретація органом конституційної юрисдикції норми закону через юридичну природу рішень Конституційного Суду стає обов'язковою для всіх суб'єктів права (у тому числі для самого Суду). Проте ні Конституція України, ні чинний Закон України «Про Конституційний Суд України», ні Регламент Конституційного Суду України не містять поняття «юридична позиція» або «правова позиція», що зумовило існування у вітчизняній юридичній літературі різних підходів до визначення цього поняття. Вбачаємо, що вказані терміни є аналогічні за змістом, відображають ідентичні за своєю правовою природою рішення органу конституційної юрисдикції, а тому їх можна вважати синонімами.

Як слушно зазначають Т.М. Слінько та Є.В. Ткаченко, правова позиція Конституційного Суду – це інтерпретаційне уявлення (висновок) загальнообов'язкового характеру внаслідок тлумачення Конституції і виявлення судом конституційного змісту положень законів та інших нормативних актів у межах компетенції Конституційного Суду, що знімають конституційно-правову невизначеність і є правовою підставою остаточних рішень (ухвал) Конституційного Суду [1, с. 108–109]. У такій правовій позиції відображається суть, нормативно-доктринальна квінтесенція прийнятого рішення [2, с. 139].

Т.О. Цимбалістий зазначає, що правова позиція Конституційного Суду України – це не лише остаточний варіант його рішення у широкому розумінні, але і

система правових аргументів, які використовувалися для його обґрунтування, уявлення Суду про сутність розглядуваної ним проблеми і висновки, яких він доходив під час її вирішення [3, с. 153].

Дослідниця О.О. Кравченко запропонувала визначати правову позицію Конституційного Суду України як правовий висновок органу конституційної юрисдикції, що є наслідком узагальненого усвідомлення змісту правових норм у контексті вирішення конкретної справи та визначає зміст резолютивної частини рішення Конституційного Суду України [4, с. 6].

Важливо, що Конституція України та Закон України «Про Конституційний Суд України» не передбачають можливості перегляду або зміни юридичної позиції Конституційного Суду України. У науковій літературі немає єдиної позиції щодо цього питання. Так, А.О. Селіванов вважає, що відповідно до свого статусу Конституційний Суд України не має повноважень змінювати прийняті раніше правові позиції, скасовувати власні рішення, навіть за умов зміни норм Конституції України, на основі яких вони приймалися [5, с. 94–95]. М.В. Тесленко з цього приводу також зазначає, що, забезпечуючи стабільність Конституції України, відстоюючи демократичні принципи, Конституційний Суд не може відхилитися від сформованих ним правових позицій, змінювати їх, у протилежному разі він перетвориться на суд загальної юрисдикції [6, с. 41].

Іншої думки дотримується П.М. Ткачук, вважаючи, що у виняткових ситуаціях заради врахування реалій життя під час прийняття нових рішень Конституційний Суд України повинен мати право відійти від своєї попередньої юридичної позиції. Крім того, Конституційний Суд України може розвивати і збагачувати у смислово-му та змістовному відношеннях свої попередні правові позиції [7, с. 21]. Такої самої позиції дотримується і В.В. Речицький, наводячи приклади із практики діяльності Верховного Суду США, який своїми рішеннями з приводу захисту громадянських прав у XX ст. неодноразово скасовував власні ж рішення із цього питання періоду XIX ст. Останніми допускалися відверто сегрегаційні підходи у визначенні правового статусу певних категорій населення Сполучених Штатів – «чорношкірих, китайців, японців». Тобто Верховний Суд США у різний час по-різному розумів ті самі норми федеральної Конституції. Просто рівність у дев'ятнадцятому столітті розуміли суттєво вужче, ніж у столітті двадцятому [8].

Відступ органом конституційної юрисдикції під час прийняття рішення від своїх попередніх правових позицій – звичайна практика у зарубіжних країнах. Зокрема, Верховний Суд США протягом 1946–1992 років вдавався до ревізійного тлумачення (*overruling interpretation*) щонайменше 115 разів [9, с. 22]. Суттєві зміни до попередньо викладених правових позицій органів конституційного судочинства мають місце також в Австралії [10], Великій Британії [11], Канаді [12], ФРН [13]. Так, зокрема, в останній Федеральний Конституційний Суд за перші 50 років здійснення своїх повноважень відступав від власних прецедентів у 14 рішеннях [14, с. 97].

Що стосується України, то, незважаючи на неврегульованість цього питання на законодавчому рівні, протягом своєї діяльності Конституційний Суд України неодноразово змінював свої правові позиції на протилежні [15, с. 149]. Зокрема,

в рішенні від 30 вересня 2010 року у справі № 20-рп/2010 про додержання процедури внесення змін до Конституції України Конституційний Суд застосував інтегративний підхід до розгляду конституційним судом конкретних справ і узагальнив їх, зокрема, процитував його правову позицію (визнання неконституційним Закону № 2222 у зв'язку з порушенням процедури його розгляду та прийняття означає поновлення дії попередньої редакції норм Конституції України) [16, с. 36]. У зазначеному рішенні Конституційний Суд відійшов від позиції, сформульованої з цього питання в ухвалі від 5 лютого 2008 року № 6-у/2008 (положення закону про внесення змін до Конституції України після набрання ним чинності стають невід'ємним складником Конституції України – окремими її положеннями, а сам закон вичерпує свою функцію) [17, с. 53].

Як зазначає Р.С. Мартинюк, практика перегляду органами конституційного контролю власних актів у зв'язку з виявленням нових обставин у справі, якщо такі обставини суттєво впливають на зміст прийнятих ними актів, відображає відносну незмінюваність правових позицій органів конституційної юрисдикції [18, с. 123]. Теза про відносну незмінюваність правових позицій органів конституційного контролю для самих цих органів, крім наведеної підстави, також обґрунтована у таких аргументах:

1. Конституційні суди та подібні органи спеціалізованого конституційного контролю не застраховані від прийняття хибних рішень. Опосередкованим доказом можливої хибності (повної чи часткової) актів органів конституційної юрисдикції є спосіб їх ухвалення: відповідні рішення приймаються простою, іноді кваліфікованою, більшістю голосів від встановленого кворуму. Прийняття рішення може здійснюватися з перевагою в один-два голоси і супроводжуватися долученням до відповідного акта особливої (окремої) думки судді конституційного суду, яка відображає іншу правову позицію. Наявність особливих (окремих) думок членів органу конституційної юрисдикції з приводу прийнятого ним акта, які пропонують альтернативний погляд на належний зміст цього акта, з усією очевидністю засвідчує відносну істинність правової позиції органу конституційного контролю, відображеної у його відповідному акті.

Окрім того, сама гіпотетична можливість помилкових рішень у діяльності органів конституційного контролю вказує, що конституційні положення про остаточний характер їхніх актів потребують застереження. Сама ймовірність помилки органу конституційної юрисдикції під час реалізації інтерпретаційної функції є важливим аргументом у встановленні права Конституційного Суду України переглядати та вносити зміни до попередньо викладених правових позицій.

2. Конституційні суди змушені вдаватися до принципу еволюційного тлумачення конституційних норм, адаптуючи власні юридичні позиції до змісту правової доктрини, що розвивається. Окрім того, на думку П.М. Рабіновича та В.В. Гончарова, зміна правових позицій Конституційним Судом може пояснюватися, зокрема, соціальною неефективністю попередніх правових позицій (або виявленими практикою їх негативними наслідками), а також зміною соціального контексту (зокрема, виникненням нових політичних реалій) [15, с. 150].

Отже, зважаючи на те, що соціально-політичні реалії схильні до змін, варто констатувати, що реалізація основних функцій Основного закону за незмінюва-

ності його тексту видається ймовірною винятково через еволюційне тлумачення. При цьому розуміємо, що особливо потрібним таке тлумачення є у разі, коли протягом тривалого часу текст Конституції не оновлюється. Невипадково свого часу було сформульовано тезу: якщо Верховна Рада України є єдиним автором тексту Основного Закону, то Конституційний Суд поряд із нею є співавтором його смислу [19, с. 13–14].

Проблеми, що виникають у зв'язку з тим, що позиція Конституційного Суду України в подібних питаннях виявляється зміненою, суттєвою мірою пояснюються неврегульованістю цього питання у вітчизняному законодавстві. Ця неврегульованість здатна спровокувати суттєві незручності у правовому регулюванні, оскільки формально чинними можуть виявитися дві його взаємовиключні юридичні позиції. Одним із варіантів подолання такої проблеми на практиці могла би стати аналогія із законодавчими колізіями, коли перевага надається нормативно-правовому акту, який прийнятий пізніше. Але якщо законодавець уповноважений переглядати свої акти, то для Конституційного Суду така можливість законодавчо не передбачена. Тому вбачається, що доцільним є внесення змін до Закону України «Про Конституційний Суд України», в яких передбачені повноваження органу конституційної юрисдикції за певних умов переглядати свої юридичні позиції.

При цьому за прикладом органів конституційної юрисдикції деяких європейських держав а також Європейського суду з прав людини Конституційному Суду варто було б наводити та обґрунтовувати у своїх контраверсійних рішеннях причини переінтерпретації ним певних юридичних норм, аби попередити виникнення думки, що ці причини приховуються.

3. Юридичні позиції органів конституційної юрисдикції мають ґрунтуватися на конституційних положеннях, які самі зберігають відносну незмінюваність. Тому зміна конституційних норм, що були об'єктом тлумачення органу конституційного контролю і зумовили зміст його відповідних правових позицій, викликає необхідність змінити останні.

Крім цього, суттєвим аргументом на користь перегляду органом конституційної юрисдикції своєї правової позиції може слугувати ситуація, у якій Європейський суд із прав людини, рішення якого відповідно до положень Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» є обов'язковими для виконання Україною [20], своїм рішенням вказує на недоліки захисту прав людини у практиці Конституційного Суду.

Так, зокрема, рішенням Конституційного Суду України від 10 червня 2003 року №11-рп/2003 у справі про мораторій на примусову реалізацію майна [21] визнано конституційним Закон України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна». Застосування цього закону спричиняє суттєві труднощі під час виконання рішень судів щодо справ, у яких боржником є державне підприємство. Однак Європейський суд із прав людини у своєму рішенні у справі «Сокур проти України» від 26 квітня 2005 року [22] зазначив, що виконання судового рішення із затримкою понад три роки на підставі Закону порушує приписи пункту 1 статті 6 Європейської Конвенції. Тому неузгодженість позицій

органу конституційної юрисдикції України та Європейського суду з прав людини суттєво обтяжує функціонування належного у нашій державі механізму прав людини та громадянина.

Як зазначає В.М. Кампо, незважаючи на відсутність офіційного механізму виправлення цих недоліків у діяльності Конституційного Суду, рішення якого остаточні й офіційному перегляду не підлягають, на практиці одним зі способів усунення певних колізій і розходжень між рішеннями Конституційного Суду України і Європейського суду з прав людини може бути самостійний перегляд Конституційним Судом своїх правових позицій під час розгляду подальших справ. Фактично ж у відносинах між практикою цих судів діє принцип пріоритету норм міжнародного права, й український суд ніколи не ставив його під сумнів [23].

У контексті розгляду питання можливої зміни правової позиції органом конституційного контролю варто також наголосити, що перегляд правової позиції не означає перегляду рішення, у якому її було сформульовано, тому потібно відрізнити рішення Конституційного Суду України від його правових позицій, які у певному сенсі співвідносяться як форма та зміст [24, с. 64]. Внесення змін до попередньо ухваленої правової позиції органом конституційної юрисдикції не повинно мати своїм наслідком відміну первинного рішення. Таке рішення зберігатиме свою силу, хоча й не може більше розглядатися як прецедент під час вирішення аналогічних питань у майбутньому.

Можливість перегляду Конституційним Судом своїх юридичних позицій не повинна бути необмеженою. Зокрема, західна (насамперед британська) державно-правова практика виробила певні обмеження для динамічного коригування органами конституційного судочинства власних правових позицій, що можуть бути взяті за основу практикою конституційного контролю в Україні у разі закріплення відповідних положень. Ними є такі правила:

1) свобода перегляду повинна використовуватися Судом помірковано (sparingly);

2) рішення не повинно переглядатися, якщо його подолання не виправдає правомірних очікувань суб'єктів права, залучених у договірні зобов'язання, розрахунки або будь-яку іншу юридично значущу діяльність;

3) рішення, що стосується тлумачення статутів чи інших законодавчих актів, не повинно долатися, за винятком рідкісних і виняткових випадків;

4) рішення не повинно долатися, якщо судді не можуть передбачити наслідки такого подолання, а також у тому разі, коли саме питання, що було приводом для прийняття відповідного рішення, має всі шанси бути переглянутим у законодавчій процедурі;

5) в інтересах забезпечення правової визначеності рішення не повинно бути подолано мимохідь лише з тієї підстави, що раніше воно було неправильно вирішено. У новому рішенні повинні бути наведені додаткові доводи, що виправдовують в очах суспільства подібне подолання, та й сам факт подолання колишніх правових позицій повинен бути чесно і недвозначно визнаний самим Судом [25, с. 43].

Водночас рішення має бути подолано тоді, коли воно вносить невизначеність у правозастосування і навіть юристи сторін не можуть дати чіткого визначення тому, що в цій ситуації буде вважатися правовим, а також у тому разі, якщо порівняно із сучасними соціальними умовами або сьогоднішніми концепціями правопорядку воно здається несправедливим.

Варто констатувати, що проблема незмінюваності юридичних позицій вітчизняного органу конституційної юрисдикції не вирішилася із прийняттям у новій редакції Закону України «Про Конституційний Суд України». Натомість відхилений вітчизняним законодавцем проект Закону України «Про Конституційний Суд України» № 5336-1 від 17.11.2016 року передбачав, що Суд може розвивати і конкретизувати юридичну позицію у своїх подальших актах, хоча термін «розвивати» для законотворчої термінології не притаманний.

Висновки. Отже, конституційні положення про остаточний характер актів органів конституційної юрисдикції не обмежені правом цих органів переглядати власні рішення, фактично презюмують абсолютну істинність здійснюваного ними тлумачення правових норм і неспроможність органів конституційного контролю припуститися помилки у прийнятті відповідних актів. Така претензія юридичних позицій органів конституційної юрисдикції на адекватність і безпомилковість разуче контрастує з наявним досвідом конституційного правосуддя. Цей досвід засвідчує, що принцип зв'язаності органів конституційного контролю власними правовими позиціями, який не допускає винятків, породжує одні з найсуттєвіших проблем у їхній діяльності.

З наведеного вище можна констатувати, що теоретико-практичні проблеми нормативно-правової регламентації остаточності юридичних позицій Конституційного Суду України безпосередньо впливають на одну із фундаментальних функцій органу конституційної юрисдикції – забезпечення верховенства Конституції України в системі національних нормативно-правових актів.

Нова редакція Закону України «Про Конституційний Суд України» не вирішила питання визначення дефініції та правової сили юридичних позицій вітчизняного органу конституційної юрисдикції, чіткої процедури їх перегляду, а також вичерпного переліку підстав для такого перегляду.

У зв'язку з вищенаведеним доцільним вважається внесення змін до Закону України «Про Конституційний Суд України», якими органу конституційного контролю прямо надавалося би право переглянути викладену в раніше прийнятих рішеннях юридичну позицію. При цьому така зміна повинна бути належним чином обґрунтованою. Підставою для перегляду можуть слугувати як зміни в Основному Законі держави, так і зміна соціальних реалій, у яких функціонує суспільство та розвивається правова доктрина.

Література

1. Конституційна юрисдикція: підручник / Ю.Г. Барабаш, І.І. Дахова, О.П. Євсєєв та ін. / за ред. Ю.Г. Барабаша та А.О. Селіванова. – Х.: Право, 2012. – 168 с.
2. Бондарь Н.С. Местное самоуправление и конституционное правосудие: конституционализация муниципальной демократии в России / Н.С. Бондарь. – М.: Норма, 2009. – 592 с.

3. Цимбалістий Т.О. Конституційна юстиція в Україні: навч. посіб. / Т.О. Цимбалістий. – К.: Центр учб. л-ри, 2007. – 200 с.
4. Кравченко О.О. Захист свобод людини та громадянина Конституційним Судом України: доктринальні, прикладні та компаративні аспекти: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.02 / Кравченко Ольга Олександрівна. – К., 2011. – 18 с.
5. Селіванов А.О. Конституційні проблеми в сучасній теорії права. Доктрина стабільності та охорони Конституції в контексті її модернізації та ефективного конституційного правосуддя / А.О. Селіванов. – К.: Логос, 2012. – 150 с.
6. Тесленко М.В. Юридична сила і значення правових позицій Конституційного Суду України / М.В. Тесленко // Вісник Конституційного Суду України. – 2003. – № 4. – С. 36–41.
7. Ткачук П.М. Правові позиції Конституційного Суду України / П.М. Ткачук // Вісник Конституційного Суду України. – 2006. – № 1. – С. 10–21.
8. Речицький В.В. Конституційний процес: оздоровчі процедури / В.В. Речицький [Електронний ресурс] / В.В. Речицький. – Режим доступу: <http://www.pravda.com.ua/articles/2010/10/7/5453140/>.
9. Benner S., Spaeth H. Stare Decisis: The Alternation of Precedent on the Supreme Court, 1946–1992 / S. Benner, H. Spaeth. – New York: Cambridge University Press, 1995. – P. 22.
10. Grain Pool of WA v. Commonwealth, 23 March 2000 (170 ALR 111).
11. Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd [2001] 1 AC 27.
12. Reference re Secession of Quebec, [1998] SCJ 61 para 48.
13. BVerfG Urteil vom 21 Juni 1977 (1 BvL 14/76).
14. Шевчук С.В. Європейська концепція «усталеної судової практики» та її вплив на правотворчу функцію Конституційного Суду України / С.В. Шевчук // Вісник Конституційного Суду України. – 2008. – № 2. – С. 93–101.
15. Рабінович П.М., Гончаров В.В. Перегляд Конституційним Судом України власних правових позицій як засіб охорони функцій Основного Закону / П.М. Рабінович, В.В. Гончаров // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 4–5. – С. 147–153.
16. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року № 2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) від 30 вересня 2010 року у справі № 20-рп/2010 // Вісник Конституційного суду України. – 2010. – № 5. – С. 36.
17. Ухвала Конституційного Суду України від 5 лютого 2008 року у справі № 6-у/2008 про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням 102 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Конституції України», Закону України «Про внесення зміни до розділу IV «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про Конституційний Суд України» // Вісник Конституційного суду України. – 2008. – № 2. – С. 53.
18. Мартинюк Р.С. Проблеми незмінюваності правових позицій органів конституційного контролю / Р.С. Мартинюк // Вісник Конституційного Суду України. – 2013. – № 3. – С. 120–129.
19. Рабінович П.М. Конституційні права людини в Україні: юридичні проблеми реалізації / П.М. Рабінович // Правова держава. – № 9. – К., 1999. – С. 13–18.
20. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 року // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – Ст. 260.
21. Рішення Конституційного Суду України від 10 червня 2003 року у справі № 11-рп/2003 а конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» (справа про мораторій на примусову реалізацію майна) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 25. – Ст. 1217.
22. Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Сокур проти України» від 26 квітня 2005 року // Офіційний вісник України. – 2005. – № 33. – Ст. 2025.
23. Кампо В.М. Стан і перспективи запровадження європейських спільних демократичних цінностей в Україні: практика Конституційного Суду України / В.М. Кампо // Юридичний журнал. – 2013. – № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3994>.
24. Овчаренко В.А. Правові позиції Конституційного Суду України: поняття, суть і можливості перегляду / В.А. Овчаренко // Вісник Конституційного Суду України. – 2013. – № 6. – С. 61–72.
25. Капліна О.В. Проблеми перегляду правових позицій Конституційним Судом України / О.В. Капліна, О.П. Євсєєв // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – 2013. – Вип. 26. – С. 33–46.

Анотація

Хмарук Т. В. До питання щодо незмінюваності правових позицій Конституційного Суду України. – Стаття.

Стаття присвячена висвітленню проблематики незмінюваності правових позицій вітчизняного органу конституційної юрисдикції. Визначено підстави й умови для можливого перегляду правових позицій Конституційного Суду України.

Ключові слова: юридичні позиції Конституційного Суду України, правові позиції органів конституційного контролю, остаточність актів конституційної юрисдикції, перегляд рішень органів конституційного контролю.

Аннотация

Хмарук Т. В. К вопросу о несменяемости правовых позиций Конституционного Суда Украины. – Статья.

Статья посвящена освещению проблематики несменяемости правовых позиций отечественного органа конституционной юрисдикции. Определены основания и условия для возможного пересмотра правовых позиций Конституционного Суда Украины.

Ключевые слова: юридические позиции Конституционного Суда Украины, правовые позиции органов конституционного контроля, окончательность актов конституционной юрисдикции, пересмотр решений органов конституционного контроля.

Summary

Khmaruk T. V. To the question of the unchangeability of legal positions of the Constitutional Court of Ukraine. – Article.

The article is devoted to the issue of unchangeable legal positions of the domestic body of constitutional jurisdiction. The grounds and conditions for possible revision of legal positions of the Constitutional Court of Ukraine are determined.

Key words: legal positions of the Constitutional Court of Ukraine, legal positions of bodies of constitutional control, final acts of constitutional jurisdiction, review of decisions of bodies of constitutional control.

УДК 343.13

Ю. В. Циганюк

КЛАСИФІКАЦІЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ЯК МЕТОД УПОРЯДКУВАННЯ ЙОГО СИСТЕМИ

Розвиток кримінального процесу в Україні відбувається шляхом нарощування законодавчої, практичної, а також наукової та педагогічної баз. Такі процеси нерідко супроводжуються проблемами нормотворчості та практики, а розроблення шляхів їх усунення покладено на доктрину кримінального процесуального права. Причин для таких проблем багато. Ними можуть бути прояв особливостей нормотворчості різних суб'єктів, неоднакове застосування судом однієї і тієї самої норми права, різне тлумачення суб'єктами права процесуальних норм тощо. Це все створює як проблеми використання практичними працівниками норм права, так і проблеми розвитку достатнього рівня правової свідомості громадян тощо.

У результаті цього виникає дисонанс, який поступово (залежно від рівня суб'єктів реалізації кримінальних процесуальних норм, або від змісту кримінальних процесуальних правовідносин, або від глибини розбіжностей доктринального тлумачення правових норм, або від формальних неузгодженостей правових норм внаслідок помилок суб'єктів правотворчості (як інтелектуальних, так і помилок юридичної техніки) тощо) може перетворитися на хаос у кримінальній процесуальній системі. Одним зі шляхів усунення цього є застосування класифікації у правотворчості, педагогіці, науці та практиці.

Класифікація, згідно із словником В.І. Даля, – це розподіл, поділ на види [1, с. 114]. На думку Ю.О. Вороніна, класифікація – це логічна операція і (або) результат розподілу предметів за класами, що зв'язані у систему та відрізняються між собою за певними ознаками [2, с. 16]. Класифікувати – (укладати за певним порядком) упорядковувати, систематизувати [3].

Відповідно у кримінальному процесі класифікацію необхідно розглядати і як результат, і як процес. А також однозначно як невід'ємний спосіб усунення можливих проблем системи кримінального процесу. При цьому семантично спосіб – це певна дія, прийом або система прийомів, яка дає можливість зробити, здійснити що-небудь, досягти чогось [4, с. 1375]. У контексті обраної для дослідження теми метою класифікації є досягнення завдань кримінального провадження, що визначені ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України).

На найвищому рівні теоретичного узагальнення класифікувати, тобто упорядковувати, поділяти кримінальний процес можна як особливий вид державної діяльності (практики), як галузь права (сукупність кримінальних процесуальних норм, що є змістом кримінального процесуального законодавства), як одну з галузей юридичної науки – науку кримінального процесу, як педагогічно адаптовану систему інформації, знань, навичок і вмій про кримінальну процесуальну діяльність (навчальну дисципліну). Розглянемо роль класифікації у різних значеннях кримінального процесу детальніше.

Будь-які труднощі теорії кримінального процесу виникають під час її реалізації на практиці. Ідеальна теорія за рахунок суб'єктивних факторів реалізації (а деколи – й об'єктивних), може бути знівельована «до нуля». Теорія кримінального процесу – не виняток із цього правила. Кримінальний процес як особливий вид державної діяльності широко використовує класифікацію як спосіб упорядкування з метою унеможливлення виникнення проблем практичної діяльності.

Так, на практиці класифікацію застосовують двома шляхами, такими як класифікація особистої процесуальної діяльності (зокрема, це може бути класифікація адвокатських досьє або класифікація методики розслідування окремих видів злочинів) та класифікація діяльності відповідно до закону (наприклад, розподіл справ за підслідністю, визначення підсудності). У контексті практичної діяльності щодо класифікації доречно використовувати термін «упорядкування діяльності». Щодо застосування класифікації в особистій процесуальній діяльності можна стверджувати, що вона фактично є змістовним аналогом теоретичного юридичного поняття – «процесу інкорпорації».

Така класифікація здійснюється свідомо. Однак під час здійснення особистої процесуальної діяльності можливе її здійснення автоматично суб'єктом, який має значний досвід процесуальної діяльності у сфері кримінального права та процесу. Однак ніяким чином така діяльність не може бути неусвідомленою цим суб'єктом.

Мета класифікації у кримінальній процесуальній діяльності полягає у тому, що вона регулює правову поведінку учасників кримінального провадження та суду з тим, щоб досягнути завдань кримінального провадження. При цьому застосування класифікації у практичній кримінальній процесуальній діяльності є шляхом систематизації нагромадженого матеріалу, роботи з ним із метою не лише упорядкувати обсяг матеріалу чи роду роботи, але і спростити саму процесуальну діяльність натеper або у подальшому.

Ефектом від класифікації у кримінальній процесуальній діяльності є вироблення власних прийомів юридичної (кримінальної процесуальної) техніки, додержання розумних строків кримінального провадження, економія власного часу та інших ресурсів, а також створення підґрунтя для кримінального процесу як науки, яка набагато ширше використовує класифікацію.

Класифікація у кримінальній процесуальній науці може бути здійснена також лише свідомо. Вона спрямована на удосконалення (в тому числі спрощення) практики, а також на досягнення ідеалу правової держави в Україні. Адже без упровадження результатів класифікації у кримінальному процесі з науки у практику відповідає необхідність проведення значної кількості наукових досліджень. При цьому мета наукової класифікації не завжди знаходить своє пряме відображення у практичній діяльності.

Наукові погляди та концепції, які розподіляються, упорядковуються та систематизуються у доктрині кримінального процесу, можуть не мати практичного значення у кримінальній процесуальній діяльності, але мати установчий вплив на кримінальне процесуальне законодавство.

Так, вчення про історичні типи кримінального процесу, які відповідно класифіковані залежно від сукупності ознак, фактично є основою для побудови концепцій

розвитку процесуального законодавства. Зокрема у Ю.М. Грошевого знаходимо, що такими ознаками для встановлення історичного типу кримінального процесу є завдання, які стоять перед кримінальним процесом, визначені повноваження та функції відповідних державних органів, те, наскільки у процесі представлені та захищені права людини, яка система доказів, на кого покладено обов'язок забезпечення доведеності вини особи тощо [5, с. 11]. Також, за словами автора, у ХХІ ст. намітилася тенденція запровадження відновлювального правосуддя, завдання якого вбачають не в тому, щоб домогтися встановлення істини будь-якою ціною та засудити особу, а в забезпеченні права особи та ресоціалізації винного, досягненні компромісу між обвинуваченим та потерпілим (наприклад, шляхом укладання угоди про примирення) [5, с. 14], що однозначно вказує на перспективне використання досягнень науки у кримінальному процесуальному законодавстві, а відповідно – і у кримінальній процесуальній діяльності.

У 1985 р. роль класифікації у науці висвітлено у праці Ю.О. Вороніна, у якій автор зазначає, що якість наукових досліджень значною мірою визначається особливостями використаних класифікацій [2, с. 9]. Підтвердженням цього є постійне створення нових класифікацій науковцями кримінального процесу на рівні дисертаційних досліджень [6, с. 9–11; 7, с. 4, 8; 8, с. 8, 10, 13; 9, с. 132, 243; 10, с. 65, 160; 11, с. 65, 151, 211–212]. Кожен із авторефератів дисертаційних досліджень містить класифікацію елементів предмета дослідження. Без проведення класифікації у науковому дослідженні неможливо встановити завершеність такого дослідження.

Класифікація у кримінальній процесуальній науці є окремим елементом знання кримінального процесу. Її роль зумовлена метою кримінальної процесуальної науки як окремої сфери суспільних наук. А відповідно, для класифікації у кримінальній процесуальній науці обов'язковим є визначення критерію класифікації, який передбачає констатацію однієї або декількох схожих ознак подільного предмета наукового дослідження з метою його упорядкування та комплексного вивчення.

При цьому, з огляду на діалектичний матеріалізм, самі класифікації можна поділити на реальні, прогностичні та змішані (реальні з використанням прогностичного компонента).

Продовжуючи, проаналізуємо класифікацію у кримінальному процесі як галузі права. Тут необхідно засновуватися на тому, що галузь кримінального процесуального права є упорядкованою сукупністю кримінальних процесуальних норм, які є змістом кримінального процесуального законодавства. Тому окремо необхідно проводити класифікацію норм кримінального процесуального права та їх форми – нормативно-правових актів (кримінального процесуального законодавства).

О.В. Капліна зазначила, що норми права кримінально-процесуального, як і будь-які норми права, розраховані не на яку-небудь конкретну ситуацію чи обставину, а на той або інший вид ситуацій, обставин і тим самим – на певну категорію суспільних відносин. У нормі права даються загальні, типові варіанти поведінки осіб, що залучаються до орбіти кримінального судочинства. Загальний характер правової норми означає, що вона розрахована на здійснення щоразу, коли наявна та обставина, яка передбачена цією нормою, але після одноразового застосування норма не втрачає своєї сили і продовжує діяти на невизначене коло подібних обста-

вин. Крім того, як уже було вказано, загальний характер норми права означає також персональну неконкретність її адресатів, оскільки вона поширює свою дію на будь-яких осіб, що визначаються загальними ознаками, які вступають на її основі у кримінально-процесуальні правовідносини [12, с. 23].

Такі особливості системи кримінально-процесуальних норм зумовили їх класифікацію на охоронні та регулятивні, а регулятивні поділяються на зобов'язуючі, уповноважуючі, забороняючі. Ю.М. Грошевий пише про існування спеціалізованих кримінальних процесуальних норм (дефінітивні, деклараційні, колізійні), при цьому критерієм їх виділення в окрему групу класифікації є їх додатковий характер до норм регулятивних та охоронних [5, с. 50]. Перехідні положення КПК України є оперативними нормами.

Вважаємо, що поділ кримінально-процесуальних норм на регулятивні та охоронні здійснений залежно від виконуваної функції права (від функцій у процесі впливу їх на суспільство). А поділ на зобов'язуючі, уповноважуючі, забороняючі засновується на додатковому критерії обраному способі правового регулювання.

Окрім того, класифікація кримінальних процесуальних норм можлива також на основі критерію виконання ними окремих функцій у механізмі правового регулювання: а) вихідні (установчі) – норми кримінального процесуального права, які регулюють завдання кримінального провадження, кримінальне процесуальне законодавство та його сферу дії, засади кримінального провадження; б) загальні – ті кримінально-процесуальні норми, в яких встановленні кримінально-процесуальні поняття, визначені суд, сторони та інші учасники кримінального провадження, регулюються докази та встановлюються загальні положення доказування у кримінальному провадженні тощо; в) спеціальні кримінально-процесуальні норми – ті, що встановлюють особливості реалізації загальних кримінально-процесуальних норм (наприклад, пред'явлення речей для впізнання як елемент процесу доказування), а також визначають окремі ситуації у кримінальному провадженні (наприклад, норми, що регулюють особливі порядки кримінального провадження або особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану чи у районі проведення антитерористичної операції).

Також кримінально-процесуальні норми залежно від кола осіб, на яких поширюється сфера їхньої дії, можна поділити на норми загальної дії (наприклад, презумпція невинуватості) та норми обмеженого кола дії (наприклад, підстави проведення негласних слідчих (розшукових) дій). Також існують постійні правові норми (практично всі кримінально-процесуальні норми є відносно постійними) та тимчасові (на період умов воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції). Критерієм для проведення класифікації обрано час дії та територію.

Сукупність норм права утворює інститут кримінального процесуального права, який об'єднує правове регулювання однорідних кримінальних процесуальних відносин, тобто має видову однорідність у межах загальної сукупності кримінальних процесуальних норм. А сукупність інститутів утворює галузь кримінального процесуального права.

За структурою та місцем у системі права інститути кримінального процесуального права необхідно класифікувати на прості (досудове розслідування криміналь-

них проступків) та складні (цивільний позов у кримінальному провадженні). При цьому складним є той інститут, норми права якого містять бланкетний характер. Зокрема, у ч. 5 ст. 128 КПК України зазначено, що цивільний позов у кримінальному провадженні розглядається судом за правилами, встановленими КПК України. Якщо процесуальні відносини, що виникли у зв'язку з цивільним позовом, КПК України не врегульовані, до них застосовуються норми Цивільного процесуального кодексу України за умови, що вони не суперечать засадам кримінального судочинства [13].

За функціональною роллю інститути можна класифікувати на регулятивні (інститут слідчого судді) та охоронні (інститут заходів забезпечення кримінального провадження).

Як зазначалося вище, норми кримінального процесуального права зовнішньо оформлені у кримінальному процесуальному законодавстві. Класифікація кримінального процесуального законодавства здійснена законодавцем, який у ст. 1 КПК України класифікував його залежно від юридичної сили нормативно-правового акта (Конституція України, міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, КПК України та інші закони України).

Водночас вищезазначене кримінальне процесуальне законодавство можна класифікувати за критерієм відносин, які ним урегульовані (наприклад, законодавство, що регулює правовий статус захисника, законодавство, що регулює тримання під вартою, тощо); за терміном дії (постійне та тимчасове); за структурою (прості – Закон України «Про судоустрій і статус суддів» та кодифіковані – Кримінальний процесуальний кодекс України).

Вищезазначене стосується самого законодавства (предметом класифікації є нормативно-правові акти). Однак виклад норм права у статтях, частинах статей, пунктах нормативно-правового акта також застосовує класифікацію. Зокрема, у ст. 31 КПК України проведено класифікацію складу суду. При цьому критеріями класифікації обрано види підсудності, а також кваліфікацію кримінального провадження, а у ч. 1 ст. 95 КПК України класифіковано на види показання залежно від джерела їх походження тощо. Науковці неодноразово звертали увагу на здійснення упорядкування запобіжних заходів у ч. 1 ст. 176 КПК України за мірою зростання суворості [14, с. 167; 5, с. 298]. При цьому автори наголошують, що закріплення зростання суворості має важливе значення під час обрання конкретного запобіжного заходу чи його заміни на менш суворий і навпаки [14, с. 167]. Це ще раз підтверджує, що класифікація як метод упорядкування кримінального процесу є дієвим механізмом правильної реалізації кримінальних процесуальних норм у кримінальній процесуальній діяльності уповноважених суб'єктів.

Звичайно, класифікація кримінальних процесуальних норм та кримінального процесуального законодавства відбувається лише свідомо та лише уповноваженими суб'єктами (суб'єктами нормотворчості).

Використання класифікації під час реалізації педагогічно адаптованої системи інформації, знань, навичок і вмінь про кримінальну процесуальну діяльність широко розповсюджене у змісті програм навчальних дисциплін [15–18]. За допомогою класифікації інформації (яка передається лекторами та поглиблюється викладача-

ми практичних, семінарських та лабораторних занять для студентів та слухачів) утворюється система знань, навичок та вмінь майбутніх правників.

У цьому разі чітко виокремлюється розуміння класифікації кримінального процесу і як процесу, і як результату. При цьому класифікація як процес є упорядкованою, систематизованою інформацією, а систематизовані знання, вміння та навички студента та слухача – результат класифікації у кримінальному процесі.

Звичайно, проведення класифікації у кримінальному процесі як навчальній дисципліні можливе лише свідомо, а здійснена вона може бути лише уповноваженими (відповідно до вимог Закону України «Про вищу освіту» та нормативних актів Міністерства освіти і науки України) особами (викладачами вищого навчального закладу). При цьому необхідно врахувати, що класифікацію можуть здійснювати також і студенти як учасники навчального процесу, виконуючи навчальний план із підготовки фахівця 081 «Право».

Висновки. Таким чином, класифікація як процес і як правило стосується кримінальної процесуальної діяльності, як результат – науки кримінального процесу, кримінального процесу як навчальної дисципліни, як гармонійне поєднання – кримінального процесуального законодавства. У будь-якому разі вона може здійснюватися лише свідомо та лише у системі правових понять і явищ кримінального процесу.

Література

1. Толковый Словарь Живаго Великорускаго Языка Владимира Даля. – 2-е, исправленное и значительно умноженное по рукописи автора. – «Издание книгопродавца-типографа М.О. Вольфа», Спб. – М., 1881. – Т. 2. – 807 с.
2. Воронин Ю.А. Теория классифицирования и ее приложения. Под ред. М.М. Лаврентьева. – «Наука», Сибирское отделение, 1985. – 231 с.
3. Фразеологічний словник [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ycilka.net/synonim.php?id=13>
4. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.
5. Кримінальний процес: підручник / Грошевий Ю.М., Тацій В.Я., Туманянц А.Р., та ін. За редакцією Тація В.Я., Грошевого Ю.М., Капліної О.В., Шило О.Г. – Харків: Право, 2013. – 824 с.
6. Безруков Д.В. Використання оперативно-технічних засобів щодо протидії злочинам проти власності підрозділами карного розшуку: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Д.В. Безруков; Донец. юрид. ін-т МВС України. – Кривий Ріг, 2015. – 20 с.
7. Давидова Д.В. Джерела доказів у кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Д.В. Давидова; Донец. юрид. ін-т МВС України. – Кривий Ріг, 2015. – 19 с.
8. Мазурков Д.Д. Розслідування незаконних придбання, збуту або використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Д.Д. Мазурков; Акад. адвокатури України. – Київ, 2015. – 20 с.
9. Лоскутов Т.О. Предмет регулювання кримінального процесуального права: монографія / Т.О. Лоскутов; наук. конс. Л.М. Лобойко; Донец. юрид. ін-т МВС України. – Київ: Юрид. світ, 2016. – 416 с.
10. Кучинська О.П., Толокольніков С.В. Особливості процесуального статусу юридичних осіб у кримінальному процесі України: теорія і практика: монографія / О.П. Кучинська, С.В. Толокольніков. – К.: Алерта, 2017. – 168 с.
11. Черноусько М.В. Здійснення прокурором процесуального керівництва досудовим розслідуванням: теорія та практика: монографія / М.В. Черноусько; за заг. ред. д.ю.н., проф. О.П. Кучинської. – К.: Алерта, 2017. – 294 с.
12. Капліна О.В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права: Монографія. – Х.: Право, 2008. – 296 с.

13. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/paran1363#n1363>

14. Кримінальний процес: підручник. / За заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. – К. : «Центр учбової літератури», 2013. – 544 с.

15. Програма навчальної дисципліни «Кримінальний процес» (галузь знань 0304 «Право», освітньо-кваліфікаційний рівень «Бакалавр», напрям підготовки 6.030401 «Правознавство») для студентів IV курсу / уклад.: О.Г. Шило, О.В. Капліна. – Х. : Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2013. – 32 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/PROGRAMS_2013/Pr_0018.pdf

16. Наукова та науково-методична робота кафедри кримінального процесу Національного Університету «Одеська юридична академія» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.onua.edu.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2221&Itemid=954&lang=uk

17. Нор В.Т., Маланюк А.Г, Павлишин А.А. Кримінальне процесуальне право України. Програма курсу для студентів юридичного факультету – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка. – 2017. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.lnu.edu.ua/course/kryminalno-protseualne-pravo-ukrajiny>

18. Робоча навчальна програма з дисципліни «Кримінальний процес України» Укладач: проф. Шибіко В.П. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://law.univ.kiev.ua/ua/library/28-literatura-kafedry-pravosuddia/navchalno-metodychna-literatura/5789-kafedra-pravosuddja-2012-kryminalnyj-proces-ukrajiny>

Анотація

Циганюк Ю. В. Класифікація у кримінальному процесі як метод упорядкування його системи. – Стаття.

Стаття присвячена використанню класифікації у кримінальному процесі як методу упорядкування його системи. Визначено особливості використання класифікації у кримінальній процесуальній діяльності, проаналізовано класифікації у кримінальній процесуальній науці, звернено увагу на класифікації кримінальних процесуальних норм та кримінального процесуального законодавства, а також охарактеризовано використання класифікації у кримінальному процесі як навчальній дисципліні.

Ключові слова: класифікація, кримінально-процесуальна діяльність, галузь кримінального процесуального права, кримінально-процесуальна наука, навчальна дисципліна.

Аннотация

Циганюк Ю. В. Классификация в уголовном процессе как метод упорядочения его системы. – Статья.

Статья посвящена использованию классификации в уголовном процессе как метода упорядочения его системы. Определены особенности использования классификации в уголовной процессуальной деятельности, проанализированы классификации в уголовной процессуальной науке, обращено внимание на классификации уголовных процессуальных норм и уголовного процессуального законодательства, а также охарактеризовано использование классификации в уголовном процессе как учебной дисциплине.

Ключевые слова: классификация, уголовно-процесуальная деятельность, отрасль уголовного процессуального права, уголовно-процесуальная наука, учебная дисциплина.

Summary

Tsyhaniuk Yu. V. Classification in the criminal process as a method of its system arrangement. – Article.

The article is devoted to the use of classification in the criminal process as a method of its system arrangement. The features of the classification use in the criminal procedural activity are defined, the classifications in the criminal procedural science are analyzed, the classifications of the criminal procedural rules and criminal procedural legislation are focused on, as well as the use of the classification in the criminal process as an academic discipline.

Key words: classification, criminal procedural activity, branch of the criminal procedural law, criminal procedural science, academic discipline.

УДК 347.122

Б. С. Щербина

ЗМІСТ АБСОЛЮТНОГО ПРАВА НА ЖИТТЯ

Постановка проблеми. Право на життя – це фундаментальне й основне право кожної людини. У ст. 27 Конституції України вказано, що кожна людина має невід’ємне право на життя, а обов’язком держави є захист цього права. Окрім того, і сама людина має право захищати своє життя від протиправних посягань [1]. Хоча немало нормативно-правових актів із різних галузей права врегульовують окремі аспекти права на життя, проте зміст права на життя розкрито саме у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) у ст. 281 [2]. Як стверджує З.В. Ромовська, те, що право на життя передбачено в Конституції України, не виключає його цивільної суті [3, с. 262]. Правом на життя наділена кожна особа незалежно від віку та обсягу дієздатності. Погоджуємося з такою позицією та вважаємо, що саме цивільне право як право приватне є визначальним у регулюванні відносин, змістом яких є право на життя кожної людини.

Проте як поняття, так і зміст абсолютного права на життя залишаються дискусійними. Тому вважаємо за доцільне приділити увагу цій складній категорії, сформулювати власні висновки і пропозиції щодо змісту абсолютного права на життя.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різні аспекти абсолютного права людини на життя досліджували такі науковці, як І.А. Безклубий, О.В. Кохановська, Р.А. Майданик, М.Н. Малеїна, П.М. Рабінович, О.Г. Рогова, З.В. Ромовська, А.В. Соловійов, Р.О. Стефанчук, С.І. Шимон та ін. Водночас у сьогодишніх реаліях право на життя набуває нового змісту, оскільки суспільні відносини постійно розвиваються, з’являється нове правове регулювання цих відносин щодо здійснення окремих аспектів права на життя (право на аборт, евтаназія, застосування репродуктивних технологій тощо). Тому здійснення цього наукового дослідження спрямоване на розвиток наукових позицій вказаних вище авторів.

Метою статті є характеристика поняття та змісту абсолютного особистого немайнового права на життя, обґрунтування пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання цих відносин.

Виклад основного матеріалу дослідження. Життя людини – це унікальний природний феномен [4, с. 221]. Життя людини, як і сама людина, її здоров’я, честь, гідність, недоторканність і безпека є найвищою соціальною цінністю (ч. 1 ст. 3 Конституції України). Поняття «життя» завжди було дискусійним. Як вказує Р.А. Майданик, життя людини являє собою фізичне, духовне та соціальне функціонування людини як комплексного біосоціального організму [5, с. 10]. Він наголошує, що право на життя – це самостійне суб’єктивне право людини, наділене своїм специфічним змістом, що являє собою сукупність чотирьох видів окремих прав, передбачених законом, таких як: право на медичні, наукові та інші дослідження (ч. 3 ст. 281 ЦК); право на стерилізацію (ч. 5 ст. 281 ЦК); право на штучне переривання вагітності (ч. 6 ст. 281 ЦК); право на застосування лікувальних програм

допоміжних репродуктивних технологій (ч. 7 ст. 281 ЦК). Цілком слушна думка, яка заслуговує на увагу. Справді, право на життя охоплює вказані вище аспекти, оскільки йдеться про можливість особи дбати про стан свого здоров'я, мати дітей або ж навпаки – не мати (стерилізація).

Життя є триваючим процесом, а тому важливе значення має визначення моменту появи життя і моменту його припинення. Для права ці проблеми пов'язані з визначенням юридично значущих фактів та їх правовими наслідками [6, с. 255]. Справді, ці питання завжди породжували багато теоретичних дискусій у науці цивільного права.

Всі основні міжнародні нормативно-правові акти, які стосуються прав людини, визначають право на життя як основне, невід'ємне, природне право кожного, яке не може бути обмежено, якого не можна протиправно позбавити. Зокрема, про це йдеться у ст. 3 Загальної декларації прав людини (кожна людина має право на життя) [7], у ст. 6 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (право на життя є невід'ємним правом кожної людини) [8], у ст. 2 Європейської конвенції із прав людини (право кожного на життя охороняється законом) [9]. Із цих актів вбачається, що життя охороняється як природне право, оскільки воно виникає об'єктивно та незалежно від волі самого майбутнього суб'єкта, і саме цей суб'єкт (людина), отримавши право на життя, здійснює його на власний розсуд, визначаючи свою поведінку у різних сферах життєдіяльності.

Право на життя – це особисте немайнове право фізичної особи, що виникає з приводу особистого нематеріального блага, яким є життя кожної людини. Особливістю права на життя, як уже вказувалося вище, є те, що його виникнення та припинення не залежить від волі самої особи. На цьому слушно наголошує О.В. Кохановська [6, с. 463]. Життя є тим благом, яке належать людині через сам факт народження. Тому погоджуємося з думками, які висловлені у науковій літературі, що людина з моменту своєї появи на світ набуває природного права на охорону і захист життя, а відтак доцільно говорити не лише про право на життя, а і про право на охорону життя [10, с. 256], про право на недоторканність життя [3, с. 239]. Це також вбачається і зі змісту цитованих вище міжнародних нормативно-правових актів. Тому невід'ємність та природний характер є основними ознаками права на життя.

Право на життя у науковій літературі розглядають також як можливість певної поведінки самого носія цього права. Тому право на життя не охоплює такі права, як право на сурогатне материнство, на штучне переривання вагітності, на стерилізацію, на зміну статі, штучне запліднення та деякі інші правомочності, не пов'язані з життям самої людини [11, с. 12]. Безумовно, цей підхід є науково обґрунтованим, однак вважаємо, що комплексний аналіз положень ст. 281 ЦК України дає підстави стверджувати, що згідно із законом право на життя включає в себе право на охорону та захист життя особи (ніхто не може бути позбавлений життя), право брати участь у медичних, наукових та інших дослідках, у клінічних випробуваннях лікарських засобів, право на стерилізацію, право на штучне переривання вагітності, право на проведення лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій.

Це цивілістичний зміст права на життя, який визначений ЦК України як основний акт цивільного законодавства. Безумовно, право на життя нерозривно пов'язане з правом на охорону здоров'я та іншими особистими немайновими правами, оскільки стан здоров'я людини визначає тривалість її життя.

Варто проаналізувати детальніше окремі елементи змісту права на життя. Відповідно до ч. 2 ст. 281 ЦК України фізична особа не може бути позбавлена життя. В Конституції України (ч. 2 ст. 27) це ж правило сформульовано дещо по-іншому – ніхто не може бути свавільно позбавлений життя. Відтак ЦК України значно ширше підходить до регулювання цього питання, забороняючи будь-яке (в тому числі і свавільне) позбавлення життя особи. У науковій літературі наголошують, що не завжди позбавлення життя людини є протиправним. До таких ситуацій варто віднести заповідання смерті внаслідок правомірного застосування зброї працівниками правоохоронних органів; заповідання смерті ворогові під час бойових дій відповідно до законів і звичаїв війни; заповідання смерті під час самозахисту [4, с. 223]. Окрім того, людина може захищати своє життя та здоров'я, а також життя та здоров'я іншої особи від протиправних посягань будь-якими засобами, не забороненими законом, зокрема, йдеться про самозахист.

У ч. 3 ст. 281 ЦК України вказано, що медичні, наукові та інші дослідження можуть проводитися лише щодо повнолітньої дієздатної фізичної особи за її вільною згодою. А клінічні випробування лікарських засобів проводяться лише відповідно до закону. Тому винятково та людина, яка досягла повноліття і має повну цивільну дієздатність, може, прямо виразивши свою вільну згоду, погодитися на застосування до неї різних видів дослідів – медичних, наукових тощо. Зі ст. 45 Основ законодавства України про охорону здоров'я вбачається, що застосування медико-біологічних експериментів на людях допускається із суспільно корисною метою за умови їх наукової обґрунтованості, переваги можливого успіху над ризиком спричинення тяжких наслідків для здоров'я або життя, гласності застосування експерименту, повної інформованості і вільної згоди повнолітньої фізичної особи, яка підлягає експерименту, щодо вимог його застосування, а також за умови збереження за необхідності лікарської таємниці [12]. Водночас забороняється проведення науково-дослідного експерименту на хворих, ув'язнених або військовополонених, а також терапевтичного експерименту на людях, захворювання яких не має безпосереднього зв'язку з метою дослідження. Тому критерій повноліття та дієздатності доповнюється й іншими критеріями (відсутність хвороби, відсутність статусу ув'язненого чи полоненого).

Відповідно до ч. 4 ст. 281 ЦК України забороняється задоволення прохання фізичної особи про припинення її життя. Тобто активна евтаназія в Україні заборонена. Медичні працівники зобов'язані вживати всіх заходів для підтримання життя людини. Медичним працівникам забороняється здійснення евтаназії – навмисного прискорення смерті або умертвіння невиліковно хворого з метою припинення його страждань. Водночас дозволено припинити активні заходи щодо підтримання життя хворого лише в тому разі, коли стан людини визначається як незворотна смерть. Це передбачено ч. 2 ст. 52 Основ законодавства України про охорону здоров'я.

У ч. 5 ст. 281 ЦК України йдеться про можливість стерилізації. Це право надається повнолітній особі. При цьому жодних інших умов ЦК України не встанов-

лює. Водночас спеціальне законодавство передбачає, що наявність лише бажання повнолітньої особи недостатньо. Зокрема, зі ст. 49 Основ законодавства України про охорону здоров'я вбачається, що застосування методів стерилізації може здійснюватися лише за медичними показаннями, що встановлюються центральним органом виконавчої влади, який забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я. Перелік таких медичних показань передбачено наказом Міністерства охорони здоров'я України № 121 від 06.07.1994 р. «Про застосування методів стерилізації громадян». З аналізу цього нормативно-правового акта вбачається, що стерилізація може проводитися винятково в акредитованих лікувально-профілактичних закладах, які мають відповідне обладнання і спеціалістів щодо застосування методів хірургічної стерилізації. Окрім того, операцію хірургічної стерилізації в акредитованих для цих цілей закладах охорони здоров'я можна проводити лише на підставі відповідного висновку лікарсько-консультаційної комісії за місцем диспансерного нагляду хворого. Звертаємо увагу, що недоліком правового регулювання цих відносин є відсутність законодавчого поняття стерилізації.

На нашу думку, досить спірною є наявність встановлених законом двох умов стерилізації, таких як бажання повнолітньої дієздатної особи та наявність медичних показань. Зокрема, ЦК України не передбачає обов'язкову наявність медичних показань – лише вільну згоду. Вважаємо, що особа сама має право визначати свою поведінку у сфері статевого життя, зокрема, і щодо можливості продовження свого роду (наявність нащадків). Якщо особа бажає здійснити стерилізацію і в неї немає протипоказань для цієї операції, недоцільно обмежувати особу у здійсненні такого права. Водночас у науковій літературі висловлюється позиція, що добровільна і примусова стерилізація є недопустимими у сучасному світі, оскільки розвиток сучасної медицини дає змогу застосувати широке коло контрацептивних засобів для призупинення репродуктивної функції організму, а тому можливість стерилізації суперечить Конституції України [13, с. 382]. Однак автор не обґрунтовує, в чому саме вбачається суперечність Основному Закону. Хоча вказана вище позиція є досить спірною, однак вважаємо, що В.С. Віткова порушує важливі питання стерилізації – щодо встановлення вікового цензу для особи, яка бажає здійснити стерилізацію (оскільки з віком можна змінити свою позицію і пожалкувати щодо вже здійсненої стерилізації), щодо наявності згоди другого з подружжя на стерилізацію (оскільки безпліддя є підставою для розірвання шлюбу).

Звертаємо увагу також на те, що у жовтні 2016 р. Верховна Рада України прийняла у першому читанні зміни до деяких законів щодо надання психіатричної допомоги (законопроект № 4449). Законопроектом передбачається видалити дискримінуючі норми, що дозволяють стерилізацію недієздатних осіб без їх згоди. Передбачається забезпечити право недієздатних осіб і пацієнтів на доступ до правосуддя та захист від свавілля лікарів-психіатрів під час застосування примусових заходів медичного характеру. Проект закону розроблено з метою створення реального механізму захисту прав недієздатних осіб та попередження свавілля під час їх госпіталізації у психіатричних закладах і приведення чинного законодавства до міжнародних стандартів надання психіатричної допомоги ув'язненим [14]. Погоджуємося з підходом законодавця, оскільки недієздатна особа не має змоги вияви-

ти свою волю щодо здійснення стерилізації навіть за наявності відповідних медичних показань.

У ч. 6 ст. 281 ЦК України йдеться про можливість жінки зробити аборт. Зокрема, штучне переривання вагітності може здійснюватися, якщо вона не перевищує дванадцяти тижнів. Штучне переривання вагітності може бути проведене за вагітності від дванадцяти до двадцяти двох тижнів лише у ситуаціях, що передбачені законом. Питання здійснення абортів завжди є дискусійними, оскільки вони зачіпають інтереси як мінімум двох суб'єктів – жінки (породіллі) та майбутньої дитини (потенційний суб'єкт права). Вважаємо, що порядок та підстави штучного переривання вагітності, окрім законодавчого регулювання, врегульовані і нормами моралі, релігійними канонами. Загалом будь-яке примусове припинення життя (у цій ситуації – життя зачатої, але ще не народженої дитини) підлягає детальному правовому регулюванню, і норм, які містяться у ЦК України та законодавстві про охорону здоров'я, недостатньо, крім того, частина цих норм вже не відповідає сучасному стану суспільних відносин і релігійному вихованню значної частини населення. На нашу думку, доцільно передбачити обов'язкову наявність підстав, із яких можливе штучне переривання вагітності, незалежно від строку вагітності (до 22 тижня вагітності), скасувавши норму про можливість здійснення абортів лише за бажанням жінки до 12 тижня вагітності.

Відповідно до ч. 7 ст. 281 ЦК України повнолітні жінка або чоловік мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством. Ця норма дозволяє здійснення штучного запліднення та імплантацію ембріона. Законодавство про охорону здоров'я передбачає умови та порядок такого здійснення. У науковій літературі наголошують, що в Україні існує потреба в належному правовому регулюванні допоміжних репродуктивних технологій, оскільки чинним законодавством не регулюється низка важливих аспектів (гранична вікова межа жінки, щодо якої застосовуються такі технології, питання перебування жінки у шлюбі тощо), а тому виникає потреба у прийнятті закону, який буде спрямований на визначення правових та організаційних основ застосування допоміжних репродуктивних технологій і забезпечення прав громадян під час їх застосування [15, с. 190]. Вважаємо, що така позиція заслуговує на увагу, але, на нашу думку, недоцільно на рівні закону врегульовувати всі процедурні аспекти проведення лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій.

Загалом відзначаємо, що право на життя включає в себе і право на розпорядження ним. Вважаємо, що варто погодитися з позицією О.В. Кохановської, яка стверджує, що право на життя має декілька аспектів (у тому числі право на збереження життя (індивідуальності) і право на розпорядження життям) [5, с. 463]. Зокрема, право на життя в аспекті розпорядження життям проявляється як можливість піддати життя значному ризику і вирішувати питання про припинення життя (робота каскадера, здійснення щодо себе небезпечних наукових експериментів тощо).

Окрім того, фізична особа має право вимагати усунення небезпеки, створеної внаслідок підприємницької або іншої діяльності, яка загрожує життю та здоров'ю, що гарантовано їй ст. 282 ЦК України.

Висновки. Право на життя фізичної особи є абсолютним особистим немайновим правом. Воно має складну структуру та зміст, які зумовлені сутністю людського життя. Цивільне право як право приватне є визначальним у регулюванні відносин, змістом яких є право на життя кожної людини. Правом на життя наділена кожна особа незалежно від віку та обсягу дієздатності. Життя охороняється як природне право, оскільки воно виникає об'єктивно та незалежно від волі самого майбутнього суб'єкта, і саме людина, отримавши право на життя, здійснює його на власний розсуд. Основними ознаками права на життя є його невід'ємність та природний характер. Зміст абсолютного особистого немайнового права на життя включає в себе право на збереження життя, право на розпорядження життям, право на охорону та захист життя особи, право брати участь у медичних, наукових та інших досліджах, у клінічних випробуваннях лікарських засобів, право на стерилізацію, право на штучне переривання вагітності, право на проведення лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій.

Література

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
3. Ромовська З.В. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс. Підручник. – К.: Атіка. – 2005. – 560 с.
4. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. В.М. Коссака. / 2-ге вид. змінене і доповнене. – К.: Істина, 2008. – 992 с.
5. Майданик Р.А. Право фізичної особи на життя: поняття, елементи, виникнення і припинення. // Р.А.Майданик / Публічне право. – 2016. – № 3 (23). – С. 9–20.
6. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. – 3-є вид., перероб. і доп. / За ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – Т. 1. – 832 с.
7. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. // Електронний ресурс. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_015
8. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966 р. // Електронний ресурс. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_043
9. Європейська конвенція з прав людини від 04.11.1950 р. // Електронний ресурс. – Режим доступу: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_UKR.pdf
10. Цивільне право : підручник : у 2 т. / В.І. Борисова (кер. авт. кол.), Л.М. Баранова, Т. І. Бегова та ін. ; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатеевої, В.Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011. – Т. 1. – 656 с.
11. Соловійов А.В. Право людини на життя: цивільно-правові аспекти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. // А.В. Соловійов. – Львів, 2004. – 19 с.
12. Основи законодавства України про охорону здоров'я від 19.11.1992 р. // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
13. Віткова В.С. Європеїзація українського законодавства в частині права на стерилізацію людини (на матеріалах практики Європейського суду з прав людини) / В.С. Віткова // Порівняльно-аналітичне право. – 2015. – № 6. – С. 380–383.
14. Рада попередньо схвалила заборону стерилізації недієздатних осіб без їхньої згоди // Електронний ресурс. – Режим доступу: https://dt.ua/UKRAINE/rada-poperedno-shvalila-zaboronu-sterilizaciyi-nediyezdatnih-osib-bez-yihnoyi-zgodi-220778_.html
15. Головащук А.П. Правове регулювання допоміжних репродуктивних технологій / А.П. Головащук // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 2. – С. 189–190.

Анотація

Щербина Б. С. Зміст абсолютного права на життя. – Стаття.

Стаття присвячена характеристиці права на життя як абсолютного права, яке має невід’ємний та природний характер, аналізу змісту цього права.

Ключові слова: право на життя, людина, евтаназія, охорона здоров’я, особисті немайнові права.

Аннотация

Щербина Б. С. Содержание абсолютного права на жизнь. – Статья.

Статья посвящена характеристике права на жизнь как абсолютного права, которое имеет неотъемлемый и естественный характер, анализу содержания этого права.

Ключевые слова: право на жизнь, человек, эвтаназия, здравоохранение, личные неимущественные права.

Summary

Shcherbyna B. S. The contents of the absolute right to life. – Article.

The article highlights the characterization of the right to life as an absolute right, which has an inalienable and natural character, an analysis of the content of this right.

Key words: right to life, person, euthanasia, health care, personal non-property rights.

НАШІ АВТОРИ

Бичковський Є. Л., аспірант кафедри теорії та історії держави і права Міжнародного гуманітарного університету

Болокан І. В., докторант кафедри адміністративного та господарського права Запорізького національного університету, кандидат юридичних наук, доцент

Веклич В. О., заступник завідувача кафедри конституційного права, історії та теорії держави і права Навчально-наукового Інституту права імені князя Володимира Великого Міжрегіональної Академії управління персоналом, кандидат юридичних наук

Волинська А. М., ад'юнкт кафедри цивільного права і процесу Національної академії внутрішніх справ

Демченко І. С., докторант Інституту законодавства Верховної Ради України

Денисова А. В., професор кафедри адміністративного права та адміністративного процесу Одеського державного університету внутрішніх справ

Журба М. А. – аспірант кафедри адміністративного та фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія»

Комісарчук Р. В., доцент кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Любченко Я. П., молодший науковий співробітник Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України

Медвідчук Г. В., аспірант кафедри адміністративного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Міхайліна Т. В., доцент кафедри теорії та історії держави і права та адміністративного права Донецького національного університету імені Василя Стуса, кандидат юридичних наук, доцент, докторант

Михалік О. І., здобувач Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України

Очкурєнко С. В., докторант кафедри фінансового права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук, доцент

Павлова Ю. С., аспірант кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

Пилипенко В. П., кандидат юридичних наук, заслужений юрист України, Член Європейської комісії за демократію через право (Венеціанська комісія) (2013-2017 роки)

Пузирьов М. С., головний науковий співробітник науково-дослідного центру з питань діяльності органів та установ Державної кримінально-виконавчої служби України Академії Державної пенітенціарної служби, кандидат юридичних наук

Соколов О. В., аспірант кафедри кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Станкевич О. О., аспірант кафедри кримінального права та кримінології юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Федорова Т. С., аспірант кафедри теорії та історії держави і права Інституту національного та міжнародного права Міжнародного гуманітарного університету

Фукс Н. А., доцент кафедри фінансового права Навчально-наукового інституту «Юридичний інститут ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана», кандидат економічних наук, доцент

Хижняк Є. С., доцент кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Хмарук Т. В., здобувач кафедри теорії та історії держави і права Інституту імені Іонікія Малиновського Національного університету «Острозька академія», практикуючий юрист

Циганюк Ю. В., доцент кафедри комерційного та трудового права Хмельницького інституту Міжрегіональної Академії управління персоналом, кандидат юридичних наук, адвокат

Щербина Б. С., аспірант кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЗМІСТ

Є. Л. Бичковський Поняття та ознаки науково-практичного коментаря як особливої форми вираження юридичної доктрини	3
І. В. Болокан Критерії та показники ефективності реалізації адміністративно-правових норм: загальна характеристика	11
В. О. Веклич Юридична відповідальність посадових осіб правоохоронних органів як суб'єктів боротьби з корупцією в Україні	21
А. М. Волинська Істотні умови договору про надання детективних послуг.....	27
І. С. Демченко Охорона здоров'я у конституційному вимірі: аналіз статті 49 Конституції України	35
А. В. Денисова Сутність адміністративної діяльності щодо здійснення нагляду органами виконавчої влади та її місце у виконавчій владі.....	46
М. А. Журба Зарубіжний досвід державного регулювання сфери фізичної культури і спорту	51
Р. В. Комісарчук Криміналістична модель механізму злочинної діяльності у сфері господарської діяльності: поняття та умови формування.....	58
Я. П. Любченко Сутність альтернативних способів вирішення правових спорів.....	66
Г. В. Медвідчук Аналіз сутності адміністративно-правових відносин на прикладі рішень Європейського суду із прав людини.....	73
Т. В. Михайліна Правосвідомість як відносно незалежний елемент правової системи.....	80
О. І. Михалік Кількісно-якісні показники фальшивомонетництва в Україні	86
С. В. Очкуренко Розмежування фінансового та цивільного права	93
Ю. С. Павлова Поняття та правова природа електронних доказів у цивільному процесуальному праві	102

В. П. Пилипенко	
Склад воєнного злочину за міжнародним кримінальним правом.....	110
М. С. Пузирьов	
Позитивний зарубіжний досвід виконання покарання у виді позбавлення волі на певний строк як концептуальна основа реформування кримінально-виконавчої системи України.....	117
О. В. Соколов	
Проблемні питання взаємодії слідчого, прокурора з оперативними підрозділами на підставі доручення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій.....	124
О. О. Станкевич	
Щодо співвідношення понять «наркотичні лікарські засоби», «психотропні лікарські засоби» та «фальсифіковані лікарські засоби»	135
Т. С. Федорова	
Сучасна зарубіжна практика вирішення комерційних (торгових) спорів у судовому порядку	141
Н. А. Фукс	
Поняття «банківська послуга» і «банківська операція» в законодавстві України.....	151
Є. С. Хижняк	
Поняття віртуальних слідів та їх значення у процесі розслідування злочинів	159
Т. В. Хмарук	
До питання щодо незмінюваності правових позицій Конституційного Суду України.....	167
Ю. В. Циганюк	
Класифікація у кримінальному процесі як метод упорядкування його системи	175
Б. С. Щербина	
Зміст абсолютного права на життя.....	182

НОТАТКИ

А 437 **Актуальні проблеми держави і права** : збірник наукових праць. Вип. 79 / редкол.: В. В. Завальнюк (голов. ред.) та ін. — Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2017. — 196 с.

Укр. та рос. мовами.

Черговий випуск збірника наукових праць містить матеріали, у яких подано науково обґрунтовані шляхи вирішення загальнотеоретичних проблем сучасної юридичної науки, сучасних питань адміністративного та фінансового права, нагальних проблем цивільного й господарського права, проблем ефективної протидії злочинності. Збірник розраховано на наукових працівників, викладачів, студентів вищих навчальних закладів, юристів-практиків, а також усіх, хто цікавиться проблемами розвитку сучасного права України.

УДК 340(063)
ББК 67.0я43

Наукове видання

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Збірник наукових праць

Випуск 79

Українською і російською мовами

Редактор-коректор А. Новікова
Технічний редактор Н. Кузнецова

Підписано до друку 07.07.2017. Формат 70х100/16. Папір офсетний.
Гарнітура «Шкільна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 22,79.
Тираж 100 прим. Вид. № 79.

Видавничий дім «Гельветика»
м. Одеса, вул. Сегедська, 18, офіс 431.
Телефон +38 (0552) 39-95-80

E-mail: mailbox@helvetica.com.ua

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 4392 від 20.08.2012 р.

ДО УВАГИ АВТОРІВ!

До друку в збірнику приймаються наукові статті, які раніше не були опубліковані в інших виданнях. Під час їх підготовки просимо дотримуватися чинних стандартів для друкованих праць і вимог ДАК України.

Стаття повинна містити такі необхідні елементи:

– постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями;

– аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання цієї проблеми та на які спирається автор, виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття;

– формулювання цілей статті (постановка завдання);

– виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів;

– висновки із цього дослідження й перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.

Разом зі статтею слід надавати рекомендацію кафедри (відділу) вищого навчального або наукового закладу (у формі витягу з протоколу) або рецензію кандидата чи доктора наук із відповідної спеціальності (для аспірантів, здобувачів бажаною є рецензія наукового керівника).

Загальний обсяг публікації – 10–12 сторінок. Шрифт: Times New Roman; кегль 14, інтервал – 1,5. Поля: верхнє та нижнє – 2 см, ліве – 3 см, праве – 1,5 см.

На початку рукопису необхідно зазначити індекс УДК, дані про автора та назву статті.

Перелік використаних літературних джерел слід наводити в кінці статті в порядку появи відповідних посилань. Під час оформлення списку літератури слід дотримуватися вимог ВАК (див.: Бюлетень Вищої атестаційної комісії. – 2009. – № 5. – С. 26–30) та державного стандарту ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартів з інформації, бібліотечної та видавничої справи. Бібліографічний запис. Бібліографічний опис. Загальні вимоги та правила складання».

У тексті статті посилання на використані літературні джерела слід зазначити порядковим номером, виділеним двома квадратними дужками, згідно з переліком джерел (позиція цитованого видання в списку літератури, сторінка).

Після списку використаних матеріалів подаються анотації трьома мовами (українська, російська, англійська). Анотація має містити прізвище та ім'я автора, назву статті, стислий виклад змісту статті, ключові слова (до десяти окремих слів або словосполучень).

До редакційно-видавничого відділу НДЧ НУ «ОЮА» необхідно додавати:

– роздрукований текст статті та інформаційну довідку про автора. Інформаційна довідка має містити прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи й посаду, поштову адресу, контактний телефон, адресу електронної пошти);

– текст статті та інформаційну довідку про автора на електронному носії. Електронний варіант статті можна надіслати на ел. пошту: ap@apdp.in.ua

Інформацію щодо умов опублікування статті можна отримати в редакційно-видавничому відділі науково-дослідної частини Національного університету «Одеська юридична академія» за такою адресою: 65009, м. Одеса, вул. Академічна, 2, каб. 1007. Тел.: 095-580-16-51. Електронна сторінка: www.apdp.in.ua, e-mail: ap@apdp.in.ua

За зміст та достовірність наданої інформації відповідальність несе автор.