

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Національний університет
«Одеська юридична академія»

НАУКОВІ ПРАЦІ

НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

Том XVII



Одеса
«Юридична література»
2015

УДК 34(477-25Од)(082)
ББК 67(4Укр-2Од)я43
Н 34

У збірнику наукових праць Національного університету «Одеська юридична академія» опубліковано статті провідних вчених університету, які відображають вагомі досягнення, здобуті у межах фундаментальних і прикладних наукових досліджень, що проводяться в університеті та фінансуються Міністерством освіти і науки України за рахунок коштів державного бюджету.

У збірнику також містяться статті відомих правників з інших закладів України, в яких розкриваються окремі аспекти зазначених вище фундаментальних і прикладних НДР, які виконуються в університеті.

Збірник розрахований на наукових працівників, викладачів, докторантів, аспірантів, студентів вищих навчальних закладів, а також юристів, які цікавляться тенденціями розвитку правового життя сучасного суспільства.

Редакційна колегія:

С. В. Ківалов, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України (*головний редактор*);

М. В. Афанасьєва, д-р юрид. наук, доцент (*заступник головного редактора*);

Ю. П. Алєнін, д-р юрид. наук, проф.;

М. Р. Аракелян, канд. 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. Др'омін, д-р юрид. наук, проф.;

В. В. Завальнюк, канд. юрид. наук, проф.;

І. І. Каракаш, канд. юрид. наук, проф.;

Ю. М. Оборотов, д-р юрид. наук, проф.;

М. П. Орзіх, д-р юрид. наук, проф.;

О. П. Подцерковний, д-р юрид. наук, проф.;

Ю. Є. Полянський, канд. юрид. наук, проф.;

В. В. Тищенко, 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, проф.

Відповідальний за випуск

доктор юридичних наук, доцент

М. В. Афанасьєва

Постановою Президії ВАК України № 3-05/10
від 6 жовтня 2010 р. збірник внесено до списку фахових видань
(юридичні науки).



- 1847 рік — юридичному відділенню Рішельєвського ліцею (перший вищий навчальний заклад в Одесі) наданий статус університетського факультету;
- 1865 рік — юридичний факультет увійшов до складу Імператорського Новоросійського (нині Одеський) університету;
- 1993 рік — юридичний факультет перетворений на Юридичний інститут Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова;
- 1997 рік — юридичній освіті і науці в Одесі виповнилося 150 років; створена ОДЮА;
- 1998 рік — ОДЮА надано членство в Асоціації європейських університетів;
- 2000 рік — ОДЮА наданий статус національної;
- 2007 рік — юридичній освіті і науці в Одесі виповнилося 160 років; Одеській національній юридичній академії — 10 років;
- 2008 рік — Асоціацією ректорів Європи ОНЮА була номінована на присвоєння нагороди «Європейська якість»;
- 2009 рік — ОНЮА надано членство в Європейській асоціації публічного права;
- 2010 рік — за результатами Загальнонаціонального рейтингу вищих юридичних навчальних закладів «Святий Володимир» ОНЮА була визнана найкращим юридичним вищим навчальним закладом в Україні;
- 2010 рік — указом Президента України ОНЮА перетворена в Національний університет «Одеська юридична академія»



УДК 342.56(477).0014.73

*С. В. Ківалов, Ю. Є. Полянський, В. В. Долежан,
Н. М. Бакаянова, О. Г. Свида*

РЕФОРМУВАННЯ СУДОВОЇ ВЛАДИ ТА СУМІЖНИХ ІНСТИТУТІВ В УКРАЇНІ

1. Конституційно-правове реформування судової влади

Відповідно до ч. 1 ст. 6 чинної Конституції України державна влада в Україні, як і в інших демократичних країнах Європи, здійснюється на основі її поділу на законодавчу, виконавчу і судову. Всі суди держави здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України.

Термін «судова влада» не фігурує в назві розділу VIII Основного Закону. Відсутнє визначення судової влади також у чинному Законі України «Про судоустрій і статус суддів» [1]. Суть судової влади розкривається законодавцем через визначення її функцій. Так, у ч. 1 ст. 8 зазначеного Закону встановлюється, що «суди загальної юрисдикції спеціалізуються на розгляді цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ і справ про адміністративні правопорушення».

Слід погодитись з думкою авторів, які вважають, що судова влада, з одного боку, являє собою систему владних повноважень зі здійснення судочинства, а з іншого — сукупність судів і суддів, які діють у державі. В останньому, вузькому, розумінні судова влада ототожнюється з судовою системою, тобто з системою судових органів, в яких працюють професійні судді [2].

У демократичному суспільстві призначенням судової влади є розгляд різноманітних конфліктів на ґрунті реалізації права. Наявність таких конфліктів обумовлена недосконалістю людської природи, складністю і різноманітністю суспільних відносин. Будучи незалежною від інших гілок влади, судова влада здійснює судовий контроль закон-

ності їх рішень і дій. Здатність органів судової влади визнавати неконституційними, незаконними і нечинними акти і дії органів державної влади та місцевого самоврядування дозволяє ефективно виявляти свавілля чиновництва стосовно громадян. Будучи державними органами, суди, тим не менш, виступають в ролі арбітрів між органами влади та іншими юридичними і фізичними особами. Проте в окремих колах ще зберігається погляд на суддів як на звичайних представників державного апарату, без урахування їх особливого суспільного і державного статусу.

Останні роки приводом для дискусії щодо статусу суддів стала активізація суспільної критики на адресу тих суддів, які порушують свої державні обов'язки, права і свободи громадян, припускаються тяганини при розгляді справ, вчиняють корупційні правопорушення, збагачуються за рахунок нетрудових доходів.

У зв'язку з цим за порівняно короткий строк було видано декілька законодавчих актів, спрямованих на оздоровлення кадрів професійних суддів, зокрема: «Про відновлення довіри до судової влади в Україні» від 8 квітня 2014 року [3], «Про очищення влади» від 16 вересня 2014 року [4], «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12 лютого 2015 року [5].

Президент України Петро Порошенко підкреслив важливість змін у підходах до судової реформи, адже запровадження справедливого судочинства — питання, яке турбує кожного громадянина України. «Справедливий суд — це особливо відчутне питання, адже справедливість стосується кожного громадянина України, кожного з нас, і суд — саме те місце, де кожний з нас шукатиме її і боротиметься», — сказав Президент на зустрічі зі студентами і викладачами Київського національного університету імені Тараса Шевченка [6].

Слід відзначити, що прийняті у 2014–2015 роках закони щодо оздоровлення судової влади містили додаткові заходи, спрямовані на прискорення виявлення серед професійних суддів осіб, стосовно яких є сумніви: щодо їх доброчесності, зокрема, при обмеженні прав громадян на проведення зборів, мітингів, походів в Україні в період починаючи з 21 листопада 2013 року, щодо їх причетності до незаконного притягнення громадян до кримінальної відповідальності і накладення адміністративних стягнень, надання дозволів на проведення слідчих (розшукових) дій стосовно учасників акцій протесту. Виявлення таких фактів покладалося на Тимчасову спеціальну комісію при Вищій раді юстиції, висновок якої був підставою для розгляду Вищою радою юстиції питання про порушення суддями присяги.

Закон України «Про очищення влади» (Закон про люстрацію) був поширений на членів Вищої ради юстиції, членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, професійних суддів, Голову державної судової адміністрації України, його першого заступника та заступника. Відтак спрощений порядок звільнення суддів поширювався на ситуації, коли до

них не було жодних претензій щодо виконання професійних обов'язків, а підставою для звільнення служило лише перебування на певних посадах (ч. 2 ст. 2 цього Закону).

Посилено мусувалася теза, що практично всі громадяни України не довіряють суддям. Достатніх аргументів на її підтвердження не наведено. Адже очевидно, що у громадян, які, наприклад, виступали в ролі позивачів та відповідачів по справах, ставлення до суддів залежало від результатів їх розгляду, а переважна більшість громадян або не були учасниками процесів, або особисто не були на них присутні. Головним джерелом інформації про діяльність суддів, мотиви, якими вони керувались при винесенні рішень, служили матеріали засобів масової інформації, часто далекі від об'єктивності.

Очевидно, є доцільним розробити спеціальні наукові рекомендації з дослідження цих питань, щоб можна було скласти об'єктивну думку щодо доброчесності суддів як зараз, так і в майбутньому.

Не можна не звернути уваги на те, що близько року тому Верховний Суд України — найвищий орган у системі судів загальної юрисдикції, звернувся до Конституційного Суду України з клопотанням визнати такими, що не відповідають Конституції України, положення п. 6 ч. 1, п. 2, 13 ч. 3 ст. 3 Закону України «Про очищення влади» щодо заборони певним особам займати певні посади. Суб'єкт права на конституційне подання обґрунтував його порушенням принципу індивідуальної відповідальності при проведенні люстраційних заходів.

До цього часу Конституційний Суд не ухвалив рішення з цього питання [7].

В результаті прийняття у 1996 році чинної Конституції України були внесені істотні зміни до законодавства про судову систему і статус суддів, а також створено Конституційний Суд України та Вищу раду юстиції. Велику роль у цих процесах відіграли Концепція судово-правової реформи 1992 року і так звана «Мала судова реформа» 2001–2002 років.

Поступово запроваджувалася спеціалізація судів за рахунок створення господарських та адміністративних судів, а також запровадження третейського порядку розгляду цивільних та господарських спорів.

Водночас на деяких етапах реформування судової влади справила негативний вплив політизація цих процесів. Це особливо проявилось в ході розробки проекту Закону України «Про судоустрій і статус суддів», прийнятого у первинній редакції 7 липня 2010 року [8].

Враховуючи цей негативний досвід і потребу уникнути зайвих ускладнень у процесі подальшого вдосконалення законодавства, варто знову звернутись до положень Конституції України і спробувати уточнити або по-новому вирішити важливі теоретичні і практичні питання судівництва, зробити нову спробу ще раз вдосконалити окремі положення Основного Закону, а уже після цього — внести зміни і доповнення до чинного законодавства про судоустрій і статус суддів.

З ініціативи Президента України було створено Конституційну комісію для підготовки проекту змін до Конституції України, яка розробила відповідні пропозиції, з приводу яких 26 жовтня 2015 року Венеціанська комісія надала цілком позитивний висновок, що має, очевидно, спростити проходження законопроекту через український парламент.

Окремі законодавчі пропозиції стосуються принципових питань, і їх врахування допоможе принципово по-новому, значно ефективніше вирішити назрілі проблеми.

Враховуючи ускладнення криміногенної ситуації в суддівському співтоваристві, законопроект значно скорочує обсяги так званого суддівського імунітету. Надання згоди на притягнення судді до кримінальної відповідальності віднесено до компетенції Вищої ради правосуддя — в сучасній редакції, Вищої ради юстиції. Без згоди Вищої ради правосуддя суддю не можна буде затримувати або тримати під вартою до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після скоєння тяжкого або особливо тяжкого злочину (ч. 3 ст. 126). Наголошено, що суддю не можна буде притягнути до відповідальності за ухвалені ним судові рішення, за винятком скоєння злочину або вчинення дисциплінарного проступку (ч. 3 ст. 126). Очевидно, неможливість притягнення судді до відповідальності за постановлені ним рішення має виключатись, якщо це рішення залишено без змін судовими інстанціями вищого рівня.

Усувається дисциплінарна відповідальність суддів за порушення присяги, а натомість пропонується встановити стягнення у вигляді звільнення з посади «за вчинення істотного дисциплінарного проступку чи систематичне нехтування своїми обов'язками». Остання підстава також не є досить конкретною, проте, у всякому разі, прийнятнішою, ніж «порушення присяги». У процесі досить глибокої і повної перевірки завжди можна буде знайти об'єктивне рішення з цього питання. Крім того, запропонована норма проекту передбачає і таку підставу для звільнення судді, як «явна невідповідність займаній посаді». Розтлумачити зміст цієї норми значно важче, оскільки вона може бути і не пов'язана з протиправною поведінкою судді, а стосується його особистих якостей, які з тих чи інших причин не були помічені під час кваліфікаційних іспитів і конкурсного добору.

Позитивною рисою проекту є те, що він практично зберіг у недоторканності систему судів загальної юрисдикції. Відповідно до ст. 125 Верховний Суд України визнається найвищим судом у системі судоустрою України і поряд з ним відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди. Особливо виділено призначення адміністративних судів «з метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин». При цьому, очевидно, під «особою» тут можна розуміти не лише фізичних, але й юридичних осіб.

Таким чином, проект, розроблений Конституційною комісією і схвалений главою держави, не вніс істотних коректив до структури судової системи

України. Натомість альтернативний урядовий проект судової реформи виходить зі збереження в Україні лише апеляційних і місцевих судів, а функції касаційної інстанції пропонується покласти на Верховний Суд з одночасною ліквідацією всіх існуючих вищих спеціалізованих судів [9].

Для цього, на наш погляд, немає достатніх підстав, оскільки головною місією Верховного Суду відповідно до ч. 6 ст. 2 Закону «Про судоустрій і статус суддів» є забезпечення однакового застосування норм права судами різних спеціалізацій в порядку та спосіб, визначені процесуальним законом, в тому числі шляхом перегляду за наявності підстав окремими судових рішень. Зауважимо, що в деяких великих країнах Європи (Німеччина, Франція тощо) створюються спеціальні судові склади для перегляду судових рішень за наявності суперечностей між вищими судами окремими судових юрисдикцій.

У ч. 3 ст. 125 проекту, нарешті, з'явилась норма, відповідно до якої суд утворюється і ліквідується законом, проект якого вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій з Вищою радою правосуддя, тоді як чинна редакція ст. 125 Конституції цього питання не вирішує, а відповідно до ч. 1 ст. 19 Закону «Про судоустрій і статус суддів» суди загальної юрисдикції утворюються, в тому числі шляхом реорганізації, та ліквідуються Президентом України на підставі пропозицій Державної судової адміністрації України. Венеціанська комісія досить довго наполягала на зміні цього порядку з огляду на небезпеку його політизації Президентом України, і зараз її позиція підтримана Конституційною комісією.

Відповідно до ч. 4 ст. 129 Конституції у редакції проекту «для суддів спеціалізованих судів відповідно до закону можуть бути встановлені інші вимоги щодо освіти і стажу роботи». Очевидно, йдеться про додаткові умови для здобуття не лише юридичної, але й іншої освіти і застосування в суді знань, одержаних в інших сферах діяльності. Можна при цьому вітати вилучення з тексту чинної норми дискримінаційного положення про те, «що ці судді відправляють правосуддя лише у складі колегій суддів».

Досить істотні зміни і доповнення спроектовані стосовно статусу Вищої ради юстиції або Вищої ради правосуддя, як її пропонується називати надалі:

Відповідно до ч. 1 ст. 131 проекту Рада:

- «1) вносить подання про призначення судді на посаду;
- 2) ухвалює рішення щодо порушення суддею чи прокурором вимог щодо несумісності;
- 3) розглядає скарги відповідного органу про притягнення до дисциплінарної відповідальності судді чи прокурора;
- 4) ухвалює рішення про звільнення судді з посади;
- 5) надає згоду на затримання судді чи тримання його під вартою;
- 6) ухвалює рішення про тимчасове відсторонення судді від здійснення судочинства;

7) вживає заходів щодо забезпечення незалежності судді (тут слід було б додати: «на підставі та у спосіб, визначені законом»);

8) ухвалює рішення про переведення суддів з одного суду до іншого;

9) здійснює інші повноваження, визначені Конституцією та законами України».

При цьому повноваження, передбачені пунктами 5–8, в оновленій Конституції фігуруватимуть уперше.

Як в нинішньому, так і в оновленому вигляді Рада не є частиною судової влади, оскільки не розглядає судових справ, проте вона наділена досить серйозними юрисдикційними повноваженнями щодо суддів. За своїм призначенням вона обслуговує потреби судової влади і по суті входить до її інфраструктури [10].

За своїм змістом нові положення Конституції щодо Вищої ради правосуддя істотно наближають цей колегіальний орган до європейських зразків. Насамперед, це стосуються виконання побажань Венеціанської комісії щодо обов'язковості членства в ній щонайменше половини членів з числа суддів, обраних самими суддями.

Відповідно до п. 4.2 ст. 131 проекту Рада формується з двадцяти одного члена, з яких десятою обирає з'їзд суддів України з числа суддів чи суддів у відставці; двох — призначає Президент України; двох — обирає Верховна Рада України, двох — обирає з'їзд адвокатів України, двох — обирає всеукраїнська конференція прокурорів, двох — обирає з'їзд представників вищих юридичних навчальних закладів та наукових установ з числа науковців-правників.

Таке формування Ради дозволяє залучити до її роботи якомога більше представників різних юридичних професій. При цьому Голова Верховного Суду України входить до складу Ради за посадою, тобто залишення ним цієї посади виключає подальше членство в Раді. Решта членів Ради зможуть обіймати посади членів Ради лише два строки поспіль.

Вища рада правосуддя набуває повноважень за умови обрання та/або призначення щонайменше п'ятнадцяти її членів, серед яких, очевидно, пропорційну більшість також мають становити судді.

Конституційний Суд України за своєю компетенцією являє собою орган конституційного контролю і посідає особливе місце поза системою судів загальної юрисдикції.

Відповідно до ст. 147 проекту Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність законів та інших нормативних актів Конституції України і здійснює офіційне тлумачення Конституції України, а також інші повноваження відповідно до Конституції. Таким чином з Конституційного Суду знімається обов'язок тлумачити закони України, що сприятиме кращому упорядкуванню його діяльності.

Статтю 149-1 проекту передбачено підстави припинення повноважень судді Конституційного Суду, які в основному збігаються з підставами припинення повноважень суддів судів загальної юрисдикції.

Принципово новим повноваженням Конституційного Суду відповідно до ст. 131-1 проекту є надання йому права вирішувати питання про відповідність Закону України Конституції України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований при ухваленні остаточного судового рішення Закон України суперечить Конституції України. Конституційна скарга може бути подана у разі, якщо вичерпано всі національні засоби юридичного захисту.

Схвально оцінюючи концепцію і основні положення конституційного проекту, вважаємо за необхідне звернути увагу на окремі спірні положення і неточності, які містяться у цьому документі.

Передусім вважаємо, що запропонована назва розділу VII «Правосуддя» неповністю відображає його зміст. Сучасна наукова доктрина виходить з того, що правосуддя — це «...правозастосовна діяльність суду з розгляду і вирішення у встановленому законом процесуальному порядку віднесених до його компетенції справ» [11]. Отже, виходячи з того, що відповідно до ст. 6 чинної Конституції державна влада в Україні здійснюється на основі її поділу на законодавчу, виконавчу і судову, зазначений розділ слід назвати «Судова влада».

Важко погодитися з віднесенням до юрисдикції Конституційного Суду України «вирішення питання за зверненням Президента України про відповідність Конституції України акта голови громади, ради громади, районної, обласної ради (п. 1-1 ст. 150 Конституції у запропонованій редакції). По-перше, тому що такі органи ще не створені, а зазначені посадові особи ще не призначені. По-друге, для усунення порушень Конституції і законів при виданні актів цими структурами навряд чи потрібно вдаватися до посередництва самого глави держави і Конституційного Суду. Очевидно, що це можна буде зробити за зверненням префекта або представника Президента під іншою назвою безпосередньо до місцевого адміністративного суду.

Зміни і доповнення до Основного Закону — дуже відповідальна справа, і не випадково цей захід повторюється нечасто. Тому слід зробити все належне від представників законодавчої влади, щоб статус судової влади та її представників було закріплено в цьому документі бездоганно і не викликав жодних ускладнень при реалізації положень Конституції.

На деякі давні недоречності у чинному тексті Конституції комісія не звернула увагу. Так, неточно сформульовано ч. 4 ст. 124 чинної Конституції, відповідно до якої народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних. Адже неможливо уявити собі безпосереднє здійснення судочинства народом, тобто громадою. У зв'язку з цим слід закріпити в Конституції, що правосуддя здійснюється від імені народу його представниками — народними засідателями і присяжними.

Редакцію ч. 2 ст. 126 Основного Закону «Вплив на суддю в будь-який спосіб забороняється» можна запропонувати замінити на таку: «Проти-

правне втручання в діяльність судді зі здійснення правосуддя, а також прояв неповаги до суду та судді тягнуть за собою відповідальність, встановлену законом».

Можливо, до деяких питань доцільно повернутись перед остаточною доробкою законопроекту, яка передбачає врахування пропозицій комітетів Верховної Ради України і окремих депутатів.

2. Конституційно-правове реформування прокуратури України

Діяльність прокуратури як однієї з найважливіших державних структур, що сприяє додержанню і зміцненню законності і правопорядку, притягує підвищену увагу громадськості як в Україні, так і за її межами. Функціонуючи в умовах перманентної кризової ситуації, що склалася у країні, прокуратура закликана властивими їй методами сприяти стабілізації соціально-економічної і політичної обстановки і розвитку України як демократичної правової держави.

Правове регулювання діяльності прокуратури в новітню епоху відзначалося істотними змінами. В результаті судово-правової реформи в Російській імперії 1864 року на прокуратуру було покладено лише підтримання державного обвинувачення в суді та здійснення нагляду за додержанням законів у місцях позбавлення волі. В радянській Україні з 1922 року прокуратура здійснювала нагляд за додержанням законів органами влади на місцях (загальний нагляд) за діяльністю органів досудового розслідування, безпосереднє проведення розслідування, підтримання обвинувачення в суді та нагляд за утриманням ув'язнених. В 1933 році було створено Прокуратуру Союзу РСР, до складу якої увійшла і прокуратура УРСР. В роки посилення тоталітаризму в СРСР прокуратура, беручи активну участь у масових репресіях, по суті перестала бути провідником законності. Певні зрушення на краще наступили після смерті Й. Сталіна. На прокуратуру були покладені загальний нагляд, нагляд за виконанням законів при проведенні попереднього слідства, участь у розгляді справ у судах, нагляд у пенітенціарних установах. Здійснювалися заходи по охороні соціалістичної власності, боротьба зі злочинністю, розслідування по кримінальних справах [12, с. 6–27].

У незалежній Україні правовий статус прокуратури було закріплено Законом України «Про прокуратуру» від 5 листопада 1991 року [13], який став одним з перших законодавчих актів незалежної України. До її функцій відносились: загальний нагляд, нагляд за додержанням законів органами, що проводять боротьбу зі злочинністю, розслідування злочинних діянь, підтримання обвинувачення в суді, участь у розгляді судами справ усіх категорій, нагляд за додержанням законів у місцях ув'язнення та застосування інших заходів примусового характеру, нагляд у військовій сфері.

Відповідно до ст. 121 Конституції України, прийнятої у 1996 році, на прокуратуру було покладено представництво інтересів громадянина або держави в суді, нагляд за додержанням законів органами, що здійснювали оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство, нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень по кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян.

У 2004 році до цих функцій було додано нагляд за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержанням законів з цих питань органами виконавчої влади, місцевого самоврядування, посадовими і службовими особами.

Остання з цих функцій все ще залишається закріпленою у Конституції України, хоча її не передбачено чинним Законом України «Про прокуратуру». Крім того, продовжує діяти п. 9 Перехідних положень Конституції України 1996 року, відповідно до якого прокуратура виконує функцію нагляду за додержанням і застосуванням законів (колишній загальний нагляд).

Починаючи з 1995 року, коли Україна, вступаючи до Парламентської асамблеї Ради Європи, дала згоду ліквідувати загальний нагляд, пройшло близько 20 років. ПАРЕ досягла цієї мети, адже суверенна Україна опинилась перед нескінченними нагадуваннями і попередженнями з цього приводу. Зараз уже не варто коментувати історію цих подій, а потрібно виходити з реальності. Врешті-решт, у чомусь мають рацію науковці і політики, які вважають, що захоплення прокуратури загальнонаглядовою діяльністю певною мірою послаблювало її зусилля у протидії злочинності.

До ст.2 нового Закону України «Про прокуратуру» в редакції Закону № 578-8 від 2 липня 2015 року [14] на прокуратуру покладено такі функції:

- 1) підтримання державного обвинувачення в суді;
- 2) представництво інтересів громадянина і держави в суді у випадках, визначених цим законом;
- 3) нагляд за додержанням законів органами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство;
- 4) нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень по кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян.

На наш погляд, і в нормі Конституції, і в Законі «Про прокуратуру» доцільно поміняти місцями пункти перший і третій, оскільки нагляд прокурора за додержанням законів під час досудового розслідування (процесуальне керівництво розслідуванням) на практиці відбувається раніше, ніж підтримання державного обвинувачення в суді.

Пункт 3 ст. 3 Закону «Про прокуратуру» слід викласти у такій редакції: «Нагляд за додержанням законів у досудовому кримінальному

провадженні», а в п. 4 словосполучення «особистої свободи громадян» замінити на «особистої свободи» з огляду на те, що ця норма поширюється як на громадян України, так і на громадян інших держав і осіб без громадянства.

Повноваження прокурора при здійсненні нагляду за додержанням законів у формі процесуального керівництва, визначені у ч. 2 ст. 36 КПК України, носять переважно владно-розпорядчий характер, тобто прокурор або сам усуває порушення закону в процесі розслідування, або пред'являє відповідні вимоги органам розслідування, які підлягають обов'язковому виконанню, чи вирішує деякі процесуальні питання, звертаючись до слідчого судді.

Прокурор здійснює координацію діяльності правоохоронних органів по боротьбі із злочинністю та іншими правопорушеннями.

Підтримання прокурором державного обвинувачення в суді є підсумком його попередньої діяльності на стадії досудового розслідування в ролі процесуального керівника. Відповідно до ч. 3 ст. 35 КПК України участь прокурора в суді є обов'язковою, крім випадків, передбачених законом. Відповідно до ст. 22 чинного Закону «Про прокуратуру» прокурор підтримує державне обвинувачення в суді стосовно кримінальних правопорушень, користуючись при цьому правами і виконуючи обов'язки, передбачені КПК України. За потреби керівником прокуратури призначається група державних обвинувачів з урахуванням складності кримінального провадження.

Під час судового розгляду прокурор має право висунути додаткове обвинувачення, змінити обвинувачення, якщо неупереджений судовий розгляд не підтверджує вини обвинуваченого. На жаль, в сучасній Україні прокурори рідко відмовляються від обвинувачення навіть за наявності безспірних підстав для цього, а відтак сприяють безпідставному засудженню громадян, права яких часто поновлюються лише Європейським судом з прав людини.

За наявності передбачених законом умов державний обвинувач може укласти з підозрюваним або обвинуваченим угоду про визнання вини, що спрощує кримінальне провадження і може полегшити долю особи, яка вчинила кримінальне правопорушення. Суд затверджує угоду, в тому числі стосовно погоджених сторонами умов визначення покарання. Такий підхід до підтримання державного обвинувачення виправдав себе в прокуратурах і судах США і низки європейських країн.

Чинною Конституцією України (п. 2 ст. 12) на прокуратуру покладено представництво інтересів громадян або держави в суді, хоча прокурори і до цього в масовому порядку пред'являли позови у суди в інтересах як держави, так і громадян.

У Законі «Про прокуратуру» встановлено всього дві підстави, коли прокурор може використати свої повноваження для захисту інтересів громадянина в суді: а) неповноліття особи; б) недієздатність або обмежена дієздатність, коли законні представники або органи держави, наді-

лені відповідними повноваженнями, не здійснюють або неналежно здійснюють захист особи. Такі обставини, як літній вік, фізичний стан, інвалідність, зараз не враховуються. Автори нової редакції Закону не врахували навіть обставин, що склалися в результаті бойових дій на Донбасі, коли значно розширився контингент людей, що претендують на медичну і юридичну допомогу з боку держави, яку вони захищали.

Проте виявляється, що можна піти ще далі. Автори законопроекту про внесення змін до Конституції України, про який йшлося у попередньому розділі, взагалі виключили участь прокурора у судовому представництві інтересів будь-кого з фізичних осіб. У ст. 131-1 проекту змін до Конституції України йдеться лише про представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і у порядку, що визначені законом.

Відповідно до ч. 3 ст. 23 чинного Закону «Про прокуратуру» прокурор здійснює в суді представництво законних інтересів держави у випадку порушення і загрози порушенню інтересів держави, якщо захист цих інтересів не здійснює або неналежним чином здійснює орган державної влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт владних повноважень, до компетенції якого віднесено відповідні повноваження, а також у разі відсутності такого органу.

Слід визнати, що всі інтереси держави є законними, якщо це дійсно державні, а не вузькополітичні або кланові інтереси, а отже, слово «законні» тут навряд чи на місці. Думається, що прокурор зобов'язаний захищати інтереси не лише держави, а й територіальних громад, якщо вони порушуються державними чиновниками, це набуває особливої актуальності при проведенні в Україні адміністративної реформи.

Звертає на себе увагу, що відповідно до ст. 23 Закону «Про прокуратуру» прокурор має звернутись до суду двічі: вперше — для судового підтвердження наявності підстав для судового представництва і вдруге — для розгляду справи по суті. Чим не бюрократизм в його класичному прояві і тим небезпечніший, що він офіційно закріплений в законі? У всякому разі простежується явна зневага до інституту прокуратури і прагнення всіляко загальмувати використання прокурором своїх судово-представницьких повноважень.

Традиційно, від часів судової реформи і до сучасності, до компетенції прокуратури належав нагляд за додержанням законів органами кримінально-виконавчої системи.

Відповідно до ст. 26 чинного Закону України «Про прокуратуру», прокурор здійснює нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян.

Прокурорський нагляд у цій сфері поширюється на місця тримання затриманих, попереднього ув'язнення, установи, в яких засуджені відбувають покарання, установи, де перебувають особи, до яких застосовані

заходи медичного або виховного характеру, і будь-які інші місця, в які доставлені особи з метою складення протоколів про адміністративні правопорушення або в яких особи примусово тримаються відповідно до судового рішення або рішення адміністративного органу.

Значущість прокурорського нагляду у цій сфері не викликає сумнівів через те, що інших незалежних органів соціального контролю тут практично не існує, а відомчий контроль далеко не завжди є достатньо ефективним. Навіть в умовах постійного прокурорського нагляду у виправних установах періодично виникають ексцеси у зв'язку з масовими непокорами адміністрації, протестними акціями і навіть бунтами з людськими жертвами. Можна собі уявити, якого розмаху ці явища набули б в умовах відсутності прокурорського нагляду.

Відповідно до ч. 1 ст. 26 Закону «Про прокуратуру» прокурор при здійсненні нагляду має право:

1) у будь-який час за посвідченням, що підтверджує займану посаду, відвідувати місця тримання затриманих, попереднього ув'язнення, установи, в яких засуджені відбувають покарання, установи, в яких перебувають особи, щодо яких застосовані заходи медичного або виховного характеру, та будь-які інші місця, в яких особи примусово тримаються згідно з судовим рішенням або рішенням адміністративного органу;

2) опитувати осіб, які перебувають у місцях, зазначених у п. 1 цієї статті, з метою отримання інформації про умови їх тримання та поводження з ними, ознайомлюватися з документами, на підставі яких ці особи тримаються в таких місцях або до них застосовано заходи примусового характеру;

3) перевіряти законність наказів, розпоряджень, інших актів відповідних органів та установ, невідповідність законодавству, вимагати від посадових і службових осіб скасування та усунення порушень закону, до яких вони призвели, а також скасовувати незаконні акти індивідуальної дії;

4) вимагати від посадових та службових осіб пояснень щодо допущених порушень, а також усунення порушень та причин і умов, що їм сприяли, притягнення винних до передбаченої законом відповідальності;

5) знайомитися з матеріалами виконавчого провадження щодо виконання судових рішень у кримінальних справах, робити з них виписки, знімати з них копії та в установленому законом порядку оскаржувати рішення, дії та бездіяльність державних виконавців;

6) вимагати від керівників органів вищого рівня проведення перевірок підпорядкованих і підконтрольних органів;

7) звертатися до суду з позовом (заявою) у визначених законом випадках.

Відповідно до ч. 3 цієї статті прокурор зобов'язаний негайно звільнити особу, яка незаконно перебуває в місці застосування заходів примусового характеру.

У конституційному проекті нагляд прокуратури за додержанням законів у цій сфері взагалі не закріплюється, що, на нашу думку, є необ-

грунтованим, волонтаристським підходом до регламентації діяльності прокуратури.

Конституційним проектом вирішені деякі питання правового статусу Генерального прокурора України. Відповідно до ч. 3 ст. 131-1 передбачено, що прокуратуру України очолює Генеральний прокурор, якого призначає на посаду та звільняє з посади за згодою Верховної Ради України Президент України.

Проектом не передбачено можливості висловлення Верховною Радою України недовіри Генеральному прокуророві України, що мало наслідком його відставку з посади (ст. 122 чинної Конституції). Це сприятиме зміцненню правового становища Генерального прокурора, допоможе запобігти його усуненню з посади з політичних міркувань.

Слід також схвалити продовження строку повноважень Генерального прокурора з п'яти до шести років, можливість продовження їх на такий же строк.

Проте виконання цих вимог Конституції зможе стати реальністю лише за умови забезпечення політичної стабільності в країні.

Відповідно до ч. 2 ст. 131-1 проекту «організація та порядок діяльності прокуратури визначаються законом». Це, зокрема, стосується організаційних, управлінських і кадрових питань, коли відповідні норми уже застосовувались упродовж 2014—2015 років. При цьому не піддаються сумніву положення ст. 211 чинної Конституції України і ст. 1 чинного Закону України «Про прокуратуру».

Відповідно до ст. 7 Закону «Про прокуратуру» до системи прокуратури України включено, крім регіональних та місцевих прокуратур, також військові прокуратури та Спеціалізована антикорупційна прокуратура.

Істотно змінено порядок зайняття посади прокурора із застосуванням конкурсного порядку добору кандидатів на ці посади, причому для поповнення прокурорської системи новими кадрами використовується атестація прокурорів, які вже займають ці посади, і претендентів, які на рівних умовах беруть участь у конкурсах на вакантні посади.

З підстав, передбачених Законом України «Про очищення влади» від 16 вересня 2014 року, здійснюється люстрація прокурорських кадрів.

Значну роль в організаційному забезпеченні органів прокуратури почали відігравати органи прокурорського самоврядування, а також кваліфікаційно-дисциплінарні комісії прокуратури; вдосконалено підстави та порядок притягнення прокурорів до дисциплінарної відповідальності. Чіткіше, ніж раніше, здійснено розподіл повноважень між керівниками прокуратур і прокурорами відповідних прокуратур.

На черзі — вирішення складних організаційних питань створення нової системи місцевих прокуратур з урахуванням нового адміністративно-територіального поділу, зокрема, створення відділень місцевих прокуратур у колишніх районних центрах.

Потрібно також чітко вирішити питання або про право всіх прокурорів на класні чини незалежно від того, коли вони були присвоєні, або про відсутність такого права.

Думається, що передчасно робити якісь категоричні висновки щодо зазначених та інших питань організації та діяльності прокуратури. Найкращим критерієм для цього має стати практика застосування зазначених положень Конституції України і чинного законодавства.

3. Конституційно-правове регулювання адвокатури

Комплексний підхід до оновлення суспільного життя не означає відкидання найкращих традицій та здобутків минулого, адже полягає в усунуванні непрацюючих механізмів, неефективних форм взаємодії, законодавчих прогалин та виправленні помилок. Зазначене в повній мірі стосується й реформи адвокатури.

Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015—2020 роки, яку схвалено Указом Президента України від 20 травня 2015 року № 276/2015 (далі — Стратегія), констатувала невідповідність формального статусу адвоката фактичним умовам здійснення адвокатської діяльності, в тому числі недосконалість практичного забезпечення прав адвоката і гарантій адвокатської діяльності; недосконалу систему формування органів адвокатського самоврядування та їх взаємодії, гарантій незалежності та належного виконання ними своїх функцій; недостатній рівень професійної підготовки адвокатів; неефективність дисциплінарного контролю і етичних стандартів в адвокатській діяльності; відсутність комплексного підходу та збалансованості у розподілі повноважень у системі надання безоплатної правової допомоги; недосконалість бюджетного і фінансового управління в системі адвокатського самоврядування.

Проблеми сучасної української адвокатури, безумовно, пов'язані із проблемами українського суспільства в цілому. Реформа адвокатури має провадитися одночасно з реформуванням судоустрою, прокуратури та інших правоохоронних органів.

Визначення видів правової допомоги, які можуть здійснюватися лише адвокатом, є одним з головних напрямків підвищення рівня надання кваліфікованої правової допомоги, забезпечення її доступності, посилення ролі адвокатури в суспільстві та адвоката у судовому процесі.

Зміни до Конституції України, запропоновані проектом Робочої групи з питань правосуддя та суміжних інститутів Конституційної комісії, створеної Указом Президента України від 3 березня 2015 року № 119, у ч. 2 ст. 131 передбачають здійснення захисту та представництва в судах саме адвокатурою. Такі зміни покликані забезпечити підвищення якості надання правової допомоги та якості здійснення правосуддя

в цілому, не обмежуючи при цьому учасників судового процесу у праві на доступ до правосуддя.

Впровадження зазначеного положення є не лише питанням адвокатури, адже стосується суспільства в цілому, реалізації конституційного права громадян та організацій на отримання кваліфікованої правової допомоги.

Кваліфікована правова допомога надається незалежним адвокатом, який має особливий статус. Особливості цього статусу отримують свій вираз, починаючи з процедури його здобуття, реалізуються при здійсненні адвокатом його повноважень, обранні організаційної форми діяльності, участі в адвокатському самоврядуванні, дотриманні Правил адвокатської етики, збереженні адвокатської таємниці, особливому порядку притягнення до відповідальності та інших гарантіях адвокатської діяльності.

У проекті змін до Конституції України привертає на себе увагу використання нового для українського законодавства терміна «правнича допомога».

Чинна редакція Конституції України (ч. 1 ст. 59) та діюче законодавство України, у тому числі закони України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», «Про безоплатну правову допомогу», процесуальне законодавство містять термін «правова допомога». На практиці широко використовується й термін «юридична допомога».

Правова (юридична) допомога традиційно розглядається як державна, недержавна (приватна, комерційна) діяльність професійних юристів з надання кваліфікованої допомоги фізичним та юридичним особам у розумінні, правильному застосуванні та дотриманні законодавства, консультації з юридичних питань та питань права, що спрямована на захист та сприяє дотриманню прав і законних інтересів громадян [15].

Можна погодитися із таким визначенням терміна «юридична допомога», проте правову допомогу не слід сприймати як тотожне їй поняття. За Законом України «Про безоплатну правову допомогу» правова допомога — це надання правових послуг, спрямованих на забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, захисту цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення (п. 3 ч. 1 ст. 1 Закону), а суб'єктами надання первинної правової допомоги є: органи виконавчої влади; органи місцевого самоврядування; фізичні та юридичні особи приватного права; спеціалізовані установи (ч. 1 ст. 9 Закону).

Порівнюючи поняття «правова допомога» та «правнича допомога», слід акцентувати увагу на тому, що у першому випадку йдеться про отримання допомоги з правових питань, а у другому — про отримання такої допомоги від спеціального суб'єкта — правника.

В юридичній літературі зазначалося, що «правник — це фахівець, який не лише має юридичну освіту, а, насамперед, є представником певної частини інтелектуальної еліти суспільства, покликаний виконувати місію надання правової допомоги як кожній окремії людині, так

і людським спільнотам: громадським об'єднанням і трудовим колективам, тобто суспільству в усіх сферах його життєдіяльності» [16, с. 29].

Таким чином, під правом розуміють фахівця у галузі права, тобто юриста, яким є як адвокат, так й інші особи: прокурори, нотаріуси, юрисконсульти, судді.

Використання зазначеного терміна у проекті змін до Конституції України сприймається неоднозначно. Фактично термін «правнича допомога» є неточним, адже передбачає ширше коло суб'єктів надання правової допомоги, ніж той, що мається на увазі. Якщо захист та представництво як види допомоги в суді здійснюються лише адвокатами (ч. 2 ст. 131 проекту), то має використовуватися термін «допомога адвоката».

Як зазначає С. Сафулько, «у ряді конституцій хоч і не вказується, що правова допомога забезпечується адвокатами, але це само собою розуміється через традиції суспільного ладу цих країн, і там це питання не виникає. За будь-яких обставин у проаналізованих нами конституціях і основних конституційних актах більш як 60 країн світу ми не знаходимо будь-якої згадки, крім адвокатів, на яких покладається правова допомога (захист, представництво), ще і про «фахівців у галузі права» [17, с. 135].

У будь-якому випадку термін «правова допомога» хоча й є більш узагальнюючим, але не таким помилковим у сприйнятті того, хто саме є суб'єктом надання правової допомоги в суді. Термін же «допомога адвоката» є найбільш коректним з точки зору здійснення захисту та представництва у судовому процесі.

Безоплатна правова допомога є видом правової допомоги та важливим міжнародним стандартом захисту прав та свобод людини. Реформування інституту безоплатної правової допомоги має здійснюватися у напрямку спрощення доступу громадян до безоплатної правової допомоги через удосконалення стандартів якості її надання та їх дотримання; розширення можливості надання первинної та вторинної безоплатної правової допомоги у цивільних та адміністративних справах, у тому числі у регіонах, на більш високому рівні; забезпечення належного фінансування системи надання безоплатної правової допомоги як з державного бюджету, так і з приватних джерел.

Система безоплатної правової допомоги має бути такою, аби, попри її управління і фінансування державою, вона залишалася незалежною від держави; за інших обставин у випадку конфлікту між інтересами громадянина та інтересами держави захист інтересів громадянина може опинитись під загрозою [18, с. 12].

До ключових проблем юридичної спільноти слід віднести й вирішення питання про подальшу діяльність юристів-підприємців, які на сучасному етапі діють поряд з адвокатами в судах. У світлі проекту змін до Конституції необхідно ретельно продумати механізм вступу до адвокатури практикуючих юристів.

Зарубіжний досвід свідчить про різні варіанти об'єднання юридичних професій; це, безумовно, — складний процес, який потребує визначення певних етапів та розробки заходів впровадження змін до законодавства.

У Франції реформа з об'єднання юридичних професій тривала майже 40 років. На першому етапі реформ у 1971—1972 роках були об'єднані професії повіреного при судах вищих інстанцій та консультанта-експерта в комерційних судах з професією адвоката [19]. Другий етап розпочався з 1 січня 1992 року, адже до цього часу адвокати, об'єднані у колегії, працювали окремо від представників ще однієї юридичної професії — юридичних консультантів [20; 21]. В результаті реформи юрисконсульти отримали можливість набути статусу членів адвокатських колегій, а до переліку видів адвокатської діяльності увійшли функції, які раніше були притаманні тільки професії юрисконсульта. Так, адвокати мають право створювати товариства комерційного типу, ставати членами об'єднань економічного стимулювання, які покликані сприяти економічній діяльності своїх членів. Третій етап реформ, який було розпочато в 2009 році та впроваджено з 1 січня 2012 року, завершив об'єднання юридичних професій, коли міністерство судових представників увійшло до інституту адвокатури [22; 23].

У Республіці Білорусь при впровадженні монополії адвокатів на судове представництво на підставі Закону Республіки Білорусь від 30 грудня 2011 року № 334-З «Про адвокатуру та адвокатську діяльність в Республіці Білорусь» за представниками юридичного консалтингу було збережено право після набуття статусу адвоката залишитися засновниками юридичних фірм, які вони очолювали до вступу в адвокатуру [24].

Монополія адвокатури на здійснення захисту та представництва, надання консультацій правового характеру діє також в Люксембурзі, Іспанії, Португалії, Норвегії, Греції, Кіпрі, Республіці Корея, Гонконзі, Тайвані.

Саме встановлення єдиних стандартів до діяльності захисників та представників може забезпечити довіру до юридичної професії, а підвищення ролі інституту адвокатури є логічним етапом еволюції правової системи.

У питанні забезпечення належної професійної діяльності адвокатури, управління юридичними професіями та представництва колективних інтересів адвокатів провідна роль належить Національній асоціації адвокатів України у відповідності до її статутних завдань.

Новий вектор розвитку адвокатури передбачає зміцнення на інституційному рівні Національної асоціації адвокатів України, забезпечення балансу повноважень органів адвокатського самоврядування, у тому числі кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури; удосконалення системи підзвітності органів адвокатського самоврядування, посилення відповідальності їх членів. Підвищення вимог до здійснення адвокатської діяльності, зокрема, посилення професійних та морально-етичних вимог до осіб, які мають намір отримати статус адвоката, удосконалення по-

ряду підвищення кваліфікації адвокатів та дисциплінарного контролю є важливою гарантією здійснення адвокатурою своїх функцій.

Запропоновані зміни до Конституції України мають стати поштовхом для подальших реформ, які мають включати удосконалення правового регулювання професійних прав та обов'язків адвокатів, соціально-економічних, фінансових та оперативних умов здійснення правової діяльності завдяки впровадженню системи страхування професійної цивільної відповідальності адвокатів, надання адвокатам права застосовувати спрощену систему оподаткування, обліку та звітності. Ефективність гарантій здійснення адвокатської діяльності обумовлює також впровадження ефективних механізмів притягнення до відповідальності посадових осіб за порушення гарантій незалежності адвокатів та посилення гарантій захисту адвокатської таємниці.

Л і т е р а т у р а

1. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 лип. 2010 р. № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 18, 19–20. — Ст. 132.
2. Грошевой Ю. М. Законодательство о судоустройстве Украины и проблемы его кодификации / Ю. М. Грошевой // *Правова система України: теорія і практика: матеріали наук.-практ. конф.* — К., 1993. — С. 376.
3. Про відновлення довіри до судової влади в Україні : Закон України від 8 квіт. 2014 р. № 1188-VII // Відомості Верховної Ради України. — 2014. — № 23. — Ст. 870.
4. Про очищення влади : Закон України від 16 верес. 2014 р. № 682-VII // Відомості Верховної Ради України. — 2014. — № 44. — Ст. 2041.
5. Про забезпечення права на справедливий суд : Закон України від 4 черв. 2015 р., підстава 469-19 // Відомості Верховної Ради України. — 2015. — № 18, 19–20. — Ст. 132.
6. Президент про реформу системи правосуддя: Людям немає де шукати справедливості. Ми з вами разом мусимо це змінити [Електронний ресурс] : [зустріч Президента зі студентами та викладачами КНУ ім. Т. Г. Шевченка 6 листоп. 2015 р.] // Офіційний сайт Президента України. — Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/news/prezident-proreformu-sistemi-pravosuddya-lyudyam-nemaye-de-36260>.
7. КСУ оголосив перерву в «очищенні влади» // *Юридична газета*. — 2015. — № 43. — С. 1, 2.
8. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 лип. 2010 № 2453-VI // Відомості Верховної Ради. — 2010. — № 41–42, 43, 44–45. — Ст. 529.
9. Арсеній Яценюк вирішив підмінити собою Конституційну комісію [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://ukr.lb.ua/news/2015/10/21/318906_kabmin_zaproponuvav_alternativu.html.
10. *Судоустрій України* : підручник / С. В. Ківалов, Ю. Є. Полянський, М. В. Косюта, В. В. Долежан ; за ред. С. В. Ківалола ; рец.: О. П. Подцерковний [та ін.] ; НУ ОЮА. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — 385 с.
11. *Правосуддя* / В. Т. Макаренко // *Юридична енциклопедія*. — К., 2008. — Т. 5. — С. 50–51.
12. *Прокуратура України* : навч. посіб. / П. В. Шумський. — К. : Вентурі, 1998. — 336 с.
13. Про прокуратуру : Закон України від 5 листоп. 1991 р. № 1789-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 53. — Ст. 793.
14. Про прокуратуру : Закон України від 14 жовт. 2014 р. № 1697-VII // Відомості Верховної Ради України. — 2015. — № 2–3. — Ст. 12.

15. Юридическая помощь [Електронний ресурс] // Большой юридический словарь. — 3-е изд., доп. и перераб. / под ред. А. Я. Сухарева. — М.: ИНФРА-М., 2007. — Режим доступа: <http://slovari.yandex.ru/dict/jurid/article/jur3/jur-6866.htm&stpar1=1.7.1>.
16. Сущенко В. М. Модель професійної культури правника: критерії та підходи / В. М. Сущенко // Наукові записки. — Т. 90. Юридичні науки. — С. 29–33.
17. Сафулько С. Українська адвокатура: в очікуванні вчорашнього дня / С. Сафулько // Право України. — 2010. — № 3. — С. 133–139.
18. Бова Е. Ю. Організація безоплатної правової допомоги в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / Е. Ю. Бова. — К., 2009. — 20 с.
19. Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques [Електронний ресурс]. — Режим доступа: www.legifrance.gouv.fr.
20. Loi n°90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques [Електронний ресурс]. — Режим доступа: www.legifrance.gouv.fr.
21. Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat [Електронний ресурс]. — Режим доступа: www.legifrance.gouv.fr.
22. Décret n°2009-685 du 12 juin 2009 modifiant l'article 43 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat [Електронний ресурс]. — Режим доступа: www.legifrance.gouv.fr.
23. Loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées (actes d'avocat) [Електронний ресурс]. — Режим доступа: www.legifrance.gouv.fr.
24. Закон Республики Беларусь от 30 декабря 2011 г. № 334-З «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» [Електронний ресурс]. — Режим доступа: <http://www.rka.by/content/zakon-ob-advokature-i-advokatskoy>.

А н о т а ц і я

Ківалов С. В., Полянський Ю. Е., Долежан В. В., Бакаєнова Н. М., Свида О. Г. Реформування судової влади та суміжних інститутів в Україні. — Стаття.

У статті досліджуються проблеми конституційного і законодавчого регулювання процесів реформування судової влади України та суміжних інститутів. Стаття містить аналіз основних аспектів судової реформи, включаючи зміни до Конституції України в частині правосуддя, та пропонує стратегічний погляд на розвиток судової системи України відповідно до європейських стандартів. Автори висловлюють свої погляди та доходять висновків щодо запропонованих конституційних змін.

Ключові слова: Конституція України, судова влада, прокуратура, адвокатура, судово-правова реформа.

А н н о т а ц и я

Кивалов С. В., Полянский Ю. Е., Долежан В. В., Бакаева Н. М., Свида А. Г. Реформирование судебной власти и смежных институтов в Украине. — Статья.

В статье исследуются проблемы конституционного и законодательного процессов реформирования судебной власти и смежных институтов в Украине. Статья содержит анализ основных аспектов судебной реформы, включая изменения к Конституции Украины в части правосудия, и предлагает стратегическое видение путей развития судебной системы в Украине в соответствии с европейскими стандартами. Авторы высказывают мнения и приходят к выводам относительно предлагаемых конституционных изменений.

Ключевые слова: Конституция Украины, судебная власть, прокуратура, адвокатура, судебно-правовая реформа.

S u m m a r y

Kivalov S. V., Poliansky Y. E., Dolezhan V. V., Bakayanova N. M., Svida O. G. **Reforming the Judiciary and Related Judicial Institutions in Ukraine.** — Article.

The article studies the problems of constitutional and legislative regulation of the process of reformation of the judiciary and related judicial institutions in Ukraine. The article includes the analysis of main aspects of the judicial reform, including the draft amendments to the Constitution of Ukraine with respect to justice, and offers a strategic vision of the ways to bring the judicial system of Ukraine into compliance with the European standards. The authors express their opinion and make suggestions regarding the proposed constitutional draft amendments.

Keywords: the Constitution of Ukraine, the judiciary, procuracy, advocacy, judicial reform.

УДК 340.12:352

*Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, О. С. Мельничук,
К. В. Горобець, Ю. В. Хижняк*

МІСЬКА ПРАВОВА СИСТЕМА ЯК ВІДОБРАЖЕННЯ ЦІЛІСНОСТІ МІСЬКОГО ПРАВА (НА ПРИКЛАДІ ДЕЯКИХ УКРАЇНСЬКИХ МІСТ)

**Урбаністична правова система:
правова система міста та міська правова система**

Актуалізація проблематики міського права у сучасному історичному аспекті є відображенням тенденцій розвитку центру і периферії сучасної держави. Понад те, складно сперечатися з тим, що сьогодні державні інституції починають втрачати свою монополію на право, що по суті означає визнання ідеї правового плюралізму та усвідомлення того факту, що право формується як продукт життєдіяльності суспільства, а не правотворців. При цьому на шляху формування теорії міської правової системи слід використовувати увесь арсенал методологічних засобів, який пропонує юриспруденція. У той же час дослідження такого роду неможливо проводити без використання системного підходу.

Мета дослідження полягає у використанні системного підходу в утвердженні міської правової системи, правових систем окремих українських міст, характеристиці їх основних властивостей та практичного втілення міського права у правовому житті України.

Стан дослідження проблематики. Питання міської правової системи до сьогодні залишаються малодослідженими в загальнотеоретичному дискурсі. А втім окремі аспекти цієї проблематики розкривалися у працях Р. А. Ромашова, М. І. Корнієнко, В. В. Таболіна, А. В. Корнева та ін. Крім того, концептуальне значення мають сучасні інтерпретації права та правової системи як особливих соціальних систем: С. С. Алексєєв, Р. Алексі, З. Н. Аюпова, М. Й. Байтін, О. М. Балинська, М. О. Большунов, Є. Булигін, Л. О. Гладишева, Р. Давід, Р. Дворкін, Ж. Карбоньє, Л. А. Луць, С. І. Максимов, Б. В. Малишев, О. В. Малько, М. Г. Матузов,

Ю. М. Оборотов, Н. М. Оніщенко, Є. Л. Поцелуєв, Дж. Раз, Н. Рулан, Ю. О. Тихомиров, М. Г. Хаустова, І. Л. Честнов та ін.

Виклад основного матеріалу. Міське право постає складним феноменом, що має велику кількість граней, інтерпретацій та іпостасей. Одна з таких іпостасей — урбаністична правова система, яка є проявом правового образу міста, його логічним продовженням. Двоякість урбаністичної правової системи як міської правової системи та правової системи міста пов'язана із застосуванням теорії правової системи при виявленні напрямів розвитку міського права як інституціоналізованої форми правового буття.

Для загальнотеоретичної юриспруденції питання про поняття правової системи, її внутрішню будову, зміст, співвідношення із поняттям права, про її межі, форму тощо стають усе більшою мірою актуальними. Це зумовлено, з одного боку, дослідженнями у сфері порівняльного правознавства, яке створює попит на відповідні загальнотеоретичні розробки. З іншого боку, формування сучасної парадигми юриспруденції як ніколи визначається ідеями цілісного сприйняття соціальної реальності, що отримує своє вираження в уявленнях про взаємодію різних її складових. Як підкреслюється спеціалістами у сфері методології науки, якщо для класичної та неklasичної науки керівною була ідея диференціації наукового знання, то для постнекласичної — його інтеграції [1, с. 42].

На ці обставини звертає увагу також Дж. Раз. На його думку, теорія правової системи безпосередньо має справу з чотирма основними проблемами:

1) проблема існування: що саме дозволяє нам стверджувати про існування чи не існування правової системи? Чому ми говоримо, що французька правова система існує у Франції, але не в Бельгії?

2) проблема ідентичності: яким є критерій, що визначає, до якої правової системи належить конкретний закон?

3) проблема структури: чи можна говорити про існування єдиних структурних закономірностей для усіх правових систем, чи кожна з них має свою унікальну будову?

4) проблема змісту: чи існують типи законів, які в тій чи іншій формі виникають у будь-якій правовій системі? Чи є якісь такі змістовні елементи, які існують в усіх правових системах? [2, р. 1–2]

Аналізуючи ці фундаментальні проблеми правової системи, американський філософ права пише, що юристи чомусь вважають, що, визначивши поняття права, вони автоматично вирішують і проблему існування правової системи, хоча насправді це далеко не так [2, р. 3]. Дійсно, незважаючи на значні успіхи, досягнуті через десятиліття після виходу монографії цього науковця, не можна стверджувати, що загальнотеоретична проблематика правової системи знайшла більш-менш конвенціональне вирішення. З'явилися нові типи правових систем (наприклад, інтеграційні), усе частіше досліджується проблема фрагментації міжна-

родно-правової системи. Якісна відмінність між різними правовими системами не дозволяє остаточно порівнювати їх та здійснювати їх структурно-функціональний аналіз, виходячи із запропонованих Дж. Разом проблем, адже ці види правових систем мають різні цілі, різні засоби їх досягнення та різні механізми забезпечення потреб суб'єктів. Серед «нетрадиційних» правових систем можна виділити міську правову систему. Зазначимо, що її доволі складно розглядати, спираючись на усталені уявлення про правову систему як явище, що формується на національному (державному рівні). Тут варто навіть прислухатися до думок, які ще кілька десятків років тому вважалися доволі радикальними: якщо можна констатувати поступову історичну «смерть» концепції «держави-нації» з переходом до «держави-корпорації» [3], то й національна правова система усе більшою мірою стає підвладною процесам ерозії, а тому до сучасних механізмів правового впливу має застосовуватися плюралістичний підхід, заснований на виході права за межі державних структур [4, с. 93].

Слід зазначити, що теорія правової системи сьогодні бурхливо розвивається, що, безумовно, пов'язано зі стрімким зростанням популярності юридичної компаративістики. Водночас у літературі звертають увагу на недоцільність переведення теорії правової системи винятково в площину порівняльного правознавства, оскільки це не відповідає статусу цієї сфери знань [5]. Однак, як не парадоксально це виглядає, при розкритті змісту категорії «правова система» практично не використовується системна методологія, що призводить до суттєвих проблем як усередині теорії правової системи, так і в загальнотеоретичній юриспруденції загалом.

Слід також зазначити, що правова система часто розглядається як певна альтернатива поняттю «право», хоча це не зовсім коректний підхід. Більш доцільно говорити про те, що правова система є одним з аспектів правового буття поряд із іншими аспектами, такими як правове життя, правова реальність, правова культура. Тут цілком слушною є думка О. В. Малька, що термін «правове життя» містить у собі весь комплекс юридичних явищ — як позитивних, так і негативних. І якщо до перших, на його думку, слід віднести право як таке, правову систему, юридичну практику, правосвідомість та правовий порядок, то до других — протиправні явища, які створюють перепони для позитивної юридичної діяльності. Отже, правова система виступає як нормативно-впорядковуючий прояв права, який створює нормальні умови для його функціонування [6, с. 7].

Можна констатувати існування трьох основних підходів до розуміння правової системи. Представники першого підходу схильні розглядати правову систему у контексті різних форм зовнішнього вираження та закріплення правових норм, а також їх взаємодії між собою. Зокрема, такої точки зору дотримується Ю. О. Тихомиров: «Правова система є базовим юридичним поняттям, яке охоплює усі правові акти та їх зв'язки у національно-державному масштабі» [7, с. 6].

Характерною рисою другого підходу до правової системи є прагнення охарактеризувати її не лише крізь призму правових норм, але й інших інституціоналізованих елементів правової дійсності. Таку точку зору послідовно обстоював С. С. Алексєєв, коли писав, що правова система — «це все позитивне право, яке розглядається у єдності з іншими активними елементами правової дійсності — правовою ідеологією та судовою (юридичною) практикою» [8, с. 47].

Нарешті, третій підхід, який сьогодні стає все більш популярним, полягає у тому, що правова система розглядається як явище, котре включає абсолютно всі правові феномени, усю правову дійсність, яка існує у суспільстві (мабуть, саме завдяки популяризації цього підходу поступово відбулося змішування понять «право» та «правова система»). Така позиція, зокрема, послідовно простежується у працях М. Г. Матузова, який пише: «Правова система охоплює весь юридичний апарат, усю юридичну діяльність, здійснювану в різних формах» [9, с. 9]. Такої ж думки дотримується С. В. Поленіна: «Поняття «правова система» включає в себе всю сукупність правових феноменів, у тому числі правореалізацію, правосвідомість, правову культуру та ін.» [10, с. 4]. Схожу позицію займає Н. М. Оніщенко. На її думку, правова система постає комплексом юридичних явищ, пов'язаних єдиною метою — забезпеченням прав і свобод людини і громадянина [11, с. 40–44].

Для розуміння правової системи важливим є питання, всі чи не всі правові явища вона в себе включає, охоплює чи не охоплює негативні елементи правового життя тощо. При цьому центральним має бути питання інституціоналізації правової системи, тобто здатності вирішувати ті завдання, які стоять перед правом — забезпечення безпеки людини, захист її прав, інтеграція суспільства. Інституціоналізована правова система є ефективним фактором забезпечення соціального життя. Інституціоналізація в правовій та державній сферах пов'язана зі схильністю членів спільноти слідувати правовим розпорядженням у своїй поведінці та схильністю членів цієї спільноти сприяти реалізації правових норм у поведінці інших членів цієї спільноти [12, с. 133]. Кожна правова система залежить від того, наскільки її члени активні в реалізації нормативних приписів та поширенні правових цінностей. Це, своєю чергою, є причиною відсутності хоча б навіть двох однакових правових систем.

Визначення специфіки міської правової системи потребує не лише застосування урбаністичної методології як особливої міждисциплінарної науково-дослідної програми, але й системної методології, за допомогою якої уможливорюється структурно-функціональний аналіз міського права. Тут слід погодитися з Л. А. Луць, що без методології системного аналізу будь-які судження про правову систему приречені на поверховість [13]. Водночас варто підтримати думку про те, що розгляд права як системи передбачає багато різних підходів, оскільки правова система є не єдиним проявом системності права. Саме тому слід визначити, в якому сенсі міське право буде розумітися як система.

При дослідженні правових систем на рівні загальнотеоретичної юриспруденції важливим є питання про співвідношення понять «право» і «правова система», щодо якого склалося три основні підходи:

а) поняття «правова система» і поняття «право» тотожні за обсягом і можуть використовуватися як синоніми. Наприклад, це характерно для порівняльного правознавства, де можна однаково використовувати поняття «право України» і «українська правова система», «право Франції» і «французька правова система» тощо. Основна риса цього підходу полягає у тому, що право розглядається як реально існуюче лише тоді, коли воно втілене у певному інституційному утворенні. Інакше кажучи, не відбувається розмежування права як поняття та реального діючого права. Прикладом такої позиції є підхід В. І. Червонюка, на думку якого «правова система постає як об'єктивно існуюча в різних країнах соціально-правова реальність» [14, с. 597]. У західній юриспруденції такого підходу дотримуються Р. Давід [15], Ж. Карбоньє [16] та інші науковці, які розуміють правову систему як взятую в єдності систему джерел права;

б) поняття «правова система» ширше, ніж поняття «право». Така точка зору сьогодні є домінуючою, що пов'язано, насамперед, з позитивістською традицією у пізнанні змісту права. Типовими є твердження, згідно з якими «право [...] є ядром правової системи» [17, с. 528]. Дійсно, якщо зводити право лише до системи нормативів, то такий підхід виправданий, оскільки в такому випадку за межами розгляду залишаються механізми правового впливу, а правова система є «сукупністю внутрішньо узгоджених, взаємопов'язаних, соціально однорідних юридичних засобів, методів, процедур, за допомогою яких публічна влада здійснює регулятивно-організуючий вплив на суспільні відносини, реалізує засоби юридичної відповідальності» [18, с. 388]. Така традиція розгляду правової системи пов'язана з розробками С. С. Алексєєва, який наполягав на тому, що правова система включає в себе «саме право як особливе інституційне нормативне утворення, судову та іншу юридичну практику, правову ідеологію, правотворчу та правозастосовну діяльність компетентних органів, сукупність правових актів-документів, у тому числі нормативних, індивідуальних, інтерпретаційних, індивідуальні правові приписи, правовідносини (суб'єктивні права та юридичні обов'язки, юридичні санкції)» [19, с. 322]. Іноді такий варіант співвідношення права та правової системи використовують і європейські теоретики права. Так, Б. Рютерс пише, що «до кожного правового положення треба ставити питання про його значимість для системи і поставити його у взаємозв'язок відповідного закону і загалом правопорядку. Окрема норма є частиною загального правопорядку і знаходиться у тісному внутрішньому та зовнішньому зв'язку з іншими численними правовими положеннями. Отже, правопорядки не є непов'язаними одна з одною правовими нормами на кшталт купи піску. Взаємодія окремої норми з іншими нормами часто позначається терміном «правова система»

[20, s. 106]. У цьому судженні яскраво простежується ідея Г. Кельзена про ототожнення права та правового порядку, а тому зроблено акцент на взаємозв'язку норм, ієрархічна будова яких утворює правову систему. Але якщо включати до права й інші феномени, через які виражається буття права, наприклад, правові відносини, правосвідомість, правові цінності тощо, такий підхід не спрацює. Проблема полягає в тому, що право і механізм його реалізації ніби відірвані один від одного. Такий підхід, як уявляється, містить у собі внутрішнє протиріччя: якщо правова система є певною сукупністю юридичних засобів, то тоді незрозуміло, чому ці юридичні засоби не є елементами самого права;

в) третій підхід, в якому поняття «право» трактується як більш широке поняття, ніж поняття «правова система» [21, с. 53–54]. Тут, крім того, що право розуміється у широкому сенсі, тобто включає в себе, крім норм, ненормативні елементи правової реальності [22, с. 5], використовується ще один аргумент. Так, на думку Ю. М. Оборотова, право постає як така, що склалася історично, морально обґрунтована і релігійно вивірена, легалізована ціннісно-нормативна система, що розрахована на всезагальне визнання (легітимацію) і відповідну поведінку людей, організацій, соціальних спільнот, в якій використовуються процедури, формалізовані рішення і державний примус для попередження і розв'язання конфліктів, збереження соціальної цілісності [23, с. 52]. Тобто право постає як ідея, система уявлень про те, як має бути впорядковано суспільство. Правова система — це окремий випадок реалізації цієї ідеї. Такої точки зору дотримуються також деякі західні теоретики, наприклад, Дж. Раз [24], Р. Дворкін [25] та Є. Булігін [26]. Право при цьому може мати й інші форми свого буття, наприклад, правова культура, правове життя, правова реальність тощо, які формують різні його грані та іпостасі. Як точно підкреслює М. Г. Хаустова, «правова система — це право, взяте в цілісно-понятійному, розгорнутому й функціональному стані» [27, с. 6].

Саме на основі розгляду правової системи як прояву права буде розглядатися проблематика міської правової системи. Але тут варто наголосити, що системний підхід у юриспруденції та теорія правової системи, особливо в її застосуванні до міської правової системи, мають базуватися на апеляції до філософських підвалин системної теорії.

Як вважають спеціалісти з системного підходу, його основний зміст до правових явищ полягає в такому:

— системний підхід є методологічним підґрунтям, фундаментом, основою дослідження правової системи;

— він є системоутворюючим чинником, що сприяє виникненню й розвитку сукупності властивостей правової системи;

— звівши ці явища в систему, необхідно визначити місце та роль кожного з елементів і функцій, що ними виконуються;

— варто окреслити ієрархічну співпорядкованість останніх, а також їх закономірні зв'язки;

— треба виявити протиріччя, властиві правовій системі, які зумовлюють її подальший розвиток і перетворення. Вони можуть бути: а) між правом та законодавством і юридичною практикою; б) між правом та законодавством і суспільною правосвідомістю; в) між юридичною практикою і правовою ментальністю народу; г) між законодавством та юридичною практикою і рівнем розвитку юридичної науки та ін. У вирішенні цих протиріччя — джерело розвитку правової системи, а одна з їх причин — різночасність визрівання тих чи інших компонентів правової системи;

— системний підхід до аналізу функціонування правової системи дозволяє розглядати її як складну соціальну групу, а також виявити головний напрям її формування й розвитку;

— правова система становить цілісне правове утворення, систему юридичних засобів, за допомогою яких офіційна влада законодавчо впливає на поведінку людей;

— системний підхід до правових явищ і конструкція правової системи відкривають додаткову можливість для виявлення причин дисфункційних збоїв в її функціонуванні, або, мовою кібернетики, — тих «шумів», які супроводжують це функціонування. Такі дисфункційні збої можуть виникати на рівні конкретних компонентів правової системи. Остання може дисфункціонувати або функціонувати недостатньо ефективно. Саме системний підхід дозволяє з'ясувати причини такого дисфункціонування її елементів [28, с. 307–308].

Одна із важливих теоретичних проблем, пов'язаних з категоріальним статусом правової системи, — це її співвідношення з іншими суміжними категоріями сучасної юриспруденції. Так, М. Г. Хаустова зазначає, що особливе теоретико-методологічне значення має розмежування правової системи, правової надбудови, правової реальності та правового життя [29]. Утім, з точки зору уявлень про те, що правова система є вужчим поняттям, ніж право, таке розмежування втрачає своє методологічне значення, оскільки усі ці чотири категорії є, по суті, просто різними шляхами концептуалізації права, виступаючи його основними іпостасями. Такої точки зору дотримується також С. І. Максимов, коли стверджує, що категорія «правова система» є загальнотеоретичним аналогом філософсько-правової категорії «правова реальність» [30, с. 55]. Продовжуючи цю ідею, можна представити категорію «правове життя» як соціолого-правовий аналіз правової системи та правової реальності.

Ці три ключові іпостасі права змінюють одна одну не онтологічно, а гносеологічно. Тобто це просто три різних підходи до онтологічної характеристики одного явища — права. Виходячи з цього, можна зауважити, що і правова реальність, і правове життя, і правова система є системами, але різними, внаслідок того, що при їх побудові використовуються різні концепти.

Ці судження наштовхують на думку, що саме поняття системи є надзвичайно багатограним і плюралістичним. При цьому, як зазначає А. Ю. Цофнас, слід розмежовувати системний підхід і системний ме-

тод як різні методологічні одиниці. Системний підхід здійснюють не лише ті, хто свідомо застосовує якусь із численних теорій систем, а й ті, хто мислить про свій предмет як про систему, відрізняє її від інших систем чи від того, що системою, на їх думку, не є, і отримують з цього певні наслідки. Водночас системний метод — це і є свідоме застосування певної теорії систем, коли або обмежуються представленням об'єкта у вигляді системи і його специфічною системною характеристикою, або йдуть далі, до застосування теорії систем у повному обсязі — зі всіма її дистинкціями, чіткою послідовністю кроків та операцій, спрямованих на отримання нових знань чи практичного результату [31, с. 26–27].

Звернення до системного підходу в рамках гуманітарних і соціальних наук дає підстави для розширення сучасного розуміння багатьох явищ. Цінною є розробка загальної теорії систем у філософській думці з урахуванням її особливостей мови тернарного опису [32, с. 42]. При використанні теорії систем в юриспруденції відкриваються нові можливості для виявлення та визначення параметрів будь-якого предмета дослідження. При цьому результативність цього процесу може бути пов'язана не лише з чітким виявленням характеристик феномена, що пізнається, але й з його формальною визначеністю.

Твердження про те, що будь-який об'єкт є системою, якщо в цьому об'єкті реалізуються якісь відношення, що має певну властивість, дає можливість верифікувати або фальсифікувати його в руслі юриспруденції. При цьому система розглядається з позиції трьох основних понять: концепт, тобто ідея, з точки зору якої розуміється система; субстрат, який складається з елементів, на яких реалізовано концепт; структура, тобто сукупність зв'язків між елементами субстрату.

Вивчення міста як феномена в рамках загальнотеоретичної юриспруденції є одним з чинників, що підтверджує розуміння міського права як правової системи. Виведення міста в центр певної системи як концепту дає підставу для побудови особливої моделі системи міського права, яка може бути підкріплена доказами свого існування як в історичному, так і в сучасному контексті.

Міське право є проявом правового плюралізму, адже воно існує поряд і паралельно з іншими системами, такими як національне право, інтегративне право тощо. Тим часом сама ідея плюралізму часто не сприймається через близькість до еkleктики, тобто простої сукупності методів, підходів та концепцій, пов'язаних лише ситуативно. Саме тому важливо розкрити власний зміст принципу методологічного плюралізму. Для цього доцільним є використання методології загальної теорії систем. З цієї точки зору плюралізм постає як метапринцип, і його можна сформулювати двома способами: «плюралізм — це можливість побудови однієї і тієї ж системи на основі різних концептів» або «плюралізм — це можливість побудови різних систем на основі одного концепту» [33, с. 245].

Звісно, право є складною системою, а тому неможливо визначити єдиний концепт, тобто один сенс, в якому ми розуміємо його як систему. Саме тому жодне представлення права як системи не може претендувати на істинність. Ця теза може бути обґрунтована суто логічним шляхом, без апеляції до ідей плюралізму праворозуміння. Видатний логік ХХ століття А. Гарський, один із авторів неопозитивістської інтерпретації істини, стверджував, що для достатньо багатих мов (як природних, так і штучних) не може існувати єдиного критерію істини. Цей висновок обґрунтовується теоремою про неповноту Гьоделя: система дедуктивних суджень не може мати єдиного критерію істинності, якщо система не є завершеною (закритою), тобто навіть найбільш злагоджену систему дедуктивних суджень (наприклад, математичну теорію) неможливо звести до одного-єдиного логічно істинного судження [34].

Навіть такий досить побіжний погляд на плюралізм з точки зору системного підходу демонструє, що право є плюралістичним навіть більшою мірою, ніж про це зазвичай говорять, адже воно не є суто дедуктивною системою. Спроби обґрунтувати право з позицій дедуктивних систем, які мали місце у радянській юриспруденції (наприклад, розробки В. К. Бабаєва на тему «Норма права як істинне судження» [35]) не можна вважати успішними з огляду на те, що право є відкритою системою, зміст якої не вичерпується судженнями (нормативними чи ненормативними).

Побудова однієї системи на основі різних концептів є пропозиційним плюралізмом, оскільки він заснований на різних судженнях, які ведуть до одного висновку. Прикладом пропозиційного плюралізму в юриспруденції є існування різних концепцій праворозуміння в межах одного його типу (наприклад, етатизм, нормативізм, неонормативізм — у межах юридичного позитивізму).

При дослідженні правових систем різного рівня пропозиційний плюралізм має значення для обґрунтування єдності ідеї права та його структури при різноманітності їх прояву. Так, національні, інтегративні правові системи, міжнародна правова система, а також поступово виникаючі глобальна та міська правові системи мають різні цілі, але при цьому використовують однакову систему правових засобів. Пропозиційний плюралізм як методологічний принцип здебільшого використовується на теоретичному, дедуктивному рівні при виявленні можливостей різних підходів до одного й того ж правового явища. Так, на основі пропозиційного плюралізму можуть розвиватися уявлення про необхідність одночасного використання антропологічного, феноменологічного, герменевтичного та інших так званих суб'єкт-орієнтованих методологічних підходів до права [36, с. 463–464].

У методологічному сенсі пропозиційний плюралізм має використовуватися також для формування нових юридичних концептів. Концепти, на противагу категоріям, мають самостійне буття, тобто вони не залежать від протилежних концептів, а виступають самостійними смисловими

«згустками» [37, с. 43]. Наприклад, для обґрунтування концепту міського права не обов'язково протиставляти його «сільському праву». Міське право та міська правова система з точки зору ідеї пропозиційного плюралізму мають самостійний концептуальний статус.

Побудова різних систем на основі одного концепту є концептуальним плюралізмом: в його основі лежить не судження, а поняття. Використання поняття «право» як концепту може бути основою для побудови надзвичайно різноманітних систем залежно від того, в якому системному значенні розуміється це поняття (наприклад, «право — це міра свободи і справедливості» або «право — це воля влади»).

Для концептуального плюралізму характерним є максимально широкий зміст концепту, коли існує можливість для широкого кола його інтерпретацій. Наприклад, концепт міста можна використовувати для побудови багатьох систем наукового знання у сфері економічної теорії, соціології, політології, етногеографії, а також юриспруденції. Саме тому концептуальний плюралізм сьогодні набуває усе більшого значення, адже він тісно пов'язаний з іншим принципом постнекласичної науки, а саме з принципом міждисциплінарності. Синтезування різних наукових напрямів, які досліджують суміжні предмети, відбувається шляхом їх концептуального зближення. Таке концептуальне зближення стає можливим за умови визнання плюралістичної природи права та його проявів.

Отже, два розуміння плюралізму, що взаємно доповнюють одне одного, можуть використовуватися при поясненні плюралістичної природи права незалежно від типу праворозуміння, що, на нашу думку, дає йому можливість вважатися науковим принципом. Використання пропозиційного та концептуального плюралізму в сучасній юриспруденції, з одного боку, дозволяє відмежувати використання цього принципу від еkleктики, а з іншого — розкрити плюралістичну природу права на методологічному рівні загальної теорії систем.

Представлення міста як концепту міського права, що існує разом з іншими рівнями права (національним, інтеграційним і міжнародним), дає підставу для більш глибокого вивчення міського правового простору. При цьому очевидно є можливість використання системного підходу, де концептом системи розглядатиметься місто, субстратом виступатиме міський правовий простір, а структурними складовими є ціннісна, нормативна, суб'єктна та комунікативна наповненість.

Відповідно, міське право, його структура, яка відповідає концепту, включає в себе також особливості правового статусу міста, його типологію, вплив на правову сферу, специфіку образу права у міській людини. Право у цьому контексті розглядається як творіння міської культури. У зв'язку з цим важливо підкреслити, що право як історично сформована ціннісно-нормативна система першочергово мислиться як міське явище, а вся історія архаїчного права — це за своєю сутністю історія міського права. Слід зазначити, що й сьогодні місто є центральною ланкою не тільки територіального розвитку, але й розвитку правового

та державного. Тому міське право виступає як правова система зі своїми складовими у вигляді особливих суб'єктів, правових джерел, інститутів, набору функцій, ціннісно-нормативних підстав та багаторівневих правових відносин, що може бути обґрунтовано з позицій його розуміння крізь призму системного підходу.

Варто зауважити, що правова система будь-якого типу (національна, міжнародна, інтегративна тощо) має розглядатися з позицій поєднання в її змісті статичної та динамічної. На цю обставину звертали увагу ще радянські теоретики та філософи права [38; 39]. Як вірно стверджує М. О. Большунов, під правовою системою слід розуміти комплекс соціально-юридичних феноменів, що відображають сутнісні характеристики права, які характеризуються відносною самостійністю, стабільністю та якісною визначеністю у поєднанні з динамізмом та розвитком [40, с. 64–65].

Розгляд міського права як особливої правової системи дозволяє стверджувати, що воно утворює правові системи нового типу — урбаністичні правові системи. Вони включають в себе правові системи міст та міські правові системи:

а) правова система міста формується у процесі інституціоналізації міського правового простору, коли в межах міста формуються особливі правила поведінки, які отримують нормативно-правове закріплення та соціальне визнання. Правова система міста також пов'язана з виділенням особливих організаційних інститутів, що діють в межах того чи іншого міста. Так, в історичному аспекті багато європейських міст формували власні міські правові системи, багато з них існують і нині (зокрема, в Англії, Франції, Німеччині, Чехії, а також у містах, які володіють автономним статусом у державі — наприклад, Аоминь і Гонконг в Китаї). Якщо говорити про Україну, то сьогодні перспективою формування автономної правової системи володіє місто Київ, оскільки йому на законодавчому рівні надана така можливість. Решта міст реалізують свою можливість щодо створення правових систем лише на зародковому рівні — шляхом прийняття статутів територіальних громад міст, які багато в чому дуже подібні і слабо відображають специфіку того чи іншого міста. Варто сподіватися, що в результаті заявленої урядом децентралізації міста отримають більш широкі можливості щодо формування автономних правових систем;

б) міська правова система існує як правова система міста, що вийшла за межі його правового простору, і використовується як зразок для побудови правових систем інших міст. Так, історично відомі багато моделей міських правових систем — Магдебурзьке право, Хелмінське право, Готландське право, Ризьке право тощо. Сформовані і відточені в так званих материнських містах, вони пізніше стали використовуватися за транскордонним принципом (тобто існування міських правових систем не було пов'язане із законодавством тієї чи іншої держави, ці правові системи існували паралельно).

Отже, використання системного підходу у розумінні міського права виводить до визнання міської правової системи (Магдебурзьке право, Хелмінське право, право міст порто-франко тощо) та правової системи міста, яка включає у себе міське право одного міста (міське право Львова, Києва, Одеси тощо). Відповідно, міське право — це міська правова система або правова система міста, яка складається з відповідних компонентів: статусного (суб'єктного), ціннісного, нормативного, інституційно-функціонального та комунікативного.

Міське право може стосуватися, з одного боку, правових відносин між містом та державою, містами, містом та окремим городянином тощо, де місто набуває особливого правового статусу. З іншого боку, концепт муніципального права є надто широким, оскільки охоплює питання місцевого самоврядування не лише у містах. Отже, наявні дві різні системи зі своїми концептами, які мають, відповідно, різну структурну організацію.

Системне забарвлення міського права пояснюється також тим, що міське право має специфічну телеологічну характеристику. Як зазначає Б. В. Малишев, правова система завжди постає як автономна цілісна взаємоузгоджена сукупність правових явищ, що функціонує з метою досягнення суспільних ідеалів-цінностей справедливості, рівності, свободи і гуманізму [41, с. 16]. Інакше інтерпретує цільову спрямованість правових систем З. К. Аюпова, яка, розглядаючи правову систему як полісистемний комплекс нормативного, ідеологічного й організаційного рівнів правової дійсності, пов'язує її зі здійсненням інтегративної, регулятивної і комунікативної функцій, які використовуються з метою зміцнення правового порядку. Характерним при цьому є твердження автора, що головною функцією правової системи є інтегративна, на противагу тому, що головною функцією права виступає регулятивна [42, с. 49].

Цікавою є альтернативна позиція, запропонована О. М. Балинською. На її переконання, цілеспрямованість правової системи завжди має розкриватися крізь призму дуальної характеристики «цілеспрямованість/безцільність». При цьому якщо цілеспрямованість чітко пов'язується з потребами, що формуються у суспільства і які отримують своє вираження у змісті правових норм, то безцільність права пояснюється не відсутністю у правової системи якоїсь мети, а розпорошеністю правового впливу, коли система правових інститутів розглядається як статична система [43, с. 31–32].

Як правило, мета того чи іншого елемента правової реальності в нормативному вимірі встановлюється у преамбулі нормативно-правового акта. Наприклад, у преамбулі до Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» закріплено: «Цей Закон відповідно до Конституції України визначає систему та гарантії місцевого самоврядування в Україні, засади організації та діяльності, правового статусу і відповідальності органів та посадових осіб місцевого самоврядування» [44]. Тобто

мета муніципального права виражається у побудові єдиної системи принципів, на яких здійснюється місцеве самоврядування в Україні. Вважаємо, що ключова телеологічна характеристика міського права — це збереження цілісності міського правового простору, забезпечення унікальності та культурної самобутності кожного міста, а також розвиток міст на основі інклюзивної системи міського управління. Тобто телеологічна характеристика міського права передбачає існування зовсім інших вимірів міського права, його функціональність пов'язана із забезпеченням належного рівня сталого розвитку міст, їх інституціоналізації як центрів економічного, політичного, наукового та правового життя суспільства.

Важливим аспектом осягнення міської правової системи є також звернення до її статички та динаміки. Тут актуальним є розуміння правової системи, запропоноване Р. Алексі. Він пише, що «як система процедур правова система є системою дій, що базується на правилах, за посередництвом яких норми встановлюються, обґрунтовуються, тлумачаться, застосовуються та реалізуються. Як система норм правова система є системою результатів (або продуктів) процедур зі створення норм, незалежно від характеру чи джерела цих процедур. Можна сказати, що той, хто розглядає правову систему як систему норм, посилається на її зовнішню сторону. Навпаки, йдеться про внутрішню сторону, якщо правова система розглядається як система процедур» [45, с. 28–29]. Варто зауважити, що така постановка проблеми певною мірою перетинається з ідеєю нормативного та процесуального аналізу права, запропонованою Н. Руланом [46, с. 43–50]. У зв'язку з проблемою існування міської правової системи це означає, що значення мають не лише нормативи, які формуються в межах правової системи конкретного міста, але й процедури, які використовуються для нормування життя городян та міської адміністрації.

З позицій системного підходу правова система може формуватися та розвиватися як усередині держави, так і незалежно від неї. На цьому акцентує увагу Є. Л. Поцелуєв, коли пише, що правових систем у світі існує щонайменше стільки ж, скільки існує держав, а також невизнаних держав, квазідержав, міждержавних об'єднань, універсальних організацій. Але до цього переліку також слід додати правові системи суб'єктів федерацій, автономій, регіонів в унітарних державах [47, с. 131–132]. Як видається, цей перелік доцільно доповнювати і містами, оскільки головний критерій існування чи неіснування правової системи — це наявність специфічних правових процедур та засобів їх реалізації. Якщо інституціоналізація міста досягає рівня, коли такі процедури починають відігравати сутнісну роль, то це і є початком формування його правової системи.

Отже, системна методологія при дослідженні міського права відіграє важливу методологічну роль іще й тому, що пропонує представити міську правову систему крізь призму її концепту, субстрату та структу-

ри, виявити системні параметри та закономірності цієї системи і на цій основі продемонструвати її місце у структурі сучасного права. Тому формування теорії міського права має використовувати загальну теорію систем, щоб розкрити особливість сучасного урбаністичного правового розвитку. Міське право сьогодні стає тим зрізом правової реальності, який є найбільш наближеним до городян, розкриває ціннісно-нормативну визначеність кожного окремого міста.

Від правового режиму столиці до формування правової системи міста Києва

Формування цілісного загальнотеоретичного дискурсу міського права та міської правової системи неодмінно передбачає звернення до емпіричних аспектів цієї проблематики. Особливо важливим це є у зв'язку з необхідністю аргументації тези щодо правового плюралізму у становленні та нормативному й інституційному оформленні правових систем сучасних українських міст.

У цьому контексті перехід від теоретичного до емпіричного аналізу міської правової системи прямо пов'язаний з тією обставиною, що розвиток нормативів, цінностей та інститутів міського права в Україні поступово сягає того рівня, який дозволяє констатувати наявність специфічних рис у правових системах багатьох українських міст. Але при цьому у загальносоціальному аспекті становлення міської правової системи в Україні не може виходити за рамки загального процесу урбанізації суспільства, а отже, ми маємо враховувати, що лише крупні міські агломерації, довкола яких формується особливий економічний, правовий та політичний простір, можуть претендувати на статус урбанізованих територій, в яких сформувалася міська правова система.

З цієї точки зору найбільш перспективним уявляється розгляд інституціоналізації міських правових систем, фундаментальні основи яких закладені Конституцією України, тобто міських правових систем Києва та Севастополя.

Варто зазначити, що особливості здійснення місцевого самоврядування у цих містах доволі часто ставали предметом досліджень здебільшого у сфері конституційного та муніципального, іноді — адміністративного та фінансового права. Утім, як видається, проблематика правового становища цих міст у правовій системі України, а так само їх значення для правового життя української держави зумовлює актуальність саме загальнотеоретичного осмислення їх правових систем.

Виявлення особливостей правових систем міст Києва та Севастополя, правовий статус яких в українському законодавстві часто якщо не ототожнюється, то, принаймні, розкривається в одному контексті, ускладнюється питаннями правового регулювання окупованих територій, до яких, згідно з чинним законодавством, відноситься і місто Севастополь.

У зв'язку з цим проблематичним є розгляд правової системи цього міста з точки зору його фактичного виключення з правового поля України. Незважаючи на те, що території АР Крим та м. Севастополя на рівні світового співтовариства однозначно розглядаються як незаконно окуповані [48], усе ж положення Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» вказують на те, що м. Севастополь з його сформованою правовою системою виключено з правового простору України (зокрема, положення ст. 12 вказаного Закону, які регламентують зміну територіальної підсудності внаслідок неможливості здійснювати правосуддя судами на тимчасово окупованій території).

Тому проблеми та напрями інституціоналізації правових систем міст, яким Конституцією України надано спеціальний правовий статус, мають досліджуватися з урахуванням специфіки правового регулювання режиму тимчасово окупованих територій.

Водночас проблематика розвитку міських правових систем в Україні не може розглядатися окремо від інституціоналізації міського права у столиці України місті Києві. Можна зауважити, що формування правової системи міста Києва на сьогодні перебуває під знаком протистояння між територіальною громадою міста та державою, яке, зокрема, знаходить свій прояв у тому, що розроблені проекти законів «Про столицю України — місто-герой Київ» з різних причин ігноруються парламентаріями. Це призводить до того, що місцеве самоврядування в Києві та формування київського міського права є сповільненим та таким, що не відповідає статусу цього міста в структурі державного та правового простору сучасної України.

Як видається, така ситуація пов'язана, передовсім, із тим, що місто Київ за Конституцією України та Законом України «Про столицю України — місто-герой Київ» має особливий правовий режим, що зумовлює наявність специфічного довготривалого зв'язку між містом та державою. Виконання Києвом своїх столичних функцій, з одного боку, є важливим стимулом його соціально-економічного розвитку, а з іншого — фактором, що накладає певні обмеження на його самоврядний статус. І. Й. Магновський зазначає, що специфіка конституційно-правового статусу Києва пов'язана з тим, що конституційно-правовий режим цього міста передбачає ширші, порівняно з іншими містами, функції міста та відповідні повноваження органів і посадових осіб місцевого самоврядування, а також закріплені у спеціальному законі державні гарантії та особливу систему органів місцевого самоврядування [49, с. 44].

Наявність такого особливого конституційно-правового режиму безпосередньо впливає на формування в українському законодавстві теоретичної та нормативної конструкції столиці як міста з винятковим правовим статусом. Цій проблематиці присвячена дисертація М. П. Хонди. Утім, мета нашого дослідження полягає не у виявленні специфіки кон-

ституційно-правового режиму міста Києва, а у розгляді особливостей формування його правової системи та перспектив її розвитку.

Слід наголосити на тій обставині, що виконання Києвом столичних функцій зумовило специфіку розвитку нормативних засад його правової системи. Йдеться тут не лише про перманентний конституційно-правовий конфлікт, пов'язаний з розмежуванням чи, навпаки, злиттям посад голови Київської міської ради та Київської міської державної адміністрації, який набирає обертів незадовго до кожних місцевих виборів. Одна з характерних рис правової системи Києва полягає в її залежності від законодавчої та виконавчої гілок державної влади.

Наприклад, характерними є спроби впливати на діяльність Київської міської ради та на формування правової системи міста з боку Президента України. Демонстрацією такого впливу може слугувати Указ Президента України «Про невідкладні заходи щодо розвитку міста Києва» від 25 лютого 2008 р., в якому Кабінету Міністрів України та Київській міській державній адміністрації доручено вжити низку заходів, значна кількість яких виходить не лише за межі компетенції цих органів, але й за межі компетенції виконавчої влади загалом [50].

Але такі спроби носять ситуативний характер і загалом лише підкреслюють політичну залежність Києва від Президента та Кабінету Міністрів України. Політична залежність має при цьому хоча би частково економічні підстави. Незважаючи на те, що Київ як окрема адміністративно-територіальна одиниця є одним із найбільш економічно успішних регіонів держави, все ж можна говорити і про те, що за абсолютними економічними показниками Київ не є самозабезпечувальним регіоном. Про це свідчить, зокрема, бюджет Києва на 2015 р., де доходи хоча й перевищують видатки (22 млрд 215 млн гривень проти 17 млрд 446 млн гривень відповідно), але при цьому більше 8 млрд гривень у структурі дохідної частини бюджету є субвенціями із Державного бюджету [51]. Така ситуація є загалом типовою для більшості місцевих бюджетів, але для Києва вона має особливе значення саме тому, що, виконуючи функції столиці, Київ використовує для цього кошти Державного бюджету, а порядок використання цих коштів встановлюється Кабінетом Міністрів України. Результатом такої економічної та політичної залежності Києва є також те, що він поступово втрачає позиції у провідних економічних рейтингах [52]. Вважаємо, що формування правових систем українських міст має базуватися на бюджетній та управлінській децентралізації та деконцентрації влади. Саме тому проведення таких реформ є вкрай необхідним не лише для розвитку української економіки, але й права.

Водночас фінансова та політична залежність Києва від виконавчої та законодавчої влади хоча й є значною, але усе ж не настільки потужною, щоб унеможливити формування у ньому міського права. На це вказує активна нормотворча діяльність Київської міської ради. Варто підкреслити, що загалом Київ не вибивається із загальної української тенденції

ухвалення локальних правових актів: більшість їх носить індивідуальний характер, а правові акти нормативного характеру становлять незначний відсоток. Можна припустити, що це знову ж таки пов'язано із залежним характером міського самоврядування в Україні, отже, правова децентралізація є неможливою без децентралізації державної.

Значна увага в нормативно-правових актах Києва приділяється благоустрою. При цьому примітним є прагнення Київської міської ради створити автономну щодо національного законодавства систему заборон та санкцій за правопорушення. Яскравим прикладом тут може слугувати Прейскурант тарифів оплати дій юридичних та фізичних осіб, що призвели до порушення нормативних актів про зовнішній благоустрій міста, який був затверджений Рішенням Київської міської ради від 14 липня 1998 р. № 94 [53] і є продовженням Правил благоустрою території по забезпеченню чистоти і порядку у місті Києві, які були затверджені тим самим Рішенням. З одного боку, положення ч. 2 ст. 5 Кодексу України про адміністративні правопорушення прямо передбачають можливість органів місцевого самоврядування встановлювати додаткові правила, за порушення яких наступає адміністративна відповідальність [54, ч. 2, ст. 5]. З іншого боку, у цьому випадку йшлося не лише про наявність додатково встановлених нормативних заборон, але й про регламентацію порядку стягнення та обсягу додаткових санкцій, які діяли паралельно з санкціями, передбаченими КУпАП. Примітно, що Київська міська рада, затверджуючи цей Прейскурант, встановила найвищі штрафи за самовільне будівництво (47 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян), самовільне розширення діючих підприємств (45 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян), самовільну реконструкцію та реставрацію будівель (43 та 40 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян відповідно).

Очевидна невідповідність такого підходу положенням Конституції України привела до скасування відповідних пунктів рішення у судовому порядку. Господарський суд міста Києва підкреслив, що винятково законами України визначаються основи цивільно-правової відповідальності; дії, що є злочинами, адміністративними чи дисциплінарними правопорушеннями, і відповідальність за них. Тобто незалежно від виду відповідальності, до якої притягують особу, така відповідальність повинна бути передбачена виключно законами України. Оскільки рішення Київської міської ради є підзаконним актом, то в ньому не можуть встановлюватися нормативні приписи, що встановлюють додаткову адміністративну відповідальність за порушення правил благоустрою [55].

Нормативність рішень Київської міської ради не може виходити за рамки загальної нормативної системи, яка діє в державі. Такий підхід є цілком логічним з урахуванням того, що, виходячи з концепції юридичного позитивізму, нормативні рішення можуть ухвалюватися лише сувереном або з його дозволу (про що писав Дж. Остін). У міському праві України склалася система, коли нормативні приписи, ухвалювані на

рівні міських рад (зокрема Київською міською радою), можуть спиратися на обмежений набір правових засобів. Так, засоби юридичної відповідальності повною мірою віднесено до сфери законотворчості.

Одна із характерних рис сучасного Києва — його розвиток як міської агломерації мегаполісного типу. Це, своєю чергою, зумовлює специфіку містобудівної діяльності з її орієнтацією на високоповерхове будівництво. Можна помітити, що саме в Києві часто мають місце порушення порядку забудови, процедур виділення земельних ділянок тощо. Тому містобудівна проблематика в міському праві Києва посідає особливе місце. Особливої уваги у цьому контексті варті такі рішення Київської міської ради: «Про основні засади містобудівної політики у місті Києві» [56], «Про Порядок громадського обговорення містобудівної документації в м. Києві» [57], «Про забезпечення недопущення самочинного будівництва та самовільного зайняття земельних ділянок» [58] та ін.

Інтерес викликають принципи містобудівної політики м. Києва: компактне місто, культурно-діловий центр країни, збалансований інтегрований розвиток міста та приміських територій, відповідальність перед прийдешніми поколіннями, привабливе та гуманне місто, мобільне та доступне місто. Зміст цих принципів, розкритий в основних засадах містобудівної політики у місті Києві, цілком вписується в сучасні інтерпретації засад урбаністики та розвитку міських агломерацій, що формуються на рівні міжнародних актів декларативного та нормативного характеру. Суб'єктами реалізації цієї політики визначено Київську міську раду, її виконавчий орган (Київську міську державну адміністрацію), Департамент містобудування та архітектури й інші структурні підрозділи виконавчого органу Київської міської ради (Київської міської державної адміністрації).

Основний недолік цього акта — він є суто декларативним за своїм характером, що знижує його реальний вплив як на містобудівну діяльність у місті, так і на ухвалення інших індивідуальних і нормативних правових рішень. Документ не містить жодних конкретних, навіть рамкових, положень, які б визначали особливості здійснення містобудівної діяльності в Києві.

Конкретнішим є зміст Порядку громадського обговорення містобудівної документації в м. Києві, який регламентує процедуру громадського обговорення містобудівної документації. Так, у ньому зазначається, що під час розроблення Генерального плану міста Києва, інших містобудівних програм розвитку загальноміської інфраструктури державного або загальноміського значення, місцевих правил забудови проводиться громадське обговорення принципів вирішень планування, забудови та іншого використання території міста Києва. При плануванні і забудові окремих територій міста Києва забезпечується громадське обговорення містобудівної документації: схем планування та детальних планів територій, проектів комплексної реконструкції та забудови кварталів, мікрорайонів.

Акт містить у собі опис процедури громадського обговорення містобудівної документації за декількома категоріями: принципове вирішення планування, забудови та іншого використання території міста Києва; комплексна реконструкція та забудова територій кварталів, мікрорайонів; будівництво окремих об'єктів містобудування.

Проблема, втім, полягає у тому, що громадське обговорення містобудівної документації фактично ніяк не впливає на ухвалені рішення. Це особливо помітно на тлі положень п. 2.7 Порядку, в якому закріплено: «Питання щодо урахування громадських інтересів в генеральному плані стосовно планування використання території, розміщення найважливіших об'єктів може бути подано на розгляд сесії Київради» [57]. Але ж будь-яка громадська ініціатива, пов'язана з містобудуванням, може бути проігнорована Київською міською радою без пояснення причин, оскільки такі ініціативи не підлягають обов'язковому розгляду. Як уявляється, такий підхід є досить сумнівним, оскільки він, по суті, виключає громадськість з процесів ухвалення рішень щодо спорудження кварталів, мікрорайонів, окремих будівель тощо, що є конфліктогенним чинником. Невипадково саме Київ часто опиняється у центрі скандалів довкола забудовників.

Для розв'язання окремих містобудівних проблем міське право Києва почало все більшою мірою орієнтуватися на недопущення порушень у сфері оформлення будівної документації шляхом посилення контролю за припиненням незаконного (самовільного) будівництва будь-яких об'єктів будівництва та встановлення (розміщення) тимчасових споруд торговельного, побутового, соціально-культурного чи іншого призначення для здійснення підприємницької діяльності, а також забезпечення недопущення незаконної (самовільної) їх реконструкції, добудови, перебудови під об'єкти нерухомого майна чи інших незаконних дій з тимчасовими спорудами та недопущення незаконного введення таких об'єктів в експлуатацію та реєстрації на них права власності чи інших речових прав як на об'єкти нерухомого майна [58].

Особливий інтерес у цьому контексті становить те, що у міському праві Києва поступово формується термінологічна система, прив'язана до правових реалій саме цього конкретного міста. Наприклад, у рішенні Київської міської ради «Про забезпечення недопущення самочинного будівництва та самовільного зайняття земельних ділянок» наводяться деякі дефініції, до прикладу: самочинно (самовільно) збудований об'єкт — це житловий будинок, будівля, споруда, інше нерухоме майно, які збудовані або будуються на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети, або без відповідного документа, який дає право виконувати будівельні роботи, чи належно затвердженого проекту, або з істотними порушеннями будівельних норм і правил. Варто зазначити, що формування на рівні міського права самостійної системи термінів та понять є важливим кроком до формування міських правових систем.

Важливу роль у правовій системі Києва відіграють програми і стратегії. Взагалі варто підкреслити, що програмне регулювання на рівні міського права є популярним та у більшості випадків ефективним інструментом досягнення юридично значимого результату. З одного боку, програми, ухвалювані на рівні міського права, носять характер «м'якого» права, тобто вони не мають нормативних властивостей, а, з іншого, це дозволяє міському праву компенсувати свій доволі обмежений у нинішній адміністративно-територіальній та управлінській системі нормотворчий потенціал. Популярність програмного регулювання в міському праві Києва стала основою для затвердження Порядку розроблення, затвердження та виконання міських цільових програм у місті Києві [59].

Так, можна звернути увагу на ухвалену у 2011 р. «Стратегію розвитку міста Києва до 2025 р.» [60]. Вона містить низку положень, що стосуються зростання міста, особливостей розвитку його транспортної інфраструктури, побудови системи прозорого міського управління тощо. З точки зору формування міського права Стратегія містить незначну кількість посилянь на можливу розробку нових сфер та інструментів правового регулювання на рівні міста. У Стратегії приділено увагу формуванню необхідної правової основи в рамках муніципального законодавства для тих чи інших форм співпраці з інвесторами; створення правових засад та механізмів співфінансування проектів містобудування, культурних заходів, освітніх експериментів тощо громадою із прямим контролем якості кінцевого результату. Варто зазначити, що Стратегія базується на принципі субсидіарності, зміст якого розкрито як організаційний і правовий принцип, відповідно до якого завдання повинні виконуватися на найнижчому, малому або віддаленому від центру рівні, на якому їх вирішення можливе й ефективне.

Варто, втім, зазначити, що аналізована Стратегія значно програє у своїй деталізації та процедурній регламентації іншим програмним актам. Це можна пояснити характером цього акта, адже середньострокові програми часто є менш детальними, аніж короткострокові. Однак Стратегія розвитку міста Києва до 2025 р. виглядає занадто розмитою та неконкретною, в ній не встановлено сфер відповідальності органів міської влади, не зафіксовано етапи реалізації та гарантії результату.

Більш детальним та ґрунтовним документом, що є прикладом програмного правового регулювання у міському праві Києва, виступає Програма економічного та соціального розвитку м. Києва на 2015 р. [61]. Зокрема, в цьому акті значна увага приділяється проблемам формування енергетичного права у правовій системі Києва. Так, наприклад, у документі йдеться про те, що затверджений Міський енергетичний план Києва на 2012–2016 рр., а також Стандарт надання адміністративної послуги виконавчим органом Київської міської ради (Київською міською державною адміністрацією) з ліцензування господарської діяльності у сфері теплопостачання, проект Регіональної програми стимулю-

вання ефективного використання паливно-енергетичних ресурсів у закладах освіти і охорони здоров'я міста Києва на 2013–2016 рр., проект Плану сталого енергетичного розвитку міста Києва до 2020 р. створили передумови для опрацювання можливих варіантів фінансування з міського бюджету енергозберігаючих проектів на основі ЕСКО — механізму в бюджетній сфері з передбаченням необхідності планування бюджетних видатків на енергозабезпечення закладів бюджетної сфери відповідно до визначених базових рівнів енергоспоживання. Методологію розрахунку базових рівнів енергоспоживання пропонується розробити та затвердити розпорядженнями виконавчого органу Київської міської ради.

У міських програмах, схвалюваних Київською міською радою, значна увага приділяється плануванню міста. Для будь-якого великого міста проблематика міського простору є пріоритетною, оскільки саме вона, у кінцевому підсумку, визначає, наскільки інтенсивно буде розвиватися його правова та економічна система. Наприклад, можна говорити про міську цільову програму зі створення єдиного паркувального простору [62], яка, втім, так і не була виконана. Нею передбачався розвиток паркувального простору міста, забезпечення створення умов для зменшення навантаження на вулично-дорожню мережу міста, покращення організації дорожнього руху в частині впорядкування робіт з паркування, введення нових інноваційних технологій при наданні послуг з паркування, підвищення рівня надання послуг з паркування, створення організаційних і економічних умов для розвитку паркування, що забезпечить значний внесок у соціально-економічний розвиток міста шляхом збільшення дохідної частини бюджету Києва за рахунок податкових надходжень, припливу інвестицій, збільшення кількості робочих місць [62].

Ця програма демонструє, що одна з ключових проблем реалізації методу програмного регулювання полягає у неможливості гарантування її виконання та відсутності юридичних механізмів визначення меж компетенції та характеру взаємодії різних виконавців програми.

У сучасній правовій системі Києва все більш популярними стають програми, які реалізуються спільно з центральними органами виконавчої влади. Наприклад, такою програмою була міська цільова комплексна програма профілактики та протидії злочинності в м. Києві «Безпечна столиця» на 2012–2015 рр. [63]. Метою програми було забезпечення ефективної реалізації державної політики на пріоритетному напрямі розвитку держави, а саме у сфері профілактики правопорушень шляхом здійснення комплексу заходів, спрямованих на усунення причин та умов учинення протиправних діянь, а також налагодження дієвої співпраці правоохоронних органів, органів державної влади та місцевого самоврядування. Утім відносні показники злочинності в Києві продовжували підвищуватися: у 2012 р. вони становили 102,6 злочину на 10 тис. жителів [64], у 2013 р. — вже 120,8 злочину на 10 тис. жителів [65].

Пов'язана з цією програмою інша — міська цільова програма правової освіти населення міста Києва на 2012—2016 рр. [66]. Її реалізація передбачає низку заходів, пов'язаних з організацією освітніх семінарів, публікацію науково-популярної правничої літератури, проведення теле- та радіопередач, присвячених проблемам розвитку вітчизняної правової системи. Одна з цілей програми — попередження віктимної поведінки громадян.

На прикладі формування правової системи міста Києва можна побачити основну проблему розвитку міського права в Україні, яка має декілька важливих складових. По-перше, це фінансова і політична залежність міської влади від виконавчої влади на місцях, що не дозволяє ефективно та відповідально реалізовувати перспективні напрями міської політики.

По-друге, формування нормативної сфери у складовій правових систем українських міст ускладнюється існуючою системою міського самоврядування, яка передбачає доволі вузький спектр автономії міст. З одного боку, це зумовлює пасивність міських рад у створенні нормативно-правової основи для розвитку та функціонування міста, а, з іншого, створює ситуацію, коли міські ради більшою мірою концентрують свою діяльність довкола ухвалення індивідуальних рішень, тобто орієнтуються не на правотворчість, а на правозастосування.

По-третє, програмне регулювання, яке на сьогодні є найпоширенішим методом правового регулювання у містах, має підкріплюватися відповідним нормативним регулюванням, сфера застосування якого є вкрай обмеженою. Навіть Київ, користуючись додатковими можливостями у формуванні своєї правової системи, й нині знаходиться лише на початку шляху її становлення. Наявність великої кількості міських цільових програм, які за своєю природою є більшою мірою управлінськими, ніж регулятивними актами, є недостатнім фактором для становлення сучасного Києва.

Формування правових систем українських міст є важливим кроком на шляху до децентралізації держави, яка задекларована як один із ключових напрямів конституційної реформи. Однак максимальне розширення правової автономії міст та надання їм необхідного інструментарію для розвитку їх правових систем зараз перебуває на початковій стадії свого становлення. Місто Київ у цьому сенсі має бути пріоритетним, оскільки саме столиця на правах політичного, культурного та економічного центру держави повинна стати локомотивом у справі становлення та розвитку міського права в Україні загалом і формування правових систем окремих міст зокрема.

Культурний статус Львова у формуванні його правової системи

Львів є українським містом, культурний, мистецький та соціально-політичний образ якого є одним із найбільш популярних не лише в Україні, але й за її межами. Не випадково у ЗМІ Львів часто характеризують як «брендове місто», тобто як специфічну марку, товар, який має значний економічний потенціал. При цьому характерною є й та обставина, що міське право Львова в його історичній ретроспективі є чи не найбільш дослідженим (передовсім, завдяки зусиллям В. П. Кіселичника та інших істориків середньовічного міського права). Безумовно, цьому сприяє і довга історія розвитку міського права Львова на основі Магдебурзького права, і особливості цієї специфічної правової цілісності. Важливий і той аспект міського права у Львові, що самі львів'яни всіляко пропагують інакшість їхнього міста, його несхожість з жодним іншим обласним центром України.

У контексті проблем формування правових систем сучасних українських міст Львів є одним із найбільш прогресивних осередків розвитку міського права. Це, як видається, пов'язано, передовсім, з тим, що міське право сучасного Львова багато у чому формується під впливом культурного фактора. Якщо рушійною силою, джерелом міського права Києва є його столичний статус, то для Львова такою рушійною силою стає необхідність збереження культурної спадщини та образної неповторності міста. При цьому можна помітити, що, порівняно з правовою системою Києва, мета, яка виступає ключовим фактором формування міського права Львова, а саме: збереження унікальної культурної спадщини, виявилася набагато потужнішим чинником забезпечення цілісності міського правового простору.

Як уже зазначалося, мета правової системи полягає в забезпеченні цілісності та нерозривності правового простору, його сконцентрованості довкола ціннісно-нормативної системи, що забезпечує передбачуваність правових наслідків тих чи інших вчинків. І тут помітно, що столичний статус Києва є менш ефективним консолідуючим фактором, ніж культурний статус Львова.

До речі, варто наголосити на тому, що цю думку підтримують самі львів'яни. Так, Т. Я. Пастух, досліджуючи психологічні та ціннісні аспекти іміджу Львова, встановила, що городяни охоче підтримують загальну історико-культурну спрямованість формування образу Львова. Історична спрямованість міста визначалася за допомогою твердження про те, що «Львів — місто, яке підтримує традиції». Твердження в середньому було оцінене в 6,31 бала. Це свідчить, що Львів є досить консервативним містом, яке підтримує традиції, що склалися у ньому історично. Враховуючи таку оцінку, імідж Львова повинен бути зорієнтований на підтримку історичних традицій, оскільки місто має для цього всі потрібні ресурси [67, с. 140].

У 1972 р. ЮНЕСКО прийняла Конвенцію про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини. У ній під визначенням «культурна спадщина» маються на увазі «пам'ятки: твори архітектури, монументальної скульптури і живопису, елементи або структури археологічного характеру, написи, печери і групи елементів, які мають видатну універсальну цінність з точки зору історії, мистецтва чи науки; ансамблі: групи ізольованих чи об'єднаних побудов, архітектура, єдність чи зв'язок з пейзажем яких являє видатну універсальну цінність з точки зору історії, мистецтва чи науки; визначні місця: твори людини або спільні творіння людини і природи, а також зони, включаючи археологічні визначні місця з точки зору історії, естетики, етнології чи антропології» [68].

Львівський історик В. П. Бадяк зазначає, що історія Львова може бути описана крізь призму розвитку механізмів та інструментів захисту його культурного середовища, що було пов'язано з тією обставиною, що у діалектичній та строкато-суперечливій практиці формувався полінаціональний образ Львова, в якому переплелися різні історико-культурні уподобання, властиві як для східних, так і західних традицій [69, с. 23]. У грудні 1998 р. в Кіото відбулася знакова подія в новітній історії Львова: Комітет всесвітньої спадщини ЮНЕСКО вніс у свій Список (реєстраційний № 865) історичний архітектурно-містобудівний комплекс центральної частини міста разом з горою Високий замок і ансамблем собору Св. Юра загальною площею близько 120 га. Це другий об'єкт України в Списку, після внесення до нього у 1990 р. Св. Софії й ансамблю будівель Києво-Печерської лаври. У червні 2011 р. до цієї когорти долучено архітектурний ансамбль Чернівецького університету — колишню резиденцію митрополитів Буковини та Далмації, збудовану в 1864—1882 рр. Завдяки приналежності до ЮНЕСКО Львів потрапив до організації міст світової спадщини Центральної та Східної Європи, Ліги історичних міст, Організації міст світової спадщини євразійського регіону.

У спеціалізованій літературі підкреслюється, що в розвитку Львова ця подія посідає особливе місце, оскільки вона зумовила становлення нормативних засад охорони культурної спадщини не лише на рівні національного законодавства, але й у призмі формування нормативів міського права. Хоча при цьому фахівці визнають [70, с. 35], що поштовхом до цього став Указ Президента України «Про збереження історичної забудови у центральній частині міста Львова» [71]. На сьогодні саме цей фактор є визначальним у становленні міського права Львова та розвитку його правової системи.

Статус міста як центру української культури, а також необхідність дотримання вимог, пов'язаних зі збереженням цілісності об'єктів всесвітньої спадщини ЮНЕСКО, накладають помітний відбиток на формування системи нормативних та програмних актів, ухвалюваних Львівською міською радою. Цей вплив виявляється навіть на рівні цілком стандартних актів, наприклад, Правил дотримання тиші у громадських місцях на території м. Львова. Пункт 4.1.3.3 цього акта перед-

бачає, зокрема, заборону використання піротехнічних засобів на території історичної забудови, внесеної до Списку всесвітньої спадщини ЮНЕСКО [72]. Схоже положення закріплене у преамбулі та п. 2.1 Положення про акустичний режим у м. Львові [73].

Але збереження культурної спадщини в міському праві Львова виходить і за межі тих кордонів, які встановлені ЮНЕСКО. Це зумовлено загальним культурним образом Львова та прагненням городян і міської влади до його збереження.

Так, у цьому контексті можна відзначити декілька актів. По-перше, це Положення про територію музею-заповідника «Личаківський цвинтар», метою якого є збереження пам'ятних поховань та формування спеціального правового режиму відповідної міської території [74]. Формування специфічної просторової ідентифікації є типовим прийомом у міському праві Львова, що, як уявляється, пов'язано саме з прагненням зберегти культурну спадщину міста, підкреслити особливий статус місць пам'яті та взаємодії з ними на рівні повсякденного життя. Такий прийом, з одного боку, дозволяє правовій системі Львова розвиватися у напрямі формування просторових правових режимів, а, з іншого, — не втрачати загального контексту міської історії та культури.

По-друге, інтерес також викликає Програма збереження історичних цінностей Львівської національної наукової бібліотеки України імені В. Стефаніка [75]. Вона була розроблена Львівською національною науковою бібліотекою України імені В. Стефаніка згідно з рекомендаціями Генеральної конвенції ЮНЕСКО і спрямована на збереження в Україні унікальних бібліотечних та архівних фондів XI—XX століть, які є національним надбанням українського народу. Метою Програми стало об'єднання зусиль Національної академії наук України, органів місцевого самоврядування, місцевих органів виконавчої влади та громадських організацій для забезпечення належних умов зберігання фондів Бібліотеки і, зокрема, унікальних та рідкісних збірок, які відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку наукових об'єктів, що становлять національне надбання, та внесення змін до Положення, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 18.02.1997 № 174» [76] визнані національним надбанням українського народу і не можуть бути відновлені у разі їх втрати.

Культурний статус Львова є постійною підставою для ухвалення тих чи інших нормативних та індивідуальних правових рішень. Наприклад, 21 серпня 2008 р. Львівською міською радою було ухвалено Положення про порядок в'їзду автомобільного транспорту на територію центральної частини м. Львова, внесеної до Списку світової спадщини ЮНЕСКО [77]. Положення визначало територію в межах вулиць Вальної, пр. Свободи по лінії житлової забудови, Вірменської, Театральної, Л. Українки, Підвальної та запроваджувало механізм урегулювання порядку проїзду автомобільного транспорту на цій території. 9 грудня 2005 р. цей порядок було скасовано через корупціогенну складову (ним передбачалася

видача платних перепусток для мешканців міста та представників юридичних осіб).

З метою збереження культурної спадщини у м. Львові також було розроблено та ухвалено Концепцію розміщення зовнішньої реклами у м. Львові [78] та Правила розміщення зовнішньої реклами у м. Львові [79]. Перший акт є здебільшого програмним та містить незначну кількість нормативних положень. Головні пріоритети Концепції зумовлені метою здійснити перехід на якісно новий рівень забезпечення мешканців та гостей міста рекламно-інформаційною продукцією на основі врахування особливого статусу міста як надбання світової спадщини ЮНЕСКО, формування рекламної інфраструктури в архітектурному середовищі міста з урахуванням конкретних містобудівних умов візуального простору, історичних та ландшафтних його аспектів. Цей документ встановлює систему правових принципів, відповідно до яких має здійснюватися розміщення реклами у Львові: законності; точності; достовірності; безпечності; історичності; толерантності стосовно сформованого урбаністичного середовища; пріоритетності сприйняття існуючої історичної забудови.

Як уявляється, такий підхід до формування культурно-історичного простору Львова є доволі репрезентативним з точки зору інституціоналізації правової системи цього міста. Фактично у міському праві Львова закріплено принципи конкретного інституту міського права — інституту розміщення реклами. Цей інститут виходить за рамки лише національного законодавчого регулювання, оскільки його джерелом та призначенням виступають інтереси та потреби конкретного міста. При цьому показово, що Концепція, на противагу багатьом іншим програмним актам, які характерні для сучасного міського права, передбачає створення інституційного механізму реалізації відповідних положень та принципів. Так, у документі зафіксовано, що оформлення дозвільної документації та координацію робіт з проектування та розміщення зовнішньої реклами, реалізацію єдиної політики, комплексного художнього, світлового та рекламного оформлення міста здійснює робочий орган, який утворюється міською радою для регулювання діяльності з розміщення зовнішньої реклами і здійснює свою діяльність на основі положення про нього та чинного законодавства.

Правила розміщення зовнішньої реклами у м. Львові продовжують та розвивають положення та ідеї цієї концепції. Крім визначення повноважень дозвільного органу, створеного при Львівській міській раді для видачі дозволів та контролю за належним виконанням вимог Правил, у них наводиться доволі розгорнуте та детальне рекламно-містобудівне зонування м. Львова. Відповідно до нього Львів має чотири зони: центральну, зону історичного ареалу, зону транспортних вузлів та зону сучасної забудови. На перші дві зони поширюються додаткові обмеження щодо використання рекламних засобів. Так, у Порядку зазначається: «У разі розміщення рекламного засобу у межах території історичної

забудови, внесеної до Списку всесвітньої спадщини ЮНЕСКО, та зоні історичного ареалу управління архітектури департаменту містобудування додатково передає копію запиту в управління охорони історичного середовища. Управління архітектури департаменту містобудування (з врахуванням відповіді управління охорони історичного середовища) упродовж 20 робочих днів від дня отримання запиту надає розповсюджувачу через управління «Дозвільний офіс» відповідне архітектурно-планувальне завдання або вмотивовану відмову щодо можливості розміщення рекламного засобу на заявленому місці» [79].

У цьому ж контексті варто розглядати також приписи Положення про порядок розміщення у м. Львові технічних елементів (пристроїв) ззовні будинків і споруд, зокрема, норму, відповідно до якої забороняється розміщення та встановлення технічних елементів (пристроїв) на видимих зі сторони вулиць та площ фасадах, стінах будинків і споруд, які знаходяться на території історичної забудови, включеної у Список світової спадщини ЮНЕСКО, а також на видимих зі сторони вулиць (площ) фасадах, стінах будинків і споруд — пам'ятках архітектури [80].

Культурна спадщина Львова накладає відбиток також на нормотворчу діяльність, що пов'язана з розширенням його представництва у системі міст, які є носіями культури певного народу. Якщо для списку всесвітньої спадщини ЮНЕСКО більше значення має унікальна архітектура, то для Львова також значну роль відіграє прагнення закріпитися не лише як культурній столиці України, але й усій Східній Європі. Саме у цьому ключі докладаються зусилля до закріплення за Львовом статусу «Міста літератури ЮНЕСКО» [81].

Із культурним образом Львова пов'язана не лише нормативна, але й інституційна і комунікативна складові правової системи міста. Наприклад, про це можна говорити у контексті проведення у місті за рахунок коштів міського бюджету конкурсів та інших культурних заходів, спрямованих на культурну промоцію міста, удосконалення його урбанізованого середовища тощо. Так, у 2010 р. було проведено міжнародний відкритий конкурс архітектурних, дизайнерських та ландшафтних проєктів для впорядкування місць, пов'язаних з єврейською історією у м. Львові. Метою цього заходу було звернення уваги на багатоетнічне минуле Львова та збереження його багатокультурної спадщини, а основне завдання — забезпечити пошук найкращих рішень щодо облаштування територій, охоплених конкурсом, з метою покращання умов життя для мешканців та гостей м. Львова. Одне з завдань конкурсу також полягало у тому, щоб звернути увагу на усвідомлення багатоетнічного минулого Львова за допомогою нового відкриття та показу єврейської спадщини міста. Конкурс має допомогти у підтримуванні такого усвідомлення через меморіалізацію та візуалізацію у міському просторі майже цілком втраченої єврейської спадщини [82].

Інституційне забезпечення збереження культурної спадщини у Львові здійснюється через функціонування Ради з питань управління

історичним містом, до кола повноважень якої входять усі питання, пов'язані зі збереженням історичної забудови у центрі Львова, реалізація міських цільових програм, спрямованих на розвиток Львова як культурного центру країни тощо [83].

Утім, незважаючи на значні правові та організаторські зусилля, Львову не завжди вдається дотримуватися високої планки, встановленої стандартами ЮНЕСКО. Про це, зокрема, пишуть культурологи [84] та журналісти [85]. Так, дослідник Ю. В. Опалько визначає такі основні проблеми розвитку культури на прикладі Львова: недостатнє бюджетне фінансування; нераціональний розподіл наявного бюджетного фінансування; брак системності та координації у діяльності органів державної влади зі збереження культурно-історичної спадщини; недостатній контроль за виконанням чинних законів, правових актів та прийнятих рішень; необхідність удосконалення нормативно-правової бази; відсутність стимулів для залучення приватних коштів; неповне використання потенціалу співробітництва органів державної влади з недержавними організаціями; недостатня активність органів на рівні міждержавних відносин щодо реституції (повернення) культурних цінностей; низький рівень обізнаності з українськими пам'ятками у світі [86, с. 85].

Із цими твердженнями можна принаймні частково погодитися. Вельми показовим, зокрема, є той факт, що у Державному бюджеті України на 2015 р. на збереження історико-культурної та архітектурної спадщини в національних і державних заповідниках, здійснення заходів з охорони культурної спадщини, паспортизацію, інвентаризацію та реставрацію пам'яток архітектури, культури та світової спадщини ЮНЕСКО виділено лише 203 млн грн [87], а міський бюджет Львова взагалі не містить видатків, які були б спрямовані на збереження та реставрацію культурних пам'яток [88].

Як бачимо, розвиток правової системи Львова не просто визначається його культурним статусом та належністю до Організації міст світової спадщини, а зосереджений довкола цього специфічного соціального та правового становища міста. Тому можна очікувати, що подальше становлення міського права у Львові буде орієнтуватися саме на парадигму збереження, охорони та промоції культурних пам'яток. У цьому сенсі правова система Львова заздалегідь призначена бути максимально консервативною в розвитку урбанізованого простору.

Однак це не означає, що все міське право Львова націлене винятково на культурну складову його функціонування. Як свідчить нормотворча діяльність Львівської міської ради, значна увага приділяється інноваційному та економічному розвитку міського середовища. Наприклад, у Концепції розвитку індустріального парку м. Львова зазначається, що як колишня столиця Галичини і найбільш населене місто Західної України (близько 850 тис. мешканців) Львів відомий як ворота з України до інших країн Європи. Місто розташоване на відстані 160 км від географічного центру Європи. Через Львів проходять міжнародні транспортні

коридори: Міжнародний аеропорт «Львів» імені Данила Галицького сполучає місто з більш ніж 13 країнами Європи. Львів — центр залізничного сполучення регіону, серед основних напрямків: Федеративна Республіка Німеччина, Республіка Польща, Австрія, Словацька Республіка, Угорщина, Чеська Республіка, Російська Федерація, Латвійська Республіка, Румунія [89]. Усі ці обставини, на думку розробників Концепції, є важливими передумовами для того, щоб Львів оформлювався і як економічний центр західного регіону країни.

Для цього на основі концепції було розроблено та ухвалено проект створення індустріального парку «Рясне-2», метою створення індустріального парку є залучення інвестицій в економіку міста, забезпечення сприятливих умов для функціонування та розвитку промислових підприємств, поліпшення інвестиційного іміджу міста, забезпечення економічного розвитку та підвищення конкурентоспроможності території, створення нових робочих місць, збільшення надходжень до міського бюджету м. Львова та Державного бюджету України, розвитку сучасної виробничої та ринкової інфраструктури [90].

Цікавою є також та обставина, що у програмних правових актах, ухвалюваних у межах міського права Львова, приділяється увага проблематиці прав людини. Так, наприклад, у Програмі урбаністичного розвитку м. Львова на 2015—2016 рр. указано, що сталий урбаністичний розвиток міських територій передбачає розгляд будь-якого питання міського розвитку у площині прав людини — місто має забезпечувати рівні права та можливості використання простору для усіх його мешканців, незалежно від їх віку, стану здоров'я, заможності та способу пересування містом [91].

Акцент на правах городян, як це не дивно, не є поширеним у сучасному міському праві. Виняток становлять буквально кілька міст (зокрема, Статут територіальної громади Ужгорода). Як видається, це доволі перспективний напрям розвитку ідеології прав людини. Львів у цьому сенсі може стати піонером, оскільки урбанізація прав людини може базуватися на ідеї доступу до культурної спадщини людства та формуванні відповідних нормативних і організаційних інститутів.

Отже, правова система міста Львова демонструє свою націленість на збереження культурної спадщини, але при цьому вона є достатньо багатогранною для того, щоб можна було констатувати її повноцінність у нормативному та інституційному сенсі. Розвинена та активна нормотворча діяльність Львівської міської ради у поєднанні зі специфічними якостями правової ментальності самих львів'ян та їх прагненням творити несхожість є запорукою для інституціоналізації особливого правового простору міста Львова зі своєю правовою стилістикою у правозастосовній діяльності, правовій практиці та комунікаціях.

Консервативність і традиціоналізм як визначальні тенденції розвитку міського права сучасного Львова мають отримувати своє більш яскраве вираження не лише в програмних та регулятивних правових актах, але

й в правозастосовній діяльності органів міської влади, а також у формуванні специфічної міської правової культури, яка вже сьогодні демонструє риси схильності до помірності, поєднаної з прагненням до сталого розвитку та збереженням існуючого. Міська правова система Львова, на противагу міській правовій системі столиці, більшою мірою формується самими львів'янами та їх ставленням до свого міста, прагненням до його ціннісно-нормативної визначеності. На цьому тлі розвиток міської правової системи Львова є важливим та необхідним чинником збереження за ним статусу культурного центру України.

Образ міжкультурної спадщини у становленні правової системи Одеси

Розвиток міського права в Україні складно розглядати без звернення до практики формування правової системи Одеси, чому сприяє (так само, як і щодо Львова) історія цього міста. Але якщо Львів упродовж декількох століть розвивався як одне з основних західноукраїнських самоврядних міст, що й наклало свій відбиток на сучасне розуміння його міського права, то щодо Одеси як набагато молодшого міста слід говорити про етнічні, культурні та політичні особливості її правової системи. Утім, як показує у своєму дослідженні С. М. Стременовський, історія місцевого самоврядування в Одесі у ХІХ ст. переконливо демонструє, що для цього міста завжди характерною була специфіка у виробленні підходів та методів розв'язання місцевих проблем [92].

Становлення Одеси як специфічного міського правового простору також прямо пов'язане з тим культурно-історичним образом, який склався про неї у масовій правосвідомості. При цьому Одеса, як і Львів, має метою «консервацію» минулого у сучасності, а тому в її міському праві акцент так само зроблений на характерних рисах міського правового життя колишніх років. Однак на противагу Львову, Одеса не має такого потужного правового інструменту забезпечення такої консервації, який надається ЮНЕСКО. Через це становлення сучасної правової системи Одеси треба розглядати під іншим кутом зору. Незважаючи на наявність цілої низки схожих рис у правовому просторі Львова та Одеси (вони обидва є найбільш упізнаваними урбаністичними брендами сучасної України; обидва ці міста претендують на те, щоб визначатися місцем культурної пам'яті українського народу; і Львів, і Одеса зосереджені на тому, щоб оберігати та всіляко примножувати відмінність правової свідомості одеситів та львів'ян), їхні правові системи мають різну історію та різну спрямованість у побудові специфічних нормативних та інституційних структур.

Правокультурна репрезентація Одеси у вітчизняному комунікативному просторі пов'язана з домінацією так званого одеського міфу, який має одразу декілька пластів свого прояву. Дослідники цього міфу пов'я-

зують його з історичними аспектами розгортання правового образу міста ще за імперської доби. Одеса ще на початку XIX ст. стала асоціюватися з багатонаціональним, толерантним, культурним, «вільним» містом. Тогочасні дослідники та митці називали Одесу «російською Італією», «маленьким Парижем», «російським закордоном». При цьому слід погодитись із М. Найдорфом, який підкреслює, що специфіка «одеського міфу» полягає в тому, що він був народжений не в Одесі і не Одесою, а російською культурою, «враженою цим епіфеноменом власної державності» [93, с. 27–32]. Таку ж думку розвиває Г. О. Николаєва, коли пише, що «Одеса» — інша «країна», відмінна від споконвічної Росії, пропонувала свою альтернативу всій імперській ментальності. Біля витоків староодеського менталітету стояли традиції левантійської торгівлі грецької, вірменської та єврейської діаспор, російська дворянська культура з її смаками і укладом життя та, звичайно, українська народна культура. Міські вельможі перетворили Одесу в «портофранко» [94, с. 230].

Трансформація правового образу міста та, відповідно, «одеського міфу» у першій половині XX ст. сформували нові інтерпретації Одеси, які отримали, зокрема, правове забарвлення. Дослідники підкреслюють значення злочинного середовища 20-х рр. минулого століття для формування правового образу Одеси не лише як багатонаціонального міста, але й як міста з потужною криміногенною культурою. Звідси йде й правовий образ одеситів як людей хоча й відкритих і привітних, але й цинічних, схильних до девіацій та таких, що невисоко цінують закон і готові піти на його порушення заради навіть незначної вигоди [95].

У цьому ж контексті формується і сучасний віртуальний образ Одеси, як підкреслюють І. Д. Черних та Г. М. Стоянова. «Одеський міф» усе ще виконує найважливішу функцію маркера культурного простору. Тобто незмінною властивістю «одеського міфу» є його здатність утримувати культурний «маркер» (тобто «одеськість»). Тому у віртуальному просторі місто існує не як місце (локус), а як процес, система взаємодій тих, хто зачисляє себе до певного міського співтовариства. Відповідно, у цьому вимірі зникають не лише територіальні, але й часові, мовні культурні бар'єри. Актуалізація проблеми ідентичності одеського міського простору отримує зовнішнє та внутрішнє забарвлення. Усередині співтовариства образність відіграє роль засобу інтеграції населення, об'єднання жителів у цілісність, яка підживлюється відчуттям належності до свого міста. Ззовні він відіграє роль брэнда міста у конкурентній боротьбі за притягнення міграційних, фінансових, інформаційних потоків, необхідних для розвитку мегаполісу [96, с. 17].

Ю. Лотман у своїй праці «Символіка Петербурга і проблеми семіотики міста» [97] виділяє два типи міст і відповідні їм два типи семіотичних міських систем — концентричну і ексцентричну. Простір Одеси формує, на його думку, ексцентричну семіотичну сферу і, за Ю. Лотманом, має породжувати численні семіотичні конфлікти, оскільки конфліктною

є сама поява на світовій мапі такого міста (воно будувалося всупереч природі і часто перебуває в епіцентрі природних катаклізмів). Із цим твердженням категорично не погоджується Н. Ф. Ліщенко. Він пише, що Одеса — типове ексцентричне місто: створене штучно (як відповідь Катерини Петру), на межі суходолу, на далекому кордоні держави. Її семіосфера мала б бути сплетена з протиріч, бути катастрофогенною, повною есхатологічних міфів кінця і смерті, тобто дублювати риси, притаманні Петербурзькому культурному тексту. Очевидно, однак, що міський текст Одеси не настільки драматичний — він повністю позбавлений конфліктної напруги і рис приреченості і, навпаки, несе яскраве іронічно-комедійне начало і сповідує майже гедоністичну радість життя [98, с. 135].

Як уявляється, усі ці судження безпосередньо пов'язані з тим, як позиціонує себе Одеса у правовому просторі України. Одеса і Львів прагнуть виконувати свою несхожість на інші міста, приділяючи значну увагу промоції свого образу. Це відповідно впливає на змістовні та формальні характеристики правової системи цього міста. Але якщо для Львова при досягненні цієї мети ключову роль відіграє акцент на архітектурній та культурній спадщині, на візуалізації правового образу міста, то Одеса більшою мірою апелює до ментальних структур, властивих одеситам як носіям певної правової культури.

Одна з характерних рис правової культури одеситів і важливих складових ідеологічної складової правової системи Одеси — це багатонаціональність. І хоча зараз більшість одеситів є етнічними українцями, образ одеського «плавильного котла», в якому змішані євреї, молдавани, німці, росіяни, болгары, вірмени, гагаузи, румуни тощо є настільки потужним, що він повсякчасно використовується для правового позиціонування Одеси у правовому просторі сучасної України. Це накладає помітний відбиток на правові акти, що ухвалюються Одеською міською радою. У багатьох із них прямо акцентується на цій специфіці міста та необхідності міжкультурного діалогу. Яскравим прикладом тут можуть слугувати рішення Одеської міської ради «Про заходи протидії проявам фашизму, нацизму та ультранационалізму в місті Одесі» [99], «Про заходи щодо недопущення проявів нацизму, фашизму і радикального націоналізму в місті Одесі» [100], «Про вступ міста Одеси до Європейської коаліції міст проти расизму» [101] та ін.

Ці акти тією чи іншою мірою мали продемонструвати прихильність Одеси до міжкультурного діалогу та мирного співіснування представників різних національностей. Зокрема, підкреслювалося, що крайні націоналістичні прояви є чужими духові багатонаціональної Одеси. Цікаво, що одним із пунктів намірів Європейської коаліції міст проти расизму, з якої Одеса вийшла з метою економії коштів міського бюджету [102], є підтримка міст-членів Коаліції на шляху виконання десятипунктового плану дій «Зобов'язання по протидії расизму в містах», який був прийнятий 10 грудня 2004 р. у м. Нюрнберг (Німеччина), щоб сприяти

визначенню пріоритетів, оптимізації стратегій і зміцненню співробітництва міст у цій царині.

Варто також звернути увагу, що етнонаціональна політика міста знаходить своє вираження і в програмних актах. Так, наприклад, у Міській програмі підтримки діяльності національно-культурних товариств міста Одеси на 2010 р. зазначалося, що забезпечення умов для розвитку національних меншин, реалізації прав і свобод їх представниками, підтримка діяльності національно-культурних товариств виступає на перший план при реалізації етнонаціональної політики в місті. Програма була спрямована на розв'язання таких проблем територіальної громади міста Одеси, пов'язаних із реалізацією прав національних меншин: брак ресурсів у спільнот національних меншин, що заважає їм ефективно вирішувати питання збереження самотності як у межах своєї національної спільноти, так і у складі єдиної територіальної громади міста Одеси; наявність певних соціально-побутових проблем, які заважають ефективній діяльності національно-культурних товариств; недостатня двостороння та багатостороння взаємодія між органами міської влади та національно-культурними товариствами, а також між представниками різних національно-культурних спільнот [103].

Варто підкреслити, що для міського права Одеси питання національностей та усього, що з ними пов'язано, традиційно відіграє особливу роль. Це особливо помітно на тлі загострення мовної проблематики останніх років, коли Одеса стала першим українським містом, в якому було прийнято рішення про впровадження регіональної мови (російської). Зокрема, у рішенні Одеської міської ради «Про реалізацію положень Закону України «Про основи державної мовної політики» в місті Одесі» зазначалося про необхідність вжиття заходів з недопущення публічного приниження та зневаги до державної та російської мови, порушення прав людини і розпалювання міжнаціональної ворожнечі на мовному ґрунті [104].

Варто також звернути увагу, що національне питання в Одесі іноді знаходить доволі нетривіальне розв'язання у діяльності правотворчих та управлінських органів. Відомим елементом «одеського міфу» є судження про те, що одесити — це особлива національність, що має свій власний діалект, ментальність та світоглядні настанови, що й впливає на загальний ракурс розгляду правових питань. Зазвичай це судження сприймається в іронічному плані. Однак Одеська міська рада у 2005 р. ухвалила рішення про створення управління європейської інтеграції та зв'язків з Одеською діаспорою і затвердила положення про це управління. Зокрема, в ньому зазначалося, що мета цього управління полягає у підтримці та зміцненні зв'язків з представниками Одеської діаспори, які проживають на території Європейського Союзу та в інших країнах [105].

Тут варто зазначити, що саме поняття діаспори використовується стосовно до таких національних меншин, які ведуть організований та

інституційно оформлений спосіб життя за межами своєї історичної батьківщини. Як зазначає Ю. В. Фоканов, однією з фундаментальних підстав формування діаспори є концепт «національного вогнища», своєрідного ідеологічного міфу, згідно з яким представники діаспори свідомо чи несвідомо вважають себе тими, хто продовжує не тільки традиції, культуру, мовну практику своєї батьківщини, а й зберігає державницьку ідею. Вважається, що діаспора виникає як спроба збереження державності та культури, коли вони знаходяться під загрозою, а тому не існує чинників утворення діаспори у націй, державне існування яких ніколи не було під загрозою: не існує, наприклад, німецької, англійської або французької діаспори [106, с. 286].

Тобто фактично тут ідеться про те, що визнання існування деякої своєрідної Одеської діаспори передбачає існування певної одеської державницької ідеї. Наскільки такі судження є прийнятними та такими, що відповідають політико-правовим реаліям, судити складно. Але такий підхід, як видається, є кроком у напрямі до нормативно-правового визнання несхожості одеситів на решту українців. Отож, ключова риса міського права Одеси у цьому контексті полягає в його прагненні базуватися не на культурно-архітектурній специфіці, а на правосвідомісних диференціаціях. Звідси відомий на весь світ одеський характер, пов'язаний з прагненням до підприємництва, хитрощів, досягнення комерційної мети за будь-яких умов тощо.

Своєрідність одеської правової культури та правосвідомості одеситів знаходить своє вираження також на рівні символіки міста. Так, у Положенні про символіку міста Одеси та символи Одеського міського голови вказується, що кольори прапора міста Одеси у поєднанні з класичною структурою «триколора» відображають героїчний дух (червоний), чисту душу (білий), багатство і процвітання (золотисто-жовтий) Одеси і одеситів і реконструюють історичну атмосферу епохи кінця XVIII століття з її високими ідеалами свободи, рівності і братства, підкреслюючи, що Одеса — життєрадісне європейське місто, в якому панує дух свободи, соборності та суверенітету [107].

«Європейськість» Одеси та одеситів є іншим важливим елементом правового образу цього міста, що накладає помітний відбиток на особливості розвитку його правової системи. Органи місцевого самоврядування Одеси неодноразово прагнули підкреслити історичне значення Одеси для становлення європейської культури та розвитку європейського стилю життя. Саме ці мотиви стали основою вступу Одеси до Ліги історичних міст. Серед основних ідей цієї організації — переконаність у тому, що кожне місто має свою історію та що історичне місто може бути визначене як місто, яке пишається та намагається зберігати свою унікальну спадщину. При цьому ліга має стати тим механізмом, який матиме погляд, ширший за національні кордони, і сприятиме широкомасштабним обмінам між містами у світі, постійно роз'єднаними політичними або економічними конфліктами між націями та регіональними супе-

речками з причин расових, етнічних, культурних та релігійних відмінностей [108].

Також 6 жовтня 2006 р. на засіданні виконавчого комітету Асоціації ЄВРОМІСТА кандидатура міста Одеси була представлена до вступу в асоційовані члени цієї організації, а 24 листопада 2006 р. на загальних зборах Асоціації ЄВРОМІСТА Одеса була офіційно запрошена до участі у роботі організації. Згідно зі Статутом, основними завданнями Асоціації ЄВРОМІСТА є поліпшення якості життя та вплив на європейську політику з метою відстоювання інтересів великих міст, а також передачі та обміну досвідом між міськими урядами європейських міст. Робота Асоціації розвивається у таких напрямках: економічний розвиток, урбаністика, екологія, транспорт, культура і соціальний добробут [109].

Правовий образ Одеси цілком вписується у цю парадигму, адже це місто постійно прагне позиціонувати себе як осередок таких соціальних, культурних та політичних комунікацій, які мають транскордонний статус, і їх центром є саме місто, яке є джерелом правових ідей та символів. Іноді ідея несхожості Одеси знаходить своє вираження у закликах до автономізації міського простору Одеси та всього Одеського регіону [110]. Як видається, Одеса має розвиватися в межах цілісного правового простору України. Автономізація Одеського регіону — це рух проти розвитку міського права, яке має не підміняти собою існуючу правову систему України, а доповнювати її. Так само як міжнародне чи інтегративне право не в змозі витіснити національне право, формування міських правових систем є рухом у напрямі зміцнення, а не руйнування цілісності національної правової системи. Становлення міського права Одеси якраз і має продемонструвати цю ідею: навіть відмінність та несхожість можуть бути інструментом зміцнення зв'язків між різними регіонами країни.

Варто зазначити, що інституціоналізація унікальності правового образу Одеси у правовій системі міста іноді є недостатньо послідовною та ефективною. Прагнення до закріплення такого образу та надання йому нормативної форми зумовлює й постійні домагання Одеської міської ради щодо включення історичної частини міста до основного списку Всесвітньої спадщини ЮНЕСКО. Паспорт Міської цільової програми включення центральної історичної частини забудови Одеси до основного списку Всесвітньої спадщини ЮНЕСКО на 2013—2015 рр., зокрема, передбачає, що історична зона має включати в себе більшу частину центральної території міста [111].

Проблема, однак, полягає у тому, що з точки зору сучасних уявлень про культурну спадщину ЮНЕСКО Одеса має незначні шанси на входження до основної частини цього списку, на що звертають увагу і дослідники як у сфері архітектури, культурології, так і у сфері міжнародного права захисту культурних цінностей. Як уявляється, це пов'язано з тим, що нормативна складова правової системи Одеси нечітко визначає обов'язки, яких мають дотримуватися городяни, а також установи

та організації щодо збереження культурного надбання. По суті, єдина норма, яка встановлює обов'язки городян у цій царині, міститься у Правилах благоустрою території міста Одеси, де встановлено: «Власник або уповноважений ним орган, користувач зобов'язані утримувати пам'ятки культурної спадщини в належному стані за власний рахунок, своєчасно проводити ремонт, захищати від пошкодження, руйнування або знищення відповідно до вимог Закону України «Про охорону культурної спадщини» та охоронного договору, укладеного з органом охорони культурної спадщини. Відсутність охоронного договору не звільняє особу від обов'язків, що випливають із вищезазначеного закону» [112]. Очевидно, що покладання обов'язку збереження культурної спадщини винятково на користувачів відповідного об'єкта є недостатнім заходом для гарантування його цілісності та захищеності.

Викликає сумнів і прагнення міської ради дозволити перебудову та зміну об'єктів культурної спадщини. Такий висновок можна зробити, виходячи з аналізу положень Плану діяльності Одеської міської ради з підготовки проектів регуляторних актів на 2015 рік. Зокрема, у цьому Плані йдеться про необхідність внесення змін до Правил благоустрою території міста Одеси з метою «затвердження порядку видачі дозволів на порушення об'єктів благоустрою відповідно до вимог чинного законодавства» [113]. Цей порядок поки не було ухвалено, але сама логіка та загальна спрямованість Правил благоустрою території міста Одеси породжують деякі сумніви у можливості їх використання як дієвого інструмента забезпечення збереження культурної спадщини у місті.

Варто у цьому контексті також звернути увагу на ту обставину, що бюджет міста Одеси на 2015 р. не містить навіть окремої статті видатків, пов'язаної з охороною культурної спадщини, внаслідок чого збереження архітектурних пам'яток фінансується за тією ж статтею видатків, що й капітальне будівництво, а ще значно знижує ефективність відповідних правових норм [114]. Такий підхід дещо контрастує із задекларованим у новому Генеральному плані міста Одеси прагненням «збереження містобудівного ансамблю історичної частини міста з домінуючою роллю архітектурно-ландшафтного комплексу Приморського бульвару» та «посилення громадської структуроутворюючої ролі ядра історичного центру Одеси». Примітно при цьому, що в Генеральному плані запропоновано вирізняти два окремих історичних ареали міста Одеси — центральний історичний ареал та історичний ареал «Французький бульвар» [115]. Можна припустити, що за відсутності належних обсягів фінансування з міського та державного бюджетів досягнути цієї мети буде доволі складно.

Як уявляється, рух Одеси у напрямі до збереження своєї історичної спадщини має відбуватися, передусім, шляхом акцентування уваги на поєднанні ментальних, культурних та історичних характеристик міського простору. Без відповідного нормативного оформлення та інституційного забезпечення цього досягнути неможливо. Тому формування правової

системи міста Одеси є саме тією метою, на яку має орієнтуватися не лише Одеська міська рада та усі її органи, але й одесити — як ті, що проживають в Одесі, так і ті, які відчують свою належність до цього своєрідного правового простору.

Міське право Одеси та правова система цього міста мають стати інструментом культурного та правового збагачення Одеського регіону. Виступаючи політичним та економічним центром півдня України, Одеса має нормативно та інституційно закріпити за собою цей статус. Правовий плюралізм як визначальна ідея сучасного правового розвитку має доповнити цілісність національного правового простору та зумовити його нерозривність і завершеність.

Висновки

Формування сучасного міського права, інституціоналізація правових систем українських міст у поєднанні з тенденціями децентралізації державної влади створюють передумови для розгортання урбаністичної правової системи. При цьому її оформлення відбувається під знаком ідей правового плюралізму, адже кожне місто має свій неповторний образ, культурну традицію, історію та специфічну ментальність городян. Відтак, урбанізація у правовому розвитку — це шлях до різноманіття у формуванні правових інститутів. Це проявляється в тому, що правові системи українських міст, хоча й мають схожі структури, але при цьому розвиваються на основі різних концептуальних ідей. У випадку з Києвом — це шлях від правового режиму столиці до правової системи, розвиток якої багато в чому зумовлений не лише столичними функціями міста, але й його особливим економічним, політичним тощо статусом. Становлення правової системи Львова напряму пов'язане з проблематикою збереження культурної спадщини та прагненням городян до утвердження в масовій свідомості образу Львова як культурної столиці України. Оформлення правової системи Одеси є вираженням тенденції багатокультурності та діалогу, яка є характерною рисою одеської ментальності. Таким чином, правові системи міст сприяють закріпленню ідеї багатоманітності у правовому просторі сучасної України.

Л і т е р а т у р а

1. Огурцов А. П. Генетическая методология и переход от индивидуальной инновации к ее общезначимости / А. П. Огурцов // Методология науки и антропология / отв. ред.: О. И. Генисаретский, А. П. Огурцов. — М.: ИФ РАН, 2012. — С. 11–58.
2. Raz J. The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System / Joseph Raz. — 2nd ed. — New York: Oxford Univ. Press, 1980. — 241, [IX] p.
3. Фукуяма Ф. Сильное государство: Управление и мировой порядок в XXI веке / Френсис Фукуяма. — М.: АСТ: АСТ. МОСКВА: ХРАНИТЕЛЬ, 2006. — 220, [4] с.
4. Честнов И. Л. Право как диалог: к формированию новой онтологии правовой реальности: монография / И. Л. Честнов. — СПб.: С.-Петербур. юрид. ин-т Ген. прокуратуры Рос. Федерации, 2000. — 103 с.
5. Колесниченко В. В. Теория правовой системы в структуре общетеоретической юриспруденции / В. В. Колесниченко // Питання удосконалення методології сучасної

- юриспруденції: тези 2-ї Міжнар. наук. конф., присвяч. пам'яті проф. О. В. Сурілова (Одеса, 30–31 берез. 2012 р.). — О.: Фенікс, 2012. — С. 49–52.
6. Малько А. В. Категория «правовая жизнь»: проблемы становления / А. В. Малько // Государство и право. — 2001. — № 5. — С. 6–10.
 7. Тихомиров Ю. А. Право: национальное, международное, сравнительное / Ю. А. Тихомиров // Государство и право. — 1999. — № 8. — С. 6–10.
 8. Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. — М.: Статут, 1999. — 714 с.
 9. Матузов Н. И. «Правовая система» и «правовая жизнь»: теоретико-методологический аспект / Н. И. Матузов // Ленинградский юридический журнал. — 2004. — № 1. — С. 7–19.
 10. Поленина С. В. Российская правовая система и международное право: современные проблемы взаимодействия / С. В. Поленина // Государство и право. — 1996. — № 2. — С. 3–28.
 11. Оніщенко Н. М. Правова система і держава в Україні: монографія / Н. М. Оніщенко; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 2002. — 132 с.
 12. Мережко А. Социология права Н. С. Тимашева: монография / Александр Мережко. — О.: Феникс, 2012. — 244 с.
 13. Луць Л. А. Категорії системного аналізу — методологічні основи дослідження правової системи / Л. А. Луць // Вісник Львівського університету. Серія «Право». — 2001. — Вип. 36. — С. 47–53.
 14. Червонюк В. И. Теория государства и права: учебник / В. И. Червонюк. — М.: ИНФРА-М, 2010. — 704 с.
 15. Давид Р. Основные правовые системы современности / Рене Давид; пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. — М.: Прогресс, 1988. — 496 с.
 16. Карбонье Ж. Юридическая социология / Ж. Карбонье; пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. — М.: Прогресс, 1980. — 352 с.
 17. Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 2001. — 776 с.
 18. Гладышева Л. А. Правовая система: современные подходы к пониманию / Л. А. Гладышева // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия «Право». — 2006. — № 13. — С. 388–390.
 19. Алексеев С. С. Собрание сочинений. В 11 т. Т. 3 / С. С. Алексеев. — М.: Статут, 2010. — 495 с.
 20. Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts / Bernd Ruchter, Axel Birk. — Munchen: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2005. — 633 s.
 21. Колесниченко В. В. Категориальный статус правовой системы / В. В. Колесниченко // Правове життя сучасної України: матеріали Міжнар. наук. конф. проф.-викл. та аспірант. складу (Одеса, 20–21 трав. 2011 р.). — О.: Фенікс, 2011. — Т. 1. — С. 53–54.
 22. Ромашов Р. А. Реалистический позитивизм: интегративный тип современного правового понимания / Р. А. Ромашов // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 2005. — № 1. — С. 5–11.
 23. Оборотов Ю. Праворозуміння як аксіоматичне начало (постулат) права / Ю. Оборотов // Право України — 2010. — № 4. — С. 49–55.
 24. Raz J. The Authority of Law / Joseph Raz. — 2nd ed. — New York: Oxford Univ. Press, 2009. — 360 p.
 25. Dworkin R. A Matter of Principle / Ronald Dworkin. — Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1986. — 448 p.
 26. Булыгин Е. К проблеме объективности права / Е. Булыгин // Проблемы философии права. — 2005. — Т. III, № 1–2. — С. 7–13.
 27. Хаустова М. Г. Правова система як соціальний феномен: поняття, зміст, структура / М. Г. Хаустова // Теорія і практика законодавства. — 2012. — № 1 (2). — С. 5–12.

28. Российское государство и правовая система. Современное развитие, проблемы, перспективы : монография / под ред. Ю. Н. Старилова. — Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1999. — 340 с.
29. Хаустова М. Правова система серед інших узагальнюючих категорій правової науки / М. Хаустова // Вісник Академії правових наук України. — 2010. — № 4 (63). — С. 48–57.
30. Максимов С. І. Феноменологічний підхід до розуміння правової реальності / С. І. Максимов // Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. Серія: Філософія, філософія права, політологія, соціологія. — Х., 2009. — Вип. 2. — С. 54–60.
31. Цофнас А. Ю. Теория систем и теория познания : монография / А. Ю. Цофнас. — О. : Астропринт, 1999. — 308 с.
32. Уёмов А. Общая теория систем для гуманитариев : учеб. пособие / А. Уёмов, И. Сапраева, А. Цофнас. — Варшава : Wydawnictwo Universitas Rediviva, 2001. — 276 с.
33. Уёмов А. И. Системный подход и общая теория систем / А. И. Уёмов. — М. : Мысль, 1978. — 272 с.
34. Тарский А. Понятие истины в языках дедуктивных наук / А. Тарский // Философия и логика Львовско-Варшавской школы. — М. : Мысль, 1999. — С. 14–178.
35. Бабаев В. К. Норма права как истинное суждение / В. К. Бабаев // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 1976. — № 2. — С. 30–37.
36. Горобець К. В. Системний плюралізм: до проблеми методології порівняльного правознавства / К. В. Горобець // Філософія порівняльного правознавства : зб. наук. пр. / за ред. О. В. Кресіна. — К. ; Л. : Ліга Прес, 2015. — С. 461–470.
37. Степанов Ю. С. Константы : слов. рус. культуры / Ю. С. Степанов. — 3-е изд. — М. : Академ. проект, 2004. — 991 с.
38. Тихомиров Ю. А. Правовая система развитого социалистического общества / Ю. А. Тихомиров // Советское государство и право. — 1979. — № 7. — С. 31–40.
39. Тиунова Л. Б. О системном подходе к праву / Л. Б. Тиунова // Советское государство и право. — 1986. — № 10. — С. 46–52.
40. Большунов М. А. К вопросу о понятии правовой системы / М. А. Большунов // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Право». — 2011. — № 1 (9). — С. 56–65.
41. Малишев Б. В. Цілеспрямованість правової системи (теоретичні аспекти) / Б. В. Малишев // Європейські перспективи. — 2012. — № 4 (1). — С. 13–18.
42. Аюпова З. Н. Структура и функции правовой системы / З. Н. Аюпова // Современное право. — 2005. — № 10. — С. 44–50.
43. Балинська О. М. Дуалістичні характеристики права як системи: філософсько-правовий аналіз / О. М. Балинська // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. — 2011. — № 3. — С. 24–37.
44. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР, у ред. від 26.04.2014 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 24. — Ст. 170.
45. Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / Роберт Алекси ; пер. с нем.: А. Лаптев, Ф. Кольшойер. — М. : Инфотропик Медиа, 2011. — 192 с.
46. Рулан Н. Юридическая антропология : учеб. для вузов : пер. с фр. / Норбер Рулан ; отв. ред. В. С. Нерсисянц. — М. : НОРМА, 2000. — 310 с.
47. Поцелуев Е. Л. Понятие, признаки и структура правовой системы в российской и зарубежной юридической науке / Е. Л. Поцелуев // Університетські наукові записки. — 2012. — № 1 (41). — С. 130–138.
48. Territorial integrity of Ukraine : Resolution adopted by the General Assembly on 27 March 2014 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/262.

49. Магновський І. Й. Міста Київ та Севастополь: особливості конституційно-правового статусу / І. Й. Магновський // Юридичний вісник. — 2010. — № 1 (14). — С. 43–46.
50. Про невідкладні заходи щодо розвитку міста Києва: Указ Президента України від 25 лют. 2008 р. № 157/2008 // Офіційний вісник України. — 2008. — № 6. — Ст. 299.
51. Про бюджет м. Києва на 2015 р. (з додатками): рішення Київської міської ради у ред. від 4 берез. 2015 р. № 163/1028 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://kmr.ligazakon.ua/SITE2/1_docki2.nsf/alldocWWW/4BD07617E61E6724C2257DD006DF017?OpenDocument.
52. Fitch підтвердив рейтинги Києва [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.epravda.com.ua/news/2015/03/23/535056>.
53. Прейскурант тарифів оплати дій юридичних та фізичних осіб, що призвели до порушення нормативних актів про зовнішній благоустрій міста: затв. рішенням Київської міської ради від 14 лип. 1998 р. № 94 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://kmr.ligazakon.ua/SITE2/1_docki2.nsf/alldocWWW/0688E4738E76D615C22573C0004CA43B?OpenDocument. — (Втратив чинність).
54. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. № 8073-X, у редакції від 26 квітня 2015 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1984. — Дод. до № 51. — Ст. 1122.
55. Про визнання недійсними пунктів рішення: рішення Господарського суду міста Києва від 25 квіт. 2002 р. у справі № 20/207 // Збірник поточного законодавства, нормативних актів, арбітражної та судової практики. — 2002. — № 43–44. — Ст. 10.
56. Про основні засади містобудівної політики у місті Києві: рішення Київської міської ради від 13 листоп. 2013 р. № 519/10007 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://kmr.ligazakon.ua/SITE2/1_docki2.nsf/alldocWWW/44B296A92366562CC2257C40006DE0C4?OpenDocument.
57. Про Порядок громадського обговорення містобудівної документації в м. Києві: рішення Київської міської ради від 16 черв. 2005 р. №438/3014 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://kmr.ligazakon.ua/SITE2/1_docki2.nsf/alldocWWW/73DE445D68318C6DC22573C000538316?OpenDocument.
58. Про забезпечення недопущення самочинного будівництва та самовільного зайняття земельних ділянок: рішення Київської міської ради від 2 квіт. 2015 р. № 317/1182 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://kmr.ligazakon.ua/SITE2/1_docki2.nsf/alldocWWW/928C2702E06405D9C2257E3700686CE0?OpenDocument.
59. Про Порядок розроблення, затвердження та виконання міських цільових програм у місті Києві: рішення Київської міської ради від 29 жовт. 2009 р. №520/2589 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://kmr.ligazakon.ua/SITE2/1_docki2.nsf/alldocWWW/D6C1233F6DE6E5C3C2257697006DE1BF?OpenDocument
60. Про затвердження Стратегії розвитку міста Києва до 2025 року: рішення Київської міської ради від 15 груд. 2011 р. № 824/7060 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/MR111604.html.
61. Про Програму економічного і соціального розвитку м. Києва на 2015 рік: рішення Київської міської ради від 28 січ. 2015 р. № 59/924 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://kmr.ligazakon.ua/SITE2/1_docki2.nsf/alldocWWW/9769F24B5BC18261C2257DDD006DEFFC?OpenDocument.
62. Про затвердження Програми розвитку єдиного паркувального простору в м. Києві до 2015 року: рішення Київської міської ради від 22 трав. 2013 р. № 326/9383 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://kmr.ligazakon.ua/SITE2/1_docki2.nsf/alldocWWW/73493EBF3E4F4FC8C2257BAC006873A0?OpenDocument.
63. Про затвердження міської цільової комплексної програми профілактики та протидії злочинності в м. Києві «Безпечна столиця» на 2012–2015 роки: рішення Київської міської ради від 26 січ. 2012 р. № 16/7353 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://kmr.ligazakon.ua/SITE2/1_docki2.nsf/alldocWWW/1745E0BDF8F5F916C22579BF006DEE35?OpenDocument.

64. Стан та структура злочинності в Україні за 2012 р. [Електронний ресурс] / М-во внутр. справ України. — Режим доступу: <http://mvs.gov.ua/mvs/doccatalog/document?id=813149>.
65. Єдиний звіт про кримінальні правопорушення за 2013 р. [Електронний ресурс] / Ген. прокуратура України. — Режим доступу: http://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?_m=fslib&_t=fsfile&_c=download&file_id=184158.
66. Про затвердження Міської цільової програми правової освіти населення міста Києва на 2012–2016 роки : рішення Київської міської ради від 29 груд. 2011 р. № 1005/7241 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MR111843.html.
67. Пастух Т. Я. Львів очима його мешканців: досвід застосування авторської методології оцінки іміджу міста / Т. Я. Пастух // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія «Соціологічні дослідження сучасного суспільства: методологія, теорія, методи». — 2012. — № 993. — С. 136–140.
68. Конвенція об охорані всесвітнього культурного і природного надбання [Електронний ресурс] // Сайт Всесвітньої спадщини ЮНЕСКО. — Режим доступу: <http://whc.unesco.org/archive/convention-ru.pdf>.
69. Бадяк В. П. Становлення засад пам'яткоохоронної роботи у Львові / В. П. Бадяк // Праці Центру пам'яткознавства. — 2010. — Вип. 18. — С. 21–35.
70. Бадяк В. П. Історичний центр Львова у Списку всесвітньої спадщини: здобутки та проблеми / В. П. Бадяк // Праці Центру пам'яткознавства. — 2012. — Вип. 21. — С. 32–48.
71. Про збереження історичної забудови у центральній частині міста Львова : Указ Президента України від 2 лип. 1997 р. № 603/97 // Урядовий кур'єр. — 1997. — 8 лип. — С. 2.
72. Про затвердження Правил дотримання тиші у громадських місцях на території м. Львова : ухвала Львівської міської ради від 28 січ. 2010 р. № 3166 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/\(SearchForWeb\)/990B63865C8C9AC2C22576C4004849B8?OpenDocument](http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/(SearchForWeb)/990B63865C8C9AC2C22576C4004849B8?OpenDocument).
73. Про затвердження Положення про акустичний режим у м. Львові : ухвала Львівської міської ради від 25 січ. 2001 р. № 932 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/\(SearchForWeb\)/003CCE70FF413DC2C22570B3004C7ACB?OpenDocument](http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/(SearchForWeb)/003CCE70FF413DC2C22570B3004C7ACB?OpenDocument).
74. Про затвердження положення про історико-культурний заповідник «Личаківський цвинтар» : ухвала Львівської міської ради від 5 листоп. 1990 р. № 2550, у ред. від 19 берез. 2009 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/\(SearchForWeb\)/1B00FB9369E091EFC225758A00508268?OpenDocument](http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/(SearchForWeb)/1B00FB9369E091EFC225758A00508268?OpenDocument).
75. Про погодження Програми збереження історичних цінностей Львівської національної наукової бібліотеки України імені В. Стефаника : ухвала Львівської міської ради від 3 листоп. 2011 р. № 862 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/\(SearchForWeb\)/3F2E77270ABDC47FC2257942004C60DD?OpenDocument](http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/(SearchForWeb)/3F2E77270ABDC47FC2257942004C60DD?OpenDocument).
76. Про затвердження переліку наукових об'єктів, що становлять національне надбання та внесення змін до Положення, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 18 лютого 1997 р. № 174 : Постанова Кабінету Міністрів України від 19 груд. 2001 р. № 1709, у ред. від 22 жовт. 2008 р. // Офіційний вісник України. — 2001. — № 51. — Ст. 2305.
77. Про затвердження Положення про порядок в'їзду автомобільного транспорту на територію центральної частини м. Львова, внесеної до Списку Світової спадщини ЮНЕСКО : рішення Львівської міської ради від 21 серп. 2001 р. № 396 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doc1mr_1.NSF/\(SearchForWeb\)/01528E435A87360642256AAF0052F365?OpenDocument](http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doc1mr_1.NSF/(SearchForWeb)/01528E435A87360642256AAF0052F365?OpenDocument). — (Втратило чинність).

78. Про затвердження Концепції розміщення зовнішньої реклами у м. Львові : рішення львівської міської ради від 20 лип. 2007 р. № 485 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/\(SearchForWeb\)/871DABE27A726D45C225732F0024C68C?OpenDocument](http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/(SearchForWeb)/871DABE27A726D45C225732F0024C68C?OpenDocument).
79. Про затвердження Правил розміщення зовнішньої реклами у м. Львові : рішення Львівської міської ради від 21 трав. 2010 р. № 569, у ред. від 17 трав. 2013 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/\(SearchForWeb\)/8DEB31C95B658391C22577380022A279?OpenDocument](http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/(SearchForWeb)/8DEB31C95B658391C22577380022A279?OpenDocument).
80. Про впорядкування розміщення технічних елементів (пристроїв) на фасадах будинків на території м. Львова : рішення Львівської міської ради від 1 лют. 2002 р. № 028, у ред. від 9 верес. 2011 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/\(SearchForWeb\)/ED42714AEFE47EA042256B660050691D?OpenDocument](http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/(SearchForWeb)/ED42714AEFE47EA042256B660050691D?OpenDocument).
81. Про утворення робочої групи з питань формування заявки щодо набуття Львовом статусу «Місто літератури ЮНЕСКО» : розпорядження Львівської міської ради від 27 груд. 2013 р. № 557 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/\(SearchForWeb\)/43BC796501CBD235C2257C51004E752B?OpenDocument](http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/(SearchForWeb)/43BC796501CBD235C2257C51004E752B?OpenDocument).
82. Про міжнародний відкритий конкурс архітектурних, дизайнерських та ландшафтних проектів для впорядкування місць, пов'язаних з єврейською історією у м. Львові : рішення Львівської міської ради від 6 серп. 2010 р. № 1076 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/\(SearchForWeb\)/B934EA4D3A5E0488C225778300238F02?OpenDocument](http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/(SearchForWeb)/B934EA4D3A5E0488C225778300238F02?OpenDocument).
83. Про утворення Ради з питань управління історичним містом : розпорядження Львівського міського голови від 12 квіт. 2007 р. № 117 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/\(SearchForWeb\)/4B959AFBF1410750C22572BC004AADC8?OpenDocument](http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/(SearchForWeb)/4B959AFBF1410750C22572BC004AADC8?OpenDocument).
84. Пількевич В. О. Культурні та природні пам'ятки України в Списку всесвітньої спадщини ЮНЕСКО / В. О. Пількевич // Наукові праці Чорноморського державного університету імені Петра Могили. Сер. : Історія. — 2012. — Т. 171, вип. 159. — С. 120–123.
85. Терещук Г. Понад 10 років Львів у списку ЮНЕСКО, а ставлення до історичної спадщини варварське [Електронний ресурс] / Галина Терещук // Радіо свобода. — Режим доступу: <http://www.radiosvoboda.org/content/article/1730355.html>.
86. Опалько Ю. В. Збереження культурної спадщини в сучасній Україні: проблеми та перспективи / Ю. В. Опалько // Стратегічні пріоритети. — 2007. — № 1 (2). — С. 84–86.
87. Про Державний бюджет України на 2015 рік : Закон України від 28 груд. 2014 р. № 80-VIII, у ред. від 16 квіт. 2015 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2015. — № 5. — Ст. 37.
88. Про міський бюджет м. Львова на 2015 рік : рішення Львівської міської ради від 14 січ. 2015 р. № 2 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/\(SearchForWeb\)/9FCA44E0FEF8C557C2257DD0003084ED?OpenDocument](http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/(SearchForWeb)/9FCA44E0FEF8C557C2257DD0003084ED?OpenDocument).
89. Про затвердження Концепції розвитку промислового парку м. Львова : ухвала Львівської міської ради від 20 верес. 2012 р. № 1734 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/\(SearchForWeb\)/51DFA20A22D914B6C2257A8E002DB767?OpenDocument](http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/(SearchForWeb)/51DFA20A22D914B6C2257A8E002DB767?OpenDocument) — (Втратила чинність).
90. Про затвердження проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки для створення промислового парку у м. Львові на вул. Т. Шевченка, промислова зона «Рясне-2», ділянка 1-1 та про організацію і проведення конкурсу з вибору керуючої компанії промислового парку : ухвала Львівської міської ради від 18 лип. 2013 р. № 2567, у ред. від 6 лют. 2014 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу:

<http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/a19074bb3a9b23eac2256ac40046fcb4/92d6c7d693036147c2257bbe00250bab?OpenDocument>.

91. Про затвердження Програми урбаністичного розвитку м. Львова на 2015–2016 роки : ухвала Львівської міської ради від 23 квіт. 2015 р. № 4528 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/\(SearchForWeb\)/8V085831EA5A4CBBC2257E370050247D?OpenDocument](http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/(SearchForWeb)/8V085831EA5A4CBBC2257E370050247D?OpenDocument).
92. Стременовський М. С. Місцеve самоврядування м. Одеси в середині XIX століття: історико-правове дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права ; історія політичних і правових учень» / С. М. Стременовський. — О., 2000. — 20 с.
93. Найдорф М. Очерки европейского мифотворчества / Марк Найдорф. — О. : ВМВ, 2001. — 267 с.
94. Ніколаєва Г. О. «Одеський міф»: минуле та сьогодення / Г. О. Ніколаєва // Українська культура: минуле, сучасне, шляхи розвитку. Наукові записки Рівненського державного гуманітарного університету. — 2013. — Вип. 19, т. 1. — С. 229–234.
95. Шохов А. Бренд Одессы и методология проектирования развития городов [Электронный ресурс] / А. Шохов. — Режим доступу: <http://shokhov.livejournal.com>.
96. Черных И. Д. Репрезентация Одессы в виртуальном пространстве / И. Д. Черных, Г. Н. Стоянова // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. : Історія, філософія, політологія. — 2012. — № 4. — С. 17–22.
97. Лотман Ю. М. Символика Петербурга и проблемы семиотики города / Ю. М. Лотман // Семиотика города и городской культуры. Ученые записки Тартуского государственного университета. Труды по знаковым системам. — Тарту, 1984. — Вып. XVIII. — С. 30–45.
98. Лищенко Н. Ф. Одесский городской текст и карнавальная традиция / Н. Ф. Лищенко // Науковий вісник МДУ імені В. О. Сухомлинського. Сер. : Філологія. — 2014. — Вип. 4 (13). — С. 134–139.
99. О мерах по противодействию проявлениям фашизма, нацизма, ультранационализма в городе Одессе : решение Одесского городского совета от 7 июля 2009 г. № 4434-V [Электронный ресурс]. — Режим доступу: <http://omr.gov.ua/ua/acts/council/22041>.
100. О мерах по недопущению проявлений нацизма, фашизма и радикального национализма в городе Одессе : решение Одесского городского совета от 19 февр. 2013 г. № 2824-VI [Электронный ресурс]. — Режим доступу: <http://omr.gov.ua/ua/acts/council/47953>.
101. Про вступ міста Одеси до Європейської коаліції міст проти расизму : рішення Одеської міської ради від 9 квіт. 2009 р. № 4098-V [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://omr.gov.ua/ua/acts/council/20469>. — (Втратило чинність).
102. Про вихід міста Одеси, Одеської міської ради зі складу ряду міжнародних організацій : рішення Одеської міської ради від 29 жовт. 2014 р. № 5557-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://omr.gov.ua/ru/acts/council/64877>.
103. Про затвердження Міської програми підтримки діяльності національно-культурних товариств міста Одеси на 2010 рік : рішення Одеської міської ради від 13 лип. 2010 р. № 5942-V [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://omr.gov.ua/ua/acts/council/28694>.
104. О реализации положений Закона Украины «Об основах государственной языковой политики» в городе Одессе : решение Одесского городского совета от 13 авг. 2012 г. № 2419-VI [Электронный ресурс]. — Режим доступу: <http://omr.gov.ua/ru/acts/council/43297>.
105. О создании управления европейской интеграции и связей с Одесской диаспорой : решение Одесского городского совета от 15 июля 2005 г. № 4229-IV [Электронный ресурс]. — Режим доступу: <http://omr.gov.ua/ua/acts/council/190>.
106. Фоканов Ю. В. Диаспора: к вопросу о концептуализации понятия в условиях глобализации / Ю. В. Фоканов // Известия РГПУ им. А. И. Герцена. — 2008. — № 60. — С. 284–289.

107. Об утверждении Положения о символике города Одессы и символах Одесского городского головы : решение Одесского городского совета от 16 апр. 2013 г. № 3297-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://omr.gov.ua/ua/acts/council/49946>.
108. Про вступ міста Одеси до Ліги історичних міст : рішення Одеської міської ради від 20 січ. 2009 р. № 4082-V [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://omr.gov.ua/ua/acts/council/19051>.
109. Про вступ Одеської міської ради до Асоціації ЄВРОМІСТА : рішення Одеської міської ради від 5 квіт. 2007 р. № 1169-V [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://omr.gov.ua/ua/acts/council/7065>.
110. Сергей Кивалов: Настало время готовить Конституцию для Одесчины [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.odessit.ua/news/oblast/24446-sergey-kivalov-nastalo-vremya-gotovit-konstituciyu-dlya-odeschiny.html>.
111. Про внесення змін до Міської цільової програми включення центральної історичної частини забудови Одеси до основного списку Всесвітньої спадщини ЮНЕСКО на 2013–2015 роки, затвердженої рішенням Одеської міської ради від 16 квітня 2013 р. № 3313-VI : рішення Одеської міської ради від 24 груд. 2014 р. № 5998-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://omr.gov.ua/ua/acts/council/66573>.
112. Про затвердження Правил благоустрою території міста Одеси (текстової частини) у новій редакції : рішення Одеської міської ради від 23 груд. 2011 р. № 1631-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://omr.gov.ua/ua/acts/council/38553>.
113. Про затвердження Плану діяльності Одеської міської ради з підготовки проектів регуляторних актів на 2015 рік : рішення Одеської міської ради від 24 груд. 2014 р. № 5987-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://omr.gov.ua/ua/acts/council/66628>.
114. Про бюджет міста Одеси на 2015 рік : рішення Одеської міської ради від 21 січ. 2015 р. № 6259-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://omr.gov.ua/ru/acts/council/67004>.
115. Про затвердження Генерального плану м. Одеси : рішення Одеської міської ради від 25 берез. 2015 р. № 6489-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://omr.gov.ua/ua/acts/council/69315>.

А н о т а ц і я

Оборотов Ю. М., Завальнюк В. В., Мельничук О. С., Горобець К. В., Хижняк Ю. В. Міська правова система як відображення цілісності міського права (на прикладі деяких українських міст). — Стаття.

У статті розглядається проблема цілісності міського права крізь призму формування міської правової системи. Міська правова система — це зумовлена особливостями та закономірностями розвитку конкретного міста ціннісно-нормативна цілісність юридичних феноменів та процесів, які інституціоналізуються у правовому житті городян і використовуються жителями міста та муніципальними органами для досягнення приватних і публічних цілей та забезпечення сталого розвитку міської системи. Показано, що правова система міста Києва формується під значним впливом виконання цим містом столітніх функцій, що зумовило специфіку розвитку нормативних засад його правової системи. Специфіка міського права сучасного Львова багато в чому формується під впливом культурного фактора. Етнонаціональна політика є одним із пріоритетних напрямів розвитку міського права Одеси. Вона знаходить своє вираження на рівні нормативних, індивідуальних, програмних та декларативних актів.

Ключові слова: системний підхід, правова система, правова система міста, міська правова система, правова система Києва, правова система Львова, правова система Одеси.

А н н о т а ц и я

Оборотов Ю. Н., Завальнюк В. В., Мельничук О. С., Горобець К. В., Хижняк Ю. В. Городская правовая система как отображение целостности городского права (на примере некоторых украинских городов). — Статья.

В статье рассматривается проблема целостности городского права сквозь призму формирования городской правовой системы. Городская правовая система — это обусловленная особенностями и закономерностями развития конкретного города ценностно-нормативная целостность юридических феноменов и процессов, которые институционализируются в правовой жизни горожан и используются жителями города и муниципальными органами для достижения частных и публичных целей и обеспечения устойчивого развития городской системы. Показано, что правовая система города Киева формируется под значительным влиянием выполнения этим городом столичных функций, что обусловило специфику развития нормативных основ его правовой системы. Специфика городского права современного Львова во многом формируется под влиянием культурного фактора. Этнонациональная политика является одним из приоритетных направлений развития городского права Одессы. Она находит свое выражение на уровне нормативных, индивидуальных, программных и декларативных актов.

Ключевые слова: системный подход, правовая система, правовая система города, городская правовая система, правовая система Киева, правовая система Львова, правовая система Одессы.

S u m m a r y

Oborotov Yu. M., Zavalniuk V. V., Melnychuk O. S., Gorobets K. V., Khyzhniak Yu. V. *Urban Legal System as Reflection of Integrity of Urban Law (by the example of certain Ukrainian cities)*. — Article.

The article deals with the problem of the integrity of urban law through the establishing the urban legal system. Urban legal system is an integrity of legal phenomena and processes, which are institutionalizing in the legal life of citizens and are being used by them and by municipal bodies for achievement the private and public goals for sustainable development of urban system. It is shown that legal system of Kyiv expresses in realization of the functions of capital city, which determines the features of the normative grounds of its legal system. The cultural status of Lviv impact on its legal system. Ethnonational policy is the priority direction of development of Odesa's urban law.

Keywords: system approach, legal system, legal system of the city, urban legal system, legal system of Kyiv, legal system of Lviv, legal system of Odesa.

УДК 332.025.12

*О. М. Кібік, О. П. Подцерковний, В. О. Котлубай,
Ю. В. Хаймінова, Ю. З. Драпайло, Ю. П. Постоленко,
О. О. Брагарник, М. С. Козолуп*

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ПЕРЕДУМОВИ ІНТЕНСИФІКАЦІЇ ЕКСПОРТНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Проблема підвищення національної конкурентоспроможності протягом останніх десятиліть перебуває у центрі уваги урядів більшості зарубіжних країн. Основним індикатором конкурентоспроможності країни визнають її експортний потенціал та фактичний рівень його реалізації, що є інструментом просування національних інтересів у масштабах світового господарства.

Експортний потенціал є однією зі складових економічного потенціалу, який забезпечує, на відміну від інших складових (виробничого, трудового, природного, фінансового, інформаційного потенціалу тощо), процес реалізації товарів на зовнішньому ринку.

Розробка та реалізація стратегії підтримки національного експорту і відповідно посилення його позицій на світовому ринку є особливо актуальним питанням для сучасної України. Наша держава має переваги, які є передумовами формування та реалізації її експортного потенціалу. Такими перевагами є достатня чисельність кваліфікованої робочої сили, вигідне географічне положення, природні ресурси, індустриальний потенціал, достатньо високий рівень розвитку деяких галузей, наявність розвинутої транспортної системи, вагомі досягнення у сфері фундаментальних наукових досліджень тощо. Більшість з наведених переваг не використані в повній мірі у межах реалізації експортної стратегії України внаслідок незадовільного організаційно-правового забезпечення зазначеної сфери.

Питання розвитку експортної діяльності досліджувало багато науковців, зокрема: М. Беноа, І. Брос'є, Ф. Буши, Є. Ган, О. Гаске, Ж. Ечкеназі, Л. Каруи, І. Коломбель, А. Корбут, М. Корістон, Ж. Леонар, П. Лімузан, Е. Маршал, А. Михайлів, Ж. Нафіліан, О. Сизов, А. Терреноар,

М. Трейсі, Л. Штрівє та ін. В Україні цей напрямок розробляють І. Бураковський, П. Гайдучський, В. Гончаренко, С. Дем'яненко, Е. Зінь, С. Зоря, С. Кваша, І. Кобута, М. Компанець, О. Лука, О. Олійник, С. Онисько, В. Рокоча, П. Саблук, В. Савчук, О. Тимків, А. Філіпенко, О. Юхновський та ін. Актуальні проблеми, які перешкоджають розвиткові українського експорту, досліджували В. Мовчан, Т. Мельник, Л. Івашова, А. Мазаракі, Л. Кутідзе, Ю. Верланов, Н. Осадча, О. Школьний, І. Орлик, Н. Резнікова та ін.

Однак проблема розвитку експортного потенціалу України залишається вкрай актуальною. Комплексного вивчення потребують сучасні економіко-правові та організаційні умови розвитку українського експорту задля забезпечення передумов ефективного входження України у світову систему господарських зв'язків.

Метою статті є визначення основних організаційно-правових передумов підвищення ефективності експортної діяльності в Україні.

Досвід економічно розвинених країн свідчить про те, що розвиток експортного потенціалу допомагає поліпшенню економічного становища як країни в цілому, так і окремих її регіонів. Тому розвинені країни більшу частину своєї продукції намагаються експортувати, ніж продавати на внутрішньому ринку. Тим самим рівень продукції повинен відповідати вимогам міжнародних ринків і бути конкурентоспроможним [1].

Поняття «експортний потенціал» переважно характеризується крізь призму категорій «здатність», «спроможність», «можливість». Частина науковців розглядає експортний потенціал як певну здатність виробляти та реалізовувати продукцію, мобілізувати економічні ресурси та використовувати їх з максимальною ефективністю, відтворювати конкурентні переваги на світовому ринку, контролювати максимально можливу частку ринку, розвиватися на світовому ринку, адаптуватися до вимог зовнішніх чинників [2, с. 69; 3].

Академік Л. І. Абалкін розглядає економічний потенціал стосовно економіки країни, її галузей та окремих підприємств як їх здатність виробляти продукцію, товари, послуги, задовольняти потреби населення та суспільства в цілому, забезпечувати розвиток виробництва та споживання [4, с. 384]. Саме тому, на нашу думку, необхідно розглядати експортний потенціал як складову економічного потенціалу країни, в якій відображаються можливості національної економічної системи інтегруватись у світовий економічний простір.

Експортний потенціал країни нерозривно пов'язаний із розробкою стратегії та тактики виходу перспективних видів товарів на зовнішні ринки, завдяки яким можна реалізувати місцеві товари.

Експортний потенціал держави визначається обсягами товарів, які можуть бути вироблені в економічній та соціальній сферах і реалізовані на світовому ринку з максимальною вигодою для країни [5].

Експортна стратегія має за мету стимулювання розвитку експорту країни у довгостроковій перспективі. Експортна стратегія визначається

пріоритетними напрямками розвитку економіки та обов'язково має бути узгодженою з потребами виробників для найефективнішої реалізації переваг, що розкривають запропоновані напрямки. Це, у свою чергу, потребує визначення проміжних цілей та засобів їх досягнення. На практиці ця політика реалізується через утворення мережі відповідних інститутів, визначення їх функцій та підпорядкованості [6, с. 10–12]. У процесі розробки експортної стратегії необхідно визначити пріоритетні напрямки розвитку зовнішньоекономічних відносин з акцентом на експортно-стратегічні для України товари.

На нашу думку, слід виділити систему чинників, які визначають формування та розвиток експортного потенціалу країни. Серед них можна відокремити внутрішні та зовнішні, тому що експортний потенціал базується на національному підході щодо визначення можливостей виробництва і врахуванні конкурентних умов світового ринку щодо реалізації виробленої експортної продукції.

До внутрішніх чинників слід віднести, передусім, ресурсно-сировинний потенціал, можливості промислового виробництва і кадрове забезпечення; науковий та інвестиційно-інноваційний потенціал, законодавчу і нормативну базу та діяльність державних установ. До негативних чинників цієї групи можна віднести низький рівень конкурентоспроможності більшості українських підприємств, що є реальними або потенційними експортерами; незадовільний фінансовий стан більшості підприємств, що обмежує можливості інвестування експортної діяльності; зростання витрат експортної діяльності; низький світовий рейтинг інвестиційної привабливості та надійності України; високий рівень оподаткування експортної діяльності.

Зовнішні чинники — це чинники ринкової дії (ємність, кон'юнктура ринку і умови конкуренції на ньому) та інституціональний чинник (система міжнародних інститутів з координації світових торговельних потоків).

Серед внутрішніх чинників більш детально розглянемо низький рівень конкурентоспроможності більшості українських експортоорієнтованих підприємств. Критичною проблемою, що має наслідком низький рівень конкурентоспроможності, є незадовільний стан відтворення капіталу та технологічної складової експортоорієнтованих підприємств (у першу чергу, в металургії, хімічній та транспортній галузях). Починаючи з 90-х рр. минулого століття низькотехнологічність свідчила не тільки про наростаючу відсталість (понад 90 % господарства становлять III і IV технологічні уклади), а й про вкрай погане ставлення до виробничих фондів. Так звані ефективні власники не проводили модернізацію виробничого потенціалу, а по-хижацьки експлуатували наявні потужності.

Критичний стан національної економіки, що ускладнюється зовнішніми боргами та гострою нестачею фінансів, обумовлює необхідність не екстенсивного нарощування наявного виробничого потенціалу, а форму-

вання моделі ефективного відтворення капіталу та модернізації технологій, заснованої на зміні поколінь технологічних укладів — низьких високими.

Поряд із традиційними видами експорту також необхідно створювати й виробництво нових видів продукції, що ґрунтуються на новітніх досягненнях науки і техніки.

Формування експортного потенціалу є складним процесом, розвиток якого багато в чому визначають рівень застосованих технологій та інноваційність моделі відтворення капіталу експортоорієнтованих підприємств.

Сучасний відтворювальний процес включає в себе процес просування інновацій, що виявляється у впровадженні нових матеріалів і технологій. Вплив технологій на відтворювальний процес безпосередньо пов'язаний з інноваційним аспектом, оскільки позитивна технологічна динаміка забезпечується тільки при технологіях, що мають інноваційний характер. Переважання застарілих технологій консервує технологічну структуру відтворювальної системи і блокує інноваційний розвиток. У свою чергу, інноваційний потенціал і можливості інноваційного розвитку відтворювального процесу зумовлюються інституційною організацією національної економіки [7, с. 134]. Таким чином, рівень розвитку технологічної бази та стан інституційної структури визначають не тільки ефективність відтворювального процесу, а й соціально-економічний розвиток країни в цілому та можливість реалізації експортного потенціалу.

Практика інституційних реформ показує, що інституційні перетворення не забезпечують автоматично ефективної організації відтворювального процесу, а найчастіше сприяють збереженню або навіть посилюють інерційність розвитку економічної системи, яка замикається на неефективних нормах, що перешкоджають її інноваційному розвитку [8, с. 10–12].

Дане питання особливо актуальне для вітчизняних економічних умов, оскільки трансформація економічних систем неминуче припускає інституційні зміни, які для успішного здійснення відтворювального процесу повинні доповнюватися технологічними змінами.

Технологічні та інституційні зміни є об'єктивною основою розвитку відтворювального процесу. Так, істотно різняться між собою способи застосування знарядь ручної праці, машин і автоматичних ліній. У всіх випадках існуючі інститути, в тому числі відносини власності на засоби виробництва, форми отримання прибутку, оплати праці тощо, повинні сприяти найбільш ефективному використанню продуктивних сил — людських здібностей, знарядь праці, джерел енергії тощо. Поки це має місце, виробництво розвивається ефективно. Коли ж така відповідність порушується, це призводить до кризових явищ, інституційні відносини відстають від розвитку продуктивних сил, стають консервативною стороною виробництва, гальмуючи його розвиток і приводячи до суперечностей між організаційними формами і інститутами. Виникає явище інституційної інерції.

Нові інститути, згідно з Д. Нортон, з'являються тоді, коли суспільство вбачає можливість отримання прибутку, який не може бути отриманий в умовах вже існуючої інституційної системи. Іншими словами, якщо виробничі фактори надають можливість збільшення доходів, а інституційні цьому перешкоджають, тоді великі шанси виникнення нових інститутів [9, с. 358].

Кожній відтворювальній системі притаманна певна система технологій, яку закріплює відповідний інституційний механізм. Система капіталу і технологій є безпосереднім вираженням відтворювальних відносин, тому тільки створивши адекватну своєю природою систему технологій, відтворювальна система може повною мірою забезпечити реалізацію своєї сутності.

Відтворювальний процес в експортоорієнтованих галузях сьогодні часто відбувається на основі тих технологічних передумов, які були створені у радянський час. Перетворення, які відбуваються в матеріально-технічній базі, ще не можна розглядати як створення адекватної сучасному рівню НТП системи технологій і засобів праці. Ця обставина має обумовлювати вдосконалення технологій та оновлення капіталу. Паралельно з технологічним розвитком повинні відбуватися інституційні зміни, що позитивно відіб'ється на результативності відтворювального процесу, тому що в цьому випадку змінюються форми організації виробництва, перебудовуються системи освіти, створюються сприятливі умови для формування нових інвестиційних, галузевих і технологічних структур. Коли всі ланки відтворювальної системи еволюціонують у відповідності з новими технологічними вимогами, то відбувається скорочення витрат виробництва. Якщо ж конфлікт між новими технологіями та інституційним оточенням вирішити не вдається, то нові технології розвиваються у рамках старого технологічного укладу, що призводить до економічних втрат і неефективності відтворювального процесу.

Застосування певної технології протягом тривалого часу закріплює інститути, які визначають певне коло взаємодій економічних агентів у рамках відтворювального циклу, обумовленого даною технологією. Дії груп, що виграють від збереження сформованих інституційних і технологічних умов, створюють перешкоди для впровадження нових технологій за допомогою лобіювання своїх інтересів, тим самим формуючи інституційне середовище, не прийнятне для здійснення інноваційно спрямованого відтворення капіталу.

Таким чином, технологічні зміни неможливі без формування відповідних інституційних умов, які безпосереднім чином впливають на процеси капіталу експортоорієнтованих підприємств. У свою чергу, стан і можливі варіанти ефективної організації відтворювального процесу багато в чому визначаються змінами в технологічній структурі економіки.

Оскільки всі процеси створення наукового і технологічного знання, також як і процеси використання вже наявних технологій та їх адаптації, вимагають участі безлічі взаємодоповнюючих і взаємопов'язаних

суб'єктів, необхідною є розробка комплексної стратегії інноваційно-технологічного розвитку відтворювальної системи, а потім проведення відповідної економічної політики. На інституціональному рівні це повинно реалізовуватися в планах технологічного розвитку, пов'язаних з розробкою прикладних досліджень, функціонування інституційного середовища та виробничо-технологічної інфраструктури. Необхідними є відповідні макроекономічні умови, які повинні включати в себе, перш за все, ефективний механізм державної науково-технічної та промислової політики. При обґрунтуванні такої політики одним з найбільш важливих питань є вибір напрямів і способів технологічного розвитку та структурно-технологічних перетворень.

Основними принципами даної стратегії має стати посилення координації діяльності органів державного управління та удосконалення нормативно-правової бази в галузі проведення інноваційної діяльності, впровадження міжнародних стандартів та рекомендацій; введення податкових пільг на проведення дослідних і конструкторських розробок, а також стимулювання рефінансування прибутку підприємств на інноваційну діяльність.

У сучасних умовах для реалізації стратегії інноваційно-технологічного розвитку відтворювальної системи головним організуючим елементом інституційної структури має виступати держава, яка має свідомо брати участь у процесі відбору інститутів і одночасно виступати як інституційний інноватор.

Основні підходи до формування даної стратегії мають включати комплекс взаємопов'язаних соціально-економічних, науково-технічних та організаційно-господарських заходів і завдань, спрямованих на досягнення конкретної кінцевої мети.

За даними митної служби України, за 2014 р. було експортовано з України товарів на суму майже 54 млрд дол., що на 14 % менше, ніж у 2013 р.

За результатами 2014 р. експорт України в країни СНД упав на 7 млрд дол. Через заборони і обмеження Україна у 2014 р. поставила в Росію на 5,2 млрд дол. менше продукції. Очікування того, що скасування імпорتنих мит ЄС дасть можливість Україні компенсувати втрати на ринку СНД не виправдалися. Експорт України в країни ЄС зріс лише на 0,331 млрд дол. за рік. За грудень 2014 р. взагалі спостерігалось падіння експорту України в країни ЄС майже на 0,52 млрд дол. порівняно з груднем 2013 р. [10].

Як відомо, світовий ринок поділений між країнами. У сучасних умовах існуючий поділ ринків змінити досить складно. Проблема гальмування зростання обсягу українського експорту в ЄС особливо актуальна на тлі закриття російського ринку. Внаслідок того, що ринок ЄС перенасичений своєю готовою продукцією, на сьогоднішній день Україна може постачати в ЄС тільки сировину. Тому основними товарами, що постачаються Україною на ринок ЄС, є кукурудза і чавун, що не може кон-

курувати з ринками СНД, де Україна постачає готові продукти харчування, продукцію машинобудування і продукцію хімічної промисловості. Український експорт товарів істотно збільшився в Туреччину, Єгипет, Індію, Ірак і Китай. На ринку США для українського експорту найбільші перспективи має продукція галузей агропромисловості, інформаційних технологій, ракетно-космічної. Експорт продукції металургії та важкої промисловості також є цікавим для американського покупця [11].

У таких умовах необхідність зміцнення експортного потенціалу України обумовлена винятковою значущістю експорту як чинника відродження та розвитку національної економіки. У межах державного регулювання функціонування економічної системи має бути забезпечено підтримку вітчизняних експортерів. За умов такої підтримки може бути збільшено обсяги українського виробництва, суми податкових надходжень до бюджету та створено додаткові робочі місця тощо. Вичерпання екстенсивних факторів зростання українського експорту товарів сировинної групи, скорочення питомої ваги машинотехнічної продукції в національному експорті, постійне посилення ступеня міжнародної конкуренції на зовнішніх ринках на тлі активної державної підтримки експорту за кордоном і застосування розвиненими країнами захисних заходів в інтересах власних галузевих виробництв обумовлюють необхідність реалізації державних заходів сприяння розвитку прогресивної якісної структури експортного потенціалу України.

Аналіз світового досвіду показує, що практично всі країни здійснюють регулювання і стимулювання зовнішньоекономічної діяльності на макро- і мезорівнях. Підтримка експорту за кордоном реалізується через систему взаємодіючих і взаємопов'язаних між собою урядових і неурядових інституцій, до числа яких відносяться профільні міністерства і відомства, спеціалізовані агенції та експертні центри, фінансові структури, дипломатичні місії тощо.

Державне сприяння експорту здійснюється в досить розвиненому вигляді у багатьох розвинених країнах Америки, Європи та Азії. Найбільшої досконалості, як видається, держпідтримка досягла в США. Головним напрямком підтримки американського бізнесу за кордоном є створення сприятливих інституційних умов компаніям США для реалізації вигідних комерційних проектів. Держдепартамент здійснює координацію зовнішньоекономічної діяльності всіх міністерств і відомств, державних організацій та їх представників за кордоном. З ініціативи Держдепартаменту проводяться засідання координаційних і консультативних комітетів з різних питань, що стосуються ЗЕД, за участю представників підприємницьких структур для врахування їх позиції щодо міжнародних заходів, які безпосередньо зачіпають інтереси ділових кіл США. У Великій Британії зовнішньоекономічна політика є частиною загальної економічної політики країни. В країні практично немає міністерств, які в тій чи іншій мірі не займалися би питаннями ЗЕД. Важливу роль у сприянні зовнішньоекономічному співробітництву

відіграють британські дипломатичні місії, які мають у своєму складі представників різних міністерств і відомств, що виконують функції торговельних радників. Рада міжнародної торгівлі сприяє координації зусиль урядових установ та ділових кіл у сфері зовнішньої торгівлі, безоплатно або за символічну плату надає допомогу компаніям в освоєнні експортних ринків. Британська національна рада з експорту застосовує оригінальну форму сприяння експорту — так звану практику відкриття «торгових вікон». При цьому британським фірмам-експортерам товарів, які намагаються вперше освоїти даний зарубіжний ринок, надається організаційно-фінансова допомога у влаштуванні виставкової експозиції. Уряд Південної Кореї в цілях надання інституційної підтримки міжнародної торгівлі та імпорту технологій заснував у 1962 р. Корпорацію сприяння торгівлі. Для стимулювання вивозу товарів і послуг був заснований День експорту, коли найкращі експортери нагороджувалися медалями та отримували народне визнання. В Японії організатором системи обслуговування зовнішньоекономічних зв'язків є держава, яка фінансує цю діяльність з бюджетних коштів. Система підтримки має розгалужений характер, охоплюючи сфери діяльності, якими є збір і аналіз маркетингової інформації, надання інформаційно-консультаційних послуг, організація рекламно-виставкової роботи, сприяння у залученні до здійснення зовнішньоекономічної діяльності нових учасників тощо. У ХІХ ст. уряд Росії узгоджував з громадськістю, промисловими і діловими колами свою зовнішньоекономічну політику, але в ХХ ст. цей досвід був втрачений [12].

Використовуючи закордонний досвід, у процесі реалізації експортної стратегії необхідно застосувати різні важелі стимулювання експорту, якими є:

- державне субсидування;
- пільгове кредитування і страхування експорту;
- валютна політика;
- ввезення і вивіз капіталу;
- податкові пільги експортерам, їх транспортне забезпечення;
- інформування і консультування керівництва підприємств;
- дипломатична підтримка експортерів;
- державна політика розвитку експортної бази;
- підготовка кадрів для зовнішньої торгівлі.

У 2013 р. Кабінетом Міністрів України було схвалено Концепцію створення системи державної підтримки експорту України, реалізацію якої передбачалося здійснити протягом 2013–2015 рр. Проте Концепція має суттєво декларативний характер. Інші законодавчі та нормативно-правові документи, які регламентували би функціонування в Україні інституційних, організаційних, інформаційних, фінансових умов забезпечення державної підтримки експорту, існують лише у формі проектів і не можуть слугувати правовою базою для формування системи державної підтримки експорту. В Україні не створені організаційно-правові

умови для надання державних гарантій для підтримки експортерів в Україні.

Таким чином, Україна не має ефективної інституційної системи державної підтримки розвитку експорту.

Розвиток експортного потенціалу в Україні неможливий без фінансової підтримки з боку держави. Проте, на думку фахівців, в Україні тривалий час державна фінансова підтримка експорту розглядалася переважно як субсидування окремих галузей та виробників. Лобіювання адресних пільг, преференцій, податкових «канікул» тощо на користь наближених до влади представників великого приватного бізнесу негативно позначилися на структурі експорту та валютних надходженнях.

Дослідження процесу формування і розвитку експортного потенціалу країн світу показало, що сьогодні в реальній економіці існують два основні напрямки його розвитку: статичний, який за своїм характером базується на порівняльних національних перевагах у природно-ресурсній сфері, та динамічний, що враховує конкурентні переваги, засновані на науково-технічних досягненнях та інноваціях на всіх стадіях виробничого циклу — від створення товару до просування його до зарубіжного споживача. Більш ефективним є другий підхід, однак він є більш витратним.

Експортний потенціал будь-якої країни є сукупністю різних елементів, які є пов'язаними, взаємодоповнюючими, взаємообумовлюючими. Експортний потенціал економічної системи складається з експортних потенціалів її елементів: експортний потенціал національного господарства — з експортних потенціалів галузей, експортний потенціал галузі — з експортних потенціалів суб'єктів господарювання, експортний потенціал регіонів — з експортних потенціалів господарських одиниць певної території. Тобто основу міцного експортного потенціалу країни складають експортні потенціали конкурентоспроможних виробничих одиниць — суб'єктів господарювання.

Розглянемо найбільш перспективні, з точки зору можливостей розвитку, елементи експортного потенціалу України з врахуванням особливостей зазначених вище двох підходів.

У даний час спостерігається стійке зростання обсягів світової торгівлі послугами, що обумовлено глобалізаційними процесами, лібералізацією зовнішньоекономічної діяльності на світових ринках, комп'ютеризацією та розвитком інформаційних технологій. Так у 2000–2010 рр. вартість світової торгівлі послугами зросла у 3 рази. На світовому ринку послуг спостерігаються відмінності в масштабах експорту та імпорту послуг між країнами.

Так, аналізуючи цифрові показники зовнішньої торгівлі США за 2013 р., вбачається, що експорт за вказаний період склав 2 трлн 280 млрд 194 млн дол. США, з них товари — 1 трлн 592 млрд 784 млн дол. США, а послуги — 687 млрд 410 млн дол. США відповідно (прибл. 30 %) [13]. Вказаний вище показник співвідношення експорту

послуг до загального експорту є середнім для країн з високорозвиненою економікою.

Експорт послуг в Україні становить усього 17,6 % (11 млрд 520 млн дол. США) від загального обсягу експорту (65 млрд 422 млн дол. США) [14]. Цей показник є значно меншим.

Вказані відомості мають велике значення для економічного розвитку нашої держави, оскільки надання послуг є таким видом діяльності, який при своїй відносній простоті здійснення (порівняно з виробництвом товарів), а отже й низькій собівартості має доволі високу кінцеву вартість.

Також велика частка високоякісних та інноваційних послуг у валовому внутрішньому продукті держави є прикметною рисою постіндустріального суспільства.

Отже, враховуючи вищевикладене, нашій державі необхідно докласти більше зусиль для здійснення прогресивного розвитку вітчизняної економіки, оскільки розмаїття на ринку суб'єктів, які все частіше надають перевагу послугам, сприяє становленню конкурентоздатного середовища, в подальшому має позитивний вплив як на якість надання таких послуг, так і на їх кінцеву вартість.

Для формування свідомого нормативно-правового інструментарію з метою забезпечення стабільності функціонування міжнародної торгівлі послугами, виходу на такий ринок українських підприємців вкрай важливими стають доктринальні дослідження за вказаним напрямком.

Аналізуючи чинне законодавство України, вбачається велика кількість нормативно-правових актів, які здійснюють правове регулювання експорту товарів, робіт, послуг. До основних з них можна віднести: Митний кодекс України, Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність», Закон України «Про єдиний митний тариф» і ін.

Проте на законодавчому рівні відсутнє нормативне закріплення терміна «експорт послуг». Частково вказану прогалину вирішує положення ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», який визначає поняття експорту (експорту товарів), під яким розуміється продаж товарів українськими суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності іноземним суб'єктам господарської діяльності (у тому числі з оплатою в негрошовій формі) з вивезенням або без вивезення цих товарів через митний кордон України, включаючи реекспорт товарів. До товарів, у розумінні Закону, відноситься будь-яка продукція, послуги, роботи, права інтелектуальної власності та інші немайнові права, призначені для продажу (оплатної передачі) [15].

Для з'ясування та роз'яснення дійсного сенсу терміна «експорт послуг» необхідно використати граматичний (текстуальний) спосіб тлумачення. Отже, для встановлення розуміння поняття «експорт послуг» необхідно провести тлумачення окремих складових цього терміна, а саме «експорт» та «послуга».

Стосовно експорту необхідно звернути увагу на таке.

З економічної теорії випливає, що експорт (лат. *exporto* — виводжу) — вивезення за кордон для реалізації на зовнішніх ринках товарів, послуг і капіталу [16, с. 157].

Зміст експорту як економічного поняття визначається такими характеристиками: це вивіз за межі митної території держави; об'єктом, що фактично вивозиться, можуть бути товари, послуги, технології, капітали, інтелектуальні цінності та ін.; це вивіз без зобов'язання ввезення на територію країни-експортера. Мета такого вивезення — продаж.

За чинним законодавством України термін «експорт» використовується в якості одного з митних режимів, тобто комплексу взаємопов'язаних правових норм, що відповідно до заявленої мети переміщення товарів через митний кордон України визначають митну процедуру щодо цих товарів, їх правовий статус, умови оподаткування і обумовлюють їх використання після митного оформлення.

Так, експорт, у розумінні Митного кодексу України, це митний режим, відповідно до якого українські товари випускаються для вільного обігу за межами митної території України без зобов'язань щодо їх зворотного ввезення [17].

Ознаками митного режиму експорту є:

- об'єкт вивозу — товари;
- вивіз товарів для вільного обігу (обіг товарів здійснюється без обмежень з боку органів доходів і зборів України);
- вивіз товарів за межі митної території України;
- немає зобов'язань щодо зворотного повернення товарів.

Враховуючи вищевикладене, під експортом слід розуміти діяльність фізичних та/або юридичних осіб, що здійснюють продаж товарів, послуг, робіт та інших об'єктів цивільних прав за межі митної території України без зобов'язань щодо їх зворотного ввезення.

До ознак експорту можна віднести, зокрема, такі:

- це діяльність осіб з продажу товарів, послуг, робіт та інших об'єктів цивільних прав;
- продаж товарів, послуг, робіт та інших об'єктів цивільних прав здійснюється за межі митної території України;
- відсутність зобов'язань щодо зворотного повернення товарів, послуг, робіт та інших об'єктів цивільних прав.

Визначення сутності терміна «послуга» знаходиться в просторі наукових досліджень багатьох представників юридичної науки, що призвело до відсутності чітких критеріїв виділення вказаного поняття серед усього розмаїття об'єктів правовідносин, а в подальшому — й відсутності однакового розуміння вказаного поняття як на науковому, так і на емпіричному рівні.

Так, аналізуючи значний масив різноманітних підходів щодо визначення поняття «послуга», можливо здійснити їх класифікацію на дві великі групи. Представники першої групи (В. А. Васильєва, О. В. Дзера,

О. С. Йоффе, Д. І. Степанов, Є. О. Суханов) виходять із того, що сутність послуги трактується через діяльність.

Зокрема, В. А. Васильєва, розуміла під послугою вид суспільного блага, за допомогою якого задовольняються потреби шляхом вчинення суб'єктом дій (здійснення діяльності), у корисних властивостях яких і полягає інтерес особи [18, с. 16–22].

У представників другої групи (С. С. Алексєєв, О. А. Красавчиков) послуга асоціюється з результатом. Послуга при такому визначенні набуває значення результату корисної дії або діяльності.

Не має єдності щодо вказаної категорії й у чинному законодавстві України, зокрема в актах господарського законодавства.

Частина шоста статті 139 Господарського кодексу України (далі — ГК України) встановлює, що до складу товарів відносяться у тому числі й послуги. Статтею 177 ЦК України встановлено рівність категорій «товар» та «послуги» шляхом їх виділення в якості окремих об'єктів цивільних прав.

Термін «послуга» також передбачений п. 14.1.185 ст. 185 Податкового кодексу України, під якою розуміється будь-яка операція, яка відповідає таким критеріям: 1) не є постачанням товарів; 2) споживається в процесі вчинення; 3) може передбачати передачу прав на об'єкти права інтелектуальної власності та інші нематеріальні активи чи надання інших майнових прав стосовно таких об'єктів права інтелектуальної власності [19].

Окремо необхідно виділити закони України, які чітко не вказують на сутність категорії «послуга», однак встановлюють її приналежність до товару. До таких можна віднести, зокрема, Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність».

Окремо необхідно звернути увагу на визначення терміна «послуга» у міжнародному приватному праві.

Так, базисом регулювання ринку послуг у Європейському Союзі є положення ст. ст. 56–62 (49–55) Договору про функціонування Європейського Союзу та Директива № 206/123/ЄС від 12 грудня 2006 р. «Про послуги на внутрішньому ринку».

Зокрема, ст. 57 Договору про функціонування Європейського Союзу встановлює визначальні ознаки поняття «послуга». Так, послуги звичайно надаються за винагороду, якщо вони не регулюються положеннями щодо вільного руху товарів, капіталів та пересування осіб [20].

Послуги включають, зокрема: 1) діяльність промислового характеру; 2) діяльність торгового характеру; 3) діяльність ремісників; 4) діяльність осіб вільних професій. За практикою Європейського суду правосуддя зміст поняття «послуги» включає туристичну, медичну, фінансову, освітню, спортивну діяльність. Крім того, в окремих справах Європейський суд також включає до послуг телекомунікаційні послуги, надання кредитів на придбання житла, продаж лотерей, діяльність агенцій з працевлаштування.

У Генеральній угоді про торгівлю послугами (ГАТС) 1994 р., що чинна в системі Світової організації торгівлі (WTO), хоч і не міститься визначення поняття послуги, однак для цілей Угоди використовується спеціальний класифікатор, котрий містить перелік 160 видів послуг, поєднаних у 12 розділів, зокрема: ділові (46 видів); зв'язку (25); будівництва й інжинірингу (5); дистриб'юторські (5); загальноосвітні (5); з навколишнього середовища (4); фінансові, включаючи страхування (17); з охорони здоров'я та соціальні (4); організація дозвілля, культури та спорту (5); транспорт (33); інші послуги. Вказаний перелік послуг багато в чому ґрунтується на списку, складеному ООН під назвою «Класифікація основних продуктів (послуг)» [21, с. 209].

За класифікацією МВФ, послуги поділяються на три категорії: транспортні послуги, поїздки, інші послуги [22, р. 81]. До статті інші послуги входять дев'ять категорій: послуги зв'язку, послуги з будівництва, страхові послуги, фінансові послуги, комп'ютерні та інформаційні послуги, роялті та ліцензійні платежі, інші ділові послуги, послуги приватним особам, в галузі культури та відпочинку, державні послуги, що не віднесені до інших категорій [23, р. 94].

Аналізуючи вищевказані погляди, можна зазначити, що якщо при розгляді послуги як виду діяльності не враховувати результат такої діяльності, як складову послуги, то виходить, що з економічної точки зору будь-яку корисну діяльність однієї особи для іншої особи, незалежно від характеру результату цієї діяльності, можна називати послугою. До такого висновку можна також дійти, якщо виявляти специфіку послуги тільки через її економічний результат, який у тому або іншому ступені може бути відокремлений від самої діяльності і на який може претендувати замовник.

Однак у випадку, якщо послугу розглядати як економічну категорію, а саме у призмі єдності процесу праці та його результату, вбачається, що під послугою слід розуміти певний вид суспільних відносин, економічна сутність яких полягає в наданні послуг, а саме здійсненні дій (діяльності), що спрямовані на створення або зміну стану блага. При цьому об'єктом цих відносин є певне благо, що досягається в результаті здійснення таких дій (діяльності) і має властивості товару [24].

До визначених ознак послуги як загальноправової категорії слід віднести:

- діяльність особи, яка надає послугу;
- наявність результату діяльності, його невід'ємність від самої діяльності;
- корисний ефект послуги споживається у процесі її надання;
- надання послуг не має уречевленого характеру.

Повертаючись до визначення сутності терміна «експорт послуг», необхідно зазначити, що йому належать усі перелічені вище ознаки експорту, з урахуванням особливостей, притаманних інституту послуг.

Так, враховуючи той факт, що відповідно до положень п. 27 ч. 1 ст. 4 Митного кодексу України у переліку речей, що входять до складу товарів, відсутні послуги, вбачається, що норми митного законодавства не розповсюджуються на процедуру експорту послуг, а отже вимога щодо обов'язковості вивозу товарів за межі митної території України не є визначальною для останньої.

Отже, експорту послуг характерна наявність, зокрема, таких ознак:

— це діяльність осіб з продажу специфічного об'єкта — надання послуг;

— надання послуг може здійснюватися як за межі митної території України, так і в її межах (вказана вимога не порушує приписи ЗУ «Про зовнішньоекономічну діяльність»).

Експертами та науковцями визначено особливості світового ринку послуг [25]. На наш погляд, до основних характеристик сучасного ринку послуг, що повинні бути враховані в процесі розвитку експортного потенціалу України, слід віднести такі:

— системність розвитку ринку послуг як складної системи;

— чутливість до коливання ринкової кон'юнктури;

— висока швидкість обороту капіталу, що обумовлено коротким циклом у виробництві послуг;

— постійне розширення асортименту послуг, наприклад, спостерігається підвищення попиту на спеціалізовані послуги (проектно-конструкторські, будівничо-монтажні, розробка програмного забезпечення, ноу-хау, лізингові послуги тощо);

— згідно з експертними оцінками [26], 50–80 % приросту послуг у розвинених країнах обумовлюється попитом виробників;

— обсяги міжнародної торгівлі послугами занижені на 40–50 %. Вартість деяких послуг (наприклад, посередницькі, туристичні) визначити досить складно. Крім того, послуги часто надаються в комплексі з товарами, відповідно вартість послуги знаходить відображення у кінцевій вартості товару. Значна кількість міжнародних послуг, що надаються підрозділами різних фірм, не враховується в платіжному балансі;

— міжнародний обмін послугами більшою мірою, ніж торгівля продукцією, є захищеним державою, монополізованим та диференційованим.

На світовому ринку послуг 2/3 світового експорту послуг припадає на США, Велику Британію, Францію, Німеччину, Японію, Бельгію, Нідерланди, Італію. На першу п'ятірку припадає відповідно більше 50 % експорту. При цьому на чотири країни (США, Велика Британія, Німеччина, Франція) припадає 44 % усього світового експорту послуг. На жаль, Україна є незначним гравцем на світовому ринку послуг.

Серед складових експортного потенціалу країни є елемент, який самостійно здійснює експортну діяльність та одночасно є передумовою реалізації експортних можливостей інших економічних суб'єктів. Таким елементом є транспорт загального користування. Найбільш суттєву

частку в структурі міжнародної торгівлі послугами мають саме транспортні та туристичні послуги.

Експорт транспортних послуг — це численна та різноманітна сукупність послуг, що визначаються відповідним класифікатором. Експорт згрупований за видами магістрального транспорту з виокремленням вантажних і пасажирських перевезень та приведенням усіх доходних надходжень від експорту послуг до однієї розрахункової валюти — дол. США [27, с. 9].

Під експортом транспортних послуг слід розуміти надання міжнародних транспортних послуг національними транспортними підприємствами в процесі перетинання вантажем (пасажиром) державного кордону або перевезення (обробку) вантажів іноземних вантажовласників.

Зростання експорту транспортних послуг обумовлює необхідність розвивати та модернізувати транспортну інфраструктуру на основі використання найновіших технологій та впровадження стандартів якості перевезення вантажів і пасажирів. Експорт транспортних послуг найбільш яскраво відображає ступінь розвитку економіки у різних за рівнем розвитку країнах. Вигідне геополітичне положення України, значні резерви пропускної спроможності транспортних підприємств визначають високий рівень експортного потенціалу транспортних послуг. Одночасно існують техніко-технологічні, фінансово-економічні та інші проблеми, що обмежують експортні можливості транспортної системи України. Частка транспортних послуг на душу населення в Україні у 3–4 рази менше, ніж у Німеччині та Франції, і у 15–17 разів менше, ніж у Голландії та Данії.

У процесі формування ринкової економіки фінансування транспортного сектора економіки України відбувалося на рівні, який не перевищував 20–25 % від мінімально потрібного обсягу. Така ситуація негативно вплинула на розвиток транспортної інфраструктури та модернізацію рухомого складу для впровадження нових технологій та підвищення якості транспортного обслуговування зовнішньоекономічних потоків на рівні світових стандартів. Внаслідок реалізації такої техніко-технологічної політики останнім часом стан функціонування та перспективи розвитку транспортної системи суттєво погіршилися, що створює загрозу економічній безпеці держави. Україна погіршує конкурентні позиції на міжнародних ринках, зокрема в секторах надання транспортних послуг. Основними причинами такого стану транспорту України є старіння основних фондів, недостатні темпи інтеграції транспортно-дорожнього комплексу в європейську та світову транспортні системи, повільне вдосконалення транспортних технологій та недостатня їх пов'язаність із виробничими, торговельними, складськими та митними технологіями, низька ефективність фінансово-економічних механізмів, що стимулюють інвестиції у розвиток транспорту, проблеми реалізації державних і галузевих програм у галузі окремих видів транспорту.

Розглянемо окремі актуальні проблеми, пов'язані із удосконаленням та застосуванням національного транспортного законодавства.

Стимулювання зовнішньоекономічної активності суб'єктів господарювання України сьогодні не можна здійснити без усунення формальних перешкод до вільного товарообігу та інфраструктурних вад, які заважають залучатися вітчизняним економічним суб'єктам до глобальних економічних відносин. Вітчизняне законодавство, на жаль, сьогодні містить досить багато обмежень, які не лише не відповідають публічним інтересам, але й прямо суперечать їм, адже зменшують зацікавленість інвесторів у капіталовкладеннях в українську економіку та знижують товарообіг національних господарюючих систем. Вітчизняні вимоги до суб'єктів господарювання подекуди є більшими, ніж у провідних економіках світу. Подекуди ці вимоги неможливо виконати, що відвертає від України економічних суб'єктів, зокрема транспортні потоки.

На одну із таких проблем вказав автор проекту Закону України «Про внесення змін до законодавчих актів України» (щодо ізольованого баласту) (реєстр. № 1504 від 17 грудня 2014 р.). Йшлося про необхідність вдосконалення порядку використання ізольованого баласту судновласниками у морських портах України з метою приведення законодавства України у відповідність до вимог Міжнародної конвенції по запобіганню забрудненню з суден 1973 р. (МАРПОЛ 73/78) для удосконалення процедур контролю суден з метою забезпечення безпеки мореплавства, ліквідації необґрунтованих контрольних процедур, пов'язаних із міжнародним торговельним мореплавством в українських водах. Адже чинні Правила охорони внутрішніх морських вод і територіального моря України від забруднення та засмічення, затверджені постановою Уряду від 29 лютого 1996 р. № 269 (далі — Правила), необґрунтовано відносять до скидання забруднюючих речовин злив ізольованого водяного баласту з суден в акваторіях морських портів. Це не тільки не має належного екологічного обґрунтування, але й не відповідає міжнародним договорам України в галузі торговельного мореплавства та європейській практиці.

Відповідно до вимог Міжнародної конвенції по запобіганню забрудненню з суден 1973 р. (МАРПОЛ 73/78), до якої Україна приєдналася постановою Кабінету Міністрів України від 21 вересня 1993 р. № 771, використання суднами ізольованого водяного баласту є максимально ефективним засобом запобігання забрудненню морського середовища, оскільки повністю виключає (в силу повної автономності відповідних систем судна) привнесення до нього будь-яких забруднюючих речовин (нафти або рідких хімічних речовин, судового палива та мастил, забруднених вод машинних та помпових відділень, стічних вод, інших судових відходів). Судновласники несуть величезні додаткові витрати при оснащенні вантажних суден танками для зберігання ізольованого водяного баласту та відповідними системами для його перекачування, що надає можливість його безперешкодного та безпечного скидання у більшості морських портів світу (крім українських). Показники забрудненості ізольованого водяного баласту, як правило, є значно меншими, ніж фонові показники забруднюючих речовин в акваторіях портів.

На часі стоїть спрощення процедур відбору та аналізу проб баластних вод суден під час контролю з боку контролюючих органів у пунктах пропуску через державний кордон України в морських торговельних портах. Потрібно прискорити обслуговування суден у морських портах та зменшити необґрунтовані витрати судновласників на штрафні санкції за дії, за які вони не відповідають у силу міжнародно-правових вимог та морської практики.

У тому числі слід на підставі зарубіжного досвіду та Міжнародної конвенції по запобіганню забрудненню з суден 1973 р. повернути процеси використання баластних вод суднами у межах вимог, що звичайно ставляться, це покращити привабливість українських морських торговельних портів. Наприклад, такі країни, як Канада, США, Австралія, Ізраїль, регламентують чіткі вимоги щодо зміни баласту у територіальних водах, які попереджали б заміну баластних вод у територіальних водах як одну з умов отримання дозволу на скид баластних вод у портових зонах. При наявності документів, підтверджуючих зміну баласту, контролюючий інспектор не має права вимагати аналіз баласту, обмежуючись лише документальною перевіркою.

Натомість законопроект 1504 було відкликано, мабуть, з огляду на його законодавчі вади. Крім тих, що були окреслені Головним науково-експертним управлінням Верховної Ради України, слід вказати також на таке.

Незважаючи на запровадження певної ясності у питання скидання баластних вод суден, законом можна буде повністю вирішити питання підзаконного врегулювання питань контролю за скиданням баластних вод лише після запровадження чітких обмежуючих регуляторів для підвідомчої нормотворчості та підзаконного правозастосування.

Зокрема, запропоновані зміни не зможуть повною мірою виправити ситуацію із невідповідністю Правил охорони внутрішніх морських вод і територіального моря України від забруднення та засмічення, затверджених постановою Уряду від 29 лютого 1996 р. № 269, іншим положенням чинного законодавства стосовно гранично допустимих концентрацій забруднюючих речовин у внутрішніх морських водах та територіальному морі України, їх застосування для вод, які скидаються з суден.

Автор законопроекту вірно зазначав на непропорційність відповідних вимог нормативів, що наведені в додатку до Правил та передбачені для промислових ділянок рибогосподарських об'єктів. Разом з тим положення запропонованого законопроекту не можуть вплинути на ці вимоги, крім випадків, коли відповідні вимоги будуть визначені у законі, принаймні у контексті визначення граничних допустимих нормативів у взаємозв'язку із якісними показниками внутрішніх морських вод і територіального моря України.

Отже, з метою більш правильного виправлення ситуації у цій сфері, необхідно ст. 67 Водного кодексу України доповнити новою частиною такого змісту: *«Центральний орган виконавчої влади, що реалізує*

державну політику із здійснення державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення і охорони природних ресурсів, у сфері охорони навколишнього природного середовища не може вводити та застосовувати вимоги щодо ізольованого баласту, які перевищують якісні показники внутрішніх морських вод у морському торговельно-му порту України, де відбувається відповідний аналіз».

Лише за такого формулювання Закону можуть бути поставлені перешкоди на шляху підзаконного уведення таких вимог до ізольованого баласту, який неможливо виконати в умовах судноплавства у внутрішніх морських водах України.

Не можна не звернути увагу на проблему, пов'язану із правовим забезпеченням транспортно-транзитних можливостей економіки України.

Сьогодні особливо гостро стоять перед Україною питання використання усього розмаїття потенціалів географічного, демографічного, економічного та геополітичного характеру для досягнення конкурентних переваг на ринках товарів та послуг й збільшення можливостей для економічного зростання. Не виключенням є й питання використання транзитного потенціалу країни для побудови перспективних транспортних коридорів, позаяк географічне положення України на кордоні Європи та Азії цьому достеменно сприяє.

Розвиток національної транспортної галузі у цьому контексті є стимулом для оновлення вітчизняних доріг, залізничних колій, транспортних розв'язок, готельного бізнесу, сервісної інфраструктури тощо. Заважають цьому розвитку недостатня повнота і стабільність української нормативної бази, фінансово-економічна криза в країні, коли питання розвитку межує з питанням виживання цілих галузей економіки. В цих умовах підтримка пріоритетних галузей економіки, ключових для розвитку всієї економічної системи, повинна стати об'єктом первинної уваги з боку держави. До традиційних правових проблем тут додається новий виклик, що зумовлений глобалізаційними процесами та фінансовою кризою. Саме тому необхідно спрямувати зусилля на пошук найоптимальніших шляхів посилення транспортно-транзитних можливостей економіки України, зокрема, й шляхом створення умов для транспортних коридорів.

На жаль, використанню транзитного потенціалу України поки що не приділяється владою належної уваги. Не вистачає й економіко-правових досліджень, що сприяли б виробленню суспільного розуміння відповідної значимості та подальших напрямів соціально-економічного розвитку у цій сфері.

Одне із небагатьох виключень у цій сфері — кандидатська дисертація Міщенко Анастасії Володимирівни «Транспортний коридор як форма правового регулювання ринку транспортних послуг в Україні», що була захищена у 2009 р. на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних

наук за спеціальністю 12.00.04 — господарське право, господарсько-процесуальне право.

Але цього явно недостатньо. Необхідно підвищити ефективність комплексних господарсько-правових досліджень у цій сфері, їх цінність з точки зору аналізу як правових, так і економічних, управлінських, фінансових, геополітичних та інших чинників розвитку економіки.

Вирішення питання стимулювання транспортної галузі і транзитних перевезень дозволило б ґрунтовніше зупинитися на багатьох проблемах інвестування в українську економіку, зокрема іноземного.

У цій царині залишається досі невирішеною низка проблем:

1. Необхідно послідовно та чітко розмежувати транспортний коридор як форму правового регулювання, як спеціальний режим господарювання, як сегмент ринку транспортних послуг та сукупність правових режимів.

Особливо в цій частині не можна погодитися із пропозицією А. В. Міщенко розуміти транспортний коридор через категорію організаційно-правової форми, ототожнюючи цей коридор із поняттям організації — суб'єкта права [28, с. 80–81]. Дійсно, термін «організація» може мати кілька значень. Це і процес, і результат, і форма, і, нарешті, окремий вид суб'єкта права. Зокрема, з позиції господарського права господарські організації є досить стійким поняттям, яким характеризуються особи, наділені господарською правосуб'єктністю. Якщо транспортний коридор наділяється правосуб'єктністю, то яким чином можуть здійснювати діяльність в цьому коридорі інші утворення. Розуміння транспортного коридору як організації, наділеної правами та обов'язками, передбачає адміністративне підпорядкування усіх учасників цього коридору певній владній верхівці, що неможливо уявити в структурі сегмента сучасного ринку, вільного входу та виходу на цей ринок. Оскільки ми не можемо транспортний коридор обнести дротом та регулювати ці відносини владно. Навіть за відсутності будь-якого правового регулювання — згадати стародавній Великий шовковий шлях — транспортні коридори існують та розвиваються. Отже, доступ осіб на цю територію завжди буде вільним, непідвладним організаційній єдності. Тому організацію транспортного коридору як діяльність (цілком очевидно потребуючу державного врегулювання) не можна наділяти характеристиками суб'єкта права.

2. Не можна перебільшувати значення держави як організатора ринкових відносин, зокрема, з точки зору утворення транспортних коридорів. Транспортний коридор не буде існувати там, де є лише бажання держави. Але ж навіть гіпотетично неможливо завчасно визначити учасників діяльності в межах транспортного коридору, до того ж припинення діяльності одних членів не може означати припинення самого транспортного коридору. Отже, може виникнути ситуація, коли неприбуткова організація транспортного коридору буде лише на папері. В цьому сенсі варто говорити про те, що транспортний коридор — це певна система

відносин, умови для підвищення ефективності функціонування якої має створювати держава.

3. Потрібно активніше залучати юристів, особливо господарського профілю, у розробку механізмів розвитку транзитних потужностей України. Одними економічними знаннями тут не обійтися. По-перше, поза юридичного супроводу економісти не зможуть належно сформулювати положення законодавчих актів, виходячи із необхідності надання економічним засобам належної правової форми. Власне зміст робіт юристів-господарників доводить, що економічні рішення (зокрема, щодо утворення транспортних коридорів) цілком можуть та мають бути досліджені юристами. По-друге, юристи-господарники запропонували багато новел, що стають на сторожі прав підприємців, зокрема, у сфері обмеження адміністративно-господарських санкцій, встановлення істотних умов договорів та їх форми, визначення принципів господарювання тощо. Не випадково слоганом Інституту економіко-правових досліджень НАН України — провідного центру господарського права є: «Економіці — правове забезпечення, праву — економічну обґрунтованість». Отже, необхідно вести мову про пошук економічної обумовленості правових рішень, а не про розмежування економічного та юридичного елемента правотворчості.

4. Сьогодні на часі стоїть розробка Транспортного кодексу. А. В. Міщенко навіть запропонувала його приблизну структуру [28, с. 53–54]. Але треба враховувати, що розробка кодексу — це процес систематизації законодавства. Це означає не лише доопрацювання багатьох законодавчих актів із транспортних питань, але й широке скасування чинних актів транспортного права із включенням їх у єдиний кодекс, особливо, якщо це стосується дублюючих положень, застарілих чи неефективних положень. Інакше перетворення Закону «Про транспорт» на кодекс не має сенсу.

5. Потрібно повернутися до активного стимулювання побудови західно орієнтованих транспортних коридорів (на кшталт проекту сухопутного мосту Гданськ — Одеса). А для цього потрібно забезпечити розроблення та неухильне дотримання стратегії розвитку економіки України у цій сфері, без чого законодавчі новели — це будуть лише нові нормативні обтяження, лише нормативне «ярмо» на шляху розвитку бізнесу.

У цьому контексті маємо говорити саме про активну участь держави в створенні елементів ринкової інфраструктури, що дозволять реалізувати амбітні економічні плани, у тому числі із використанням елементів державно-приватного партнерства.

Причому реалізація таких пропозицій наштовхується на нестабільність ринкового планування в Україні. Йдеться не лише про політичну нестабільність, яку усунути правовими засобами неможливо. Необхідно вдосконалити й відповідні наукові підходи.

Наприклад, у дисертації Усатого Віталія Олександровича на тему «Господарсько-правове забезпечення державної промислової політики

України» висновки ґрунтуються на визначенні ролі програм економічного розвитку щодо змісту промислової політики держави [29, с. 27–32]. Разом із тим без відповіді залишається запитання про забезпечення виконуваності відповідних програм. Після 2003 р. не приймалося жодного дієвого акта щодо програмування та планування у сфері транспорту. Чи не тому це сталося, що уряди України не виконували й сьогодні не збираються виконувати положення програмних документів. Фактично це перетворює програмування та декларативне описування проблем без шансу до системного їх вирішення, прикриває політичні PR-ходи політиків, але не містять жодних зобов'язань.

Представники одеської школи господарського права (зокрема, І. П. Поповська) [30] запропонували вирішити цю проблему закріпленням у законодавстві положення про те, що органи державної влади та місцевого самоврядування повинні відшкодувати шкоду, завдану невиконанням чи відмовою від виконання планів та державних програм економічного розвитку. Це може стимулювати до належного виконання планів, а отже, сприяти реалізації державної економічної політики.

Тому, якщо не визначитися у законодавстві із відповідною гарантією виконання програм соціально-економічного розвитку, складно розраховувати на практичне вирішення проблем послідовного здійснення відповідної політики щодо побудови транспортних коридорів в Україні.

Окрему проблему складає проблема належного застосування господарськими судами норм права у спорах щодо перевезення вантажів.

Спори щодо перевезення вантажів традиційно становлять значний масив господарських спорів. У докризовий період протягом кожного року господарські суди в Україні розглядали від однієї до півтори тисячі таких спорів. В основі цих спорів — переважно різне сприйняття сторонами доказової бази, що підтверджує факт правопорушення у сфері залізничних перевезень, а також розбіжність між положеннями численних актів законодавства у цій сфері, які по-різному тлумачаться сторонами.

Масштабність залізничних перевезень обумовлює те, що юридичні конфлікти у цій сфері транспортного обслуговування є найбільш поширеними. Хоча Статут залізниць України діє з 1998 р., а Правила перевезень вантажів — з 2002 р. та, як правило, не відрізняються в основних засадах від правил, що діяли за часів СРСР, це ще не означає стабільності у застосуванні їх положень — змінюються не лише законодавчі акти вищої юридичної сили, а й економічні умови залізничних перевезень. Це обумовлює виникнення проблем у практиці розгляду судами справ про перевезення вантажів залізничним транспортом.

Перша одвічна проблема — вибір закону, який регулює відносини з перевезення вантажів залізницею, та тлумачення співвідношення положень підзаконних актів, з одного боку, та положень Цивільного та Господарського кодексів України — з другого.

На жаль, при прийнятті Цивільного та Господарського кодексів не було чітко розмежовано законне та підзаконне регулювання відносин

щодо перевезення вантажів. Регулювання перевізних відносин у кодексах отримало рамковий та вибірковий характер, що не дає змогу системно вирішити усі питання відносин перевезення. Ускладнює цю ситуацію ще й те, що положення ЦК та ГК України містять норми, загальні для всіх видів транспорту, позаяк автомобільний, річковий, морський, залізничний, трубопровідний та повітряний види транспорту підпорядковуються у своїй діяльності самостійним спеціальним законам (кодексам) та, що найскладніше, розгалуженим підзаконним актам.

Відсутність єдиного узагальнення у цій сфері у формі постанови Пленуму Вищого господарського суду України, попри значимість цих питань, є показником складності тлумачення такої розбіжності. Разом із тим ВГСУ зробив перший крок на шляху такого тлумачення, надіславши господарським судам оглядовий лист від 21 травня 2014 р. № 0106/662/2014 «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про залізничні перевезення (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України).

Незважаючи на намагання господарських судів уодноманітнити розгляд спорів про перевезення, руйнівну дію на цю сферу правозастосування чинить, серед іншого, те, що Статут залізниць України 1998 р., а також Статут автомобільного транспорту 1997 р. відчутно застаріли, передусім через їх спрямованість на якомога повніше задоволення інтересів саме перевізників, а не вантажовласників, виконавців, а не замовників. У відповідних актах простежується дисбаланс у встановленні правових презумпцій, порядку доказування фактів як підстав відповідальності сторін, обмеженої відповідальності перевізника, не враховуються новітні підходи до потреб подолання монополізму та захисту слабкої сторони у господарських правовідносинах.

По суті, підзаконні акти сфери перевезень орієнтуються на радянську модель економіко-правового регулювання планового типу, за якої пріоритет має захист інтересів держави, монополістів-перевізників, забезпечення безперервності перевезень та перевага інтересів виробника послуг над інтересами їх споживача. Загальний зміст підзаконних актів з перевезення вантажів залізничним транспортом фактично має характер неуважного ставлення до потреб пересічного суб'єкта господарювання. Цей дисбаланс особливо помітний на фоні положень ЦК та ГК України, які проголосили рівність суб'єктів господарювання, стимулювання економічної конкуренції та захист слабкої сторони за договорами, принципи розумності та справедливості. Розбіжність між логікою законодавчих актів призводить до втрати елемента «інтуїтивності» правомірної поведінки, коли часто суб'єкти господарювання припускаються помилок при виконанні договорів перевезення вантажів, неправильно тлумачать професійно орієнтовані перевізні правила, а господарські суди, формально виконуючи приписи закону, здебільшого стають на сторону перевізників, на жаль, не беруть на себе відповідальність враховувати складні категорії принципів права для відновлення цього балансу.

Наприклад, в одній зі справ (справа № 23/208, постанова Вищого господарського суду України від 12 червня 2012 р.) господарські суди формально витлумачили порядок визначення шкоди, завданої перевізником у результаті втрати вантажу, винятково на підставі документів, виданих вантажовідправником. Справді, ч. 1 ст. 115 Статуту залізниць України передбачено, що вартість вантажу визначається на підставі загальної суми рахунка або іншого документа відправника, який підтверджує кількість і вартість відправленого вантажу.

Застосування буквальної інтерпретації положень Статуту утворює проблеми на практиці, адже в багатьох випадках вантажовідправник не є власником вантажу, а лише експедитором. Він не може надати законні власні підтвердження вартості вантажу, адже експедитор не купує цей вантаж, не є його власником та не ставить його на свій баланс.

У ч. 2 ст. 23 Закону України «Про залізничний транспорт» зазначено, що «за незбереження (втрату, нестачу, псування, пошкодження) прийнятого до перевезень вантажу, багажу, вантажобагажу перевізники несуть відповідальність у розмірі *фактично заподіяної шкоди*, якщо не доведуть, що втрата, нестача, псування, пошкодження виникли з незалежних від них причин». Питання доказування цієї фактичної шкоди згідно з рішеннями господарського суду, таким чином, набуло допустимого характеру, який пов'язаний не з об'єктивними, а суб'єктивними критеріями. Це відрізняється від практики доказування розміру шкоди у справах інших категорій, а тому об'єктивно спричиняє спірні ситуації, по суті, заважає формувати сприятливі для перевезення вантажів відносини між експедиторами, вантажовласниками та перевізниками.

Юридизація правозастосування у цій сфері повинна враховуватися суб'єктами господарювання.

Статут залізниць України, а також Правила перевезення вантажів містять низку докладних, техніко-юридичних стандартів оформлення документації, що посвідчує ті чи інші факти у правовідносинах між перевізником, вантажовідправником і вантажоотримувачем.

Усталені підходи для подолання таких дефектів у законодавстві у судовій практиці за рахунок, наприклад, застосування принципу розумності та справедливості, передбачених у ст. 3 ЦК України, аналогії закону чи права, на жаль, поки що не сформовані. Заважають цьому не лише правові традиції, а й відсильні норми Цивільного та Господарського кодексів: згідно з ч. 5 ст. 307 ГК України, яка кореспондується з ч. 4 ст. 909, ч. 1 ст. 920 ЦК України, умови перевезення вантажів окремими видами транспорту, а також відповідальність суб'єктів за цими перевезеннями визначаються транспортними статутами та іншими нормативно-правовими актами.

Разом з тим надмірно «жорсткі» приписи підзаконних актів у цій сфері в окремих випадках почали заперечуватися положеннями актів вищої юридичної сили.

Зокрема, практика господарських судів та Верховного Суду України щодо застосування позовної давності у відносинах перевезення досить обнадійлива у цьому контексті, адже чітко вказує на загальний інтерпретаційний напрям вирішення подібних справ: юридична сила законів переважає юридичну силу підзаконних актів.

Як приклад наведемо справу за позовом ВАТ «Концерн Стирол» до ДП «Одеська залізниця» про стягнення збитків, заподіяних у результаті недостаті вантажу, виявленої при перевезенні.

Спочатку господарські, а згодом й Верховний Суд України (постанова Верховного Суду України від 19 квітня 2012 р. у справі № 3-22гс12) співвіднесли положення Статуту залізниць України та ГК України на користь кодифікованого закону. Справді, ч. 4 ст. 315 ГК України передбачено окремий випадок розрахунку позовної давності у разі пред'явлення претензії до перевізника: «Якщо претензію відхилено або відповідь на неї не одержано в строк, зазначений у частині третій цієї статті, заявник має право звернутися до суду протягом шести місяців з дня одержання відповіді або закінчення строку, встановленого для відповіді». Але п. «а» ст. 134 Статуту залізниць України передбачено, що претензії можуть бути заявлені з дня видачі вантажу, багажу або вантажобагажу для претензій про відшкодування за псування, пошкодження або недостачу вантажу, багажу та вантажобагажу.

Верховний Суд України обґрунтовано вказав у своєму рішенні на вищу юридичну силу ГК України, а також на те (а це чинить вагому організуючу дію), що «у прикінцевих положеннях ГК України законодавець зобов'язав Кабінет Міністрів України привести свої нормативні акти (в тому числі і Статут залізниць України, оскільки він суперечить ГК України) у відповідність до норм ГК України, а тоді вже застосовувати ці норми поряд з нормами ГК України, що Кабінетом Міністрів України зроблено не було».

Однак в аналізованій справі вирішено лише одне із багатьох проблемних питань застосування позовної давності у відносинах з перевезення вантажів.

Зокрема, проблемним залишаються питання про позовну давність у випадках, коли претензія до перевізника не пред'являлася.

Проблема полягає у тому, що положеннями ЦК України не передбачено можливість підзаконного регулювання позовної давності: «Для окремих видів вимог законом може встановлюватися спеціальна позовна давність: скорочена або більш тривала порівняно із загальною позовною давністю» (ч. 1 ст. 258 ЦК України). Саме тому виникають обґрунтовані сумніви у можливості застосування положень статей 134 та 136 Статуту залізниць України про шестимісячну позовну давність у зв'язку із урегульованістю цих положень законом. Адже згідно з положеннями ч. 3 ст. 925 ЦК України «до вимог, що впливають із договору перевезення вантажу, пошти, застосовується позовна давність в один рік з моменту, що визначається відповідно до транспортних кодексів (статутів)». Отже,

у підзаконному порядку дозволено встановлювати лише момент, з якого починає обраховуватися позовна давність, а не саму цю давність.

Разом із тим положення ст. 925 ЦК України не можуть стосуватися вимог залізниці до вантажовідправників та вантажоодержувачів. Адже згідно зі спеціальною нормою ч. 5 ст. 315 ГК України «для пред'явлення перевізником до вантажовідправників та вантажоодержувачів позовів, що впливають з перевезення, встановлюється шестимісячний строк». Отже, якщо у перевезенні вантажів беруть участь суб'єкти господарювання, на вимоги залізниць до цих суб'єктів має поширюватися шестимісячна позовна давність.

На жаль, наукових досліджень та експертних висновків щодо співвідношення законного та підзаконного регулювання у цій сфері не вистачає.

Найявна судова практика дозволяє зробити висновок, що випадки застосування Статуту залізниць України та інших підзаконних актів у цій сфері як джерел права перевезень мають тлумачитися обмежувально, відповідно до положень ЦК та ГК України, законів України «Про транспорт» та «Про залізничний транспорт». Іншими словами, підзаконні акти у цій сфері не можуть змінювати положення законів, крім випадків, коли у самому законі (кодексі) міститься дозвіл на таке застосування.

Хоча вказані вище положення ч. 5 ст. 307 ГК України та ч. 4 ст. 909, ч. 1 ст. 920 ЦК України визначають застосування статутів та інших підзаконних актів у цій сфері, це не означає, що ЦК та ГК України усуваються від регулювання відносин з перевезення у сферах дії транспортних статутів та інших підзаконних актів.

На це вказує хоча б той факт, що в багатьох наступних положеннях кодексів з окремих, але не всіх відносин перевезення також є відсилання до транспортних статутів та кодексів. Така система викладення нормативно-правового регулювання вказує на те, що у випадках, коли відсилання відсутнє, пряму дію можуть мати положення ЦК або ГК України.

Наприклад, у ст. 917 ЦК України йдеться про порядок «надання транспортних засобів і пред'явлення вантажу до перевезення», а у ст. 918 — про порядок «завантаження та вивантаження вантажу». Однак якщо ст. 918 містить відсилання до транспортних кодексів (статутів), то у ст. 917 такі відсилання відсутні, отже, відповідний порядок має відповідати встановленому в ЦК України.

У ГК України закріплено підпорядкованість підзаконних актів положенням кодексу з питань перевезення. Зокрема, чітко регламентуються випадки застосування підзаконних актів для договорів перевезення вантажів. У ч. 5 ст. 306 ГК України зазначено: «Загальні умови перевезення вантажів, а також особливі умови перевезення окремих видів вантажів (вибухових речовин, зброї, отруйних, легкозаймистих, радіоактивних та інших небезпечних речовин тощо) визначаються цим Кодексом і видани-

ми відповідно до нього транспортними кодексами, транспортними статутами та іншими нормативно-правовими актами».

У ч. 2 ст. 307 визначається обсяг підзаконного регулювання порядку та форми договору перевезення. У реченні другого ч. 4 ст. 307 ГК України встановлено можливість підзаконного врегулювання порядку укладання довгострокових договорів перевезення вантажів. Окремі питання щодо порядку розпорядження вантажем, роботи перевалочних пунктів та доставлення вантажу, презумпції вини перевізника та деякі інші дозволяється вирішувати у підзаконному порядку відповідно до ст. 309, ч. 4 ст. 310, ч. 2 та 3 ст. 311, ч. 1 ст. 313, ч. 2 ст. 314, ч. 6 ст. 315.

У ст. 22, ч. 1 ст. 23, ст. ст. 24–26 Закону України «Про залізничний транспорт» теж обмежено випадки застосування підзаконного регулювання у цій сфері.

У ч. 2 ст. 7 Закону України «Про транспорт» зроблено загальне застереження щодо ціноутворення у підзаконному порядку: «Розрахунки із споживачами послуг транспорту загального користування проводяться на основі чинних тарифів у порядку, визначеному кодексами (статутами) окремих видів транспорту та іншими актами законодавства України».

Отже, доцільно враховувати у судовій практиці, що застосування Статуту залізниць України та інших підзаконних актів у сфері залізничних перевезень допускається у випадках, передбачених положеннями ЦК та ГК України, законів України «Про транспорт», «Про залізничний транспорт». В інших випадках договірні відносини щодо перевезення вантажів, застосування заходів відповідальності мають підпорядковуватися положенням законів (кодексів) про перевезення вантажів, у тому числі з урахуванням спеціального характеру Закону України «Про залізничний транспорт» відносно ГК України та спеціального характеру ГК України щодо положень ЦК України про перевезення.

Для обґрунтування незастосування положень підзаконних актів варто враховувати положення ст. 4 ГК України про те, що господарський суд не застосовує акти державних та інших органів, якщо ці акти не відповідають законодавству України.

Традиційно вважається, що підзаконні акти мають бути узгоджені із положеннями законів. Але складність полягає саме у кричущих особливостях перевізної діяльності у різних видах транспорту, коли загальні вимоги законів України здатні зруйнувати системність санкціонованого підзаконного регулювання. Саме у цьому разі підвищується роль судової практики, яка має визначити цей баланс особливого та засадничого.

Названі проблеми є особливо актуальними для морського транспорту України як базового системоутворюючого чинника розвитку економічної системи держави. У транспортній системі України важливу роль відіграє сектор портової діяльності. Саме підприємства портової діяльності переважно є зовнішньоекономічними «воротами» держави.

Рівень конкуренції залежить від ступеня свободи доступу на ринок (виходу з нього). Ступінь свободи доступу на ринки портових робіт

і послуг значною мірою залежить від наявності дієвих нормативно-правових актів. На перший погляд, сучасні ринкові бар'єри у сфері портової діяльності є мінімальними внаслідок реалізації сучасної державної політики регулювання портової діяльності в багатьох країнах. Однак в сучасних умовах портова діяльність є витратною з точки зору капітальних та поточних витрат. Пропозиція портових послуг зростає повільними темпами, особливо в межах короткострокового періоду, що обумовлюється низькими темпами створення нових виробничих потужностей у сфері портової діяльності та значними витратами. Розвиток сучасних терміналів вимагає значних територій і значних інвестиційних ресурсів, що є вкрай обмеженими чинниками в умовах портової діяльності України. Таким чином, численні чинники зумовили підвищення рівня інтенсивності конкуренції у сфері портової діяльності на національному та міжнародному рівнях.

За таких умов підприємства портової діяльності повинні приділяти значну увагу розробці та реалізації стратегії розвитку конкурентних переваг. У сфері обслуговування експортних вантажопотоків підприємства мають враховувати чинник мінливості структури та обсягів експортних вантажопотоків. Відповідно такі підприємства повинні мати певні резерви для змін ступеня використання та переорієнтації потужностей. Зазначене вимагає наявності певних фінансових ресурсів. Для накопичення відповідних фінансових ресурсів необхідні заходи підтримки з боку держави. В умовах обмежених можливостей держави у сфері фінансової підтримки розвитку експортних потужностей підприємств вважається за доцільне удосконалення правових засад створення економічних територій зі спеціальними умовами функціонування на території морських портів, що дозволять підвищувати їх інвестиційну привабливість для залучення коштів з метою розвитку конкурентних переваг у сфері експортної діяльності, що є передумовою розвитку експортного потенціалу транспортної системи та економіки України в цілому.

З урахуванням тенденцій на світовому ринку транспортних послуг необхідно розвивати основи для надання повного спектра логістичних послуг на основі формування логістичних центрів. При цьому транспортно-логістична сфера України знаходиться на досить низькому рівні свого розвитку в порівнянні з іншими країнами світу.

У цей час спостерігається слабка державна підтримка та відсутність відрегульованої законодавчої бази, яка б забезпечувала розвиток логістичних операцій в Україні. В Україні лише частково сформовані передумови розвитку провайдерів, здатних надавати комплексні логістичні послуги та здійснювати інтегроване управління логістичними ланцюгами підприємства-клієнта. Актуальним напрямком розвитку логістичних операцій є оптимізація бізнес-процесів протягом усього ланцюга поставок.

Неефективною є державна підтримка розвитку логістичних операцій і на морському транспорті. Державна підтримка формування логістичної мережі у морегосподарському комплексі повинна бути сконцентрована

на забезпеченні посилення ефективної взаємодії підприємств морегосподарського комплексу, центральних і місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування.

Набуття Україною асоційованого членства у Європейському Союзі вимагає масштабного розвитку всіх елементів ринку транспортних послуг та поступової інтеграції його до європейського ринку послуг транспортної галузі.

Отже, актуальним виглядає й дослідження питання приведення національного транспортного законодавства до європейських стандартів відповідно до вимог Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом.

16 вересня 2014 р. Верховна Рада України ратифікувала УА шляхом прийняття відповідного закону [31]. І хоча процес ратифікації у ЄС та країнах — членах ЄС, що також є членами УА, ще не завершився, деякі з положень УА вже застосовуються відповідно до положень ст. 486 УА, що передбачає тимчасове застосування її положень до ратифікації усіма членами та передання ратифікаційних грамот депозитарію.

У наукових джерелах зазначається про суттєве розширення сфер взаємовідносин між Україною та ЄС відповідно до УА у порівнянні з Угодою про партнерство і співробітництво між Україною та ЄС від 1994 р. [32]; велике значення УА щодо наближення економічної системи України до відповідної системи країн Євросоюзу на основі взаємної лібералізації.

Г. Живора справедливо зазначає, що «УА не є класичним прикладом зони вільної торгівлі, оскільки передбачатиме лібералізацію торгівлі не лише товарами, а й послугами, лібералізацію руху капіталів та робочої сили. Вона також обумовить адаптацію Україною європейського регуляторного законодавства. Це у свою чергу приведе до процесу глибокого проникнення інститутів ЄС, законодавства, норм і правил ведення бізнесу в Україні». Позиція вказаного автора підтверджує, що набрання чинності УА зумовить внесення змін до національного законодавства не лише щодо зовнішньоторговельної діяльності, пов'язаної із застосуванням заходів тарифного та нетарифного регулювання, але й діяльності щодо надання транскордонних послуг, у т.ч. транспортних.

Аналіз положень УА дозволяє дійти висновків, що остання структурно складається з преамбули, статті 1 «Цілі», 7 розділів (розділ I «Загальні принципи», розділ II «Політичний діалог та реформи, політична асоціація, співробітництво та конвергенція у сфері зовнішньої та безпекової політики», розділ III «Юстиція, свобода та безпека», розділ IV «Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею», розділ V «Економічне та галузеве співробітництво», розділ VI «Фінансове співробітництво та положення щодо боротьби з шахрайством», розділ VII «Інституційні, загальні та прикінцеві положення»), а також додатків та протоколів.

Аналіз тексту УА (без врахування додатків та протоколів) дозволяє дійти висновку, що положення, які безпосереднього стосуються транс-

порту, містяться у двох розділах так званої економічної частини УА — IV та V.

До положень УА, що регулюють відносини у сфері транспорту, можна відносити:

1) положення щодо лібералізації (між членами УА) надання транспортних транскордонних послуг з використанням морського, автомобільного, залізничного, внутрішнього водного та повітряного транспорту (підрозділ 7 частини 5 глави 6 розділу IV УА);

2) положення щодо співробітництва у сфері транспорту, спрямовані на реструктуризацію та оновлення транспортного сектора України і поступову гармонізацію транспортного законодавства України із стандартами, існуючими в ЄС (глава 7 розділу V).

Викликає увагу Додаток XXXII до глави 7 розділу V УА, який містить акти законодавства ЄС та терміни, протягом яких Україна зобов'язується поступово наблизити своє законодавство до вказаних актів. Частина 1 вказаного додатку містить відповідні акти законодавства ЄС у сфері автомобільного транспорту (наприклад, Директива № 2009/40/ЄС Європейського парламенту та Ради від 6 травня 2009 р. про перевірки з придатності до експлуатації автомобілів та автопричепів), частина 2 — у сфері залізничного транспорту (наприклад, Директива Ради № 95/18/ЄС від 19 червня 1995 р. про ліцензування залізничних підприємств), частина 3 — у сфері авіаційного транспорту (зокрема, містяться вимоги щодо укладення та імплементації Угоди про спільний авіаційний простір між Україною та ЄС та її державами-членами), частина 4 — у сфері морського транспорту (наприклад Директива № 2009/16/ЄС Європейського парламенту та Ради від 23 квітня 2009 р. стосовно контролю державою порту), частина 5 — у сфері внутрішнього водного транспорту (наприклад, Директива № 2008/68/ЄС Європейського парламенту та Ради від 24 вересня 2008 р. щодо перевезення небезпечних вантажів внутрішніми шляхами).

Окремі дії щодо наближення національного законодавства у сфері транспорту до актів ЄС вже були здійснені та продовжують здійснюватися. Так, наприклад, Україна, ЄС та країни — члени ЄС здійснюють підготовчі дії щодо підписання Угоди про спільний авіаційний простір, яка спрямована на взаємне відкриття ринків та інтеграцію України у спільний європейський авіаційний простір [33]. Зокрема, Розпорядженням Президента України від 28 травня 2015 р. № 516/2015-рп уповноважено міністра інфраструктури України на підписання вказаної угоди, що повинно бути зроблено найближчим часом.

У контексті приведення національного законодавства до актів законодавства ЄС, що містяться у Додатку XXXII до УА, не можна не звернути увагу на проблему, пов'язану з тим, що деякі акти ЄС, які виступають орієнтиром для адаптації національного законодавства, вже втратили свою чинність (у т.ч. й на підставі видання інститутами та органами ЄС оновлених актів, що регулюють відносини у відповідній сфері

транспорту). Наприклад, вже згадувана Директива Ради № 95/18/ЄС від 19 червня 1995 р. про ліцензування залізничних підприємств, положення якої мають бути впроваджені протягом 8 років з дати набрання чинності УА, на теперішній час скасована Директивою № 2012/34/ЄС Європейського парламенту та Ради від 21 листопада 2012 р. про запровадження єдиної Європейської залізничної мережі, окремі норми якої присвячені ліцензуванню [34].

Виникає запитання: чи необхідно як взірць для адаптації транспортного законодавства використовувати ті акти ЄС, які містяться в Додатку ХХХІІ (незважаючи на їх чинність чи нечинність на теперішній час), чи у разі, якщо відповідні акти були скасовані, використовувати нові акти, які регулюють подібні відносини, що й регулювали акти, які скасовані.

На важливість вказаної проблеми вказує й факт її зауваження заступником голови Адміністрації Президента України Д. Шимківим, який зазначив: «До 1 січня 2016 р. необхідно визначитись — ми наближуємось до норм законодавства, які були підписані на момент укладення УА, чи оновити їх відповідно до прогресу, який має місце у ЄС. Справа в тому, що коли підписувалась УА, точкою відліку було діюче законодавство ЄС. Воно змінилось за цей час. І у деяких питаннях зміни достатньо змістовні. Тому є питання, які необхідно врегулювати... шляхом, можливо, змін до УА, й вони б визначали, що ми орієнтуємось на оновлене законодавство ЄС» [35]. Деякі автори розкритикували зазначену позицію з огляду на те, що будь-які зміни до УА приведуть до необхідності їх ратифікації усіма сторонами УА, що займе тривалий час та виглядає нереалістичним.

Однак аналіз УА показує можливість внесення змін до окремих положень УА та окремих додатків до неї (в яких власне й міститься перелік актів ЄС, до яких Україна має наблизити своє законодавство), у порядок, відмінний від внесення змін до міжнародного договору, шляхом прийняття рішень інституціями, що створюються на підставі УА. Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 211 УА підкомітет з географічних зазначень, що створюється на підставі УА, відповідає, зокрема, за внесення змін до частини А Додатка ХХІІ-А до цієї Угоди стосовно посилань на законодавство, що застосовується на територіях сторін. У свою чергу, згідно зі ст. 326 УА, комітет з питань торгівлі може прийняти рішення про внесення змін до глави 13 УА, до Правил процедури арбітражу, зазначених у Додатку ХХІV УА, та до Кодексу поведінки членів арбітражних груп та посередників, що містяться у Додатку ХХV УА. Водночас можливість внесення змін до міжнародного договору суб'єктами, що не укладали цей договір, може викликати проблеми суто міжнародноправового характеру, а також національного характеру, пов'язаних із обов'язковістю ратифікації змін до міжнародного договору за законодавством відповідної держави. Залишимо цю проблему на розсуд представників міжнародного права, зазначивши, що положення УА

не передбачають можливість внесення змін відповідними інституціями саме до тих положень, що регулюють відносини у сфері транспорту.

На нашу думку, при адаптації національного транспортного законодавства до відповідного законодавства ЄС згідно з вимогами УА національний законодавець повинен, перш за все, дотримуватись вимог діючої редакції УА та додатків до неї. Однак у разі, якщо відповідний акт ЄС, що міститься у додатку до УА, скасований, доцільним буде вираховування положень «нового» акта ЄС, що регулює подібні відносини та здійснення впровадження у національне законодавство тих положень «нового» акта, що не суперечать та доповнюють норми акта ЄС, який скасований, однак міститься у додатках до УА як стандарт для адаптації.

Власне й дух окремих положень УА дозволяє дійти висновку про необхідність врахування змін, що можуть відбутись в законодавстві ЄС. Так, наприклад, у ст. 153 УА, що присвячена адаптації законодавства у сфері державних закупівель, зазначено, що при здійсненні адаптації «належна увага повинна приділятися... будь-яким змінам в *acquis* ЄС... Європейська Комісія повідомляє Україні без невиправданої затримки про будь-які зміни в *acquis* ЄС. Комісія надаватиме відповідні консультації й технічну допомогу з метою впровадження таких змін». У свою чергу, у ч. 2 ст. 253 термін «законодавство про конкуренцію» розглядається для ЄС не лише як акти ЄС, що чинні на момент укладення УА, але й будь-які зміни, які можуть бути внесені до відповідних актів після набрання чинності УА. На жаль, відсутнє пряме зазначення про необхідність врахування змін до *acquis* ЄС при модернізації національного транспортного законодавства, однак загальна спрямованість вищевказаних та інших норм УА дозволяє дійти висновку про необхідність врахування й тих актів ЄС, що набули чи набудуть чинності після вступу в силу УА.

Таким чином, до основних положень УА, що регулюють відносини у сфері транспорту, необхідно відносити: 1) положення щодо лібералізації (між членами УА) надання транспортних транскордонних послуг з використанням морського, автомобільного, залізничного, внутрішнього водного та повітряного транспорту (підрозділ 7 частини 5 глави 6 розділу IV УА); 2) положення щодо співробітництва у сфері транспорту, спрямовані на реструктуризацію та оновлення транспортного сектора України і поступову гармонізацію транспортного законодавства України із стандартами, існуючими у ЄС (глава 7 розділу V).

При здійсненні приведення національного транспортного законодавства відповідно до стандартів ЄС Україна має враховувати як акти законодавства ЄС, на які є посилання в УА та додатках до УА, так і ті акти законодавства ЄС, що набули чинності після підписання УА.

Актуальним виглядає здійснення нових наукових досліджень, присвячених аналізу відповідності діючого транспортного законодавства України актам ЄС, що регулюють транспортні відносини у межах цього інтеграційного об'єднання.

Україна може стати центром надання ІТ-аутсорсингу в Європі та вже найближчим часом мати річний оборот у цій галузі понад 10–15 млрд дол. США [36]. Очікується, що у 2016 р. ІКТ ринок отримає дохід майже в 3,7 трлн євро. Вважається, що світовий ВВП складатиме 60,7 трлн євро. Тобто частка ІКТ у світовому ВВП дорівнюватиме майже 6,2 % (порівняно з часткою в 5 % у 2013 р.). Даний показник відображає стрімке зростання обсягів ринку інформаційно-комунікаційних послуг.

За попередніми оцінками, сучасний річний оборот України у цій галузі не перевищує 1,5 млрд дол. США при тому, що загальносвітовий показник сягає приблизно 288 млрд дол. США на рік. В Україні ІТ-аутсорсинг є перспективною сферою національної економіки, основою розвитку якої є високий рівень освіти. Українські вищі навчальні заклади щороку випускають до 30 тис. дипломованих фахівців ІТ-сфери. Річний оборот України в цій галузі можна збільшити до 10–15 млрд дол. США. Для створення в країні близько 100 тис. нових робочих місць для ІТ-фахівців до 2016 р. потрібно інвестувати близько 1 млрд дол. США.

У сфері міжнародного туристичного бізнесу річний оборот становить понад 2 трлн дол. США. На туризм припадає 12 % загальносвітового національного продукту та 7 % світових інвестицій.

Якщо говорити про наявність туристичних ресурсів як основу розвитку туризму, Україна має значний туристично-рекреаційний потенціал, сприятливий клімат, багату флору й фауну, культурно-історичні пам'ятки світового рівня. Однак значна частина туристичних об'єктів потребує впорядкування та відновлення, недостатня увага приділяється збереженню довкілля. Для залучення іноземних туристів необхідно забезпечити проведення рекламно-інформаційної кампанії з використанням засобів масової інформації в Україні та за кордоном, проведення презентацій, організації мережі інформаційних центрів для іноземних туристів. Важливим фактором у розвитку ринку туристичних послуг є розвиток транспортного сполучення та забезпечення необхідного рівня безпеки подорожей [37]. Серед основних причин гальмування розвитку ринку туристичних послуг слід відзначити недосконалість системи державного регулювання туристичної діяльності, високий рівень податків, низький рівень інвестицій у розвиток матеріальної бази туризму, невідповідність туристичних закладів міжнародним стандартам, недостатнє забезпечення туристичної галузі кваліфікованими спеціалістами, незадовільний стан транспортної інфраструктури, низьку поінформованість потенційних споживачів туристичного продукту. Для забезпечення дієвості ринку туристичних послуг необхідно удосконалювати існуючу законодавчу базу, розвивати фінансові стимули залучення інвестицій, здійснювати підготовку кваліфікованих спеціалістів, розвивати інфраструктуру, в тому числі транспортного забезпечення; створити та реалізувати програму із захисту довкілля та культурної спадщини; здійснювати рекламно-інформаційну підтримку тощо.

Таким чином, на сучасному етапі розвитку світової економіки експортний потенціал є найважливішою характеристикою економічної потужності будь-якої країни. Питання удосконалення експортного потенціалу України залишається актуальним. Незважаючи на різке скорочення експорту в 2014 р. (на 13,5 %), Україна все ще має потенціал розвитку з орієнтацією на зовнішні ринки. Головною метою реалізації експортної стратегії України має бути розвиток експортного потенціалу з подальшою переорієнтацією його на високотехнологічні галузі, а також товари з максимально високою часткою доданої вартості. Для повноцінного використання експортного потенціалу України необхідно сформувати сприятливі інституціональні (економічні, організаційні, правові та інші) умови розвитку технологій та відтворення капіталу вітчизняних експорто орієнтованих підприємств. Глобалізація світових ринків, розвиток інформаційних технологій обумовлюють зростання обсягів торгівлі послугами, появу нових видів послуг. У структурі послуг значне місце займають транспортні послуги. Україна має високий експортний потенціал транспортних послуг. Розвиток експортного потенціалу транспортної сфері неможливий без відповідного інфраструктурного забезпечення, що обумовлює розвиток логістичних операцій та відповідної фінансової підтримки з боку держави. Взаємовигідне об'єднання виробничих, наукових, інвестиційних та інших конкурентних переваг експорто орієнтованих підприємств, зокрема транспортних, дозволить підвищити експортний потенціал сучасної України.

Л і т е р а т у р а

1. Быкова Н. В. Региональные особенности экспортного потенциала Украины [Електронний ресурс] / Н. В. Быкова. — Режим доступу: <http://fan-5.ru/na5/00528-1.php>.
2. Михайлов В. С. Методичні аспекти розрахунків експортних (імпортних) цін суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України / В. С. Михайлов // Формування ринкових відносин в Україні : зб. наук. пр. / НДЕІ Мінекономіки. — 2004. — № 5 (36). — С. 68–72.
3. Кулинич Р. О. Аналіз зовнішньоторгівельної діяльності як один із чинників формування обсягу ВВП України [Електронний ресурс] / Р. О. Кулинич. — Режим доступу: <http://www.univ.km.ua/visnyk/477.pdf>.
4. Экономическая энциклопедия / под ред. Л. И. Абалкина ; Ин-т экономики Рос. акад. наук. — М. : Экономика, 1999. — 432 с.
5. Манов З. О. Региональная экономика [Електронний ресурс] / З. О. Манов. — Режим доступу: http://uchebnikionline.com/rps/regionalna_ekonomika_-_maniv_zo/eksportniyu_potentsial_ukrayini_mozhливosti_yogo_realizatsiyi_svitovomu_rinku.htm.
6. Дерев'яно О. В. Експортна стратегія України за умов глобалізації світового ринку : автореф. дис. ... канд. екон. наук : 08.02.03 [Електронний ресурс] / О. В. Дерев'яно ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2001. — 20 с.
7. Коврига А. В. Институциональное предпринимательство в экономике Украины: к вопросу теоретико-методологического обеспечения / А. В. Коврига // Соціальні пріоритети в транзитивній економіці : зб. наук. пр. / за ред. Г. В. Задорожного, О. М. Василева, Г. С. Волинського [та ін.]. — Х., 1999. — С. 211–220.

8. Сизякина М. С. Асимметричность институциональной и технологической структур экономики : автореф. дис. ... канд. экон. наук : 08.00.00 / М. С. Сизякина. — Ростов н/Д, 2010. — 20 с.
9. Норт Д. Институты, институциональные изменения и функционирование экономики / *Дуглас Норт*; [пер. с англ. А. Н. Нестеренко; предисл. и науч. ред. Б. З. Мильнера]. — М.: Фонд экон. кн. «Начала», 1997. — 634 с.
10. По итогам 2014 года экспорт украины потерял 9 млрд долларов [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://ubr.ua/finances/macroeconomics-ukraine/po-itogam-2014-goda-eksport-ukrainy-poterial-9-mlrd-dollarov-323605>.
11. Посол Пайетт оценил экспортный потенциал Украины в торговле с США [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://glavnoe.ua/news/n222226>.
12. Стимулирование экспортной деятельности в зарубежных странах и практика поддержки экспорта в России [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.iep.ru/files/text/usaid/Eksp-dejat.pdf>.
13. Внешняя торговля [экспорт, импорт] США за 2013 год [Электронный доступ] // Официальный сайт Информационного центра мировой экономики. — Режим доступа: http://weic.info/ekonomicheskie_stati/vneshiaia_torgovlia_import_eksport_ssha_i_ee_struktura_za_2013_god.
14. Экспорт-импорт услуг за країнами світу за 2014 рік [Электронный доступ] // Официальный сайт Государственной службы статистики Украины. — Режим доступа: <http://www.ukrstat.gov.ua>.
15. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16 квіт. 1991 р. № 959-ХІІ (із змін. та доп.) // Відомості Верховної ради УРСР. — 1991. — № 29. — Ст. 377.
16. Борисов А. Б. Большой экономический словарь / А. Б. Борисов. — М.: Кн. мир, 2003. — 895 с.
17. Митний кодекс України від 13.03.2012 № 4495-VI (із змін. та доп.) // Відомості Верховної ради України. — 2012. — № 44—48. — Ст. 552.
18. Васильева В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг : монографія / В. А. Васильева. — Івано-Франківськ : ВДВ ЦІП Прикарпат. нац. ун-ту ім. Василя Стефаника, 2006. — 356 с.
19. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI (із змін. та доп.) // Відомості Верховної ради України. — 2011. — № 13—17. — Ст. 112.
20. Договор о функционировании Европейского Союза [Электронный ресурс] // Сайт Права Европейского Союза. — Режим доступа: <http://eulaw.ru/treaties/tfeu>.
21. Вельяминов Г. М. Международное экономическое право и процесс (академический курс) / Г. М. Вельяминов. — М.: Волтерс Клувер, 2004. — 732 с.
22. Balance of Payment Compilation Guide. International Monetary Fund. — Washington, 1995. — 407 p.
23. Balance of Payments Textbook. International Monetary Fund. — Washington, DC, USA, 1996. — 150 p.
24. Шульга Р. Р. Категорія «Торговля услугами»: сутність та проблеми застосування у господарському законодавстві України [Электронный ресурс] / Р. Р. Шульга // Форум права. — 2010. — № 4. — С. 976—980. — Режим доступа: <http://www.nbuv.gov.ua/ejournals/FP/2010-4/10sppgz.pdf>.
25. Лунько М. Е. Факторы и особенности развития мирового рынка услуг [Электронный ресурс] / М. Е. Лунько // НоваяИнфо. — 2014. — № 24. — Режим доступа: <http://novainfo.ru/archive/24/razvitie-mirovogo-rynka-uslug>.
26. Соколова Ю. В. Світовий ринок послуг [Электронный ресурс] / Ю. В. Соколова // Економічні науки. — 2007. — Режим доступа: http://rusnauka.com/21_NIEK_2007/Economics/24804.doc.htm.
27. Ковзель М. О. Соціально-економічна ефективність експорту транспортних послуг України : автореф. дис. ... канд. экон. наук : 08.00.03 / М. О. Ковзель ; Укр. держ. акад. заліз. трансп. — Х., 2008. — 20 с.

28. Міщенко А. В. Транспортний коридор як форма правового регулювання ринку транспортних послуг в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / А. В. Міщенко ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2009. — 205 с.
29. Усатий В. О. Господарсько-правове забезпечення державної промислової політики України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / В. О. Усатий ; Нац. юрид. ун-т ім. Я. Мудрого. — Х., 2014. — 230 с.
30. Поповська І. П. Правові основи програмного регулювання господарської діяльності в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / І. П. Поповська ; Одес. нац. юрид. акад. — О., 2010. — 212 с.
31. Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Закон України від 16 верес. 2014 р. № 1678-VI (із змін. та доп.) // Відомості Верховної ради України. — 2014. — № 40. — Ст. 2021.
32. Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами : міжнар. док. від 14 черв. 1994 р. // Офіційний вісник України. — 2006. — № 24. — Ст. 1794.
33. Україна парафувала з ЄС Угоду про спільний авіаційний простір [Електронний доступ] // Офіційний сайт Кабінету Міністрів України. — Режим доступу: http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=246883289&cat_id=244276429.
34. Директива № 2012/34/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 2 листопада 2012 р. «Про запровадження Єдиної залізничної мережі» [Електронний доступ] // Офіційний сайт компанії «Консультант Плюс». — Режим доступу: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_INT_29573.
35. В угоді про асоціацію з ЄС можливі технічні зміни — Шимків [Електронний доступ] // Офіційний сайт інтернет-холдингу «Українська правда». — Режим доступу: <http://www.pravda.com.ua/news/2015/05/16/7068118/?attempt=1m>; http://www.ukrinform.ua/ukr/news/pislya_smuti_ukraiina_moge_stati_liderom_na_svitovomu_rinku_it_poslug_1934472.
36. Ладиченко К. І. Сучасні тенденції розвитку світового ринку інформаційно-комунікаційних послуг [Електронний ресурс] / К. І. Ладиченко // Ефективна економіка: електронне фахове видання. — Режим доступу: <http://www.economy.nauka.com.ua/?or=1&z=3830&p=1>.
37. Джаман М. О. Розвиток ринку туристичних послуг в Україні / М. О. Джаман, Т. О. Гусаковська // Науковий вісник Полтавського університету економіки і торгівлі. — 2011. — № 5 (50). — С. 20–23.

А н о т а ц і я

Кібік О. М., Подцерковний О. П., Котлубай В. О., Хаймінова Ю. В., Драпайло Ю. З., Постоленко Ю. П., Брагарник О. О., Козолуп М. С. Організаційно-правові передумови інтенсифікації експортної діяльності в Україні. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню проблем розвитку експортного потенціалу України та обґрунтуванню основних організаційно-правових чинників підвищення ефективності експортної діяльності країни з урахуванням найбільш перспективних елементів її експортного потенціалу.

Ключові слова: експортний потенціал, експортна діяльність, експорто орієнтовані підприємства, організаційно-правові передумови.

А н н о т а ц и я

Кибик О. Н., Подцерковный О. П., Котлубай В. А., Хайминова Ю. В., Драпайло Ю. З., Постоленко Ю. П., Брагарник О. А., Козолуп Н. С. Организационно-правовые предпосылки интенсификации экспортной деятельности в Украине. — Статья.

Статья посвящена исследованию проблем развития экспортного потенциала Украины и обоснованию основных организационно-правовых факторов повышения эффективности экспортной деятельности государства, учитывая наиболее перспективные элементы ее экспортного потенциала.

Ключевые слова: экспортный потенциал, экспортная деятельность, экспорто ориентированные предприятия, организационно-правовые предпосылки.

S u m m a r y

Kibik O., Podtserkovniy O., Kotlubay V., Khayminova U., Drapaylo Y., Postolenko U., Bragarnik O., Kozolup M. The organizational and legal conditions of intensification of the export activity in Ukraine. — Article.

The article is devoted to the problems of development of export potential of Ukraine and substantiation of basic organizational and legal conditions increasing the efficiency of export of the country on the basis of the most promising elements of its export potential.

Keywords: export potential, export activity, export-oriented companies, organizational and legal conditions.

УДК 343.123.1(477)

*В. В. Тіщенко, Ю. П. Аленін, О. П. Ващук,
А. В. Мурзановська, О. О. Торбас, Ю. М. Немно,
А. О. Панасюк, М. В. Шкрибайло, О. А. Земляна*

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ДОСУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Набуття чинності Кримінальним процесуальним кодексом України (далі — КПК України) істотно змінило модель досудового провадження, зокрема, шляхом введення автоматичного початку досудового розслідування, процесуалізації оперативно-розшукових заходів, введення раніше невідомих досудовому кримінальному провадженню України процедур (повідомлення про підозру, відкриття матеріалів досудового розслідування, негласних слідчих (розшукових) дій тощо), а також істотним оновленням та зміною концепції вже відомих інститутів (наприклад, заходи забезпечення кримінального провадження).

Прийняття нового КПК України та формування практики його застосування зумовило, як зазначив С. В. Ківалов, появу перед науковою спільнотою ряду викликів, пов'язаних, з одного боку, з необхідністю формування парадигми кримінального провадження в Україні шляхом наукового осмислення та пояснення нових для національної правової традиції інститутів та норм, з іншого — важливістю підготовки науково обґрунтованих та виважених рекомендацій для органів досудового розслідування, прокурорів, слідчих суддів, суддів, адвокатів із правильного застосування положень Кримінального процесуального кодексу України, формування усталеної та уніфікованої слідчо-прокурорської та судової практик [1, с. 3].

У зв'язку з реформуванням й оновленням існуючого законодавства діяльність органів досудового розслідування суттєво змінилася, а практичне застосування норм КПК України зіткнулося із істотними складнощами, пов'язаними як із недоліками законодавства, так і з браком належного інформаційного його забезпечення. Це вимагає нових підходів при вирішенні питань про інформаційне та процесуальне забезпечення

досудового розслідування, у зв'язку з чим проблема забезпечення досудового провадження у контексті інформаційної складової та застосування заходів забезпечення кримінального провадження потребує комплексного дослідження.

Все це зумовило участь у спільному виконанні колективом авторів кафедр криміналістики та кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія» прикладного наукового дослідження за темою: «Комплексне дослідження забезпечення ефективності досудового провадження» (ДРН 011511002495), яке, в рамках кафедри кримінального процесу, здійснювалося за такими основними напрямками: аналіз реалізації засад кримінального провадження у досудовому розслідуванні; дослідження актуальних проблем проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій; аналіз проблем зупинення досудового розслідування; формування теоретичної моделі повідомлення про підозру; використання заходів забезпечення кримінального провадження у досудовому розслідуванні; розробка концепції кримінально-процесуальної відповідальності; розробка концепції та визначення реалізації форм закінчення досудового розслідування.

Основні результати були представлені під час обговорення актуальних питань кримінальної процесуальної науки та кримінальної процесуальної діяльності в цілому та під час досудового провадження, зокрема, на проведеній на базі кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія» Всеукраїнській науково-практичній конференції «Сучасне кримінальне провадження України: доктрина, нормативна регламентація та практика функціонування» 17 квітня 2015 р. Викладачі кафедри кримінального процесу взяли активну участь в обговоренні найактуальніших теоретичних та практичних проблем криміналістики, кримінального процесу, судової експертизи та оперативно-розшукової діяльності щодо їх інформаційного забезпечення та пошуку оптимальних шляхів їх вирішення у майбутньому під час проведення на базі кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія» Міжнародного круглого столу «Інформаційне забезпечення розслідування злочинів» 29 травня 2015 р.

Метою цієї статті є висвітлення окремих результатів дослідження теоретичних та практичних проблем ефективності досудового розслідування та визначення напрямів підвищення ефективності досудового розслідування.

Досудове розслідування, як і будь-яка інша кримінальна процесуальна діяльність, повинне ґрунтуватися на певних основоположних засадах, які вказують на вектор розвитку кримінальної процесуальної політики держави. Тому дослідження ефективності досудового розслідування неможливе без загальної характеристики поняття, системи та аналізу реалізації принципів кримінального процесу.

Загальновизнано, що для того, щоб окреме правове положення могло вважатися принципом кримінального провадження, воно має відповідати

ряду пропонованих до принципів кримінального процесу вимог. Розглядаючи проблему критеріїв, О. П. Кучинська зазначає, що до них необхідно відносити такі вимоги, як соціальна обумовленість, нормативність, регулятивність, основоположність, системність, універсальність, непорушність [2, с. 52–56].

Однак деякі із вищезгаданих критеріїв не одержали однозначного тлумачення в літературі. Так, наприклад, найважливішою властивістю принципу є його нормативність. Однак стосовно способу закріплення принципів у нормах права у науковців немає єдності. Уявляється, нормативність принципу кримінального процесу може проявлятися як у формулюванні норм — принципів або норм — приписів найбільш загального характеру (це норми — принципи), так і виводитися в індуктивний спосіб із різних норм кримінального процесуального закону (це принципи, виведені з норм).

Глава 2 КПК України передбачає основні засади кримінального провадження та їх зміст, але не визначає, що саме є «засадою кримінального провадження». Крім того, дане визначення викликає дискусії серед вчених-юристів відносно вживання термінів «принцип» та «засада». Засада — це вихідне, головне положення, принцип; основа світогляду, правило поведінки. Значення терміна «принцип» — це основа, початок певного явища або процесу. У філософському розумінні принципом є теоретичне узагальнення найбільш типового, що констатує й виражає закономірність, покладену в основу пізнання взагалі або в основу якої-небудь галузі знання зокрема. Вважаємо, що поняття «принцип» та «засада» необхідно вживати як тотожні.

Принципами кримінального провадження є доктринально обґрунтовані основні правові положення, які відображають предмет і метод кримінального процесуального регулювання, демократичну природу кримінального провадження, визначають сутність і структуру його проваджень, стадій та інститутів, спрямовують кримінальну процесуальну діяльність на досягнення завдань, поставлених державою перед кримінальним судочинством. При цьому критеріями визначення принципів кримінального провадження є: загальнообов'язкова нормативність; доктринальна обґрунтованість; загальний, фундаментальний характер правових положень; спрямованість на досягнення завдань, поставлених державою перед кримінальним судочинством; відбиття предмета й методу кримінального процесуального регулювання; відбиття демократичної природи кримінального процесу; відбиття сутності й структури проваджень, стадій та інститутів кримінального процесу; можливість реалізації в усіх, декількох або одній кримінальній процесуальній стадії; порушення якогось-небудь принципу, яке тягне застосування заходів кримінальної процесуальної відповідальності або заходів захисту [3, с. 78–79].

Всі принципи кримінального процесу тісно пов'язані між собою, постійно взаємодіють один з одним, зберігаючи при цьому свою власну цінність для побудови і ходу процесу. У зв'язку із цим можна ствер-

джувати, що певна кількість принципів не являє собою механічну сукупність правових явищ, а створює нове правове явище — систему принципів кримінального процесу, яка має об'єктивний характер і являє собою єдину, нерозривну, взаємопов'язану, взаємообумовлену цілісність. Система принципів кримінального провадження характеризується наявністю підстави для об'єднання її елементів і специфічних властивостей, якою служать завдання кримінального провадження, закріплені ст. 2 КПК України.

Не зупиняючись на дискусії щодо визначення системи принципів та зважаючи на досить різні погляди на вирішення даного питання [див., наприклад: 4], підкреслимо, що систему принципів кримінального провадження складають загальноправові, міжгалузеві, галузеві принципи кримінального провадження та принципи, які властиві досудовому та судовому провадженню.

Очевидно, що усі принципи кримінального процесу впливають на ефективність досудового розслідування, незалежно від того, чи прямо вони направлені на регулювання кримінальної процесуальної діяльності на стадії досудового розслідування. Тому задля досягнення завдань кримінального провадження, які зазначені в ст. 2 КПК України, уповноважені особи повинні чітко дотримуватись тих засад, які спрямовані на забезпечення прав учасників кримінального провадження. Так, наприклад, принцип забезпечення права на свободу та особисту недоторканність у кримінальному провадженні зобов'язує застосовувати заходи забезпечення кримінального провадження та провадження слідчих (розшукових) дій, які містять елементи примусу, не інакше як на підставі і у порядку, передбаченому законом, з метою недопущення незаконного обмеження або порушення фізичної, психічної або моральної недоторканності фізичної особи. Обмеження права недоторканності особи здійснюється у порядку та на підставах, передбачених у законі, уповноваженими особами та відносно осіб, встановлених законом. Під час обмеження зазначеного права необхідно враховувати принцип доцільності та обґрунтованості. Тобто цілі та завдання кримінального провадження та засоби їх досягнення повинні бути сумірними.

У системі запобіжних заходів законодавець визначив ієрархію, починаючи з найбільш м'якого заходу, який обмежує права та свободи особи, до більш суворого. Досить важливим є положення щодо застосування до особи тримання під вартою у виняткових випадках та за підстав, передбачених у КПК України. Застосування того чи іншого запобіжного заходу не допускається, якщо слідчий, прокурор не доведе, що встановлені під час розгляду клопотання про застосування запобіжних заходів обставини є достатніми для переконання, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не може запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам.

В. К. Волошина слушно зазначає, що взяття під варту, затримання, домашній арешт, особистий обшук, привід, особисте зобов'язання

не вичерпують тих заходів, які обмежують фізичну недоторканність особи. До них відносяться також поміщення у приймальник-розподільник для дітей, примусове поміщення особи до лікувального закладу для проведення стаціонарної медичної чи психіатричної експертизи, освідування, відібрання зразків для порівняльного дослідження, проведення слідчого експерименту [5, с. 62].

Гарантії фізичної недоторканності людини передбачені як внутрішнім законодавством, зокрема Конституцією України, Цивільним кодексом України, КПК України, так й у міжнародно-правових актах, а саме у Європейській конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, Міжнародному пакті про громадянські та політичні права. Європейський суд з прав людини неодноразово наголошував на важливості зазначеного принципу.

Задля забезпечення прав та законних інтересів учасників кримінального провадження уповноважені особи зобов'язані чітко виконувати власні повноваження. Так, прокурор, слідчий зобов'язані у межах своєї компетенції розпочати досудове розслідування в кожному випадку безпосереднього виявлення ознак кримінального правопорушення (за виключенням випадків, коли кримінальне провадження може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого) або в разі надходження заяви (повідомлення) про вчинення кримінального правопорушення, а також вжити всіх передбачених законом заходів для встановлення події кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила, що є відображенням принципу публічності, який знайшов своє закріплення у ст. 25 КПК України і впливає зі змісту норм Конституції України, а саме ст. ст. 3, 8, 21, п. 3 ч. 3 ст. 129.

На думку В. К. Волошиної, загальні ознаки публічності полягають у тому, що досудове провадження: а) здійснюється тільки державними органами і посадовими особами, уповноваженими кримінальним процесуальним законом; б) носить владний організуючий характер по застосуванню норм матеріального і процесуального права; в) носить офіційний характер, тобто виконується з обов'язку служби, що припускає не тільки процесуальні обов'язки, але і посадові; г) для суб'єктів досудового провадження наступає службова (дисциплінарна) відповідальність у випадках неналежного виконання своїх обов'язків; д) держава несе юридичну відповідальність (цивільно-правову) за незаконне і необгрунтоване кримінальне переслідування, вчинене органами досудового розслідування [6, с. 47].

Крім того слід зауважити, що цей принцип відноситься не тільки до стадії досудового розслідування. Він має місце і під час судового провадження. Публічний характер кримінальної процесуальної діяльності проявляється у діях прокурора, який зобов'язаний підтримувати державне обвинувачення у судовому засіданні. Таким чином, обов'язок прокурора, що впливає з положень принципу публічності, полягає в діяльності прокурора щодо формулювання або затвердження обвинувального акта

на стадії досудового розслідування і у подальшому підтриманні цього обвинувачення в суді.

Проте, як вже було зазначено, принципи кримінального провадження вказують лише на основні положення, яких повинні дотримуватися учасники кримінального провадження. Досягнення справді високої ефективності досудового розслідування полягає в чіткому дотриманні процедури проведення процесуальних дій на даній стадії. У першу чергу мова йде про проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, адже чітке дотримання норм КПК України при проведенні даних дій дозволить забезпечити невідворотність кримінальної відповідальності та гарантує забезпечення прав учасників кримінального провадження. Тому цілком можна погодитись з О. В. Капліною, яка підкреслює, що прийняття нового КПК поставило перед наукою кримінального процесу нові завдання, що полягають у створенні теоретичної моделі процесуального порядку проведення слідчих (розшукових) дій відповідно до нових концептуальних підходів та завдань кримінального провадження, тлумаченні оцінних понять, наданні рекомендацій практичного характеру щодо переборення прогалин правового регулювання, пропозицій щодо внесення змін та доповнень до КПК, обумовлених потребами правозастосовної практики [7, с. 41].

Так, в силу відносної новизни чинного КПК України деякі нові процедурні особливості проведення слідчих дій потребують окремого дослідження. Не є виключенням проведення допиту та впізнання в режимі відеоконференції під час досудового розслідування. Проведення таких слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування у режимі відеоконференції, тобто при трансляції з іншого приміщення (дистанційне досудове розслідування), є досить прогресивним способом збирання і перевірки доказів, оскільки він дозволяє за допомогою технічних засобів і технологій, при забезпеченні належної якості зображення і режиму інформаційної безпеки, оперативно вирішувати завдання кримінального судочинства, не порушуючи при цьому прав і законних інтересів учасників кримінального провадження. Слід погодитися із М. І. Смирновим, що використання відеоконференц-зв'язку у кримінальному судочинстві із метою збирання і перевірки доказів відповідає таким умовам: 1) дотримання морально-етичних основ (безпека для здоров'я особи, що бере участь у процесуальних діях, проведених за допомогою відеоконференц-зв'язку); 2) дотримання пізнавальних закономірностей (наукова обґрунтованість і практична результативність методу відеоконференц-зв'язку; можливість одержання об'єктивних, достовірних і таких даних, що можна перевірити) [7, с. 160].

Згідно зі ст. 232 КПК, дистанційне провадження стосується лише двох слідчих дій: допиту осіб, а також пред'явлення для впізнання осіб чи речей, окрім пред'явлення трупа, а також проведення одночасного допиту двох чи більше осіб.

Учасниками дистанційного досудового розслідування можуть бути потерпілі, свідки (в т.ч. малолітні або неповнолітні), підозрювані. З огляду на те, що допит і пред'явлення для впізнання в режимі відеоконференції здійснюються за правилами ст. ст. 225—227 та 228, 229 КПК, то при їх проведенні можуть брати участь представник, захисник, спеціаліст, експерт, перекладачі, педагоги, психологи й інші особи, потреба в яких виникає у зв'язку з особливостями проведення слідчої дії.

Частина 1 ст. 232 КПК України передбачає наявність не тільки юридичних, а й фактичних підстав для проведення дистанційного розслідування. Останні повинні знайти своє відображення в матеріалах досудового провадження. Отже, допит в режимі відеоконференції проводиться у випадках: 1) неможливості безпосередньої участі певних осіб у досудовому провадженні за станом здоров'я або з інших поважних причин (знаходження в медичному закладі внаслідок тяжкої хвороби, поранення, неможливість самостійно пересуватися тощо); 2) необхідність забезпечення безпеки осіб, якщо існує реальна загроза їх життю, здоров'ю з боку зацікавлених осіб; 3) проведення допиту неповнолітніх (малолітніх) свідка, потерпілого; 4) для забезпечення оперативності досудового розслідування; 5) при наявності інших підстав, які визначаються слідчим, прокурором, слідчим суддею достатніми, але при цьому важливо, щоб ці підстави були належним чином обґрунтовані. Існування хоча б однієї з названих причин буде достатньою підставою для досудового розслідування в режимі відеоконференції. Аналізуючи наведені підстави, слід погодитись із І. В. Черниченко, що поняття «інші поважні причини» в статті не конкретизується, що надає слідчому, прокурору, слідчому судді можливість самостійної суб'єктивної оцінки фактів. Таким чином, недоцільно розрізняти «стан здоров'я» та «інші поважні причини», а п. 1 ч. 1 ст. 232 КПК України необхідно сформулювати як «неможливість безпосередньої участі певних осіб у досудовому розслідуванні з поважних причин» [9, с. 43, 44].

Дистанційне провадження є досить складним не тільки в процесуальному, а й організаційно-технічному плані, а тому без наявної потреби зловживати правом на здійснювання подібного порядку проведення слідчих дій не рекомендується [докладніше див.: 10, с. 295—296]. Разом з тим КПК України не регламентує деякі питання, пов'язані із проведенням допиту у режимі відеоконференції, зокрема: чи допустимо проводити допит у режимі відеоконференції з особами, які мають вади слуху, мови, зору (хоча у літературі підкреслюється недоцільність цього); чи повинен долучатися до протоколу допиту лише відеозапис цієї слідчої (розшукової) дії, чи також запис самої відеоконференції. Сумнівним з позицій забезпечення прав потерпілого є і положення, що рішення про здійснення дистанційного досудового розслідування, в якому дистанційно перебуватиме підозрюваний, не може бути прийняте, якщо він проти цього заперече, а щодо потерпілого таких обмежень немає. Отже нор-

мативне закріплення процедури проведення допиту у режимі відеоконференції потребує подальшого вдосконалення.

Під час проведення дослідження проблем ефективності досудового розслідування був здійснений аналіз проблем зупинення досудового розслідування [11]. Забезпечення права кожного, щоб обвинувачення щодо нього в найкоротший строк стало предметом судового розгляду або щоб відповідне кримінальне провадження щодо нього було закрито, може бути обмежене у силу об'єктивних причин, що унеможливають закінчення, зокрема, досудового розслідування у встановлений законом строк. Такі об'єктивні причини визначені у КПК України як підстави зупинення досудового розслідування.

Пункт 1 ч. 1 ст. 280 КПК в якості підстави до зупинення називає те, що підозрюваний захворів на тяжку хворобу, яка перешкоджає його участі в кримінальному провадженні, за умови підтвердження цього відповідним медичним висновком. У законі не наводяться ні ознаки тяжкого захворювання, ні перелік таких захворювань. Загальною умовою є неможливість участі підозрюваного в провадженні, яка перешкоджає розслідуванню.

Захворювання підозрюваного може бути підставою для зупинення досудового розслідування тільки в разі наявності висновку (довідки) лікаря, висновку судово-медичної або судово-психіатричної експертизи, де видно, що воно: а) тяжке, тобто таке, при якому стан здоров'я підозрюваного тривалий час не дозволяє допитати його, залучити його до участі в інших слідчих (розшукових) діях; б) не хронічне, а тимчасове, яке піддається лікуванню і можна чекати видужання підозрюваного. Інакше необхідно буде вирішувати питання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності у зв'язку з тим, що внаслідок зміни обстановки особа перестала бути суспільно небезпечною (ст. 48 КК), а при хронічному душевному захворюванні, яке потребує тривалого часу лікування із застосуванням примусового заходу медичного характеру, складати клопотання про застосування цих заходів (ст. 292 КПК, гл. 39 КПК). Разом з тим вірно звертається увага на те, що, аналізуючи два поняття — «тяжка хвороба» та «перешкоджання участі у кримінальному провадженні», доходимо висновку, що визначення хвороби як тяжкої цілком залежить від того, чи перешкоджає вона участі підозрюваного у кримінальному провадженні. Навіть якщо певну хворобу оцінити як тяжку, однак яка дозволяє проведення процесуальних дій за участю підозрюваного та прийняти остаточне рішення, вона не є підставою для зупинення досудового розслідування. Проте якщо хвороба об'єктивно перешкоджає участі підозрюваного у кримінальному провадженні, то її автоматично слід визнавати тяжкою. Постає логічне питання: чи потрібно хворобу визнавати тяжкою, якщо достатньо лише визначити, що хвороба перешкоджає участі підозрюваного у провадженні. Отже, можна стверджувати, що слово «тяжка», використане в п. 1 ч. 1 ст. 280 КПК України, зайве, оскільки не має жодного смислового навантажен-

ня, не є терміном, визначеним у законодавстві України, а спроба тлумачення його призводить до дискусії серед науковців і практичних працівників, непорозумінь і помилок [12, с. 154].

Було підкреслено, що якщо особа вчинила правопорушення в стані неосудності або захворіла після його вчинення невиліковною душевною хворобою, що підтверджено висновком експертизи, то в такому разі мова про зупинення розслідування йти не може та розслідування продовжується, але вже за правилами, передбаченими главою 39 КПК, щодо провадження про застосування примусових заходів медичного характеру.

Дещо інше бачення критеріїв розмежування підстав для прийняття відповідного рішення про зупинення досудового провадження або зміни його порядку при наявності психічної хвороби запропоновано и обгрунтовано Т. В. Лукашкіною, яка зазначає, що це можливо лише, якщо особа саме потребує застосування таких заходів, що повинно знайти відображення у висновку експерта [докладніше див.: 13].

Наступною підставою зупинення КПК є така, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності і його місцезнаходження невідоме. Суть цієї підстави полягає в тому, що слідчий або прокурор знає, хто вчинив кримінальне правопорушення, але не знає, де ця особа знаходиться. Причому місцеперебування підозрюваного може бути невідоме в силу різних причин і вони обов'язково повинні встановлюватися, оскільки кожна з них тягне за собою різні кримінально-процесуальні та кримінально-правові наслідки. Так, коли підозрюваний відомий, але невідоме його місцезнаходження та він не має мети переховуватися від органів слідства і суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності, то перебіг строків давності притягнення до кримінальної відповідальності не зупиняється і після їх закінчення кримінальне провадження повинно бути закрито. Коли ж особа свідомо переховується від органів слідства та суду — це обумовлює можливість її затримання, обрання щодо неї більш суворого запобіжного заходу або навіть притягнення до кримінальної відповідальності, наприклад, якщо переховування було пов'язане із втечею з під варті. Крім того, у цьому випадку перебіг строків давності зупиняється і відновлюється лише після затримання підозрюваного чи його явки (ст. 49 КПК). До зупинення розслідування слідчий, прокурор оголошує розшук підозрюваного, місцезнаходження якого невідоме (ст. 281 КПК). Важливим для застосування цієї підстави є те, щоб особа набула статусу підозрюваного. За оновленої редакції ст. 42 КПК це можливо не лише у випадку, коли особі у порядку, передбаченому ст. ст. 276–279 КПК, повідомлено про підозру; коли особу затримано за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення; а й у випадку, коли щодо особи складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок невстановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений КПК України

для вручення повідомлень, що спрощує можливість оголошення розшуку.

Для такої підстави зупинення досудового розслідування, як наявна необхідність виконання процесуальних дій в межах міжнародного співробітництва, обов'язковою умовою є існування в матеріалах кримінального провадження запиту, який складений відповідно до ст. 552 КПК, і документів, що до нього додаються.

Новою для кримінального провадження України є така підстава зупинення досудового розслідування, як те, що слідчий суддя відмовив у задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування. У відповідності до ч. 1 ст. 297⁴ КПК, слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, якщо прокурор, слідчий не доведе, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності та оголошений у міждержавний та/або міжнародний розшук. Під час вирішення питання про здійснення спеціального досудового розслідування слідчий суддя зобов'язаний врахувати наявність достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення.

Таким чином, КПК України достатньо повно визначає перелік підстав, які обумовлюють необхідність тимчасової перерви у здійсненні досудового розслідування. Разом з тим необхідність більш ефективної боротьби з випадками ухилення підозрюваного від органів слідства та суду зумовила розширення кола цих підстав у контексті спеціального досудового розслідування, а практика застосування підстав зупинення досудового розслідування показує необхідність коригування їх нормативної регламентації.

Важливим етапом стадії досудового розслідування є повідомлення особі про підозру. При повідомленні особі про підозру особа набуває статусу підозрюваного, а разом з ним — значний обсяг прав та обов'язків. Тому чітке дотримання норм чинного КПК України є суттєвою гарантією прав та законних інтересів учасників кримінального провадження, що є показником ефективності кримінального провадження в цілому та досудового розслідування зокрема.

Л. М. Гуртієва розглядає повідомлення про підозру як процесуальне рішення слідчого, прокурора про вчинення кримінального правопорушення конкретною особою. Даний висновок вона робить з аналізу норм глави 22 КПК України та ч. 1 ст. 42 КПК України, які закріплюють, що підозрюваним є особа, якій у порядку, передбаченому ст. ст. 276—279 КПК, повідомлено про підозру, або особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, або особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок не встановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений КПК України для вручення повідомлень [14, с. 185—190].

Разом з тим дане процесуальне рішення оформлюється не постановою, а процесуальним документом, що має назву «повідомлення». Це суперечить положенням ч. 3 ст. 110 КПК України про те, що процесуальні рішення слідчого, прокурора приймаються у формі постанови. Т. В. Лукашкіна [15, с. 30–36] цілком справедливо розглядає повідомлення про підозру як правозастосовний акт, оскільки кримінальне провадження можна розглядати як складний правозастосовний процес, процес застосування норм матеріального та процесуального права.

Аналіз національного кримінального процесуального законодавства дозволив зробити висновок, що законодавець, на жаль, не закріпив підстави прийняття рішення про повідомлення про підозру, а лише зазначив «випадки» повідомлення про підозру [15, с. 33–34]. Проте підставою прийняття рішення про повідомлення про підозру є встановлені за допомогою доказів обставини, які свідчать про наявність події кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення) та про вчинення його конкретною особою. Тому цілком доцільно підстави повідомлення про підозру закріпити у ст. 276 КПК України [14, с. 185–190].

Отже законодавче закріплення правової природи та процедури повідомлення особі про підозру потребує подальшого вдосконалення з метою уникнення прогалин, які можуть вплинути на можливість реалізації учасниками кримінального провадження своїх прав та законних інтересів.

Реформування кримінального процесуального законодавства України зумовлює необхідність уточнення та перегляду ключових понять теорії кримінального процесу, серед яких — поняття, види, процесуальний порядок та межі застосування примусу в кримінальному провадженні України. У новому КПК України суттєво змінилась законодавча регламентація застосування заходів процесуального примусу, що знайшло свій вираз як у розширенні переліку заходів забезпечення кримінального провадження, так і у зміні порядку їх застосування, що було направлено на наближення національного законодавства до міжнародних та європейських цінностей та стандартів.

Зміни стосувались і приводу, який віднесено до заходів забезпечення кримінального провадження. Враховуючи, що застосування приводу є фактично обмеженням конституційного права особи на її недоторканність та вільне пересування, досить актуальними є питання щодо поняття, підстав та порядку застосування даного заходу забезпечення кримінального провадження, що також було предметом дослідження [16].

Необхідно зазначити, що поняття приводу не містилось в КПК України 1960 року, в юридичній літературі привід визначався таким чином: «Привід — це здійснювана за мотивованою постановою органу досудового розслідування, прокурора або судді (чи ухвалою суду) примусова доставка особи в орган досудового розслідування або в суд у випадку

неявки її без поважної причини» [17, с. 327], де знайшли своє відображення суттєві риси даного виду примусу як наслідку невиконання покладених на відповідних суб'єктів обов'язків. Адже привід можна віднести до заходів процесуального примусу, за допомогою яких забезпечується законний порядок у ході провадження у справі [див.: 17, с. 326].

В одному з численних проектів КПК України № 1233 (вносився народними депутатами України В. Р. Мойсиком, І. В. Вернидубовим, С. В. Ківаловим, Ю. А. Кармазіним) привід розглядався як інший захід процесуального примусу і міг застосовуватись, якщо підозрюваний, обвинувачений, підсудний, а також потерпілий, свідок, викликаний у встановленому законом порядку, не з'явиться без поважних причин. Визначення поняття приводу не давалося, проте важливим була вказівка на обмеження його застосування у нічний час, до неповнолітніх у віці до 14 років, вагітних жінок, тяжкохворих [18].

У КПК України 2012 року приводу приділено значно більше уваги. Так, у ст. 140 КПК зазначено, що привід полягає у примусовому супроводженні особи, до якої він застосовується, особою, яка виконує ухвалу про його здійснення, до місця її виклику в зазначений в ухвалі про здійснення приводу час. Проте в літературі представлені різні визначення поняття приводу, більш прийнятним серед яких видається таке визначення, запропоноване І. В. Гловюк: «Привід є заходом забезпечення кримінального провадження, пов'язаним із фізичним впливом на підозрюваного, обвинуваченого, свідка, який не з'явився на виклик без поважних причин або не повідомив про причини свого неприбуття, спрямованим на забезпечення виконання їх обов'язку щодо явки на виклик до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду» [19, с. 334].

У цілому можна констатувати, що порядок застосування приводу досить чітко врегульовано, проте дискусійним є питання щодо застосування приводу без попереднього виклику особи, зокрема підозрюваного. Також з підстав та порядку винесення ухвали про привід та безпосередній порядок її виконання незрозуміло, як діяти у тих випадках, коли працівника, який здійснює привід, не пускають до житла. Законодавець у ст. 233 КПК України регламентував порядок проникнення до житла чи іншого володіння особи, однак лише під час проведення ряду слідчих дій: огляду, обшуку, слідчого експерименту. Не з'ясовано і те, чи дає право автоматично проникати до житла ухвала про здійснення приводу, чи це має бути обумовлено в ухвалі про здійснення приводу, чи для цього слідчий суддя мав би виносити окрему ухвалу.

Таким чином, можна зробити висновок, що законодавче регулювання здійснення приводу поряд з суттєвими позитивними рисами має й певні недоліки, що потребують подальшого удосконалення, адже законодавець розглядає привід в якості важливого процесуального інструменту забезпечення належної поведінки учасників кримінального провадження, що у свою чергу має сприяти ефективності проведення досудового розслідування.

У рамках проведеного дослідження проблем ефективності досудового розслідування був зроблений аналіз наукових підходів щодо правової природи затримання особи у кримінальному провадженні.

Аналіз юридичної літератури дозволив зробити висновок, що правову природу затримання особи у кримінальному процесі вчені розглядають в декількох аспектах: як інститут кримінального процесуального права (А. Н. Ахпанов, М. Я. Никоненко); як різновид кримінального процесуального примусу, як тимчасовий запобіжний захід (В. Г. Гончаренко, В. М. Григор'єв); як слідчу (розшукову) дію (Є. Г. Коваленко, І. М. Гуткін, Л. Є. Тополь, В. Т. Нор, Є. І. Макаренко, В. П. Шибіко та ін.) або ж і як захід кримінального процесуального примусу і як слідчу (розшукову) дію одночасно (Ю. П. Аленін, Ф. М. Кудін, Є. Д. Лук'янчиков та ін.) [докладніше: 20, с. 86–91].

Зазначаючи позитивні та негативні сторони кожного із зазначених підходів, автор підкреслює, що визначення затримання лише як інституту кримінального процесуального права не розкриває його правової природи, сутності у повній мірі, оскільки більшість правових явищ можна розглядати як інститут кримінального процесуального права (зокрема, інститут слідчих (розшукових) дій, повідомлення про підозру, цивільний позов та ін.) Разом з тим, зазначає Л. М. Гуртієва, слід підтримати точку зору вчених (Ю. П. Аленіна, Ф. М. Кудіна та ін.), які звертають увагу на подвійну природу затримання, оскільки затримання можна розглядати і як тимчасовий запобіжний захід, і як спосіб збирання доказів стороною обвинувачення. Це пов'язано з тим, що при застосуванні такого тимчасового запобіжного заходу, як затримання, стороною обвинувачення можуть бути зібрані докази, оскільки в протоколі затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, фіксуються фактичні дані, які мають значення для кримінального провадження (ч. 5 ст. 208 КПК). Протокол затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, є документом і може розглядатися як джерело доказів у частині, де зафіксовані час, місце та інші обставини затримання.

Л. М. Гуртієва вважає, що оскільки кримінальне провадження можна розглядати як складний правозастосовний процес, процес застосування норм матеріального та процесуального права, то і правову природу затримання можна розглядати ще як правозастосовний акт, який включає в себе кримінально-процесуальне рішення та кримінально-процесуальну дію (точніше сукупність процесуальних дій) [20, с. 86–91].

Аналіз затримання як процесуальної дії та процесуального порядку затримання уповноваженою службовою особою (ст. 208 КПК) дав змогу запропонувати пропозиції про необхідність внести доповнення у КПК України. Зокрема, закріпити, що слідчий, прокурор після доставлення затриманої особи до органу досудового розслідування зобов'язані перевірити наявність підстав затримання та винести відповідну постанову (тобто постанову про застосування затримання або постанову про відмову у застосуванні затримання) [20, с. 86–91].

У рамках окресленого дослідження значна увага також була приділена визначенню видів затримання. Так було зазначено, що питання щодо видів затримання особи у кримінальному процесі є достатньо дискусійним у юридичній літературі, багато вчених (Ю. П. Аленін, Н. А. Жиляєва, В. О. Малярова, Є. І. Макаренко, І. І. Мусієнко, М. Я. Никоненко, В. М. Тертишник та ін.) цілком справедливо виділяють такі види затримання, як «фізичне захоплення» («фізичне затримання») та «затримання підозрюваного, обвинуваченого», та зазначають, що фізичне захоплення особи за підозрою у вчиненні злочину, її доставлення, оформлення протоколу затримання й інші, пов'язані з цим дії, є складовою частиною кримінально-процесуального затримання. В залежності від процесуального оформлення рішення щодо застосування затримання особи виділяють два види затримання (О. Цимбалістенко та ін.); в залежності від мети та особливостей процедурного характеру — виділяють п'ять видів затримання особи (Г. Гончаренко) [21, с. 299–301].

Проаналізувавши зазначені підходи, Л. М. Гуртієва доходить висновку, що у КПК України законодавець закріплює такі види затримання: 1) затримання без ухвали слідчого судді, суду сторонньою особою ((законне затримання) (ст. 207 КПК)); 2) затримання без ухвали слідчого судді, суду уповноваженою службовою особою (ст. 208 КПК); 3) затримання з метою екстрадиції (ст. 582 КПК); 4) затримання підозрюваного, обвинуваченого за ухвалою слідчого судді, суду з метою приводу (ст. ст. 190, 191 КПК). Ці види затримання відрізняються за цільовим призначенням, підставами та порядком їх застосування [21, с. 301].

Аналізуючи затримання без ухвали слідчого судді, суду сторонньою (тобто будь-якою) особою як одного із видів затримання, пропонується змінити назву ст. 207 КПК України, наприклад, на: «Затримання сторонньою (або будь-якою) особою» або «Затримання особою, яка не є уповноваженою службовою особою», оскільки інші види затримання закріплені у кримінальному процесуальному законодавстві також є законними [22].

Аналіз національного кримінального процесуального законодавства дозволив зробити висновок, що особливості порядку затримання без ухвали слідчого судді, суду сторонньою особою полягають, зокрема, у такому: а) затримання має ситуаційний характер, оскільки здійснюється при вчиненні або замаху на вчинення кримінального правопорушення, а також безпосередньо після вчинення кримінального правопорушення чи під час безперервного переслідування особи, яка підозрюється у його вчиненні (ч. 2 ст. 207 КПК); б) здійснюється сторонньою (тобто неуповноваженою) особою. У ч. 2 ст. 207 КПК України зазначено, що «кожен має право затримати...»; в) не може бути застосовано до осіб, зазначених у ст. 482 КПК України; г) затримання здійснюється до внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань [22, с. 97–102].

Досить слушно звертається увага, що законодавець у ст. 207 КПК України недостатньо повно врегулював процесуальний порядок затримання сторонньою особою. Так, не враховані положення норм КПК про те, що процесуальне рішення слідчого, прокурора приймаються у формі постанови (ч. 3 ст. 110 КПК), а процесуальні дії фіксуються у протоколі (п. 1 ч. 1 ст. 103 КПК, ст. 104 КПК). Так, зокрема, у ч. 3 ст. 207 КПК України не закріплено положення щодо необхідності складання протоколу затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, після доставлення її до уповноваженої службової особи, що є прогалиною у КПК України, яка обумовлює необхідність подальшого вдосконалення ст. 207 КПК України [22, с. 97–102].

При дослідженні питань ефективності досудового розслідування значна увага була приділена концепції кримінально-процесуальної відповідальності [23]. Актуальність даного питання обумовлена в першу чергу тим, що у кримінальному провадженні питання про відповідальність набуває особливого значення, оскільки діяльність, яка спрямована на забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду, повинна бути строго заснована на законі, і тому на перший план виступає як відповідальність державних органів та посадових осіб, що здійснюють кримінальне провадження, за дотриманням приписів кримінального процесуального закону, так і інших суб'єктів кримінального процесу за виконанням покладених на них кримінальним процесуальним законом обов'язків.

Питання, що стосуються проблем кримінально-процесуальної відповідальності, розглядалися як на загальнотеоретичному, так і на галузевому рівнях, хоча і здебільшого у рамках досліджень заходів державного примусу в цілому. Наукові дослідження у цій сфері в сучасній українській процесуальній літературі досить поодинокі, що дозволило зробити висновок, що, на жаль, питання кримінально-процесуальної відповідальності не є предметом подальшого комплексного дослідження в українській процесуальній науці, хоча важливість їх для вивчення та удосконалення механізму кримінально-процесуального регулювання в цілому та досягнення ефективності досудового розслідування, зокрема, не викликає сумнівів.

Зазначалось, що кримінально-процесуальна відповідальність є різновидом юридичної відповідальності. Те або інше видове поняття несе в собі всі ознаки, властиві родовому стосовно нього поняттю, поняття кримінально-процесуальної відповідальності містить у собі всі риси загального поняття юридичної відповідальності. Вона значно менше виражена у порівнянні з іншими видами юридичної відповідальності, але, проте, існує самостійно.

Було сформульовано поняття кримінально-процесуальної відповідальності, а саме — це існуюче у формі кримінально-процесуального правовідношення застосування у встановленому законом порядку до особи, яка вчинила кримінально-процесуальне правопорушення, заходів

кримінально-процесуального примусу, що передбачені санкцією кримінально-процесуальної норми, які полягають у накладенні на правопорушника додаткового обов'язку або позбавлення (звуження обсягу) його суб'єктивних прав. Визначення кримінально-процесуальної відповідальності як застосування заходів державного (кримінально-процесуального) примусу, встановлених санкцією кримінально-процесуальної норми, вказує не тільки на правовий характер кримінально-процесуальної відповідальності, а також і на значимість санкції правової норми для визначення змісту даної відповідальності, а відповідно й мір кримінально-процесуальної відповідальності.

Визначаючи систему мір кримінально-процесуальної відповідальності, передусім необхідно зазначити, що в кримінальному процесуальному праві виділяють штрафні (каральні) й правовідновлюючі міри кримінально-процесуальної відповідальності. За КПК 2012 року до штрафних (тобто пов'язаних виключно з накладенням на суб'єкта додаткового обов'язку карательного характеру) відносяться: грошове стягнення; звернення застави в дохід держави; зміна раніше обраного запобіжного заходу в разі його порушення на більш суворий. До штрафних заходів, пов'язаних з позбавленням прав суб'єктів кримінального процесу в конкретному провадженні, можна віднести: скасування заходів безпеки у випадках невиконання особою, взятою під захист, законних вимог органів, що здійснюють заходи безпеки; відсторонення слідчого, прокурора від подальшого ведення слідства; видалення підсудного із зали суду за порушення порядку в судовому засіданні. Крім того, в кримінальному процесуальному законодавстві зустрічаються приклади й правовідновлюючих заходів кримінально-процесуальної відповідальності, тобто заходів, пов'язаних з накладенням на особу додаткового обов'язку з метою відновити порушені права й інтереси суб'єктів права. Мова йде, наприклад, про накладення судових витрат, пов'язаних з оголошенням перерви в судовому засіданні, на спеціаліста у разі його неприбуття до суду без поважних причин або неповідомлення про причини неприбуття.

Особливої уваги заслуговує процесуальна форма притягнення особи до кримінально-процесуальної відповідальності, яка являє собою встановлені кримінальним процесуальним законом підстави, умови та процесуальний порядок застосування до особи заходів кримінально-процесуальної відповідальності. До основних умов притягнення особи до кримінально-процесуальної відповідальності є належний суб'єкт, який встановлює факт процесуального правопорушення й приймає рішення про притягнення до кримінально-процесуальної відповідальності, процесуальне оформлення кримінально-процесуального правопорушення й прийнятого рішення по ньому. Важливими засобом забезпечення законності й обґрунтованості юридичної відповідальності є вдосконалення процедури її здійснення, а звідси — завдання охорони прав особистості в кримінальному процесі й забезпечення реального виконання процесуальних обов'язків всіма суб'єктами вимагають детальної законодавчої регламен-

тації мір кримінально-процесуальної відповідальності, які підлягають застосуванню за порушення чи невиконання процесуальних обов'язків.

Таким чином, необхідність подальшого вдосконалення положень науки кримінального процесу та чинного кримінального процесуального законодавства щодо кримінально-процесуальної відповідальності уявляється досить важливою і необхідною.

Будь-яка стадія кримінального процесу має своє логічне закінчення. Відповідно, стадія досудового розслідування не є виключенням. На етапі закінчення досудового розслідування аналізуються усі зібрані докази та виносяться рішення про подальшу долю кримінального провадження. Таким чином, саме під час закінчення досудового розслідування можна оцінити ефективність проведеного досудового розслідування. В той же час слідчий та прокурор повинні особливо чітко дотримуватися приписів КПК України з метою гарантування прав та законних інтересів учасників кримінального провадження при прийнятті рішення про закриття кримінального провадження або направлення обвинувального акта чи низки клопотань до суду. Адже процесуальні порушення під час закінчення досудового розслідування можуть в подальшому перекреслити всю попередню роботу слідчого. Більше того, деякі положення чинного КПК потребують негайних змін з метою покращення реалізації учасниками кримінального провадження власних прав та законних інтересів.

Наприклад, ст. 284 КПК України зазначає, що копія постанови про закриття кримінального провадження надсилається заявнику, потерпілому, його представнику, підозрюваному, захиснику, представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження. Однак в даному переліку відсутні цивільний позивач, його представник чи законний представник. Відомо, що закриття кримінального провадження не обмежує право цивільного позивача подати позов до суду. Проте перед цим він повинен дізнатися, що його позов у кримінальному провадженні розглядатися не буде. Саме вчасне повідомлення цивільного позивача дозволяє йому реалізувати своє право на відшкодування шкоди шляхом подання позову до суду в межах строку, встановленого законом. Проте законодавець чітко зазначає, що постанова цивільному позивачу не надсилається. Тим самим вбачається пряме порушення його прав. Хоча, наприклад, при направленні обвинувального акта до суду цивільний позивач не тільки повідомляється про рух кримінального провадження, а й допускається до ознайомлення із відповідними матеріалами.

Таким чином, доцільно доповнити ч. 6 ст. 284 КПК України положеннями про те, що копія постанови про закриття кримінального провадження також надсилається цивільному позивачу, його представнику та законному представнику [24, с. 13].

Ще одним важливим питанням реалізації прав учасників кримінального провадження є питання ознайомлення з матеріалами закритого кримінального провадження. Прямої вказівки щодо ознайомлення зацікавлених осіб з матеріалами провадження, яке закривається, у ст. 284

КПК України немає. Отже необхідно звернутися до положень КПК України, які закріплюють права підозрюваного, потерпілого та інших осіб під час досудового розслідування. Так, п. 14 ч. 3 ст. 42 КПК України зазначає, що підозрюваний може ознайомитися з матеріалами кримінального провадження лише у випадках, передбачених ст. 221 та ст. 290 КПК. У ст. 290 КПК передбачений порядок відкриття матеріалів кримінального провадження лише у випадку складання обвинувального акта чи клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру. Тож у даному випадку ця норма не може бути застосована. Отже варто звернутися до положень ст. 221 КПК. У цій статті зазначено, що слідчий чи прокурор зобов'язані за клопотанням сторони захисту, потерпілого надати їм матеріали досудового розслідування. Проте для ознайомлення не можуть бути надані матеріали про застосування заходів безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, а також тих матеріалів, ознайомлення з якими може зашкодити досудовому розслідуванню. Тож можна зробити висновок, що підозрюваний має повне право ознайомитися з цими матеріалами. Очевидно, що подібними правами володіє і представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження.

Дещо інакше складається ситуація із заявником та потерпілим. Щодо права потерпілого на ознайомлення із матеріалами кримінального провадження КПК висловлюється більш чітко. Так, п. 11 ч. 1 ст. 56 прямо зазначає, що потерпілий має право знайомитися із відповідними матеріалами, які безпосередньо стосуються вчиненого щодо нього кримінального правопорушення у випадку закриття цього провадження. На перший погляд ця норма набагато краще закріплює права потерпілого у порівнянні із підозрюваним. Однак сама процедура ознайомлення потерпілого з матеріалами закритого кримінального провадження в КПК України не прописана. Незрозуміло, коли потерпілий має звертатися із такою заявою та скільки часу йому може бути надано на таке ознайомлення. Слід зазначити, що саме потерпілому важливо ознайомитися із матеріалами, бо він найбільше зацікавлений у поданні скарги на постанову слідчого чи прокурора з метою продовження досудового розслідування. Проте ці питання кодексом не врегульовані.

Ще цікавішою виглядає ситуація із заявником. У ст. 221 КПК він не зазначений як суб'єкт, який може подавати клопотання про ознайомлення із матеріалами досудового розслідування, а серед його прав, які передбачені ч. 2 ст. 60 КПК, можна виділити лише право отримати інформацію про закінчення досудового розслідування. Це ж підтверджується і ст. 284 КПК, яка передбачає обов'язкове направлення копії постанови про закриття кримінального провадження заявнику. Проте неможливість заявника ознайомитися із самими матеріалами провадження виглядає більш ніж нелогічною. Слід зауважити, що саме заявник є одним із тих суб'єктів, який має право оскаржити таку постанову (ст. ст. 284, 303 КПК). Проте без чіткого розуміння суті проведеного до-

судового розслідування заявник не може надати обґрунтовану скаргу на закриття кримінального провадження. Відповідно, така скарга не буде задоволеною. Отже в даному випадку вбачаються достатньо серйозні порушення прав учасників кримінального провадження.

У даному випадку був зроблений висновок, що відповідні положення КПК України потребують змін. Так, у ст. 284 КПК варто зазначити, що разом із копією постанови про закриття кримінального провадження заявнику, потерпілому, його представнику чи законному представнику, підозрюваному, його захиснику чи законному представнику, представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, а також цивільному позивачу, його представнику, законному представнику надсилається повідомлення про можливість ознайомитися із матеріалами досудового розслідування відповідно до ст. 221 КПК. Таким чином можна суттєво покращити процесуальне становище відповідних суб'єктів кримінального провадження, дозволяючи їм знати, яким чином провадилося досудове розслідування та чому уповноважена особа прийняла рішення про його закриття [24, с. 13].

Очевидно, що дані прогалини чинного кримінального процесуального законодавства не дозволяють учасникам кримінального провадження в повній мірі реалізувати власні права та законні інтереси. Відповідно, запропоновані зміни до КПК зможуть покращити правове становище учасників кримінального провадження, що позитивно вплине на ефективність досудового розслідування в цілому.

Підсумовуючи, зазначимо, що представлена загальна характеристика поняття, системи та аналізу реалізації принципів кримінального процесу показала необхідність подальшого вдосконалення, по-перше, системи засад кримінального провадження шляхом нормативного закріплення (так ст. 7 КПК України доцільно доповнити такими засадами, як всебічність, повнота та об'єктивність дослідження обставин кримінального провадження, незалежність та недоторканність суддів, здійснення правосуддя тільки судом та пропорційність) та правозастосовної діяльності, по-друге.

Дослідження актуальних проблем проведення слідчих (розшукових) дій ще раз доводить, що досягнення справді високої ефективності досудового розслідування полягає, у першу чергу, в чіткому дотриманні процедури проведення процесуальних дій на даній стадії, адже чітке дотримання норм КПК України при проведенні даних дій дозволить забезпечити невідворотність кримінальної відповідальності та гарантує забезпечення прав учасників кримінального провадження, проте, як було зазначено, нормативна регламентація процедури проведення слідчих (розшукових) дій, у свою чергу, також потребує подальшого вдосконалення.

Чітке формулювання підстав зупинення досудового розслідування в законодавстві, правильне встановлення фактичних обставин, які слугують підставами для зупинення провадження, ухвалення обґрунтованого рішення про зупинення провадження, своєчасне відновлення досудового

розслідування багато в чому забезпечуватиме ефективність досудового розслідування, дотримання принципу розумних строків.

Особливе значення для досягнення ефективності досудового провадження має формування теоретичної моделі повідомлення про підозру, адже для України це раніше не відома досудовому провадженню процедура. Визначення правової природи та процедури повідомлення про підозру, їх законодавче закріплення потребує подальшого вдосконалення з метою уникнення прогалин, які можуть вплинути на можливість реалізації учасниками кримінального провадження своїх прав та законних інтересів, з одного боку, та досягнення завдань щодо швидкого та повного розслідування кримінального провадження — з іншого.

Як було зазначено, у новому КПК України суттєво змінилась законодавча регламентація застосування заходів процесуального примусу (так було виділено самостійний розділ II «Заходи забезпечення кримінального провадження»), що мало на меті наближення національного законодавства до міжнародних та європейських цінностей та стандартів і знайшло свій вираз як у розширенні переліку таких заходів, так і у зміні порядку їх застосування, проте, на жаль, концепція кримінально-процесуальної відповідальності знову ж таки не знайшла свого повного втілення у новому КПК України. Саме тому ще одним напрямком забезпечення ефективності досудового провадження, як було показано, є удосконалення нормативної регламентації та практики застосування заходів забезпечення кримінального провадження та подальше удосконалення концепції кримінально-процесуальної відповідальності.

Проведене комплексне дослідження теоретичних та практичних проблем регулювання форм закінчення досудового розслідування та сформульовані за його результатами висновки та пропозиції (розширення переліку форм закінчення досудового розслідування; чіткого визначення часових рамок досудового розслідування; необхідність закріплення обов'язку слідчого повідомити зацікавлених суб'єктів при закритті провадження про їх право на ознайомлення із матеріалами кримінального провадження та ін.) дають надію сподіватись, що вони будуть сприяти вирішенню проблем досудового розслідування та досягнення його ефективності.

Ефективність досудового провадження забезпечується комплексом наукових розробок як у кримінальному процесуальному, так і у криміналістичному аспектах.

Криміналістичне забезпечення слідчої діяльності досягається системою наукових досліджень в теорії та методології криміналістики, криміналістичній техніці, криміналістичній тактиці і криміналістичній методиці розслідування. Крім того, криміналістичні напрацювання доцільно доповнювати і науковими розробками, що здійснюються в теорії оперативно-розшукової діяльності.

Успішне застосування криміналістичних методів, прийомів і засобів у розслідуванні злочинів може бути досягнуте лише за умови створення

чіткої системи категорій і понять, які використовуються у криміналістиці. Слід зазначити, що у словнику з криміналістики професора В. Шепітька наводиться більше 1500 термінів.

Криміналістика розробляє і включає у свої положення науковий понятійний апарат, який дозволяє проникати в суть досліджуваних об'єктів, виявляти, аналізувати і узагальнювати їх зв'язки і залежності, особливості взаємодії. У результаті в науці конструюються поняття, категорії і терміни, що їх позначають. Під поняттям розуміють форму думки, що узагальнено відображає предмети і явища за допомогою фіксації їх загальних і специфічних ознак, істотних властивостей і відносин [25, с. 801]. Надзвичайно важливо, щоб використовувані в науці поняття були однозначні, функціональні і збудовані в єдину систему [26; 27]. Важливим методологічним завданням на шляху визначення наукового поняття є не тільки з'ясування його змісту, але і його співвідношення із суміжними поняттями, його місця і функцій в структурі понятійно-термінологічного апарату, мови конкретної науки.

Категоріями в науці слід вважати найбільш загальні і суттєві поняття. До криміналістичних категорій Р. С. Белкін відносить поняття предмета науки, поняття криміналістичної техніки, тактики і методики розслідування, поняття прийому, засоби, рекомендації, не вважаючи такий перелік вичерпним [28, с. 184]. В. А. Образцов виділяє трирівневу структуру системи криміналістичних категорій:

1) загальний, представлений категоріями, що мають загальне наукове значення (слід, криміналістична версія, кримінально-релевантна інформація та ін.);

2) особливий, що включає категорії галузевого характеру (криміналістичні техніка, тактика, методика розслідування);

3) окремий рівень утворюють категорії, які відображають об'єкти, що вивчаються в окремих підрозділах криміналістики [29, с. 10].

Загально визнано, що одним з головних завдань криміналістики є розробка ефективних техніко-криміналістичних засобів, тактичних прийомів і методичних рекомендацій по збиранню, дослідженню та використанню доказів з метою швидкого, повного та об'єктивного розкриття і розслідування злочинів [30–32]. Вирішення цих завдань базується на теоретичних і методологічних положеннях науки криміналістики, які визначають об'єктно-предметну область її досліджень, спрямованих на пізнання закономірностей діяльності по здійсненню злочинів, механізму слідоутворення і діяльності з розслідування злочинів. Звідси випливає можливість виділити систему основних категорій гносеологічного характеру у вигляді своєрідної тріади: злочин (злочинна діяльність), слід (як відображення процесу результату злочинних дій) і розслідування (слідча діяльність).

Здійснюється рішення названих завдань у трьох розділах криміналістики: криміналістичної техніки, криміналістичної тактики і криміналістичної методики розслідування злочинів. Зазначені розділи і утворюють

основну систему категорій криміналістики (також у вигляді тріади) конструктивного напрямку.

Так, в криміналістичній техніці розробляються техніко-криміналістичні засоби по виявленню, фіксації, вилученню і дослідженню слідів і речових доказів, а також правила і рекомендації, що містять вказівки на методи і прийоми застосування таких засобів. У даному розділі криміналістики також вивчаються і систематизуються ознаки зовнішності людини з метою її подальшого пошуку та ідентифікації (габітологія), розглядаються науково-технічні можливості ідентифікації особи по голо-су (фоноскопія) і запаху (одорологія), засоби і способи інформаційно-довідкового забезпечення розслідування.

У криміналістичній тактиці розробляються тактичні прийоми, правила, тактичні комплекси по забезпеченню оптимальних умов та результативності здійснюваних слідчих дій і тактичних операцій, а також вирішення тактичних (проміжних або локальних) завдань розслідування.

У криміналістичній методиці розслідування розробляються принципи побудови методик розслідування, методи і засоби оптимальної організації розслідування по конкретних категоріях злочинів, а також програми вирішення основних (стратегічних) завдань розслідування.

Поряд з названими категоріями в останні роки в криміналістиці з'явилось і стало активно використовуватися поняття криміналістичних технологій. Перш за все, потрібно відзначити, що деякими вченими поняття криміналістичної технології включається в предметно-об'єкту сферу криміналістики, надаючи йому методологічне значення. Так, В. А. Образцов визначає криміналістику як науку про технології та засоби слідознавства (пошуково-пізнавальної діяльності) у кримінальному провадженні [33, с. 5]. Пізніше він визначив криміналістику як науку про пошукові і пізнавальні технології і засоби збирання, перевірки та реалізації суб'єктами кримінального переслідування доказової і орієнтовної кримінально-релевантної інформації [34, с. 9]. А. А. Ексархопуло пропонує створити вчення про засоби і способи пізнання події злочинів — криміналістичну технологію [35, с. 108].

У підручнику криміналістики за редакцією Р. С. Белкіна назви двох традиційних розділів були доповнені поняттям «технологія»: «Криміналістична техніка і технологія», а також «Криміналістична тактика і технологія» [36]. Криміналістична технологія стала розглядатися і як методологічна категорія теорії криміналістичної науки [34, с. 7–9]. Проблема криміналістичних технологій, їх значення в науці і практиці привернула увагу і українських учених [37, с. 18–24; 38; 39, с. 95–112]. Мова йде не тільки про появу нової категорії, а й про створення нового технологічного підходу до всіх сфер криміналістичної науки [40].

Як оцінити наведені висловлювання, які свідчать про істотні новації у поглядах на сутність і зміст фактично всіх розділів криміналістики та й усієї криміналістичної науки в цілому?

Безумовно, використання технологічного підходу в теоретико-прикладних дослідженнях дозволяє по-новому поглянути на структуру та зміст всіх розділів криміналістики, а також її рекомендацій як кінцевого наукового продукту, спрямованих на оптимізацію криміналістичної діяльності. Криміналістичні технології пронизують усі сторони слідчої, оперативно-розшукової та експертної діяльності: пізнавальну, інформаційну та організаційно-управлінську, значно підвищуючи їх науковий потенціал.

Разом з тим, чи приводить значимість технологічного підходу до необхідності зміни назв розділів і підрозділів криміналістики?

Назви та зміст чотирьох розділів криміналістики стали традиційними, склалися з 20-х років минулого століття. Зміст розділів у міру накопичення і поглиблення наукових знань змінювався, удосконалювався, доповнювався, але їх назви, які утвердилися у 70–80-ті роки, фактично не змінювалися. Тому в даний час в системі криміналістики виділяють її теорію і методологію (введення в криміналістику), криміналістичну техніку, криміналістичну тактику і криміналістичну методику розслідування злочинів. Звичайно, перераховані назви розділів криміналістики певною мірою умовні і не повною мірою відображають їх зміст. Нерідко спірним є і віднесення тих чи інших наукових положень до певного розділу криміналістики. Але це витрати будь-якої науки, що знаходиться у розвитку. Змінюватися і уточнюватися можуть і назви розділів криміналістики, і сама система криміналістичної науки в цілому. Інша справа, наскільки доцільні пропоновані зміни або доповнення.

Розділ «Криміналістична техніка» містить в собі положення, що стосуються не тільки опису техніко-криміналістичних засобів, їх можливостей та розробки нових, більш досконалих технічних засобів, а й правил і рекомендацій щодо методів і прийомів застосування таких засобів. Рекомендовані алгоритми щодо застосування техніко-криміналістичних засобів з виявлення, фіксації, вилучення і дослідження об'єктів потенційних доказів і утворюють технологічну складову даного розділу криміналістики. Ця складова повинна бути чітко усвідомлена як цілеспрямована функціональна частина криміналістичної техніки. Звідси впливає розуміння змісту даного розділу як науковий опис криміналістичної техніки і технології її застосування.

Криміналістична тактика як розділ криміналістики основну увагу приділяє питанням оптимізації підготовки та проведення окремих слідчих дій, а також тактичних операцій. При цьому основним засобом такої оптимізації розглядається тактичний прийом або комплекс тактичних прийомів. Разом з тим криміналістична тактика завжди розробляла і положення, що стосуються ефективної організації проведення слідчих дій, комплексів слідчих і оперативно-розшукових дій, правил і послідовності їх виконання. Даний аспект утворює технологічну складову кожної слідчої дії, у той час як його тактичний аспект іноді може зводитися до нуля (огляд і виїмка кореспонденції, зняття інформації з каналів зв'язку, призначення експертиз та ін.).

Звідси випливає, що якщо поняття розділів «криміналістична техніка» і «криміналістична тактика» трактувати широко, то в їх утриманні технологія відбивається як складова тих положень, які в них включаються.

Слід зазначити, що назву розділу «Криміналістична методика розслідування» згадані автори не стали доповнювати терміном «технологія», пояснюючи це тим, що криміналістична методика власне і є технологією розслідування [41, с. 84–85]. Деякі автори навіть вважають, що поняття «технологія» ширше поняття методики, і пропонують назвати заключний розділ криміналістики «Технологія розслідування злочинів» [42, с. 400]. З цим навряд чи можна погодитися, оскільки криміналістична методика розробляє комплекси рекомендацій як технологічного, так і евристичного характеру щодо оптимальної організації розслідування різних категорій злочинів.

Уявляється, що у всіх розділах криміналістики, зберігаючи їх установлені назви, потрібно виділяти технологічний аспект дослідження, що допоможе підвищити ефективність науково розроблених практичних рекомендацій у діяльності з розслідування та попередження злочинів.

Розслідування злочинів являє собою динамічну систему процесуально регульованої діяльності, яка протистоїть діяльності по здійсненню злочинів з моменту виявлення останньої і триває до досягнення завдань кримінального провадження. Продуманість, масштабність і організованість злочинної діяльності, професіоналізм її учасників, які вдаються до різних форм і способів протидії, значно ускладнюють розслідування і досягнення його цілей. Це обумовлює підвищення вимог як до наукових криміналістичних розробок, так і до практики здійснення діяльності з розслідування злочинів.

Криміналістичний аналіз розслідування викликає необхідність визначення і подальшого дослідження тих його сторін, які вказують на сутність слідчої діяльності і відображають її особливості. До таких важливих і визначальних сторін необхідно віднести пізнавально-засвідчувальний, інформаційно-пошуковий та організаційно-управлінський аспекти слідчої діяльності.

Розслідування є складною системною діяльністю, що здійснюється за допомогою криміналістичних методів і процесуальних засобів слідчим у взаємодії з широким колом суб'єктів (прокурором, адвокатом, слідчим суддею, співробітниками оперативних підрозділів, фахівцями, експертами та ін.) в умовах дефіциту інформації та протидії з боку зацікавлених осіб. Кінцева мета розслідування — встановлення сутності розслідуваної події, всіх її обставин і винних осіб, захист прав та інтересів потерпілих. Досягнення зазначеної мети — результат поступового, послідовного та поетапного вирішення тактичних і стратегічних завдань шляхом розробки та реалізації відповідних програм і алгоритмів розслідування. Звідси — доцільність розгляду діяльності з розслідування злочинів як особливої криміналістичної технології, що забезпечує оптимальне

здійснення такої діяльності на тактичному і стратегічному рівнях [29, с. 64].

Але наскільки важливо і необхідно виділяти і розрізняти стратегічні і тактичні завдання в розслідуванні злочинів, стратегічні і тактичні рівні розслідування і, власне, стратегію і тактику розслідування?

У криміналістичній літературі основна увага приділялася слідчій тактиці: її сутності, змісту, плануванню розслідування, тактичним завданням, тактичному ризику, тактичним рішенням, тактичним засобом — тактичним прийомом, тактичним комбінаціям і тактичним операціям. Складалося враження, що тактика охоплює всі аспекти і рівні розслідування. Але це не так. Тактика застосовна до вирішення найближчих, локальних завдань розслідування, у той час як стратегія — це планування діяльності з розслідування злочинів на тривалий період — початковий і подальший етап розслідування для досягнення кінцевих цілей розслідування. Без виділення тактичних і стратегічних завдань розслідування, відповідних засобів їх розв'язання, без з'ясування найближчої і подальшої перспективи конкретного кримінального провадження розслідування перетворюється на хаотичне блукання у пошуках істини, безсистемний пошук і збирання окремих фрагментів інформації про злочин зі слабкою надією об'єднати їх якимось чином в єдине ціле.

Лише в останні роки ряд вчених-криміналістів звернулися до проблеми стратегії розслідування і її значення в слідчій діяльності (Р. С. Белкін, А. В. Дулов, Н. П. Яблоков, В. Є. Корноухов, Є. П. Іщенко, Г. А. Зорін, В. Я. Колдін, О. Я. Крестовников, Г. Малевський та ін.). Однак єдності поглядів на цю проблему не спостерігається.

Думається, у підході до розв'язання суті названої проблеми потрібно відповісти насамперед на питання, що об'єднує стратегію і тактику розслідування і що їх відрізняє, відокремлює? Об'єднує стратегію і тактику загальна мета розслідування: встановлення відсутності або наявності події злочину, його причин і винних осіб. Розрізняє ж стратегію і тактику зміст і масштаб завдань, що вирішуються в ході розслідування. До стратегічних завдань загального характеру, на наш погляд, за цим критерієм слід віднести:

- 1) встановлення наявності чи відсутності події злочину;
- 2) правильну і точну кваліфікацію злочину (сукупності злочинів);
- 3) встановлення всіх обставин злочину, які підлягають доказуванню;
- 4) встановлення всіх причетних до розслідуваної події осіб та їх винності;
- 5) встановлення заподіяної потерпілому шкоди та вжиття заходів щодо забезпечення її відшкодування;
- 6) з'ясування обставин, що сприяли вчиненню злочину. Названий комплекс загальних стратегічних завдань розслідування охоплює основні кримінально-правові та кримінально-процесуальні завдання розслідування по конкретному кримінальному виробництву. Функція криміналістики, і методики розслідування злочинів зокрема, полягає в розробці

комплексу методів і засобів за рішенням стратегічних завдань розслідування.

Рішення стратегічних завдань відбувається поетапно і послідовно шляхом виділення та послідовного вирішення тактичних завдань за допомогою засобів тактичного характеру: окремих слідчих дій, їх комплексів і тактичних операцій. Організуючий початок стратегії розслідування забезпечується за допомогою планування (програмування) розслідування по конкретному виробництву в цілому. Таке планування має передбачати не тільки виробництво окремих слідчих дій і тактичних операцій, але і їхні комплекси, тобто стратегічні операції. Вважаємо, що саме криміналістична методика в її теоретичній та методологічній частині повинна розробляти основні положення стратегії розслідування.

З позиції інформаційного підходу розслідування злочинів доцільно розглядати як систему інформаційно-пізнавальної діяльності, що має водночас ретроспективний і перспективний характер, оскільки вона спрямована, з одного боку, на пізнання минулого, а з іншого — на розробку програми майбутніх дій з виявлення і дослідження доказової інформації.

Ретроспективне пізнання подій можливе завдяки загальній властивості матерії — властивості відображення. Відображення як зміна, що виникає внаслідок різних видів і форм взаємодії двох об'єктів — відображуваного і відображуючого, несе в собі інформацію про різні характеристики відображуваного об'єкта (кількість складових компонентів, їхні властивості і зв'язки, інакше кажучи, про його структуру і функції). Відображення характеризує також зміст і активність процесу взаємодії цих об'єктів, його спрямованість, час виникнення і закінчення, тривалість, об'єктивні умови, в яких воно відбувалося і т.п.

Усім соціальним системам властиві інформаційні процеси — отримання інформації та обмін нею між компонентами системи, а також між системою в цілому і оточуючим її суспільним середовищем [43, с. 237]. Такі процеси дозволяють виявляти джерела інформації, одержувати, переробляти й оцінювати передану інформацію, отримуючи в підсумку уявний образ факту (події минулого чи окремих обставин), тобто знання про досліджуваний об'єкт [44]. Таким чином, пізнання події минулого здійснюється за допомогою інформаційних процесів, що виступають як засоби пізнання за гносеологічним ланцюжком: факт — відображення — інформація — знання. Для того щоб такі знання знайшли юридичну значимість, процес їхнього отримання і закріплення повинен знайти своє зовнішнє вираження, тобто відбуватися у формі процесуального доказування.

Особливості інформаційних процесів у розслідуванні злочинів обумовлюються рядом обставин: неочевидність джерел інформації, які знаходяться в навколишньому середовищі, включаючи обстановку місця події, а також об'єктивні труднощі у визначенні належності цих джерел до події, що пізнається; фрагментарність і «розчинюваність» інформації

стосовно досліджуваного злочину, що ускладнює її пошук, виявлення і оцінку; навмисні дії осіб, що маскують джерела інформації та перешкоджають її виявленню й адекватному сприйняттю; перекручування чи знищення важливої для слідчого інформації про обставини розслідуваної події, що виникає в силу об'єктивних умов (дощ, пожежа тощо), а також в силу наміру чи омани зацікавлених осіб; небажання у певних випадках передавати слідчому інформацію, яка його цікавить (приховування інформації); труднощі у вилученні (декодуванні) одержаної інформації в силу названих причин; певні труднощі, пов'язані з належним правовим оформленням процесу виявлення інформації та її джерел, посвідчення, фіксації інформації, отримання її в ході оперативно-розшукової діяльності і введення її в кримінальне судочинство; складність у встановленні справжніх зв'язків і відносин між обставинами досліджуваної події внаслідок уривчастості, недостатності, суперечливості, невідомого ступеня достовірності отриманої інформації, особливо на початковому етапі розслідування.

Інформаційні процеси, що лежать в основі доказування як специфічної пізнавальної діяльності, спрямованої на розкриття злочинів, доцільно відобразити у вигляді певної технології.

1. Пошук і виявлення криміналістично значущої інформації.

Пошукова діяльність являє собою компонент (стадію) пізнавальної діяльності, яка здійснюється слідчим і іншими особами, що спільно з ним працюють у справі (оперативними працівниками, спеціалістами), за допомогою процесуальних, оперативно-розшукових, перевірочних дій, науково-технічних засобів, які застосовуються при цьому, а також методів раціонального мислення з метою виявлення джерел інформації, її носіїв, а також самої інформації.

Успішному виявленню інформації та її носіїв сприяє розробка моделі слідчої картини, яка міститься в криміналістичних характеристиках відповідних категорій злочинів, а також такої моделі, сконструйованої з урахуванням слідчої ситуації, що склалася на певний момент розслідування.

2. Сприйняття і фіксація інформації.

Виявлена інформація повинна бути сприйнята суб'єктом пізнання, тобто: а) з'ясована її потенційна чи фактична належність до події; б) з'ясовані її природа та джерела отримання (люди, як носії ідеальних і матеріальних слідів, предмети, документи, сліди); в) визначена форма її подання (вербальна, буквенно-знакова, цифрова, графічна, магнітний запис, відеозапис і ін.); г) вона повинна бути в необхідних випадках декодована, тобто з'ясовані її зміст і зміст-переклад з однієї знакової системи в іншу з використанням спеціальних знань і технічних засобів.

Сприйнята інформація повинна бути зафіксована для наступного збереження, аналізу і використання. У слідчій діяльності фіксація інформації здійснюється за допомогою процесуальних засобів в обов'язковому порядку і за допомогою технічних засобів на розсуд слідчого.

Фіксація інформації здійснюється відповідним суб'єктом розслідування і спрямована на процесуальне, техніко-криміналістичне чи оперативне відбиття та засвідчення (закріплення) отриманої інформації (у ряді випадків разом з її носієм) у встановленому законом і підзаконними актами порядку з метою наступного дослідження, збереження і використання.

3. Обробка та оцінка інформації.

На цій стадії здійснюється розшифровка, аналіз та оцінка виявленої і закріпленої інформації. Розшифровка інформації полягає в перетворенні сигналів, що несуть певні відомості про досліджуваний об'єкт, у доступну знакову форму, яка адекватно відбиває його структуру й ознаки, а також здійснюється аналіз. Зміст відображення виводиться з інформаційного сигналу і супроводжується формуванням образу зовнішнього предмета. Таким чином, самий образ виступає результатом і засобом розкодування інформації. Передача цього образу супроводжується новим кодуванням у ту чи іншу знакову форму [45, с. 13]. У результаті знак стає носієм, засобом фіксації уявних образів, предметів і обставин подій.

Аналіз отриманої інформації повинен бути спрямований на її змістовну і правову сторони.

Змістовний аналіз допомагає усвідомити кількість інформації, ступінь її визначеності і достовірності, конкретності, повноти і значимості, що в результаті сприяє оцінці отриманих знань на даний момент розслідування і просуванню до істини шляхом пізнання досліджуваної події. Отримана інформація сприяє не тільки пізнанню, але і постановці завдань і прийняттю управлінських рішень.

Правовий аналіз дозволяє оцінити інформацію з боку допустимості використання її джерел і отриманих у ній відомостей у кримінальному судочинстві, визначити, чи вона є доказовою чи тільки орієнтовною, отримана вона процесуальним чи оперативно-розшуковим шляхом.

Оцінка отриманої інформації дозволяє слідчому приймати обґрунтовані процесуальні і тактичні рішення. У відповідних випадках отримана інформація повинна бути перевірена процесуальними засобами.

4. Використання інформації.

Інформація, що отримується в ході розслідування, знаходить своє застосування в залежності від того, чи є вона доказовою чи орієнтуючою.

У першому випадку вона використовується в процесі доказування як доказ (фактичні дані) або як засіб доказування (відомості, за допомогою яких аргументуються і виводяться нові знання про обставини розслідуваної події).

У другому випадку використовується інформація, отримана з непроцесуальних засобів (як правило, це — оперативна інформація, добута працівниками оперативних підрозділів або отримана безпосередньо слідчим поза проведенням слідчих дій). Така інформація сприяє пошуку джерел доказів і самих доказів, висуванню і перевірці версій, прийняттю

тактичних рішень, правильному вибору і застосуванню тактичних прийомів, підготовці і провадженню слідчих дій чи їх комплексів (тактичних операцій).

Таким чином, інформаційна технологія у розслідуванні злочину може бути представлена у такій системі дій:

1. Виявлення носіїв інформації.
2. Здобуття інформації з її носіїв, що стають джерелами інформації.
3. Сприйняття і обробка інформації.
4. Фіксація інформації.
5. Оцінка інформації, визначення її статусу (доказова або орієнтуюча).
6. Використання інформації у вирішенні тактичних завдань розслідування і доказуванні.

Одна з ідей оптимізації розробки окремих криміналістичних методик пов'язана зі створенням базової методики розслідування злочинів. Зокрема, висловлюється така гіпотеза: «Перш, ніж формувати конкретні методики, повинна бути сформована загальна, універсальна модель, на базі якої тільки й можна створювати конкретні методики розслідування» [46, с. 79]. Така модель, на думку авторів, включає чотири етапи розслідування, відповідні їм завдання, а також рекомендовані для їх вирішення заходи і може використовуватися як шаблон при розробці методик, так і для прикладного застосування в практиці розслідування. Гадаємо, що в такому випадку мова йде про формалізовану програму розслідування, яка наповнюється конкретним змістом стосовно злочинів певної спрямованості.

Ідею про створення базової методики розслідування підтримує і В. А. Журавель, який пропонує розглядати таку методику у вигляді інформаційно-пізнавальної моделі. У ній виділяється два предметних рівня: ретроспективний і перспективний. Перший включає в себе криміналістичну характеристику злочинів певної категорії, а другий описує типову модель розкриття злочину. Крім того, виділяється і функціональний аспект базової моделі, що відображає взаємодію між елементами одного і різних рівнів (ретроспективного і перспективного), що дозволить провести аналіз внутрішніх і зовнішніх каналів обміну інформацією [39, с. 108–109].

В цілому можна погодитися з доцільністю побудови загальної інформаційно-пізнавальної моделі методики розслідування злочинів, хоча запропонована її структура потребує уточнення і доповнення. Так, наприклад, ретроспективний рівень зазначеної моделі слід доповнити криміналістичною класифікацією злочинів, що дозволить звернути увагу на особливості криміналістичних характеристик відповідних груп злочинів. Саме між цими елементами спостерігається рух інформації в межах ретроспективного рівня, а канал руху інформації «криміналістична характеристика — типові слідчі версії» характеризує обмін інформацією між ретроспективним і перспективним рівнями розглянутої моделі.

О. А. Крестовніков вбачає основну концепцію розробки криміналістичної методики у виділенні її загальної задачі, яка полягає в адаптації технічного і тактичного інструментарію для вирішення типових криміналістичних завдань і програмуванні цілісної системи криміналістичної діяльності. Крім того, він виокремлює принципи побудови окремих криміналістичних методик: а) типізацію; б) оптимальний рівень загальності методики; в) системності; г) оптимальності рівня алгоритмізації [47, с. 249–252].

Слід зауважити, що сформульована О. А. Крестовніковим загальна задача криміналістичної методики звучує її науковий інструментарій, не передбачає розробку і використання властивих саме їй засобів і методів, не характеризує специфіку завдань і змісту «криміналістичної діяльності». Досить абстрактно виглядають і принципи побудови окремих криміналістичних методик, що зводяться до оптимальної класифікації останніх і оптимального рівня алгоритмізації розслідування, що носять оціночний характер.

До принципів формування криміналістичних методик, на наш погляд, слід віднести такі вихідні положення: 1) розгляд та вивчення злочинної діяльності та слідчо-криміналістичної діяльності з позицій системно-діяльнісного і функціонально-технологічного підходів; 2) використання положень і новітніх досягнень природничих, технічних і гуманітарних наук; 3) використання досвіду слідчої практики шляхом її аналізу та узагальнення з наступною екстраполяцією в теорію і методологію розслідування; 4) розробка і систематизація методичних рекомендацій на основі криміналістичної класифікації злочинів і злочинної діяльності; 5) розробка методів пошуку доказової інформації на основі криміналістичного аналізу злочинів і створення їх інформаційно-пізнавальних моделей — криміналістичних характеристик відповідних груп, видів і підвидів злочинів; 6) визначення напрямку розслідування з урахуванням особливостей обставин, що підлягають встановленню по злочинах відповідного виду; 7) визначення стратегічних завдань розслідування з урахуванням особливостей його початкового і наступного етапів; 8) розробка методичних рекомендацій на основі виділення типових вихідних і наступних слідчих ситуацій та їх інформаційної оцінки; 9) розгляд типових тактичних завдань і окремих версій, що впливають з виділених слідчих ситуацій, а також використання технологічного підходу при розробці програм їх вирішення та перевірки; 10) аналіз особливостей тактичних і технічних прийомів і засобів, що використовуються в ході проведення окремих слідчих дій і тактичних операцій.

Таким чином, перші п'ять принципів утворюють методологічні передумови, які зумовлюють науково обґрунтовану побудову базової моделі діяльності з розслідування злочинів. За допомогою наступних принципів конструюється програмно-цільовий комплекс розумової та практичної діяльності щодо оптимальної організації та забезпечення розслідування.

Процедура адаптації методико-криміналістичних рекомендацій до умов розслідування конкретного злочину є ще недостатньо вивченою. Рекомендації, що відображають типове в організації розслідування та в організації розслідування конкретного злочину завжди будуть мати певні відмінності. І для того щоб типовий зміст певної методики змінити на індивідуальний, необхідно рекомендації, що до неї входять, адаптувати з урахуванням усіх неповторних обставин, чинників та умов розслідування конкретного злочину. Максимальне адаптування методик створює передумови до підвищення ефективності діяльності слідчого по організації та здійсненню розслідування, прийняття обґрунтованих тактичних рішень, економії часу.

Адаптацію типової методики до умов розслідування конкретного злочину можна визначати як своєрідну форму реалізації предметно-перетворюючої функції слідчого, сутність якої полягає передусім у розпізнанні ситуації розслідування (кримінальної, слідчої), порівнянні її з типовими аналогами, що відображені у криміналістичних методиках, і обранні оптимальних комплексів методико-криміналістичних рекомендацій з провадження слідчих дій, тактичних операцій відповідно до кожної з визначених ситуацій [39, с. 252].

Процедура розпізнання ситуацій розслідування відбувається на основі таких її ознак, як індивідуальність і повторюваність. У її структурі виокремлюють три стадії: аналітичну, порівняльну та оцінювальну [48, с. 178].

В аналітичній стадії із первинних матеріалів про злочин виділяються ті факти, які вказують на ознаки злочину, тобто створюється розпізнаваний образ, що приводить до виокремлення системи слідчих ситуацій початкового етапу розслідування. Тобто розпізнання кримінальної та слідчої ситуації, обставин події злочину в цілому є необхідною умовою адаптації криміналістичних методик.

Порівняння реальної ситуації з типовими вихідними ситуаціями передбачає з'ясування ступеня їх збігу та відмінності. Шляхом порівняння наявної у слідчого інформації із криміналістичною характеристикою можливо оцінити слідчу ситуацію, компенсувати інформаційну невизначеність, побудувати ймовірні шляхи вирішення конкретних завдань розслідування і намітити програму подальших дій [49, с. 309].

Оціночна стадія передбачає виявлення типового в особливому, звуження альтернатив і обрання на цій основі оптимальних комплексів методико-криміналістичних рекомендацій з провадження слідчих дій, тактичних операцій відповідно до кожної з визначених слідчих ситуацій. Правильна оцінка ситуації дозволяє визначити перспективні напрями діяльності по її розв'язанню, поточні завдання розслідування, послідовність і засоби їх розв'язання.

Ефективність адаптації криміналістичних методик до умов конкретного розслідування напряму залежить від класифікаційного рівня методик. Найбільш наближеними до потреб слідчої практики вважаються видові та підвидові методики. Вони найбільш спрощено адаптуються до умов

конкретного розслідування. Інша справа з міжвидовими методиками, адаптація яких вимагає паралельного використання положень, оскільки вони охоплюють декілька різновидів злочинних проявів і відрізняються досить узагальненою формою викладення рекомендацій.

Розроблені в криміналістичній науці окремі методики розслідування застосовуються на практиці і адаптуються до умов конкретної слідчої ситуації з урахуванням дотримання таких положень:

— криміналістичний аналіз вихідної інформації, який дозволяє віднести подію, що розслідується, до кримінально-релевантних подій певного типу (роду, виду) і відкриває можливість правильно обрати і використати необхідну методику розслідування з урахуванням особливостей конкретного злочину;

— використання криміналістичної характеристики злочинів відповідної категорії для висунення загальних і окремих версій, з'ясування характеру слідчої картини і напрямів пошуку слідів злочину і причетних до нього осіб;

— визначення предмета розслідування і кола обставин, що підлягають встановленню, а також їх уточнення, розширення або змінення в міру отримання нової доказової інформації і з'ясування ознак вчиненого злочину;

— оцінка слідчої ситуації, що склалася, віднесення її до типової ситуації і обрання програми розслідування, яка включає типові версії, типові тактичні завдання і алгоритми їх перевірки і вирішення;

— врахування особливостей змісту стратегічних і організаційно-тактичних завдань на початковому, наступному і завершальному етапах розслідування;

— планомірне здійснення всіх процесуальних, оперативно-розшукових і організаційних дій у певній послідовності, а також коригування плану розслідування залежно від встановлених обставин;

— використання в міру необхідності відповідних форм взаємодії слідчого з органами, що здійснюють ОРД, посадовими особами, спеціалістами та іншими;

— використання техніко-криміналістичних засобів і тактичних рекомендацій з урахуванням виду злочину, що розслідується, особливостей тактичних завдань і ситуацій при прийнятті рішення щодо провадження певної слідчої дії або тактичної операції [50].

Отже, ефективна реалізація типових криміналістичних методик розслідування злочинів в практичній діяльності слідчого можлива лише за умови адаптації положень такої методики до реальних умов розслідування з урахуванням певних вимог та правил, що висуваються до неї.

Важливе значення для підвищення ефективності досудового провадження має вивчення всіх стадій злочинної діяльності і, зокрема, стадій підготовки злочину.

Поняття підготовчої діяльності визначається в кримінальному законодавстві. Так ст. 14 Кримінального кодексу України визначає загальне зав-

дання діяльності суб'єкта з підготовки злочину, яке виражається в створенні необхідних умов, що забезпечують вчинення злочину, а також визначає окремі завдання, які безпосередньо спрямовані на вчинення злочину.

Конкретний зміст зазначених завдань визначається видом і характером задуманого злочину, а також низкою об'єктивних і суб'єктивних факторів, що в сукупності і утворюють структуру підготовчої діяльності.

Структура підготовчої діяльності включає в себе весь комплекс дій суб'єкта з підготовки злочину, розділений на дві підстадії: комплекс дій пошуково-аналітичного характеру і наступні підготовчі дії (безпосередньо практична діяльність з підготовки до вчинення злочину). Впродовж вчинення підготовчої діяльності на кожній з перерахованих підстадій проводиться планування і моделювання вказаної діяльності.

Дана злочинна діяльність у процесі своєї підготовки та подальшої практичної реалізації обумовлена діяльним компонентом суб'єкта злочину, а також визначена рівнем його професійних, фізичних і психологічних властивостей.

Так, оцінка рівня професіоналізму і ступеня організації є одним із факторів побудови типових моделей діяльності з підготовки злочину. На підставі наведених положень можна побудувати такі три типові моделі, виходячи з рівня професіоналізму: модель, підготовку злочину в якій здійснює особа чи група осіб, що вчиняють злочин вперше; модель, підготовку злочину в якій здійснює особа чи група осіб, що вже мають певний злочинний досвід; модель, підготовку злочину в якій здійснює особа чи група осіб, що мають професійний досвід.

Приймаючи до уваги те, що саме останній типовій моделі властива багатоаспектна, складна, організована злочинна діяльність, можна побудувати наступні типові моделі діяльності з підготовки злочину за таким критерієм, як ступінь організованості: підготовчі дії, здійснювані групою осіб, що випадково об'єдналася для вчинення окремого злочину; підготовчі дії, здійснювані групою осіб, що об'єдналася для вчинення окремого злочину за попередньою змовою; підготовчі дії, здійснювані групою осіб, що періодично вчинює злочини, з нестабільним складом учасників; підготовчі дії, здійснювані організованою групою з постійним складом, що регулярно вчинює злочини.

Дані класифікації не є вичерпними, вони являють собою загальну основу для побудови типових моделей діяльності з підготовки злочину, які можна об'єднати в загальну типову модель, незалежно від його виду чи групи.

Виходячи з цього, потрібно відзначити, що від рівня узагальнення типових моделей діяльності з підготовки злочину можна виділити наступні їх види: загальна типова модель, об'єднуюча типові моделі загального призначення; типова модель окремого виду чи групи злочинів; модель конкретного (індивідуального) злочину.

Таким чином, зазначені вище фактори є основою, теоретичними передумовами, відповідно до яких ми можемо класифікувати, будувати

типові моделі діяльності з підготовки злочину, що містять криміналістичну інформацію, яка дозволяє працівникам слідства у відносно швидкий термін виділити із загальних типових моделей і типових моделей окремих видів злочинів ті елементи, що сприятимуть побудові моделі того злочину, що розслідується. Така модель дозволяє одержати необхідну інформацію для своєчасного виявлення злочинів, що готуються, та вже вчинених, а також притягнути до відповідальності злочинця.

Ефективність досудового розслідування пов'язана не тільки з розробкою криміналістичних методів і засобів, але й з оперативно-розшуковим забезпеченням.

Теорією ОРД достатньо розроблено три основні її організаційно-тактичні форми. Поряд із запобіганням злочинам і оперативною розробкою як першу із цих форм виділяють виявлення осіб і фактів, що становлять оперативний інтерес, тобто оперативний пошук, актуальні проблеми якого в різний час досліджували В. М. Аتماжитов, В. О. Біляев, О. Ю. Бусол, А. С. Вандишев, О. Ф. Долженков, І. П. Козаченко, О. Г. Лекар, Б. Я. Нагіленко, В. П. Німчик, С. С. Овчинський, Ю. Ю. Орлов, М. Б. Саакян, І. Р. Шинкаренко, Є. М. Яковець та ін.

Вперше окрема організаційно-тактична форма, спрямована на виявлення осіб і фактів, що становлять оперативний інтерес, була сформульована О. Г. Лекарем і О. С. Вандишевим ще у 1975 році та визначена як «пошукова робота» [51; 52, с. 440]. Пізніше В. М. Аتماжитов визначав її як одну з основних форм ОРД, що є комплексом оперативно-розшукових і розвідувально-пошукових заходів, здійснюваних її суб'єктами з метою виявлення, перевірки, накопичення відомостей, які містять нові спеціальні знання та мають значення у вирішенні завдань боротьби зі злочинністю [53, с. 174]. Як отримання й перевірку первинної інформації про осіб і факти, що становлять оперативний інтерес, поза зв'язком з конкретною особою чи фактом з подальшим виокремленням їх із загальної маси, визначав оперативний пошук Б. Я. Нагіленко. До ознак, що відрізняють його від інших форм ОРД, він відносив: здійснення поза зв'язком з фактами й особами, які вже відомі; організація в місцях найбільш вірогідного виявлення ознак і об'єктів, що встановлюються; систематичність здійснення [54].

Зустрічаються й дещо інші формулювання визначення оперативного пошуку. Їх аналіз дозволив зробити висновок щодо сутності оперативного пошуку, яка, з нашої точки зору, полягає в тому, що він є різновидом ініціативної активної розвідувальної діяльності оперативних підрозділів, яка здійснюється не тільки у зв'язку з вчиненням злочином, а й незалежно від кримінальної події.

Заходи з виявлення осіб і фактів, що становлять оперативний інтерес, складають єдиний пошуковий комплекс на всій території обслуговування оперативного підрозділу, сигнальну систему, яка діє постійно й незалежно від конкретного злочину або особи, але своєчасно надає сигнал про підготовку чи вчинення злочину, появу об'єктів зацікавленості.

Оперативний пошук здійснюється у напрямках: серед населення; в місцях концентрації осіб, які становлять оперативний інтерес, збуту викраденого майна; в криміногенних групах; серед осіб, які притягуються до кримінальної відповідальності чи відбувають кримінальне покарання.

Виділяють такі основні категорії об'єктів оперативного пошуку: подія підготовки чи вчинення злочину; обставини, які цьому сприяють; особи, які становлять оперативний інтерес; майно, викрадене під час вчинення злочину; його знаряддя; інші предмети, що мають розшукове значення або заборонені до зберігання, носіння чи використання.

Особи як об'єкт оперативного пошуку — це співучасники злочинної діяльності (організатори, виконавці, навідники, скупники викраденого майна тощо), а також громадяни, які володіють інформацією про протиправну діяльність (потерпілі, очевидці, свідки).

Предметами пошуку є такі із них, що можуть бути речовими доказами в кримінальному провадженні (заборонені до обігу речі, фальшиві гроші, підроблені документи, викрадені цінності тощо) або містити відомості, які мають значення для виконання покладених на оперативні підрозділи завдань (таємне листування засуджених і заарештованих тощо).

До подій, що становлять оперативний інтерес, належать явища, обставини, які існували в реальному житті та мають значення для ОРД, але інформація про них до оперативних підрозділів не надходила. Це відомості про підготовлювані та вчинені злочини, появу злочинця, який розшукується, зустрічі криміногенних елементів, злочинні «розборки», формування ОЗУ, створення умов для полегшення й маскуванню злочинної діяльності тощо.

Факти, що становлять оперативний інтерес, можуть бути об'єднані у такі групи: події, процеси та явища, пов'язані з підготовкою злочину, замахом на нього й безпосереднім вчиненням. Це, здебільшого, конкретні дії людей, що так чи інакше відбивають наявність протиправного діяння на всіх стадіях його реалізації, — їх висловлювання, безпосередні дії з підготовки, вчинення злочину або приховання його слідів; обставини, що є причинами злочинів або умовами, які сприяють їх вчиненню. Вони мають як суб'єктивний (стосовно особи правопорушника), так і об'єктивний характер (різні події і процеси реальної дійсності).

В умовах сьогодення, з прийняттям КПК України (2012 р.) та внесенням змін у Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність», відбулося максимальне зближення оперативно-розшукової та кримінально-процесуальної правоохоронних функцій, що привело до фактичної імплементації у кримінальне судочинство оперативно-розшукового «інструментарію» у формі негласних слідчих (розшукових) дій (далі — НС(Р)Д), передбачених главою 21 зазначеного Кодексу.

Раніше оперативний пошук в оперативно-розшуковому процесі передував лише таким організаційно-тактичним формам ОРД, як оперативна

профілактика та оперативна розробка. За умов чинного законодавства підставами для проведення ОРД залишилися «наявність достатньої інформації, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів», лише «про злочини, що готуються, та осіб, які готують злочини». Підстави, обумовлені інформацією про тяжкі та особливо тяжкі злочини, вчинені невстановленими особами, про осіб, які вчинили такі злочини, якщо відомості про злочини та осіб, які їх вчинили, неможливо отримати в інший спосіб, відповідно до положень КПК України (2012 р.) автоматично обумовлюють початок досудового розслідування, яке водночас відповідно до рішення слідчого, прокурора, слідчого судді може здійснюватися шляхом проведення НС(Р)Д, строк проведення яких є традиційним для ОРД — шість місяців з можливістю продовження до дванадцяти і вісімнадцяти місяців.

Проводити НС(Р)Д має право слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину, або за його дорученням — уповноважені оперативні підрозділи (ст. 246). Причому негласність такого розслідування забезпечується згідно з ч. 2 ст. 253 та ст. 254 КПК, що, зокрема, передбачають порядок, відповідно до якого конкретний час повідомлення особі про те, що відносно неї проводилися НС(Р)Д, визначається з урахуванням наявності чи відсутності загроз для досягнення мети досудового розслідування, суспільної безпеки, життя або здоров'я осіб, які причетні до проведення НС(Р)Д. Відповідне повідомлення про факт і результати НС(Р)Д повинне бути здійснене протягом дванадцяти місяців з дня припинення таких дій, але не пізніше звернення до суду з обвинувальним актом.

Зазначені законоположення, зокрема, привели до наукового обґрунтування такої категорії, як негласне розслідування [55]. Водночас необхідно наголосити на тій обставині, що згідно з чинним законодавством оперативно-розшукова діяльність та кримінальний процес — це цілісні соціально-правові утворення, які мають свою індивідуальну внутрішню структуру [56]. На сьогодні оперативно-розшукова діяльність залишається передумовою кримінального процесу, що виконує в останньому інформаційну функцію та, з огляду на сприйняття Кримінальним процесуальним кодексом України негласних слідчих (розшукових) дій, стає його складовою у дослідженні злочинів

Зазначені теоретичні положення щодо оперативного пошуку, а також аналіз відповідної сучасної практики оперативних підрозділів і чинного законодавства дозволяють як **висновок** стверджувати, що досліджувану категорію можна розглядати не тільки як початкову форму ОРД, а ще й як елемент інформаційного забезпечення розслідування злочинів, у його негласній та гласній формах.

Ефективність досудового розслідування може бути підвищена за рахунок інноваційних тактичних розробок, пов'язаних з використанням вербальної і невербальної інформації і вивченням особи, причетної до підготовки, вчинення або приховування злочину.

Розслідування злочинів з позицій криміналістики характеризується насамперед як інформаційно-пізнавальна діяльність, оскільки спрямована на адекватне уявне відтворення картини розслідуваної події шляхом пошуку, розшифровки, легалізації та використання необхідної інформації про його обставини та причетних до нього осіб. Інформація може розглядатися як засіб пізнання досліджуваної події, а процесуальне підтвердження і закріплення зводить таку інформацію в статус доказів.

Під інформацією ми будемо розуміти відомості, які характеризують досліджуваний об'єкт і можуть бути виявлені і використані для пізнання даного об'єкта, а також для отримання знань про пов'язані з ним інші об'єкти. При цьому потрібно мати на увазі, що об'єктом пізнання може виступати як подія в цілому (злочинна діяльність), так і фактори й складові елементи, що її зумовили (окремі епізоди; попередні події і дії; способи підготовки, вчинення та приховування злочину; суб'єкти, що мають відношення до пізнаваної події та ін.).

Сама ж інформація міститься і зберігається в її носіях — матеріальних об'єктах живої та неживої природи. Такі носії інформації в ході розслідування повинні бути виявлені, а криміналістично значима інформація, що міститься в них, витягнута, розшифрована і використана як засіб доказування або сприяння вирішенню тактичних, організаційних та методичних (стратегічних) завдань. У такому випадку носії витягнутої інформації стають її джерелами і фігурують у відповідному кримінальному провадженні.

Найважливішими засобами отримання криміналістично значимої інформації є слідчі дії. Кожне з них має свої об'єкти вивчення, пошуку та вилучення певної інформації. Приміром для огляду — це обстановка місця події, для обшуку — місце приховування шуканих предметів, для допиту — допитувана особа.

Допит не можна представляти лише як отримання від допитуваного показань про обставини розслідуваної події, його учасників із занесенням отриманих відомостей в протокол з дотриманням встановлених кримінально-процесуальних норм (А. Н. Васильєв, Л. М. Карнеева). Потрібно пам'ятати, що інформація, яка міститься в показаннях допитуваних осіб, може розглядатися як доказова лише тоді, коли вона достовірно відображає сприйняті особою обставини події. Але чи завжди допитуваний прагне надати повну, об'єктивну і правдиву інформацію? Тільки лише зміст показань цікавить слідчого? Звичайно, ні. Розподіл слідчих дій на вербальні, невербальні і змішані (Ю. П. Аленін, В. А. Образцов, С. А. Шейфер) і віднесення допиту до першої групи, як заснованого лише на методі розпитування, звужує завдання слідчого, пов'язані з його підготовкою та проведенням. Здається, що в ході допиту повинен застосовуватися і метод спостереження, має здійснюватися як слухове, так і зорове сприйняття допитуваного як носія і джерела криміналістично значимої інформації.

Уже в ході підготовки допиту певної особи необхідно отримати відомості про особу допитуваного: його інтелект, професію, рід занять, вік, сімейний стан, риси характеру, відношення і зв'язки з іншими учасниками розслідуваного злочину та ін. Це дозволить слідчому спрогнозувати можливу позицію і поведінку допитуваного, вибрати зміст і формулювання допиту, намітити власну лінію поведінки і обрати правильну тактику проведення допиту.

У ході допиту з'ясування обставин події доцільно здійснювати за задалегідь визначеними блоками, комплексно сприймаючи і оцінюючи як вербальну, так і невербальну інформацію. При цьому сприйняття останньої починається ще до початку мовного спілкування: зовнішність допитуваного, його хода, поза, вираз очей, міміка — перша інформація про людину, яка певною мірою впливає на вибір лінії поведінки і тактики подальшого спілкування. Таку ж увагу має бути приділено висловам невербальної інформації і в ході всього допиту: тону, тембру, силі голосу, мовним паузам, міміці, жестам, змінам виразу обличчя, почервонінню або зблідненню шкірного покриву, появі пітливості, змінам пози, манері спілкування і т.п. Уважне спостереження за невербальними проявами допитуваного дає цінну орієнтуючу інформацію про його бажання або небажання давати свідчення по конкретній обставині, їх щирість, правдивість, повноту, спробу приховування певних відомостей та ін.

Виявлення та оцінка невербальної інформації, що виходить від допитуваної особи, повинні коригувати лінію поведінки слідчого, багато в чому визначати вибір тактичних прийомів у відповідній ситуації для встановлення психологічного контакту, викриття у брехні, приховуванні, спотворенні будь-яких фактів і, в кінцевому підсумку, для отримання повної та достовірної інформації за обставинами розслідуваної події. Таким чином, на допиті необхідно комплексне сприйняття вербальної і невербальної інформації, їх загальний аналіз для оцінки свідчення і правильного вибору тактики допиту.

Поняття «самообмови» варто досліджувати в двох аспектах: теоретичному та практичному. В теоретичному аспекті дослідження самообмови розмежовується на певні етапи, стадії, сфери, види, формування спеціальних напрямків дослідження, виділення загальних і окремих завдань, розробку методичних рекомендацій щодо комплексу слідчих дій та оперативно-розшукових заходів з метою виявлення та фіксації криміналістично-значущої інформації. В практичному аспекті участь у дослідженні самообмови приймає форму діяльності окремих учасників кримінального провадження (слідчого, прокурора, оперативних працівників тощо) і має свої суттєво-професійні особливості.

Досліджуючи самообмову як окреме явище на досудовому розслідуванні кримінального провадження і як поведінку одного або кількох його учасників, ми стикаємося з великою кількістю та обсягом інформації щодо неї, яка утворюється у власну систему, вивчення якої обмежено

процесуальними строками. Дана інформація має дві похідні для дослідження: вербальну та невербальну.

Однак варто почати з причин-чинників та ознак самообмови як початкових (з рушійною силою) у системі самообмови, а в подальшому досліджувати і інші її елементи.

Причини самообмови формують комплекс мотиваційно-поведінкових чинників особи, які детермінують в залежності від об'єктивних умов і від суб'єктивного впливу окремих осіб на основі психологічного реагенту, що можуть бути викликані такими групами:

1. Об'єктивні чинники: організаційно-управлінський (фінансування правоохоронних органів (засоби, знаряддя, прилади тощо), навантаження слідчого тощо); інформаційний (наявність доказової інформації по кримінальному провадженню на початковому та на наступних стадіях розслідування (джерел матеріальних та ідеальних слідів злочину)); діяльнісний (зникнення, спотворення, знищення і інші зміни речових доказів та інших слідів злочину в результаті плину часу, умисних дій або з необережності тощо).

2. Суб'єктивні чинники:

2.1. Щодо слідчого: психологічний стан слідчого; фізіологічний стан слідчого; рівень підготовки і наявність практичного досвіду слідчого; швидке та результативне вирішення нагальних завдань розслідування.

2.2. Щодо інших учасників кримінального провадження: психологічний стан підозрюваного; фізіологічний стан підозрюваного; фізіологічний стан інших учасників кримінального провадження; психологічний стан інших учасників кримінального провадження; протидія з боку учасників кримінального провадження проведенню розслідування; активне сприяння з боку учасників кримінального провадження встановленню обставин злочинної події; розголошення даних досудового розслідування кримінального провадження і т.п.

При аналізі чинників самообмови за основу бралися причини, які пояснювали ту чи іншу детермінанту, а при виявленні та подальшому вивченні ознак самообмови слід спиратися на знання у сфері дослідження вербальної і невербальної інформації. Досліджуючи показання особи, що надає неправдиві показання щодо себе або ще й декількох осіб одночасно («самообмова декількох осіб»), ми маємо таке:

1. Щодо матеріальних джерел криміналістично-значущої інформації: встановлення даних, що суперечать самообмові в цілому або окремим його обставинам (протокол допиту тощо); отримання доказів, що суперечать самообмові (висновок експерта, результати проведення слідчої (розшукової) дії (гласної, негласної) та / або іншого заходу тощо).

2. Щодо ідеальних джерел криміналістично-значущої інформації: наявність суперечностей у вербальній і невербальній складових у показаннях особи; наявність суперечностей у показаннях особи з іншими даними у кримінальному провадженні (події в цілому або окремих його обставин); наявність суперечностей у показаннях особи та інших учас-

ників кримінального провадження (відносно підозрюваної особи, події в цілому або окремих її обставин); зміна особою своїх показань протягом короткого часу (додаток, уточнення, заперечення тощо); не здатність особою пояснити деякі обставини злочинної події і відсутність логічного пояснення цьому; відмова особи на подальших стадіях досудового розслідування від раніше даних показань, в яких вона повідомляла про свою причетність до злочину.

Ознаки, що свідчать про самообмову особи, дають можливість дослідження механізму слідоутворення завідомо неправдивих показань («процес самообмови») у розслідуванні злочину зі встановленням причин, що детермінують саме цей процес.

Отже, ознаки і причини самообмови особи у кримінальному провадженні взаємообумовлені та взаємопов'язані багатьма елементами, їх співвідношення свідчить про наявність такого ключового елемента як особа, що себе обумовлює у причетності до певного злочину. Кореляційна залежність між ознаками, причинами і фізичною особою має враховуватися у формуванні специфічних типових слідчих ситуацій самообмови та рекомендацій щодо її викриття.

Важливим напрямом підвищення ефективності досудового розслідування є розробка актуальних окремих криміналістичних методик розслідування, зокрема рейдерських захоплень підприємств, шахрайства у сфері працевлаштування, незаконного доступу до комп'ютерної інформації.

Розглядаючи механізм рейдерського захоплення підприємств, можна виділити такі типові процедури такого захоплення: розвідка, оцінка захисту компанії-жертви, розробка схеми захоплення підприємства, здійснення захоплення [57, с. 418]. Зупинимось на їх більш детальному розгляді.

1. Розвідка передбачає отримання максимальної інформації щодо об'єкта захоплення та містить в собі легальну та кримінальну розвідку.

Легальна розвідка базується на вивченні доступних (відкритих) джерел інформації: збирається інформація щодо фінансового стану підприємства; якщо є заборгованості за кредитом, вони викупуваються та складається позов від імені нового кредитора. Одночасно до справи долучаються юристи, що готують документальну базу для захоплення; скуповуються акції підприємства, а керівництво «завалюється» судовими позовами для дезорієнтації і відволікання від напрямку головного удару. Такий прийом використовується в реалізації складних схем заволодіння чужою власністю, в яких судові рішення легалізує фальсифіковані документи. Надалі на підставі судового рішення відбувається силове захоплення підприємства.

Кримінальна розвідка орієнтована, по-перше, на збір закритої інформації, по-друге, на отримання відомостей компрометуючого характеру. Крім того, кримінальна розвідка, як правило, здійснюється незаконними засобами (приховане спостереження, прослуховування телефонних переговорів та ін.). Особливо досліджується історія створення або при-

ватизації підприємства для виявлення вразливих місць щодо придбання прав власності на даний бізнес. Аналізу піддається стан реальних конфліктів серед акціонерів, «тліючі» конфлікти на підприємстві, «забуті» конфлікти, зовнішні корпоративні конфлікти, до яких залучено компанію-жертву. Уважно вивчається особисте життя топ-менеджменту та значущих акціонерів — фізичних осіб [58, с. 31–35].

2. Оцінка здатності захисту підприємства-жертви. На цьому етапі піддаються аналізу можливості об'єкта захоплення з організації захисту. Враховуються система охорони, кількість, підготовленість і професіоналізм її співробітників, матеріально-технічне забезпечення, відносини з приватними охоронними структурами та правоохоронними органами, судовими інстанціями, місцевими і державними органами влади. Даний етап завершується складанням плану нейтралізації потенційних захисників об'єкта. Фізичне прикриття загарбників, як правило, здійснюють приватні охоронні підприємства.

3. Розробка схеми захоплення підприємства. Схема передбачає два варіанти: без застосування сили і з її застосуванням. Вибір конкретного варіанта залежить від особливостей об'єкта. Силове захоплення застосовується при високій ймовірності активного опору з боку власника. Обрання подібного варіанта мотивується також можливістю швидко реалізувати такі дії, як внесення змін до реєстру акціонерів, продаж майна компанії. Для розробки схеми захоплення вивчається структура власності об'єкта, місце зберігання і доступність реєстру акціонерів, вартість нейтралізації місцевих судів, міліції, органів влади, забезпечення PR-прикриття акції за необхідності.

4. Здійснення захоплення. Перед штурмом зазвичай проводяться бесіди з охороною підприємства: її намагаються підкупити чи залякати, залежно від професійного рівня. Потім готується штурмова група: людей оснащують камуфляжною уніформою, бронежилетами і гумовими палицями, газовим або пневматичним легким озброєнням, димовими шашками. У день безпосереднього захоплення (як правило, це п'ятниця, вихідні, передсвяткові чи святкові дні, коли пильність керівництва захоплюваного підприємства послаблено) штурмові групи прибувають до підприємства. Обов'язково присутній юрист, аби у разі спроб втручання з боку співробітників правоохоронних органів нейтралізувати їх. Саме захоплення починається за командою старшого, іноді на територію підприємства кидають димові шашки, і захоплення відбувається під їх прикриттям, при цьому використовуються спецзасоби, а проти охоронців і співробітників підприємства, що чинять опір, застосовується фізична сила. Нападники, як правило, заздалегідь проходять інструктаж; до їх відома доводяться такі вимоги: не бити по обличчю, не застосовувати смертельних або небезпечних для здоров'я спецприймів, не застосовувати вогнепальну зброю, а також утримуватися від насильства щодо співробітників МВС. Захоплене підприємство блокується, займаються кабінети керівництва, бухгалтерії та відділу кадрів, вилучаються

фінансові, бухгалтерські та управлінські документи, а також круга печатка підприємства. Потім найняті співробітники приватного охоронного підприємства обороняють захоплений об'єкт, а юристи в цей час переоформлюють підприємство на нових власників [59, с. 46].

Рейдерство являє собою явище, яке характеризується безперервним розвитком із моменту самої його появи. Злочинні рейдерські групи завжди знаходяться у пошуку нових проектів, що здатні принести надприбуток. Знаходячись у межах допустимого ризику, вони змушені пристосовуватись до нових умов: правових, соціально-економічних, політичних.

Необхідно зауважити, що рейдер дуже часто не може відмовитися від свого бізнесу. У зв'язку з цим вдосконалюються старі та створюються нові технології рейдерських захоплень, відбувається пошук нових проектів, часто дії супроводжуються величезним ризиком, проте зупинка може означати втрату раніше заробленого капіталу.

Способи, які використовують рейдери, є різноманітними. Вони варіюються залежно від етапу здійснення протиправного поглинання та мети, яка переслідується на кожному з етапів. В якості прикладу можна навести такі способи, як створення паралельної ради директорів, викрадення акцій, розмивання пакетів акцій шляхом нових додаткових емісій, підкуп чиновників, суддів, співробітників правоохоронних структур, чорний PR.

Науковцями, які займаються вивченням питань рейдерських захоплень підприємств, пропонуються різноманітні класифікації осіб, які втягнуті до процесу протиправного поглинання суб'єктів господарювання. Найбільший інтерес, на нашу думку, являє собою класифікація за суб'єктами, яку навів у своєму дисертаційному дослідженні І. В. Нефьодов [60, с. 145].

Таким чином, можна виокремити кілька типів рейдерів:

1. Замовник. Новий підприємницький клас. Зазвичай це особи, які здобули якісну вищу освіту та мають відмінні знання в галузі психології, юриспруденції, сучасному законодавстві та, більш того, чудово знають недоліки останнього. Вони є надто цинічними та самовпевненими особами, які будь-якими засобами йдуть до своєї мети. Мають у своєму розпорядженні значні активи. Як правило, це публічно відомі особи, які мають власний легальний бізнес. Рейдерство для них — це, перш за все, елемент конкурентної боротьби.

2. Координатор. Це так звані «білі комірці» злочинної спільноти. Вони зовсім закриті та набути публічності не прагнуть. Ці рейдери, як правило, є виконавцями замовлень на протиправні поглинання та діють в інтересах конкретних замовників. Зазвичай вони мають широкі корупційні зв'язки та здійснюють загальне керівництво і координацію протиправного поглинання. Найчастіше люди, які належать до даного типу, мають у своєму розпорядженні механізми впливу на судову та виконавчу владу, на правоохоронні органи. Нерідко ними є співробітники правоохоронних органів у відставці.

3. Професіонал. Ці люди, як правило, добре орієнтуються у сфері юриспруденції та економіки, мають у своєму розпорядженні конкретні механізми економічного та юридичного впливу на об'єкт протиправного поглинання. Саме ці люди займаються документальним супроводженням рейдерської діяльності та знають, як надати абсолютно незаконним діям вигляду максимально наближеного до законного.

4. Солдат. Як правило, це молоді люди, віком 23–35 років, які приїхали до великих міст із провінційних районів, які не мають ані власності, ані майна, ані перспектив, ані будь-якої освіти (проте в останньому випадку можливі виключення). Це люди, здатні на сліпе, безумовне виконання простих, як правило, протизаконних дій. За порівняно невелику винагороду вони виконують силову частину рейдерського захоплення.

Проте варто зауважити, що даний тип зазнав якісних змін. Нерідкими стали випадки використання силових ресурсів приватних охоронних структур, які володіють певними тактичними навичками, бойовими мистецтвами, дотримуються жорсткої дисципліни. Зазначимо ще одну складову, яка вирізняє цю категорію «солдат» — їх послуги коштують не так вже й дешево.

5. Корупціонер. Зазвичай посадові особи. На сьогодні найбільш розповсюдженим типом рейдера є особа, що обіймає посаду в державному апараті. Це особи, які, користуючись посадовим становищем, сприяють здійсненню рейдерських захоплень. Нерідкими є випадки, коли посадові особи виступають і в якості координаторів рейдерських дій, і в якості замовників. На думку більшості експертів, саме державні посадовці-корупціонери складають найбільш велику групу рейдерів. Це можна пояснити тим, що на чолі стоять державний апарат, державні міністерства, державні компанії, агенції, дочірні структури агенцій, які використовують методи недобросовісної конкуренції, зокрема рейдерство.

В сучасний час набувають поширення злочини, пов'язані з шахрайством у сфері працевлаштування.

Організація й тактика досудового розслідування шахрайства при працевлаштуванні багато в чому залежать від слідчої ситуації, яка виникає до моменту внесення відомостей в Єдиний реєстр досудових розслідувань. Зазвичай програма діяльності по розслідуванню шахрайства при працевлаштуванні містить у собі послідовність таких дій: 1) аналіз слідчої ситуації; 2) постановка тактичних завдань; 3) висування версій; 4) планування й проведення слідчих (розшукових) дій і негласних слідчих (розшукових) дій щодо перевірки висунутих версій; 5) використання спеціальних знань і експертних досліджень з метою виконання поставлених завдань.

Типовими слідчими ситуаціями під час розслідування шахрайства при працевлаштуванні є: 1) особа (група осіб), яка вчинила шахрайство, затримана з речовими доказами на місці вчинення або після його вчинен-

ня, коли шахрай намагався втекти; 2) особа (група осіб), яка вчинила шахрайство, не затримана, але потерпілий (потерпілі) має інформацію про нього або знайомий зі шахраєм; 3) особа (група осіб), яка вчинила шахрайство, не затримана, інформація про неї відсутня або мінімальна.

Під час будь-якої із зазначених слідчих ситуацій по кримінальних провадженнях про шахрайства, вчинених при працевлаштуванні, встановлюються такі обставини: чи має подія злочинний характер, чи було вчинено шахрайство; де й коли вчинено шахрайство і скільки часу пройшло після вчинення злочину; як шахрай опинився на місці вчинення злочину, яким шляхом покинув його, як і в якому напрямі зник; яким способом, за допомогою яких засобів і чим заволодів шахрай; скільки було злочинців, яка роль кожного з них, які ознаки й дані їх характеризують; яка мета і які підготовчі та супутні шахрайству дії здійснено в тому або іншому місці його учасниками; які сліди й речові докази могли бути залишені на місці злочину; хто є потерпілим (потерпілими), його психологічна й соціальна характеристика; хто міг знати й звідки могли спостерігати, що відбувається на місці злочину; які умови сприяли вчиненню шахрайства.

Під час досудового розслідування шахрайства при працевлаштуванні можуть висуватися та перевірятися такі типові загальні версії, що виникають на початковому етапі досудового розслідування: шахрайство вчинене за обставин, викладених заявником; шахрайства не було, заявник сумнівно помиляється або вчинений інший злочин (крадіжка, вимагання); заявник інсценує шахрайство.

Під час розслідування таких злочинів, крім загальних версій, залежно від отриманої криміналістично-значущої інформації висувуються й окремі версії. Зокрема, про особу шахраїв (шахрайство вчинене однією особою чи злочинною групою; чи не є шахрай «гастролером» або жителем іншого міста; чи не судимий він за вчинення аналогічних злочинів); про спосіб вчинення; про обставини шахрайства; про умови, які сприяли вчиненню шахрайства та ін.

Відповідно до першої слідчої ситуації, коли факт шахрайства, вчиненого при працевлаштуванні, встановлений в результаті затримання шахрая на місці злочину, до початкових слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій зазвичай включають: особистий обшук затриманого, встановлення його особи й місця проживання; огляд його одягу, знарядь і засобів злочину; огляд місця події; допит потерпілого; допит підозрюваного і обшук за місцем його проживання й роботи; пред'явлення для впізнання підозрюваного; встановлення й допити очевидців і свідків.

Під час розслідування другої слідчої ситуації, коли особу, яка вчинила шахрайство при працевлаштуванні, не затримано, але потерпілий (потерпілі) володіє про неї достатньою інформацією, послідовність слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) дій та інших заходів може бути такою: допит потерпілого, складання словесного

портрета шахрая (шахраїв) й орієнтування на його затримання; пред'явлення потерпілому фотоальбому шахраїв для встановлення й упізнання підозрюваного; огляд місця події; затримання підозрюваного і його особистий обшук; допит підозрюваного; призначення судових експертиз; пред'явлення для впізнання; встановлення й допит свідків-очевидців.

У ході розслідування третьої ситуації, коли шахрай не затриманий і інформація про нього мінімальна, алгоритм дій може бути таким: допит потерпілого (потерпілих); огляд місця події; розшук шахрая по «гарячих слідах» (за прикметами та способом злочину); призначення експертиз залежно від виявлених і вилучених слідів з місця події; використання криміналістичних та оперативних обліків; встановлення й допит свідків-очевидців; використання допомоги населення й засобів масової інформації; орієнтування правоохоронних органів і населення інших міст та населених пунктів; постійна взаємодія слідчого з працівниками оперативних підрозділів та спільне планування розшукових дій.

Послідовність проведення подальших слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших заходів по кримінальному провадженню про шахрайство, вчинене при працевлаштуванні, залежить від одержання нової криміналістично-значущої інформації й наявної конкретної слідчої ситуації.

Отож, організація і тактика досудового розслідування шахрайств, вчинених при працевлаштуванні, полягають в тому, що припущення про подію злочину, його об'єкти, предмет злочинного посягання, обстановку та інші обставини злочинної діяльності базуються на даних, отриманих у результаті узагальнення слідчої практики, тобто інформаційних даних криміналістичної характеристики, і відображають характерні риси даного виду злочину.

При здійсненні шахрайства при працевлаштуванні, а саме в процесі злочинної діяльності, спрямованої на заволодіння майном, або використання претендента як безкоштовної робочої сили, зловживаючи довірою останнього, вчиняються протизаконні дії, передбачені у ст. 190 та ст. 173 Кримінального кодексу України.

У ході розслідувань шахрайства у сфері працевлаштування слідчий повинен установити ряд обставин, коло яких значною мірою визначається специфікою цих злочинів. Так, підлягають установленню: де і коли вчинено шахрайство у сфері працевлаштування; яке майно стало предметом злочинного посягання (індивідуальні ознаки, вартість, стан, кому належить майно); хто вчинив шахрайство, особа злочинця (вік, рід занять, мотиви злочинної поведінки, попередня злочинна діяльність); чи мала місце співучасть у вчиненні злочину, її форма, яким був розподіл ролей між співучасниками; яким способом вчинено шахрайство; хто є потерпілим (рід занять, спосіб життя), як характеризується поведінка потерпілого.

Огляд місця події доцільно проводити в тих випадках, коли є можливість виявити сліди злочину. При розслідуванні злочинів даної кате-

горії огляд місця події зазвичай проводиться до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Об'єктами огляду можуть бути: приміщення, ділянки місцевості, транспортні засоби, шафи, столи, сейфи, документи. Разом із цим необхідним є проведення допитів потерпілого, свідків. Розслідування шахрайства, як правило, починається з допиту потерпілого. Під час допиту з'ясовується, коли і за яких обставин було вчинено обман або зловживання довірою, яким способом, чи був він знайомий зі злочинцем, яке майно, предмети, документи передані шахраю, їхні індивідуальні ознаки, в якому напрямку і за яких обставин злочинці зникли з місця вчинення злочину. Допит підозрюваного проводиться негайно.

Під час розслідування шахрайства при працевлаштуванні може виникнути необхідність у призначенні та проведенні таких експертиз, як дактилоскопічна, трасологічна, товарознавча, біологічна тощо, також з інших слідчих дій у справах про шахрайство типовими слідчими діями є пред'явлення для впізнання, одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб (очні ставки).

На основі аналізу кримінальних проваджень, порушених за фактами шахрайства у сфері працевлаштування, а також вивчення спеціальної літератури ми пропонуємо виділити три основних суб'єкти шахрайства у сфері працевлаштування, а саме: 1) роботодавець; 2) потенційний працівник (пошукач); 3) третя сторона (посередники).

У сучасних умовах все більше інформації, що має службове та конфіденційне призначення, зосереджено в комп'ютерних мережах. Доступ до такої інформації стає об'єктом обміну та оберігається законом.

Сутність незаконного доступу до комп'ютерної інформації полягає в тому, що комп'ютерна інформація неправомірно використовується або вона сама стає об'єктом посягання.

Для України цей вид злочинності є відносно новим, проте у багатьох інших країнах проблеми, які з ним пов'язані, виникли давно. Чинний Кримінальний кодекс України 2001 року (далі — КК України) передбачив самостійний розділ про ці злочини — розділ XVI «Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж», який і є такою нормативною базою.

До теперішнього часу проблема розслідування незаконного доступу до комп'ютерної інформації, як окремо взятого злочину, не була предметом спеціального дослідження. А тому існує потреба у створенні науково обґрунтованої методики розслідування цього виду злочину.

Відомості про способи вчинення незаконного доступу до комп'ютерної інформації мають суттєве значення для методики його розслідування.

На сьогоднішній день у вітчизняній та зарубіжній науці не існує певної визначеності в характеристиці способів вчинення комп'ютерних злочинів, їх конкретних назви і класифікації. Ми виділяємо такі групи способів вчинення незаконного втручання в роботу ЕОМ (комп'ютерів),

систем та комп'ютерних мереж: 1) незаконне втручання в роботу ЕОМ (комп'ютера), системи та комп'ютерні мережі; 2) незаконне перехоплення комп'ютерної інформації; 3) маніпуляції з комп'ютерною інформацією; 4) використання шкідливих програм; 5) комплексні методи, тобто використання одночасно декількох методів. В основі такої класифікації є метод, який використовує злочинець для доступу до засобів комп'ютерної техніки, переслідуючи при цьому різні злочинні наміри.

Специфіка цих способів така, що пересічні користувачі не зможуть їх застосувати, оскільки вона пов'язана з професійними знаннями логічної структури, притаманної як для апаратної, так і для програмної частини ЕОМ.

Розглянемо кожну із зазначених груп способів вчинення незаконного доступу до комп'ютерної інформації.

До першої групи способів ми віднесли дії злочинця, які спрямовані на одержання доступу до комп'ютерної інформації. Найчастіше злочинці використовують: методику «злому» (одним із способів якої є «перехоплення сигналу на себе»); «випадковий підбір»; «пошук слабких місць у захисті»; «спуферство».

До другої групи відносимо способи, які засновані на діях злочинця і спрямовані на одержання даних та комп'ютерної інформації шляхом використання аудіовізуального та електромагнітного перехоплення. До них належать: безпосереднє перехоплення (наприклад, «прибирання сміття»); електромагнітне перехоплення (наприклад, «зняття» інформації з комп'ютера; встановлення в комп'ютерному обладнанні «жучків» — чуттєвих мікрофонів); відеоперехоплення (використання різної відео-, оптичної техніки (наприклад, це такі способи вчинення злочинів з назвою «за дураком», «за хвіст», «комп'ютерний абордаж» тощо).

Третя група — заміна даних — це найбільш простий спосіб, який найчастіше застосовується для вчинення злочинів. Ще одним способом, який відноситься до третьої групи, є заміна коду.

Четверта група способів вчинення незаконного втручання в роботу ЕОМ (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж — комп'ютерний вірус — це спеціальна програма, яка здатна самовільно приєднуватися до інших програм («інфікувати» їх) і в разі їх запуску виконувати різні небажані дії. Всі віруси можна класифікувати за певними ознаками і поділити на декілька груп: системні (завантажуючі) віруси, які пошкоджують завантажуючі сектори машинної пам'яті; файлові віруси (пошкоджують виконуючі файли, в т.ч. com-, exe-, sys-, bat-файли і деякі інші); комбіновані віруси [61, с. 32–34]. Питаннями наукового вивчення комп'ютерних вірусів сьогодні займається спеціально створена нова наука — комп'ютерна вірусологія [62, с. 48–50]. З точки зору цієї науки програми-віруси поділяються на дві групи; а групи, у свою чергу, поділяються на підгрупи: 1) за способом зараження засобів комп'ютерної техніки (резидентні та нерезидентні); 2) за алгоритмом їх побудови та виявлення («вульгарний вірус» і «роздроблений вірус»).

Найбільш поширеними є вірусні модифікації: віруси-«супутники» (companion); віруси-«черв'яки» (worm); віруси-«примари»(мутанти); вірус BRAIN — особливо хитрий вірус IBM-сумісних комп'ютерів. Небезпечний вірус nVIR, який проявляється у вигляді загадкових звукових сигналів, що подаються системою при запуску програми. Найбільш небезпечними є «Stealth»-віруси (віруси-невидимки), які є найбільш досконалими програмами, що при виправленні вражених програм підставляють на своє місце «здорові» програми або їх частини. Один із останніх вірусів, який залишив тільки спогади про комп'ютерну інформацію, що зберігалась на жорстких дисках організацій, носить назву «Чорнобиль».

Наведений перелік способів вчинення комп'ютерних злочинів можна було б продовжити далі, але навіть розглянуті способи дають уявлення про багатий «арсенал» методів і засобів, якими володіють комп'ютерні злочинці. Підсумовуючи викладене, необхідно відмітити, що більш детальне і систематизоване вивчення способів вчинення незаконного доступу до комп'ютерної інформації допоможе розробити корисні рекомендації співробітникам правоохоронних органів для успішного попередження, розкриття і розслідування цього злочину.

Таким чином, визначені напрями підвищення ефективності досудового розслідування, в тому числі і шляхом приведення чинного кримінального процесуального законодавства у відповідність до європейських стандартів, окреслені нові підходи при вирішенні питань про інформаційне та процесуальне забезпечення досудового розслідування, показані шляхи вирішення актуальних проблем кримінального провадження за допомогою розробки відповідних теоретичних положень, рекомендацій криміналістичного спрямування. Чимало проблем наукового забезпечення досудового розслідування залишаються невирішеними, зокрема, в контексті інформаційної складової та застосування заходів підвищення ефективності кримінального провадження потребують свого подальшого дослідження.

Л і т е р а т у р а

1. Ківалов С. В. Передмова до учасників Всеукраїнської науково-практичної конференції «Сучасне кримінальне провадження України: доктрина, нормативна регламентація та практика функціонування» / С. В. Ківалов // Сучасне кримінальне провадження України: доктрина, нормативна регламентація та практика функціонування : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (Одеса, 17 квіт. 2015 р.) / відп. ред. Ю. П. Аленін ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». — О., 2015. — С. 3–4.
2. Кучинська О. П. Принципи кримінального провадження в механізмі забезпечення прав його учасників : монографія / О. П. Кучинська. — К. : Юрінком Інтер, 2013.
3. Аленін Ю. П. Поняття та система принципів кримінального провадження / Ю. П. Аленін, В. К. Волошина // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». — 2015. — Т. XIV. — С. 78–89.
4. Грошевий Ю. М. Система загальних засад кримінального провадження за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / Ю. М. Грошевий // Актуальні про-

- блеми кримінального права, процесу та криміналістики : матеріали IV міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 95-річчю з дня народж. проф. М. В. Салтевського (1917–2009) / Нац. акад. прав. наук. України [та ін.]. — О. : Фенікс, 2012. — С. 315–317.
5. Волошина В. К. Обмеження дії принципу забезпечення права на свободу та особисту недоторканність під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження / *В. К. Волошина* // Інформаційне забезпечення розслідування злочинів : матеріали Міжнар. круглого столу (29 трав. 2015 р.) / відп. за вип.: В. В. Тіщенко, О. П. Вашук ; НУ ОЮА, ПРЦ НАПрН України. — О. : Юрид. л-ра, 2015. — С. 61–66.
 6. Волошина В. К. Принцип публічності у кримінальному провадженні / *В. К. Волошина* // Сучасне кримінальне провадження України: доктрина, нормативна регламентація та практика функціонування : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (Одеса, 17 квіт. 2015 р.) / відп. ред. Ю. П. Аленін ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». — О., 2015. — С. 46–48.
 7. Капліна О. В. Проблеми вдосконалення нормативного регулювання проведення слідчих (розшукових) дій / *О. В. Капліна* // Вісник кримінального судочинства. — 2015. — № 1. — С. 40–48.
 8. Смирнов М. І. Інститут взаємної правової допомоги у кримінальних справах: сучасний стан та перспективи розвитку : монографія / *М. І. Смирнов*. — О. : Фенікс, 2006. — 242 с.
 9. Черниченко І. В. Застосування відеоконференції у кримінальному провадженні України: теорія і практика : монографія / *І. В. Черниченко* ; за заг. ред. О. П. Кучинської. — К. : Алерта, 2015.
 10. Аленін Ю. П. Проведення допиту, впізнання у режимі відеоконференції під час досудового розслідування: підстави та умови / *Ю. П. Аленін* // Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку України : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 15–16 трав. 2015 р.) : у 2 т. / відп. ред. М. В. Афанасьєва. — О. : Юрид. л-ра, 2015. — Т. 2. — С. 294–296.
 11. Аленін Ю. П. Інститут зупинення досудового розслідування: питання оновлення / *Ю. П. Аленін* // Сучасне кримінальне провадження України: доктрина, нормативна регламентація та практика функціонування : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (Одеса, 17 квіт. 2015 р.) / відп. ред. Ю. П. Аленін ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». — О., 2015. — С. 5–7.
 12. Расчотнов Є. В. Поняття «тяжка хвороба» як підстава зупинення досудового розслідування досудового розслідування / *Є. В. Расчотнов* // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія юридична. — 2014. — Вип. 2, т. 4. — С. 154.
 13. Лукашкіна Т. В. Зупинення досудового розслідування в зв'язку з захворюванням підозрюваного / *Т. В. Лукашкіна* // Сучасне кримінальне провадження України: доктрина, нормативна регламентація та практика функціонування : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (Одеса, 17 квіт. 2015 р.) / відп. ред. Ю. П. Аленін ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». — О., 2015. — С. 118–121.
 14. Гуртієва Л. М. Поняття та правова природа повідомлення про підозру у кримінальному провадженні України / *Л. М. Гуртієва* // Митна справа. — 2014. — № 6. — С. 185–190.
 15. Лукашкіна Т. В. Доказывание как этап правоприменительного процесса / *Т. В. Лукашкіна* // Актуальні проблеми доказування у кримінальному провадженні : матеріали Всеукр. наук.-практ. інтернет-конф. (Одеса, 27 листоп. 2013 р.) / відп. за вип. Ю. П. Аленін. — О. : Юрид. л-ра, 2013. — С. 30–36.
 16. Мурзановська А. В. Поняття, підстави та порядок застосування приводу за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / *А. В. Мурзановська* // Інформаційне забезпечення розслідувань злочинів : матеріали Міжнар. круглого столу (Одеса, 29 трав. 2015 р.) / відп. за вип.: В. В. Тіщенко, О. П. Вашук ; НУ ОЮА, ПРЦ НАПрН України. — О. : Юрид. л-ра, 2015. — С. 188–193.

17. Аленін Ю. П. Заходи кримінально-процесуального примусу / *Ю. П. Аленін* // Кримінально-процесуальне право України : підручник / за заг. ред. Ю. П. Аленіна. — Х. : Одісей, 2009. — С. 325–359.
18. Проект Кримінально-процесуального кодексу України № 1233 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://rada.gov.ua>.
19. Кримінальний процесуальний кодекс України : наук.-практ. комент. / відп. ред.: С. В. Ківалов, С. М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. — Х. : Одісей, 2013. — 1104 с.
20. Гуртієва Л. М. Аналіз наукових підходів щодо правової природи затримання особи у кримінальному провадженні України / *Л. М. Гуртієва* // Інформаційне забезпечення розслідування злочинів : матеріали Міжнар. круглого столу (Одеса, 29 трав. 2015 р.) / відп. за вип.: В. В. Тищенко, О. П. Вашук ; НУ ОЮА, ПРЦ НАПрН України. — О. : Юрид. л-ра, 2015. — С. 86–91.
21. Гуртієва Л. М. Види затримання особи у кримінальному провадженні України / *Л. М. Гуртієва* // Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку України : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 15–16 трав. 2015 р.) : у 2 т. / відп. ред. М. В. Афанасьєва. — О. : Юрид. л-ра, 2015. — Т. 2. — С. 299–301.
22. Гуртієва Л. М. Характеристика затримання без ухвали слідчого судді, суду сторонньою особою у кримінальному провадженні України / *Л. М. Гуртієва* // Сучасне кримінальне провадження України: доктрина, нормативна регламентація та практика функціонування : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (Одеса, 17 квіт. 2015 р.) / відп. ред. Ю. П. Аленін ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». — О., 2015. — С. 97–102.
23. Мурзановська А. В. Кримінально-процесуальна відповідальність за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / *А. В. Мурзановська* // Актуальні питання державотворення в Україні : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (22 трав. 2015 р.) / редкол.: І. С. Грищенко (голова), І. С. Сахарук (відп. ред.) [та ін.]. — К. : Прінт-Сервіс, 2015. — С. 424–426.
24. Торбас О. О. Форми закінчення досудового розслідування за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 р. : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / *Торбас Олександр Олександрович*. — О., 2015.
25. Всемирная энциклопедия. Философия / гл. науч. ред. и сост. А. А. Грицанов. — М. ; Минск, 2001.
26. Головин А. Ю. Криминалистическая систематика / *А. Ю. Головин*. — М., 2002.
27. Селиванов Н. А. Советская криминалистика: система понятий / *Н. А. Селиванов*. — М., 1982.
28. Белкин Р. С. Курс криминалистики / *Р. С. Белкин*. — М., 2001.
29. Образцов В. А. Криминалистика: парные категории / *В. А. Образцов*. — М., 2007.
30. Колецки Х. Современное состояние криминалистики как университетской дисциплины в Польше / *Х. Колецки* // Модели преподавания криминалистики: история и современность / под ред. Н. П. Яблокова и В. Ю. Шепитько. — Х., 2014. — С. 10.
31. Малевски Г. В поисках собственной модели обучения — метаморфозы криминалистической дидактики в Литве / *Г. Малевски* // Модели преподавания криминалистики: история и современность : сб. науч. тр. / под ред. Н. П. Яблокова и В. Ю. Шепитько. — Х., 2014. — С. 21–62.
32. Шепитько В. Ю. Предмет, система и задачи криминалистики в XXI веке / *В. Ю. Шепитько* // Криминалистика и судебная экспертиза: наука, обучение, практика. — Вильнюс ; Х., 2013. — С. 32–44.
33. Образцов В. А. Криминалистика : курс лекций / *В. А. Образцов*. — М., 1996.
34. Образцов В. А. Криминалистика: модели средств и технологий раскрытия преступлений / *В. А. Образцов*. — М., 2004.
35. Эксархопуло А. А. Предмет и система криминалистики: проблемы развития на рубеже XX–XXI веков / *А. А. Эксархопуло*. — СПб., 2004.
36. Криминалистика / *Т. В. Аверьянова, Р. С. Белкин, Ю. Г. Корухов, Е. Р. Россинская*. — М., 1999.

37. Тищенко В. В. Криміналістичні технології в теорії і практиці розслідування / *В. В. Тищенко* // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О., 2008. — Вип. 44. — С. 18–24.
38. Барцицька А. А. Криміналістичні технології: сутність та місце в системі криміналістичної науки : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *А. А. Барцицька*. — О., 2011.
39. Журавель В. А. Криміналістичні методики: сучасні наукові концепції / *В. А. Журавель*. — Х., 2012.
40. Тищенко В. В. Теоретичні засади формування технологічного підходу в криміналістиці / *В. В. Тищенко, А. А. Барцицька*. — О., 2012.
41. Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня / *Р. С. Белкин*. — М., 2001.
42. Шмонин А. В. Методика расследования преступлений / *А. В. Шмонин*. — М., 2006.
43. Афанасьев В. Г. Системность и общество / *В. Г. Афанасьев*. — М.: Политиздат, 1980.
44. Давлетов А. А. Факт, информация, знание в структуре уголовно-процессуального познания / *А. А. Давлетов* // Известия вузов. Правоведение. — 1990. — № 2. — С. 88–92.
45. Мантатов В. В. Образ, знак, условность / *В. В. Мантатов*. — М.: Высш. шк., 1980.
46. Гармаев Ю. П. Проблемы создания криминалистических методик расследования преступлений / *Ю. П. Гармаев, А. Ф. Лубин*. — СПб., 2006.
47. Крестовников О. А. Системно-деятельностный анализ методологии криминалистики : монография / *О. А. Крестовников*. — М.: Юрлитинформ, 2013. — 266, [1] с.
48. Корноухов В. Е. Методика расследования преступлений: теоретические основы / *В. Е. Корноухов*. — М.: Норма, 2008.
49. Косарев С. Ю. История и теория криминалистических методик расследования преступлений / *С. Ю. Косарев*; под ред. В. И. Рохлина. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2008.
50. Тищенко В. В. О современных направлениях развития криминалистической методики расследования преступлений / *В. В. Тищенко* // Современное состояние и развитие криминалистики : сб. науч. тр. / под ред. Н. П. Яблокова и В. Ю. Шепитько. — Х.: Апостиль, 2012. — С. 249–250.
51. Вандышев А. С. Методологические проблемы теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел / *А. С. Вандышев, Э. А. Дидоренко, Н. Н. Польской, В. Г. Самойлов* // Труды КВШ МВД СССР. — К., 1976. — № 8. — С. 27–38.
52. Лекарь А. Г. Основы оперативно-розыскной деятельности / *А. Г. Лекарь*. — М.: ВШ МООП РСФСР, 1966.
53. Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел. Общая часть / под ред. В. М. Аتماжитова. — М.: Акад. МВД СССР, 1990.
54. Нагиленко Б. Я. О понятии поисковой работы / *Б. Я. Нагиленко* // Совершенствование деятельности органов внутренних дел по раскрытию и расследованию преступлений. — М.: Акад. МВД СССР, 1982. — С. 27–35.
55. Подобный А. А. О единой концепции оперативной разработки и негласного расследования в условиях реформирования оперативно-розыскного и уголовного процессуального законодательства Украины / *А. А. Подобный* // Оперативник (сыщик). — 2013. — № 2 (35). — С. 58–61.
56. Погорецкий М. А. Функциональные назначения оперативно-розыскной деятельности в криминальному процесі : монографія / *М. А. Погорецкий*. — Х.: Арсис, ЛТД, 2007. — 576 с.
57. Клейменов М. П. Криминология / *М. П. Клейменов*. — М.: Норма, 2012.
58. Осипенко О. В. Защита компании от недружественного поглощения и корпоративного шантажа / *О. В. Осипенко*. — М.: Юркнига, 2005.
59. Фёдоров А. Ю. Рейдерство и корпоративный шантаж (организационно-правовые меры противодействия) / *А. Ю. Фёдоров*. — М.: Волтерс Клувер, 2010.
60. Нефёдов И. В. Корпоративные захваты: явление, причины, профилактика : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / *Нефёдов Игорь Владимирович*. — СПб., 2014.

61. Информатика: базовый курс / под ред. С. В. Симоновича [и др.]. — СПб.: Питер, 2002.
62. Безруков Н. Н. Введение в компьютерную вирусологию. Общие принципы функционирования, классификация и каталог наиболее распространенных вирусов в MS DOS / Н. Н. Безруков. — К.: Наука, 1989.

А н о т а ц і я

Тищенко В. В., Аленін Ю. П., Ващук О. П., Мурзановська А. В., Торбас О. О., Немно Ю. М., Панасюк А. О., Шкрибайло М. В., Земляна О. А. Теоретичні та практичні проблеми забезпечення ефективності досудового провадження. — Стаття.

Стаття присвячена висвітленню окремих результатів дослідження проблем ефективності досудового розслідування у теоретичному та практичному аспектах. Так, здійснено аналіз реалізації засад кримінального провадження у досудовому розслідуванні, досліджено актуальні проблеми проведення окремих слідчих (розшукових) дій, проаналізовано проблеми зупинення досудового розслідування, висвітлені проблемні питання закінчення досудового розслідування. У криміналістичному аспекті досліджено такі важливі елементи, як понятійно-категоріальний апарат, особливості тактичного та методичного інформаційного забезпечення розслідування окремих видів злочинів. Також у статті розглядається оперативно-розшукова діяльність як одне із базових джерел інформаційної підтримки розслідування.

Ключові слова: засади кримінального провадження, заходи забезпечення кримінального провадження, зупинення досудового розслідування, закінчення досудового розслідування, методика розслідування окремих видів злочинів, тактичні прийоми, понятійний апарат, оперативно-розшукова діяльність.

А н н о т а ц и я

Тищенко В. В., Аленин Ю. П., Ващук О. П., Мурзановская А. В., Торбас А. А., Немно Ю. Н., Панасюк А. О., Шкрибайло М. В., Земляна О. А. Теоретические и практические проблемы обеспечения эффективности досудебного производства. — Стаття.

Статья посвящена освещению отдельных результатов исследования проблем эффективности досудебного расследования в теоретическом и практическом аспектах. Так, осуществлен анализ реализации принципов уголовного производства во время досудебного расследования, исследованы актуальные проблемы проведения отдельных следственных (розыскных) действий, освещены проблемные вопросы окончания досудебного расследования. В криминалистическом аспекте исследованы такие важные элементы, как понятийно-категориальный аппарат, особенности тактического и методического информационного обеспечения расследования отдельных видов преступлений. Также в статье рассматривается оперативно-розыскная деятельность как один из базовых источников информационной поддержки расследования.

Ключевые слова: принципы уголовного производства, меры обеспечения уголовного производства, приостановление досудебного расследования, окончание досудебного расследования, методика расследования отдельных видов преступлений, тактические приёмы, понятийный аппарат, оперативно-розыскная деятельность.

S u m m a r y

Tischenko V. V., Alenin Y. P., Vaschuk O. P., Murzanovska A. V., Torbas O. O., Nemno Y. N., Panasiuk A. O., Shkrybailo M. V., Zemliana O. A. Theoretical and practical problems of ensuring the effectiveness of pre-trial proceeding. — Article.

The article is dedicated to the presentation of certain results on research of the problems of effectiveness of pre-trial investigation in theoretical and practical aspects. The analysis of realization of principles of criminal proceedings in the pre-trial investigation is made, current problems of conduct of certain investigative (search) activities are researched, the problematic issues of completion of pre-trial investigation are considered. In criminalistic aspect such important elements as conceptual and categorial apparatus and features of tactical and methodical informational support of investigation of specific kinds of crimes are explored. Also in the article the operatively-search activity as one of the basic sources informational support of the investigation is discussed.

Keywords: principles of criminal proceedings, measures ensuring criminal proceedings, suspension of pre-trial investigation, notification completion of pre-trial investigation, methodics of investigation of specific kinds of crimes, tactical tricks, conceptual apparatus, operatively-search activity.

УДК 347.77/78

*О. І. Харитонова, Г. О. Ульянова, А. В. Кирилюк,
Ю. Ю. Симонян, Н. П. Бааджи, Д. Д. Позова,
Г. І. Григор'яни, Л. І. Бурова, І. В. Мартинюк*

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ І СТРУКТУРИ ПРАВОВІДНОСИН ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ, ЩО ВИНИКАЮТЬ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

Технічний прогрес, в основі якого беззаперечно є результати інтелектуальної діяльності, у свою чергу створює нові можливості для розширення сфер і способів використання об'єктів права інтелектуальної власності, вираження їх у нових формах, зокрема цифровій. Позитивною рисою цифрової форми є не лише спрощення тиражування та розповсюдження об'єктів інтелектуальної власності на матеріальних носіях, а й створення умов для їх передачі в електронних мережах. Розміщення об'єктів права інтелектуальної власності у Всесвітній мережі Інтернет в умовах сьогодення стало чи не найбільш використовуваним способом їх поширення.

Як зазначено в Рекомендаціях парламентських слухань на тему: «Законодавче забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні» (постанова Верховної Ради України від 3 липня 2014 р. № 1565-VII), сучасне суспільство характеризується якісно новими тенденціями розвитку в інформаційній сфері, насамперед стрімким формуванням глобального інформаційного простору та глобальним інформаційним протиборством, розробкою і використанням новітніх інформаційно-комунікаційних технологій, виникненням принципово нових суспільних відносин за різноманітними напрямками інформаційної діяльності.

Поява світової інфраструктури інформації поставила на порядок денний низку питань, які потребують негайного вирішення, оскільки мережа існує і досить активно розвивається. Володільці авторських прав стикаються зі значними ризиками, обумовленими існуванням інформаційних технологій. Транскордонний характер Інтернету та цифрова форма фіксації розміщених в ньому творів значно ускладнюють здійснення авторами та їх правонаступниками своїх прав.

Специфіка відносин у мережі Інтернет з точки зору їх суб'єктного складу визначається такими чинниками. По-перше, невизначеністю місцезнаходження сторін, що зумовлює можливі проблеми з правом, що застосовується, а також з реальним виконанням зобов'язань. По-друге, складністю ідентифікації учасників відносин у мережі Інтернет. По-третє, існування віртуальних організацій. І, нарешті, по-четверте, залежністю відносин між учасниками мережі Інтернет від відносин з інформаційними провайдерами.

Тому величезного значення набувають наукові розвідки, пов'язані зі сферою права інтелектуальної власності, зокрема, ті, що мають метою створення науково-теоретичного підґрунтя, формування доктрини інтелектуальної власності, що дозволить у подальшому більш ефективно регулювати відповідні відносини.

Однією з проблем теоретичного характеру, що потребують свого негайного вирішення, є визначення правової природи Всесвітньої мережі Інтернет, правовідносин, що виникають, кола учасників, їх специфіки, змісту тощо.

Слід зазначити, що питання визначення поняття і специфіки правовідносин, що виникають у Всесвітній мережі Інтернет, є предметом наукового аналізу у численних публікаціях, кандидатських і навіть докторських дисертаціях [1–4]. Зокрема, існує точка зору, відповідно до якої інтернет-відносини — це особливі відносини, які виникають в результаті впливу норм міжнародного та інших галузей права, міжнародних договорів, рішень судів на поведінку людей і організацій (суб'єктів) [5, с. 145–149]. Крім того, *Інтернет-відносини* — це новий тип суспільних відносин, які виникають, змінюються і припиняються в кіберпросторі.

На нашу думку, визначення поняття та правової природи правовідносин, що виникають у мережі Інтернет, неможливе без з'ясування сутності та юридичної природи самої мережі, а також специфіки суб'єктного та об'єктного складу відповідних правовідносин.

Отже, як уже зазначалось, в умовах становлення та розвитку інформаційного суспільства важливу роль відіграють інформаційно-комунікаційні технології, які дозволяють збирати, обробляти, отримувати та передавати інформацію на локальному, загальнодержавному та міжнародному рівнях. Провідне місце серед таких технологій посідає Інтернет — найбільша телекомунікаційна мережа у світі, яка зародилася у 1969 році і починаючи з 80-х років ХХ століття стала активно розвиватися та розповсюджуватися. Процес глобальної інтернетизації не оминув і вітчизняний простір. Так, за результатами нещодавно проведеного компанією InMind Factum Group Ukraine дослідження, частка регулярних користувачів Інтернету в Україні складає 59 %, або 21,8 млн [6]. Попри надзвичайну популярність Інтернету у вітчизняній юридичній науці приділено недостатню увагу дослідженню мережі як правової категорії, а також правовідносин, які виникають у зв'язку з її використанням.

Перш за все, слід відзначити, що у міжнародних актах не надано визначення такому фундаментальному поняттю, як «Інтернет». У Рекомендації Міжнародного союзу електрозв'язку (далі — МСЕ) з термінології глобальної інформаційної інфраструктури закріплене таке технічне визначення мережі Інтернет: сукупність мереж, з'єднаних між собою з використанням протоколу Інтернет, що дозволяє їм функціонувати в якості єдиної великої віртуальної мережі. У затвердженому Радою МСЕ *Довіднику по мережах на базі протоколу Інтернет (IP)* Інтернет характеризується як логічна архітектура, незалежна від будь-якої конкретної мережі, але яка дозволяє забезпечувати міжмережеві з'єднання безлічі різних мереж таким чином, що комп'ютери і люди можуть здійснювати комунікацію, не обов'язково знаючи при цьому, яку мережу вони використовують або яким чином до них спрямовується інформація. Іншими словами, Інтернет — це концептуальна розробка, яка включає протоколи і процедури, що потім використовуються вхідними в нього мережами для з'єднання між собою. Таке поняття закріплено у визначенні Федеральної мережевої ради Сполучених Штатів (Резолюція 1995 року), а також представлено Робочій групі Організації Об'єднаних Націй з управління використанням Інтернету [7].

У прийнятому на 36-му пленарному засіданні Міжпарламентської Асамблеї держав — учасниць СНД (16 травня 2011 року) модельному законі «Про основи регулювання Інтернету» Інтернет визначається як глобальна інформайно-телекомунікаційна мережа, яка поєднує інформаційні системи та мережі електрозв'язку різних країн за допомогою глобального адресного простору, яка ґрунтується на використанні комплексів інтернет-протоколів (Internet Protocol, IP) і протоколу передачі даних (Transmission Control Protocol, TCP) та надає можливість реалізації різних форм комунікації, у тому числі розміщення інформації для невизначеного кола осіб. Модельне законодавство, як відомо, носить рекомендаційний характер та виконує роль своєрідного орієнтиру для національних органів законодавчої влади.

Що стосується чинного законодавства України, то визначення поняття «Інтернет» закріплено у ст. 1 Закону України «Про телекомунікації», згідно з якою це — *всесвітня інформаційна система загального доступу, яка логічно зв'язана глобальним адресним простором та базується на Інтернет-протоколі, визначеному міжнародними стандартами. При цьому під інформаційною системою загального доступу розуміється сукупність телекомунікаційних мереж та засобів для накопичення, обробки, зберігання та передавання даних.*

Аналіз наведених дефініцій дозволяє дійти висновку, що всі вони характеризують Інтернет переважно як технічний засіб передачі інформації. При цьому робиться акцент на технічній стороні функціонування мережі, залишаючи осторонь юридично значущі аспекти.

Говорячи про Інтернет як правову категорію, слід зазначити, що в юридичній доктрині досі немає єдиного підходу щодо визначення його

правової природи — як об'єкта права чи суб'єкта права, об'єкта чи предмета правового регулювання.

Так, розглядаючи потенційну можливість Інтернету виступати в якості об'єкта права, більшість вчених, врешті-решт, доходять висновку про відсутність достатніх підстав для визнання такого твердження вірним з огляду на те, що Інтернет у цілому не може належати кому-небудь одноособово на праві власності та бути об'єктом цивільного обороту. Дійсно, програмне забезпечення, яке використовується у мережі Інтернет, належить його розробникам; оцифровані твори науки, літератури, музичні виконання тощо, які розміщуються в Інтернеті, — суб'єктам авторського та суміжних прав; комп'ютерне обладнання, яке використовується для доступу в Інтернет, — користувачам; сервери — спеціалізованим компаніям. Інтернет не є об'єктом права як майно, інформація або об'єкти права інтелектуальної власності, Інтернет не можна продати або купити.

С. В. Петровський, розглядаючи правову природу Інтернету, не погоджується з принциповою неможливістю для Інтернету виступати в якості об'єкта цивільного обороту і належати одному власнику. Вчений підкреслює, що в даному випадку мова йде не про визнання виникнення в цивільному праві нового об'єкта, а про потенційну можливість наявності Інтернету як різновиду майнового комплексу ознак об'єкта права [8, с. 15]. Разом із тим з такою точкою зору навряд чи можна погодитися, оскільки в такому разі поняття мережі Інтернет зводиться лише до сукупності технічних засобів, які забезпечують його функціонування. На наш погляд, мережа Інтернет у цілому не є ані матеріальним, ані нематеріальним благом, із приводу якого складаються певні правовідносини. Відповідні правовідносини виникають із приводу тих окремих об'єктів, які так чи інакше залучені до мережі Інтернет у широкому її розумінні.

Що стосується наявності у мережі Інтернет ознак суб'єкта права, то слід виходити з того, що мережі не притаманні такі загальноприйняті ознаки юридичної особи, як: організаційна єдність, наявність відокремленого майна, здатність брати участь у цивільному обігу від свого імені, деліктоздатність та здатність виступати позивачем або відповідачем у суді. І якщо стосовно останніх трьох ознак не виникає сумнівів щодо їх неприйнятності як характеристики мережі Інтернет, то щодо решти слід пояснити таке.

Про відсутність організаційного та структурного оформлення мережі Інтернет як певної організації свідчить той факт, що не існує єдиного управління мережею, немає однієї організації, яка б володіла, керувала б мережею Інтернет або контролювала б її. Водночас існує низка некомерційних організацій, що забезпечують функціонування Інтернету, серед яких, зокрема, Інтернет-корпорація з присвоєння імен та номерів (ICANN), яка відповідає за глобальну координацію системи унікальних елементів мережі, її стабільну роботу та безпечну організацію; Товариство Інтернет, яке сприяє розвитку Інтернету, розробці нових інтернет-

технологій та забезпеченню доступності Всесвітньої мережі у світовому масштабі; Рада з архітектури Інтернет (IAB), яка здійснює нагляд за архітектурою Інтернету, у тому числі його протоколами та пов'язаними з ними процедурами, та за створенням нових стандартів Інтернету і включає в себе інженерну групу, яка займається вирішенням технічних проблем Інтернету (IETF), та дослідницьку групу (IRTF). При цьому у мережі Інтернет відсутня майнова самостійність, оскільки, як зазначалося вище, матеріальні (технічні) та нематеріальні ресурси мережі належать різним суб'єктам. Побуває також думка, що всі користувачі, які беруть участь в опосередкованій Інтернет-технологіями комунікації, становлять товариство Інтернет як соціальну структуру. Разом із тим немає достатніх підстав для ототожнення з Інтернет-спільнотою усієї мережі Інтернет і у такий спосіб наділення її властивостями суб'єкта права.

Заперечуючи наявність у Інтернету в цілому ознак об'єкта та суб'єкта права, В. О. Копилов порівнює його зі звичайним матеріальним (реальним) середовищем та застосовує для його дослідження модель інформаційної сфери [9, с. 94].

І. М. Рассолов позначає сукупність суспільних відносин, що виникають у процесі використання Інтернету та інших мереж, що складаються із приводу інформації, яка обробляється за допомогою ЕОМ, терміном «кіберпростір». При цьому об'єктом цих відносин виступає не будь-яка інформація, а тільки та, яка перебуває в обігу в Мережі. Розмірковуючи над питанням, що саме регулює позитивне право — суспільні відносини або сам кіберпростір, вчений робить висновок, що позитивне право впливає на суспільні відносини суб'єктів (людей) у процесі здійснення ними своєї діяльності з використанням світової інфраструктури Інтернету [10, с. 10, 12].

С. В. Малахов стверджує, що Інтернет не є ані об'єктом цивільних прав, ані суб'єктом цивільних правовідносин та не належить повністю до предмета цивільно-правового регулювання, виступаючи об'єктом правового впливу норм різних галузей права. При цьому переважна більшість суспільних відносин, що формуються, розвиваються і реалізуються в Інтернеті, включаються до предмета цивільно-правового регулювання [11, с. 13]. У цілому з такою точкою зору можна погодитися, проте з певними зауваженнями.

Дійсно, виходячи із загальноновизнаних положень теорії права, предмет правового регулювання становлять суспільні відносини, у той час як об'єктом правового регулювання є будь-який предмет пізнання — матеріальний чи нематеріальний. Як зазначає Ю. І. Гревцов, предмет правового регулювання — це конкретні об'єкти, межі, елементи об'єкта правового регулювання [12, с. 52]. Разом із тим у правовій науці існує дискусія щодо співвідношення категорій «правовий вплив» та «правове регулювання», в ході якої висловлюються такі основні дві точки зору: 1) правове регулювання вичерпує можливі форми впливу права на

суспільні відносини, тобто зазначені категорії є тотожними (С. О. Голунський, О. А. Лукашева, Л. С. Явич та ін.); 2) поняття «правовий вплив» за обсягом є ширшим за поняття «правове регулювання» (С. С. Алексєєв, М. І. Матузов, О. В. Міцкевич, М. Ф. Орзіх, Ю. К. Толстой та ін). Прихильники другого підходу зазвичай визначають правове регулювання як здійснюваний всією системою юридичних засобів вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування, а правовий вплив — як взятий у єдності та різноманітності весь процес впливу права на соціальне життя, свідомість та поведінку людей. При цьому до предмета правового впливу включаються і такі економічні, політичні, соціальні відносини, які правом не регулюються, але на які так чи інакше воно поширює свій вплив [13, с. 230]. Поділяючи таку точку зору, вважаємо за можливе визначити правову природу мережі Інтернет саме як об'єкта правового впливу, у той час як у зв'язку з використанням мережі Інтернет виникають різноманітні суспільні відносини, які становлять предмет правового регулювання різноманітних галузей права.

Відзначимо основні характеристики мережі Інтернет, які, на наш погляд, мають значення для розуміння сутності цього явища та дозволять сформулювати визначення Інтернету як правової категорії.

По-перше, Інтернет є інформаційно-телекомунікаційною мережею. Як справедливо зазначає С. В. Петровський, термін «інформаційна мережа», який іноді використовується для позначення Інтернету, є не зовсім вдалим, оскільки не уточнює ні форму інформації, що передається, ні суб'єктів передачі та може охоплювати як технічні (телефонний, телеграфний та інші мережі), так і соціальні (агентурні, бізнес-спільноти тощо) утворення, що здійснюють передачу інформації [8, с. 10]. Разом із тим окрім Інтернету існують й інші мультисервісні мережі, які також ґрунтуються на протоколі IP, наприклад Next Generation Network. У зв'язку з цим у літературі справедливо звертається увага на важливість визначення на технічному рівні відмінностей Інтернету від інших схожих з ним мереж, які використовують аналогічні програмні засоби і технології, але не є Інтернетом [14].

По-друге, Інтернет є глобальною ком'ютерною мережею, яка поєднує десятки мільйонів користувачів по всьому світу у понад 150 країнах, використовуючи різноманітні канали зв'язку.

По-третє, мережа Інтернет передбачає всезагальний доступ користувачів. Прийняті на 32-й сесії Генеральної конференції ЮНЕСКО Рекомендації щодо розвитку та використання багатомовності та загального доступу до кіберпростору передбачають низку заходів з метою забезпечення такого доступу: вироблення відповідної політики державами-членами і міжнародними організаціями; створення на місцевому, національному, регіональному та міжнародному рівнях механізмів, що сприяють загальному доступу до Інтернету за допомогою доступних цін на телекомунікаційні та Інтернет-послуги; спонування інтернет-провайдерів до надання пільгових тарифів на доступ до Інтернету окремим категоріям користувачів.

Крім того, право на доступ до Інтернету як універсальну (загально-доступну) послугу закріплює Директива Європейського Союзу про універсальну послугу в редакції 2009 року (2009/136/ЕС), яка встановлює, що кожен в ЄС повинен мати доступ до мінімального переліку електронно-комунікаційних послуг доброї якості і за доступною ціною, включаючи доступ до Інтернету. В юридичній літературі навіть порушується питання про визнання права на доступ до мережі Інтернет в якості самостійного конституційного (основного) права людини [15, с. 45].

У законодавстві України загальнодоступні (універсальні) телекомунікаційні послуги визначені як мінімальний набір певних послуг нормованої якості, доступний усім споживачам на всій території України. Разом із тим передбачений статтею 62 Закону України «Про телекомунікації» перелік таких послуг не містить згадки про доступ до Інтернету. Звісно, така ситуація є неприйнятною і потребує приведення у відповідність до міжнародних рекомендацій та стандартів Європейського Союзу.

По-четверте, одним із принципів обміну інформацією в Інтернеті є принцип анонімності, закріплений у Декларації про свободу комунікацій в Інтернеті, прийнятій Комітетом міністрів Ради Європи 28 травня 2003 року. Анонімність означає, що з метою забезпечення свободи вираження поглядів та обміну інформацією і захисту від мережевого стеження слід поважати волю користувача не розкривати свою особистість. З-поміж інших проголошених у Декларації принципів — правила щодо змісту (контенту) для Інтернету; саморегуляція або спільна регуляція; відсутність попереднього державного контролю; ліквідація бар'єрів для участі індивідів в інформаційному співтоваристві; свобода надання послуг через Інтернет; обмежена відповідальність постачальників послуг за зміст інформації.

Разом із тим попри проголошений принцип анонімності повсякчасно виникає питання ідентифікації користувачів глобальної мережі, операторів послуг, які надаються з використанням Інтернету, а також володільців розміщеної на просторах Інтернету інформації. Вирішення цього питання край необхідне з точки зору запобігання вчиненню протиправних дій у мережі та забезпечення можливості правового регулювання тих відносин, які виникають у віртуальному просторі та за своєю суттю потребують такого регулювання. У зв'язку з цим на міжнародному рівні мають бути чітко визначені межі допустимої анонімності в мережі Інтернет та окреслені випадки її законодавчого обмеження.

По-п'яте, мережа Інтернет має складну багаторівневу інфраструктуру. Так, за словами М. В. Якушева, Інтернет — багатoshарове, багаторівневе утворення, об'єднання багаторівневих мереж. На самому нижньому рівні — фізична інфраструктура, канали зв'язку, інфраструктура доступу до мереж. Далі розташовується адресний простір (IP-адреси), над яким існує надбудова у вигляді доменних імен, система DNS, та на самих верхніх поверхах ієрархії Інтернету як мережі знаходяться звичайні додатки, поштові сервіси, пошукові системи, веб-сайти [16]. При

цьому функціонування базових компонентів такої інфраструктури підпадає під юрисдикцію окремих держав, в яких закріплюється правовий режим об'єктів інфраструктури та порядок їх використання [17, с. 138]. В основі архітектури мережі відповідно лежить принцип багаторівневої передачі повідомлень: на самому верхньому рівні еталонної моделі взаємодії відкритих систем ISO/OSI відбувається формування повідомлення, яке при передачі проходить всі рівні системи до найнижчого (фізичного), на якому передається адресату.

По-шосте, функціонування Інтернету має транскордонний характер, що зумовлює необхідність транскордонного управління мережею з одночасним регулюванням у межах національних юрисдикцій питань використання Інтернету. Так, виконання функцій з управління кореневою зоною системи доменних імен верхнього рівня (DNS), координації розподілу глобального пулу IP-адресного простору і номерів портів регіональним Інтернет-реєстрам, а також забезпечення зберігання та розподілу імен та номерів Інтернет-протоколів реєстрів покладено на Адміністрацію адресного простору Інтернету (Internet Assigned Numbers Authority, IANA). Крім того, в число ключових організацій, які беруть участь у транскордонному управлінні технологічною інфраструктурою Інтернету, входять п'ять регіональних Інтернет-реєстраторів, які відповідають за призначення IP-адрес кінцевим користувачам на певних територіях, а також локальні Інтернет-реєстратори, такі як Інтернет-провайдери. Адміністрування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет здійснюється об'єднанням підприємств «Український мережевий інформаційний центр» (UANIC) у координації з міжнародною системою адміністрування мережі Інтернет.

Слід також відзначити, що в загальновизнаному визначенні поняття «управління Інтернетом», розробленому робочою групою при Генеральному секретарі ООН, втілений так званий «підхід усіх зацікавлених сторін», суть якого полягає в такому. Окрім органів влади національних держав, міжнародних міжурядових організацій, в управлінні Інтернетом беруть участь також «приватний сектор» (комерційні організації, бізнес-спільнота та ін.) та громадянське суспільство (технічні та академічні товариства, експерти та ін.) [18, с. 19].

По-сьоме, екстериторіальний характер побудови та функціонування мережі Інтернет зумовлює необхідність поєднання міжнародного та національного правового регулювання.

На цей час міжнародно-правове регулювання відносин у мережі Інтернет здійснюється через засоби так званого «м'якого права» у вигляді різноманітних рекомендацій, резолюцій та декларацій, що видаються міжнародними організаціями (Міжнародний союз електрозв'язку, Всесвітня організація інтелектуальної власності, ООН, ЮНЕСКО, Рада Європи, Інтернет корпорація з присвоєння імен та номерів та ін.). Положення таких документів формально не є обов'язковими, і їхнє дотримання з боку держав ґрунтується виключно на авторитеті тих суб'єктів,

що їх приймають. Разом із тим наразі існує потреба у прийнятті міжнародного договору, в якому б були урегульовані питання поняття мережі Інтернет, її правового режиму, структури, застосованого права, урегулювання спорів, а також інші аспекти функціонування мережі на національному, регіональному і глобальному рівнях. Звісно, подібне регулювання мережі Інтернет та відносин, які в ній виникають, мають враховувати покладені в основу функціонування мережі принципи децентралізації та саморегулювання.

Поряд із міжнародно-правовим регулюванням на рівні національного законодавства підлягають регламентації об'єкти фізичного рівня інфраструктури мережі Інтернет, а також різноманітні відносини, які виникають у зв'язку з її використанням.

На підставі викладеного, хотілося б запропонувати таке визначення мережі Інтернет як правової категорії: *Інтернет — це глобальна загальнодоступна інформаційно-телекомунікаційна мережа зі складною багаторівневою інфраструктурою, яка функціонує на засадах транскордонного управління та надає можливості для створення, розміщення інформації і доступу до неї, а також надання пов'язаних із цим інформаційних послуг.*

Визначившись із сутністю мережі Інтернет як правової категорії, слід, на нашу думку, встановити об'єкти, щодо яких виникають відповідні відносини, та суб'єктів, що діють у цьому просторі, з метою визначення поняття та видів правовідносин у мережі Інтернет.

Говорячи про об'єкти права інтелектуальної власності в мережі Інтернет, слід зазначити, що серед численної інформації, яка заповнює всесвітню мережу Інтернет, на особливу увагу заслуговують результати інтелектуальної, творчої діяльності. Поява мережі Інтернет привнесла чимало суттєвих змін у сфері інтелектуальної власності, в тому числі стосовно об'єктів інтелектуальної власності, обумовивши появу нових результатів творчої діяльності, зміну об'єктивної форми вираження вже існуючих об'єктів тощо. Внаслідок зазначених процесів актуального значення набуло питання визначення правового режиму об'єктів права інтелектуальної власності в мережі Інтернет.

Слід зазначити, що поряд з активними пошуками оптимальних шляхів вирішення проблеми ефективного захисту прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет та боротьби з порушниками обґрунтовується точка зору про необхідність спрощення процедури доступу користувачів до результатів авторського права і суміжних прав у мережі. Так, А. Черкасов зазначає, що все частіше в країні і за кордоном висловлюється думка про те, що дотримання авторських прав в Інтернеті гальмує розвиток Мережі, заважає її активному інформаційному наповненню. Прихильники таких поглядів пропонують обмежити або навіть вилучити ряд норм з концептуальних основ авторського права, наприклад, розширити можливості вільного використання творів. Однак саме відсутність реального захисту прав нерідко утримує авторів від розміщення в ме-

режі своїх матеріалів. І якщо прийняти вказані доповнення, то це де-юре перетворить Інтернет в чорну діру для інтелектуальної праці, наслідки чого позначаться на відносинах не тільки у віртуальному світі, але й у світі реальному [19].

Не заперечуючи важливого практичного значення дослідження теоретичних і практичних аспектів захисту прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет, вважаємо за необхідне звернутись в першу чергу до визначення категорій об'єктів права інтелектуальної власності, які поширюються в мережі.

Об'єкти права інтелектуальної власності — це результати інтелектуальної, творчої діяльності, виражені в об'єктивній формі або зафіксовані на певному матеріальному носії, у тому числі електронному, які відповідають критеріям охороноздатності, встановленим у законодавстві.

У законодавстві, яке регулює відносини інтелектуальної власності, не закріплено визначення категорії «об'єкт інтелектуальної власності», натомість наведено невичерпний перелік об'єктів, а також надано визначення окремих об'єктів, переважно шляхом перерахування їх основних ознак, критеріїв охороноздатності.

Згідно із ст. 420 Цивільного кодексу України до об'єктів права інтелектуальної власності, зокрема, належать: літературні та художні твори; комп'ютерні програми; компіляції даних (бази даних); виконання; фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення; наукові відкриття; винаходи, корисні моделі, промислові зразки; компонування (топографії) інтегральних мікросхем; раціоналізаторські пропозиції; сорти рослин, породи тварин; комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення; комерційні таємниці.

Кожний з наведених у законодавстві об'єктів інтелектуальної власності може бути вільно використаний в мережі Інтернет, причому як зі згоди праволодільця, так і без його відома.

Враховуючи численність результатів інтелектуальної власності, які можуть бути використані в мережі Інтернет, вважається необхідним навести їх класифікацію.

Відповідно до ст. 433 Кодексу, ч. 2 ст. 8 Закону про авторське право твори є об'єктами авторського права незалежно від їх завершеності, призначення, цінності тощо, а також способу чи форми їх вираження.

У першу чергу, результати інтелектуальної діяльності, які отримали поширення в мережі Інтернет, вважається доцільним розподілити залежно від їх правового регулювання на дві категорії:

— передбачені чинним законодавством, до яких віднесено результати інтелектуальної діяльності, створення, охорона, захист яких визначено у нормативно-правових актах;

— не передбачені серед об'єктів права інтелектуальної власності, однак які за своєю суттю є результатом інтелектуальної, творчої діяльності (наприклад, реклама).

По-друге, поширеним є поділ об'єктів інтелектуальної власності на чотири категорії залежно від сфери, мети створення та використання, умов правової охорони:

- об'єкти авторського права і суміжних прав;
- об'єкти права промислової власності (патентного права);
- засоби індивідуалізації учасників цивільного обігу, товарів, робіт та послуг;
- нетрадиційні об'єкти права інтелектуальної власності.

По-третє, залежно від правомірності розміщення об'єктів права інтелектуальної власності можливо виділити:

- об'єкти, розміщені правомірно (без порушення майнових та немайнових прав інтелектуальної власності);
- об'єкти, розміщені неправомірно (з порушенням майнових та/або немайнових прав інтелектуальної власності).

По-четверте, залежно від умов використання об'єктів права інтелектуальної власності, вони можуть бути поділені на:

- об'єкти з обмеженим доступом (розміщення лише частини твору, обмеження можливості копіювання тощо);
- об'єкти з повним доступом та можливістю використання.

По-п'яте, залежно від взаємозв'язку об'єктів права інтелектуальної власності з функціонуванням мережі Інтернет вони можуть бути поділені на дві категорії:

- об'єкти, поява яких обумовлена функціонуванням мережі Інтернет;
- об'єкти, не пов'язані з функціонуванням мережі.

Враховуючи тематику дослідження, вважається доцільним більш детально зупинитись на об'єктах, які забезпечують функціонування мережі Інтернет. До таких об'єктів слід віднести веб-сайти та доменні імена, особливість яких полягає в тому, що вони забезпечують можливість розміщення інформації в мережі. Не менш важливе значення для забезпечення поширення інформації в мережі Інтернет, у тому числі й об'єктів права інтелектуальної власності, мають і комп'ютерні програми. Специфіка кожного із зазначених об'єктів права інтелектуальної власності обумовлює необхідність вироблення спеціальних умов їх охорони та правил використання.

У першу чергу слід відзначити, що найбільш врегульованими, як за законодавством окремих держав, так і на міжнародному рівні, є відносини, що виникають з приводу використання, охорони та захисту комп'ютерних програм. Відповідно до Директиви Ради Європейських Співтовариств від 14 травня 1991 р. «Про правову охорону комп'ютерних програм» (91/250 / ЄЕС) [20] комп'ютерні програми охороняються як літературні твори в тому значенні, як цей термін розуміється в Бернській конвенції про охорону літературних і художніх творів. Охорона комп'ютерних програм як літературних творів передбачена також у Цивільному кодексі України (ст. 433) [21] і Цивільному кодексі Російської Федерації (ст. 1259) [22].

Основна позитивна риса охорони за допомогою механізму авторського права полягає в презумпції авторства: тобто авторське право на комп'ютерну програму виникає при її створенні і для його реалізації не потрібно обов'язкової реєстрації програми. Реєстрація може бути проведена за бажанням автора, носити формальний характер і не вимагає багато часу. Є й негативні риси такої охорони. В першу чергу, це тривалий термін охорони. На відміну від літературних творів, текст комп'ютерної програми (вихідний чи об'єктний код) не має самостійної цінності без можливості її застосування в комп'ютері. Отже, сприйняття комп'ютерної програми, тобто, власне кажучи, її тексту, відбувається не безпосередньо людиною, а опосередковано, за допомогою комп'ютера [23]. У зв'язку з цим у наукових дослідженнях обґрунтовується необхідність створення спеціального механізму правової охорони комп'ютерної програми, одним з основних ознак якого є комплексність сучасної комп'ютерної програми як об'єкта, яка дозволяє застосовувати норми авторського права і права промислової власності в процесі правової охорони окремих елементів комп'ютерної програми [24, с. 15].

Доцільність захисту прав на комп'ютерні програми в рамках права промислової власності обґрунтовується тим, що механізм патентного захисту більш гнучкий, ніж механізм авторських прав, оскільки дозволяє захищати розробки різного технологічного рівня різними документами (методики і технології — патентами, впроваджені технічні рішення і доопрацювання — авторськими свідоцтвами та сертифікатами) [25].

Важливе значення має також забезпечення належної охорони прав на доменні імена. Домен індивідуалізує сайт, саме за доменним іменем споживач може знайти той чи інший сайт, особу, товар або послугу. Це дозволяє говорити про самостійне значення і правову регламентацію доменних імен. На відміну від комп'ютерної програми, доменні імена не знайшли чіткого закріплення в системі об'єктів права інтелектуальної власності. Як правило, положення про доменні імена закріплені в законодавстві, що регулює охорону прав на торговельні марки. Так, відповідно до Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» використанням торгової марки визнається в тому числі застосування її в доменних іменах. При цьому використання без згоди власника зареєстрованого знака або позначення, схожого зі знаком, в доменних іменах визнається порушенням прав власника свідоцтва на торговельну марку [26].

Відповідно до умов «Правил домена.UA» з метою захисту законних інтересів членів Інтернет-спільноти України щодо їх інтелектуальної власності, приватні доменні імена другого рівня в домені .UA делегуються виключно у тому випадку, коли відповідне доменне ім'я повністю, або його компонент другого рівня (до знака «.», але не включаючи цей знак), за написанням збігається із Знаком, права на використання якого на території України належать відповідному реєстранту [27].

Аналіз сучасних тенденцій в галузі присвоєння доменних імен свідчить про те, що товарні знаки в доменних іменах в даний час широко

використовуються для створення у споживачів асоціативного зв'язку між діяльністю фірми та її сайтом в Інтернеті. У підсумку, доменне ім'я також фактично стає засобом індивідуалізації. Негативним моментом є те, що популярністю відомих товарних знаків і легкістю реєстрації доменного імені найчастіше користуються кіберсквотери (загарбники доменних імен). Вони реєструють на себе доменне ім'я, аналогічне товарному знаку якої-небудь широковідомої фірми з метою подальшого продажу зареєстрованого доменного імені цій самій фірмі. Переважно такому захопленню підлягають доменні імена другого рівня, що пов'язано зі зручністю їх запам'ятовування [28].

Слід зазначити, що крім торгових марок, важливе значення для індивідуалізації учасників цивільного обороту мають комерційні найменування, які також можуть використовуватися при складанні доменних імен. Крім того, існують проблеми, пов'язані з використанням в доменних іменах прізвищ та псевдонімів без згоди їх власників. Використання об'єктів інтелектуальної власності у складі доменного імені є тільки однією стороною проблеми. З іншого боку, на нашу думку, самі доменні імена слід розглядати як потенційний об'єкт незаконних посягань з боку недобросовісних користувачів. Наприклад, оригінальне доменне ім'я, яке не містить в собі елементів торгової марки або комерційного найменування, але отримало популярність в мережі Інтернет, може незаконно реєструватися іншими користувачами. Враховуючи постійне зростання числа торгових марок, комерційних найменувань, проблема реєстрації доменних імен добросовісними користувачами набуватиме все більшої актуальності. На нашу думку, доменне ім'я має розглядатися як самостійний об'єкт права інтелектуальної власності, а не як один із способів використання торгової марки. Зокрема, доменні імена можуть бути віднесені до засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту з урахуванням особливостей, обумовлених порядком їх реєстрації та використання.

Не менш важливе значення має охорона веб-сайтів. Веб-сайт не розглядається за законодавством України як самостійний об'єкт права інтелектуальної власності. На нашу думку, веб-сайт слід розглядати як самостійний об'єкт права інтелектуальної власності, хоча і не передбачений чинним законодавством, але який заслуговує на належну охорону та захист від незаконних посягань.

З метою привернення уваги користувачів мережі Інтернет, власники сайтів намагаються створити їх більш яскравими, оригінальними і зручними для перегляду інформації. Разом з тим власники сайтів не можуть бути застраховані від недобросовісних дій, пов'язаних із копіюванням як інформації, розміщеної на сайті, так і самого оформлення сайта і використання їх на інших веб-сайтах.

У листі Міністерства юстиції України від 18 грудня 2006 р. № 19-5-537 зазначено, що на законодавчому рівні чітко не встановлено, що веб-сайт відноситься до комп'ютерних програм [29].

Більш повно питання віднесення веб-сайта до тих чи інших об'єктів права інтелектуальної власності розкрито у листі Державного департаменту інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України від 22 січня 2007 р. [30].

По-перше, виходячи з того, що сайтом є певний набір текстової та графічної інформації, баз даних, аудіо- та відеоматеріалів, він може бути визнаний самостійною базою даних.

По-друге, сторінка сайта має свою унікальну адресу в мережі Інтернет і є написаною за допомогою команд мови HTML своєрідною програмою, за допомогою якої здійснюється управління формуванням зображення сторінки при доступі до неї користувача, самого процесу навігації та інших завдань, поставлених перед конкретним веб-ресурсом. Якщо програма, розроблена для користування сайтом є оригінальною, відповідно до закону «Про авторське право і суміжні права» може отримати охорону і бути зареєстрованою як комп'ютерна програма.

По-третє, веб-сайт може бути представлений в унікальному дизайнерському виконанні, коли використовуються не готові шаблони і форми, графічні об'єкти, доступні для безкоштовного використання в самій мережі Інтернет, а здійснюється творча робота з розробки спеціальних шрифтів, створення та підбору кольорового вирішення сайта, виконання написів та інших ефектів, створюються унікальні рішення елементів навігації по сайту. У такому випадку, веб-сайт може отримати охорону як складний об'єкт авторського права. Крім того, оригінальне оформлення сайта може отримати охорону як промисловий зразок, який є об'єктом промислової власності.

Таким чином, по-перше, веб-сайт може підлягати охороні як складний об'єкт авторського права; по-друге, охороні можуть підлягати окремі елементи веб-сайта, як комп'ютерна програма, бази даних, промисловий зразок.

Таким чином, незважаючи на те, що не всі об'єкти права інтелектуальної власності, які використовуються в мережі Інтернет, виділені на законодавчому рівні як самостійні, такі об'єкти або їх окремі складові можуть отримати охорону як об'єкти авторського права або права промислової власності за умови відповідності вимогам охороноздатності, передбаченим у законодавстві [31, с. 94].

При визначенні суб'єктного складу відносин, що виникають у мережі Інтернет, слід пам'ятати про те, що віртуальний простір є новим людським і технологічним середовищем, яке, з одного боку, складає спільність великої кількості осіб, з різноманітністю культур, мов та професій, які пропонують та запитують інформацію, а з іншого боку, всесвітню комп'ютерну мережу, яка з'єднує їх завдяки інфраструктурам телекомунікацій. В юридичній науці під суб'єктами правовідносин розуміються окремі особи та організації, які згідно з нормами права є носіями суб'єктивних юридичних прав і обов'язків. Природа діяльності в кіберпросторі, утворюваному зв'язком віддалених комп'ютерів, дає підстави для

класифікації цих суб'єктів на активних (користувачів та власників інформаційних ресурсів (сайтів) та пасивних (інформаційних посередників (провайдерів)).

Коло суб'єктів — учасників інформаційних контактів і процесів охоплює все різноманіття учасників зв'язку та інформаційної взаємодії безлічі суб'єктів, крім основних сторін конкретних відносин. В інформаційному просторі і процесах діє безліч посередників — провайдерів або операторів в системі мережі контенту та ін. — суб'єктів, що надають нові види послуг. Ця безліч суб'єктів формує поля різних інтересів, свобод, прав і обов'язків. Види, форми і міри відповідальності різних суб'єктів повинні бути пов'язані в системі і збалансовані не тільки в національному праві, але і в планетарному масштабі. Фахівці і практики відзначають, що ми перебуваємо тільки на початку усвідомлення цих проблем і що попереду непочатий край роботи. Фахівцями з проблем правової інформатизації на сучасному етапі приділяється увага такому фактору у сфері Інтернету, як віртуалізація суб'єктів і віртуалізація відносин в системі глобальної інформаційної взаємодії різних структур [32, с. 254].

Розглядаючи окремі види інформаційної діяльності, які здійснюються в межах або за допомогою мережі Інтернет, насамперед слід виділити їх неоднорідність. Тому правовідносини, що виникають, досить важко узагальнити. Навпаки, деякі дослідники акцентують увагу на необхідності запровадження певної класифікації як самих правовідносин, що виникають у мережі Інтернет, так і суб'єктів цих правовідносин. Загалом сама ідея подібної диверсифікації є дуже слушною, але за основу все ж слід брати не стільки функціональну спрямованість діяльності того чи іншого суб'єкта, скільки правовий матеріал, яким відповідна діяльність регламентується [9].

У науковій літературі пропонується декілька класифікацій суб'єктів.

Так, зокрема, до суб'єктів правовідносин в Інтернеті відносять:

- постачальників послуг доступу в Інтернет;
- постачальників інформації;
- користувачів.

Подібна класифікація суб'єктів суспільних відносин, що складаються у сфері Інтернету, запропонована Ю. М. Батуріним. У книзі «Телекомунікації й право: питання стратегії» він виділяє так звані чотирикутнік суб'єктів телекомунікаційних відносин:

- оператори зв'язку;
- постачальники послуг доступу до Інтернету;
- постачальники інформації;
- користувачі [33].

Пропонується виділяти щонайменше три групи суб'єктів, які діють в мережі Інтернет.

Першу групу суб'єктів, що здійснюють інформаційну діяльність в Інтернеті, становлять *оператори і провайдери телекомунікацій*. Вони за-

безпечують саме функціонування мережі Інтернет як інформаційної системи, їх діяльність охоплює: технічне обслуговування і експлуатацію технічного обладнання телекомунікаційних мереж, надання в користування ліній зв'язку, реєстрацію та адміністрування адрес мережі Інтернет тощо.

Інтернет-провайдери (від англ. *to provide* — забезпечувати, надавати доступ) — це організація, яка надає послуги доступу та передачі інформації певними інформаційними каналами.

Слід зазначити, що ця категорія суб'єктів, на відміну від інших, відрізняється своєю розгалуженістю та складністю.

Так, провайдери поділяються на первинних, які забезпечують саме вихід у світовий Інтернет у світових пунктах обміну трафіком.

Провайдери першого рівня, іншими словами, первинні регіональні провайдери послуг, хоч і надають послуги з доступу до ресурсів Інтернету, але мають регіональний характер, адже сфера надання їх послуг обмежена певною територією і вони не є самостійними в наданні послуг, адже користуються послугами закордонних компаній, тобто послугами первинних провайдерів.

Третю групу складають провайдери другого та третього рівнів, середні, малі і т.д. До третьої групи найчастіше відносять провайдерів, які орендують канали різної пропускної спроможності в інших провайдерів. Особливістю та специфікою роботи цієї категорії суб'єктів є те, що на них покладається завдання забезпечення постійної наявності вільних модемних виходів та забезпечення охорони електронної пошти, швидкість передачі даних, рівень технічної підтримки, додаткові послуги, які надаються Інтернет-провайдерами. Ще однією специфікою, і напевно найважливішою, є те, що саме на цю категорію покладається відповідальність за порушення авторських прав, іншими словами Інтернет-провайдери несуть відповідальність за достовірність переданої інформації, і при отриманні відомостей про незаконність змісту переданої інформації на них покладається завдання здійснення своєчасних дій для запобігання доступу до такої інформації.

При цьому слід чітко відрізнити два таких поняття, як доведення до загального відома та надання технічних засобів для передання. Дії Інтернет-провайдерів не можуть розумітися як доведення до загального відома, адже це автоматично покладений на Інтернет-провайдерів обов'язок перевіряти всю інформацію, що проходить через їх інфраструктуру, а це є мало можливим. Іншими словами, провайдер надає абоненту тільки можливість користуватися його технічним обладнанням для доступу до мережі Інтернет та надає послуги щодо користування мережею Інтернет.

Основними видами інформаційних послуг, які надаються цими суб'єктами, є:

- 1) *підключення*, тобто забезпечення доступу до мережі Інтернет;
- 2) *хостинг* — розміщення інформації та інформаційних ресурсів замовника на відповідному технічному обладнанні — веб-серверах і забезпечення доступу до цих ресурсів через Інтернет;

3) *адміністрування* — здійснення організаційно-технічних заходів для забезпечення функціонування технічних засобів підтримки адресного простору Інтернет;

4) *послуги з навігації* в Інтернеті — створення так званих веб-порталів, які полегшують пошук і доступ до інформаційних ресурсів мережі Інтернет.

У зв'язку з цим інтернет-провайдери поділяються на типи відповідно до наданих послуг.

Провайдер доступу — провайдер, що передає маршрутизуючий матеріал або надає з'єднання для передачі матеріалу через систему або мережу, контрольовану або керовану ним, до чого прирівнюється проміжне зберігання матеріалу в цілях зазначеної передачі, маршрутизації або надання з'єднання [34, с. 498].

Провайдери доступу «безмежно далекі» від змістовного боку здійснюваних при їх посередництві інформаційних транзакцій.

У свою чергу, провайдери доступу можуть бути поділені за функціонально-географічною ознакою на такі види:

— магістральний провайдер (Internet Backbone Provider — IBP — оператор міжрегіональних IP-мереж, що забезпечує переміщення інтернет-трафіка між регіонами країни, а також за кордон і взаємодіє не з користувачами Інтернету, а регіональними та/або місцевими інтернет-провайдерами), що має магістральні канали зв'язку у власності;

— кінцевий провайдер (ISP), що діє на регіональному і локальному рівні і забезпечує надання інтернет-послуг користувачам Інтернету.

Діяльність цієї групи суб'єктів визначається насамперед національними та міжнародними нормативно-правовими актами, що регулюють питання електровз'язку, телекомунікацій, надання інформаційних послуг тощо.

До *другої групи* суб'єктів належать *виробники, власники та розповсюджувачі інформації та інформаційних ресурсів*, тобто суб'єкти, які створюють інформаційне наповнення мережі Інтернет. Ці суб'єкти створюють електронні інформаційні ресурси, володіють правами на них або на окремі документи, що входять до їх складу, та забезпечують функціонування електронних інформаційних ресурсів і задоволення інформаційних потреб користувачів.

Окремо слід виділити групу суб'єктів, яка надає специфічні послуги щодо укладання цивільно-правових угод за допомогою мережі Інтернет (Інтернет-магазини, Інтернет-казино, Інтернет-аукціони, платні інформаційні послуги тощо), тобто все, що охоплюється терміном *e-commerce* (електронна комерція).

Діяльність суб'єктів цієї групи регулюється насамперед цивільним законодавством і законодавством про інтелектуальну власність та авторські права. Щодо електронної комерції, то, незважаючи на неврегульованість цієї сфери в національному законодавстві, слід зазначити, що Інтернет виступає лише *засобом комунікації* між продавцем і споживачем, подібним до телефонного або поштового зв'язку.

Останню, **третю групу** суб'єктів становлять *споживачі телекомунікаційних послуг*. Споживачем може бути юридична або фізична особа, яка потребує, замовляє або отримує телекомунікаційні послуги для власних потреб. Основними видами послуг, які надаються користувачам мережі Інтернет, є: підключення, доступ до інформаційних ресурсів, хостинг та електронна пошта.

Аналіз суб'єктного складу суспільних відносин, що виникають у зв'язку з використанням Інтернету, приводить до висновку про те, що даний суб'єктний склад «слабо корелює» з видами суб'єктів правовідносин. Так, в Інтернеті не принципово, чи є користувач мережі фізичною або юридичною особою, або чи зареєстрований оператор мережевих послуг в якості платника податків.

Причому це стосується не тільки таких суб'єктів правовідносин, як фізичні та юридичні особи. Як суб'єкти правовідносин можуть виступати і органи державної влади, а також органи місцевого самоврядування. Оскільки доступ в Інтернет в даний час є анонімним, то у низці випадків визначення приналежності суб'єкта до традиційних в реальному світі суб'єктів видається складним.

Наприклад, при наданні послуг пошукової інформаційної бази даних в Інтернеті (типу Рамблер, Яндекс) власник цієї бази даних не може визначити, до якої категорії суб'єктів права відноситься конкретний користувач. У той же час при передачі інформації в Інтернеті конкретний суб'єкт може користуватися засобами захисту інформації (наприклад, електронним цифровим підписом), що дозволяє зробити висновок про його статус, або, наприклад, при розміщенні свого інформаційного ресурсу (сайта) в Інтернеті його правовий статус можна оцінити за наданою ним інформацією. Наприклад, інформаційні ресурси в Інтернеті можуть розміщувати громадяни (надаючи інформацію про свої інтереси, хобі, ділову та громадську діяльність і т. д.), організації (надаючи інформацію про свої установчі документи, підприємницьку та громадську діяльність, ділових партнерів, звітність і т. д.), а також органи державної влади. На підставі цього можна зробити висновок про те, що в реаліях сучасного Інтернету не можна достовірно визначити суб'єкта права, за винятком випадків його прямого волевиявлення або сутності конкретних відносин (наприклад, при використанні електронного цифрового підпису).

Структура мережі Інтернет дозволяє будь-якому користувачеві не тільки отримувати необхідну йому інформацію або здійснювати транзакції, але і брати участь у створенні нових інформаційних ресурсів в мережі. Грунтуючись на цьому, можна зробити висновок про те, що всі суб'єкти відносин в Інтернеті є споживачами інформації з мережі. Виняток можуть становити лише особи або організації, чії права порушуються в мережі без їх відома.

Наприклад, при незаконному поширенні конфіденційної інформації в мережі або при незаконному поширенні творів суб'єкти, права яких

порушуються, можуть не знати про те, що відбувається правопорушення, і не бути користувачами Інтернету [35, с. 32].

Розміщення в мережі Інтернет інформації, доступ до цієї інформації, а також «внутрішньомережевий» обмін інформацією здійснюється за участю спеціалізованих організацій — постачальників послуг Інтернету. При цьому сам «Інтернет» як сукупність інформаційних ресурсів не підконтрольний якійсь конкретній особі, державі або міжнародній організації. Можливості окремих держав, міжнародних організацій або світового співтовариства в цілому впливати на зміни цієї ситуації являють собою надзвичайно цікаву тему, однак безумовно виходить за межі даного дослідження.

Сьогодні можна вести мову про те, що, по-перше, кожен провайдер має можливість контролювати інформацію, яка передається в мережу або виходить з мережі при користуванні його послугами. У цьому сенсі кожен провайдер має потенційну можливість встановлювати певні стандарти користування мережею для своїх клієнтів.

По-друге, держава має можливість регулювати і контролювати діяльність провайдерів, що надають послуги на її території, за допомогою різних юридичних інститутів. Рівним чином держава має можливість регулювати і контролювати діяльність будь-яких осіб, які розміщують (передавачі) «Інтернет» інформацію з її території і (або) отримують таку інформацію на її території. По-третє, режим інформаційного обміну з використанням мережі «Інтернет» може бути предметом міжнародно-правового регулювання. Виходячи з розглянутих вище можливостей окремих держав в області регламентації відповідних відносин, з їх врегулюванням на міждержавному рівні не виникає жодних складностей: стандартні механізми міжнародного права тут застосовні рівно настільки, наскільки вони застосовні в будь-якій іншій області.

Таким чином, будь-які відносини, що виникають у зв'язку з використанням мережі Інтернет, можуть бути предметом правового регулювання, причому як на внутрішньодержавному, так і на міжнародному рівні. Вони не мають якихось властивостей, що виводять їх зі сфери впливу правової норми. В той же час такі відносини безумовно мають специфіку, яка вимагає певної адаптації юридичних інститутів (ця адаптація в тому або іншому ракурсі складає по суті основний предмет будь-якого дослідження у галузі правового регулювання використання мережі «Інтернет»).

Технічне розміщення інформації в мережі Інтернет і отримання інформації з мережі можуть здійснюватися на анонімній основі. При цьому анонімно може діяти конкретний користувач мережі (тобто клієнта провайдера, який розмістив або отримав певну інформацію, визначити неможливо), проте завжди можна встановити факт поширення інформації певним постачальником або отримання інформації за допомогою послуг певного провайдера. Все сказане повинно бути прийнято з певними застереженнями. По-перше, існуюча технологія доступу в Інтернет (як при розміщенні, так і при отриманні інформації) в принципі повинна

дозволяти ідентифікувати місце, з якого особа розмістила/отримала інформацію, здійснила доступ в мережу. Під «місцем доступу» слід розуміти фізично виділену лінію зв'язку або індивідуально визначений пристрій зв'язку, до якої (якого) підключено один кінцевий пристрій (комп'ютер). У більшості випадків мова йде про банальну телефонну лінію, підключену до певної квартири (або іншу лінію зв'язку, або визначений мобільний телефон і т.д.). І це межа. При тому, що принципово не існує можливість достовірно визначити особу — учасника відповідного інформаційного обміну, навіть можливість встановлення місця доступу обмежена «внутрішньомережевими» технологіями, здатними на надзвичайно високому рівні гарантувати анонімність. По-друге, не можна виключати можливості появи спеціальних програмних і технічних засобів, які дозволяли б діяти анонімно також і провайдерам — особливо з огляду на складність організації відносин між ними.

На сьогодні мережа «Інтернет» має глобальний масштаб, тобто доступ до мережі можливий з абсолютної більшості країн світу. Якщо виключити ті нечисленні країни, які не володіють необхідними технічними ресурсами для доступу в Інтернет, а також держави, які заборонили користування мережею виключно на своїх територіях, то ми одержимо таку картину. Будь-яка особа на території будь-якої держави при наявності необхідних технічних і програмних засобів може: отримати інформацію, розміщену в мережі (передану в мережу) з будь-якої держави, при цьому, як уже зазначалось, сам носій інформації фізично може перебувати також у будь-якій державі; передати інформацію в мережу, тобто зробити її доступною для будь-якого користувача мережі, незалежно від того, з якої країни здійснюється доступ. Рівним чином передати інформацію можна адресно, тобто зробити її доступною для окремого користувача, здійснюючого доступ з певної країни.

З перших двох тез випливає, що Інтернет дозволяє здійснювати обмін інформацією між користувачами мережі, що знаходяться в будь-яких державах світу.

Отже, навіть побіжне дослідження проблемних питань, пов'язаних з визначенням правової природи самої мережі Інтернет, об'єктів та суб'єктів відносин, що виникають у цій сфері, дозволяє вести мову про певні особливості цих відносин.

І тут серед науковців немає однастайності, і питання про правову природу відносин, що виникають, змінюються і припиняються у сфері використання мережі Інтернет, є найбільш дискусійним і складним.

Аналіз висловлюваних в юридичній доктрині позицій дозволяє зробити висновок, що одні вчені (Ю. Є. Булатецький, А. Б. Венгеров, В. О. Копилов та ін.) виходять із загальної теорії правовідносин і виокремлюють такий вид правовідносин, як інформаційні правовідносини або ще вужчу категорію — правовідносини в Інтернеті.

Так, на думку В. О. Копилова, однорідність та особливості інформаційних відносин визначаються особливостями і юридичними властивос-

тями об'єктів, із приводу яких або у зв'язку з якими вони виникають, а саме: інформації та інформаційних об'єктів, інформаційних технологій, засобів їх забезпечення, засобів зв'язку і телекомунікацій. Особливості ж інформаційних відносин зводяться до того, що вони виникають, розвиваються і припиняються в інформаційній сфері при обігу інформації; опосередковують державну політику визнання, дотримання та захисту інформаційних прав і свобод людини і громадянина в інформаційній сфері; відображають особливості застосування публічно-правових та цивільно-правових методів правового регулювання при здійсненні інформаційних прав і свобод з урахуванням специфічних особливостей та юридичних властивостей інформації та інформаційних об'єктів [9, с. 37].

Інформаційними ці відносини називав ще А. Венгеров і визначав як соціальні відносини, що мають техніко-організаційну сторону і соціальний зміст, які виокремлюються на певному етапі розвитку суспільства (для цілей автоматизації управління); це відносини, котрі складаються у сфері управління господарством між робітниками, їх колективами в процесі реєстрації, збору, передачі, зберігання і обробки інформації. Вони мають об'єктивний характер, тобто оформлюються в об'єктивну матеріальну форму [36].

Інші ж науковці відходять від традиційних понять теорії права і вводять нове поняття «інтернет-відносини», розуміючи під ним віртуальні відносини, які виникають в мережі Інтернет та регулюються нормами права та етики.

Наприклад, І. М. Рассолов пропонує говорити про інтернет-відносини, які є частиною відносин у віртуальному просторі (включаючи моральні, етичні та інші види відносин), учасники яких виступають як носії суб'єктивних прав та обов'язків в Інтернеті. Особливостями таких відносин є те, що вони можуть виникати між особливими суб'єктами (наприклад, операторами зв'язку, провайдерами, розробниками мереж, міжнародними організаціями, відповідальними за розвиток протоколів Інтернету); ці суб'єкти можуть перебувати в різних країнах, їх діяльність може регулюватися законодавствами різних країн; Інтернет-відносини неможливі без використання інформаційно-телекомунікаційних технологій і мереж; ці відносини виділяються на певному етапі розвитку суспільства, держави і технологій [10, с. 72–74].

Деякі ж науковці, дотримуючись традиційного підходу до визначення правової природи відносин, які виникають у мережі Інтернет, виділяють при цьому низку особливостей, притаманних цим правовідносинам. На думку С. В. Малахова, існуючі в Інтернеті цивільні правовідносини мають характеристики, які відрізняють їх від інших цивільних правовідносин, а саме: наявність нетрадиційної передумови (суб'єктами можуть бути тільки користувачі Інтернету, що володіють необхідним доступом в мережу); віртуальність (існують тільки при використанні спеціального програмного і технічного (апаратного) забезпечення в штучно створеному і підтримуваному комп'ютерами середовищі); існування у невизначе-

ному фізичними межами просторі, що може тягти за собою відсутність дієвого механізму правового регулювання [11, с. 14–15].

У літературі також висловлюється точка зору, що Інтернет сам по собі не породжує виникнення правовідносин. Це пояснюється тим, що Інтернет як інформаційно-телекомунікаційна мережа не створює нових об'єктів та товарів, а лише надає можливості для їх створення, розміщення та доступу до них користувачів мережі. Відносини ж, які виникають у зв'язку з функціонуванням Інтернету як інформаційно-телекомунікаційної мережі (маються на увазі технічні апаратні та програмні засоби з'єднання комп'ютерів), належать більше до сфери технічних стандартів та майже не носять правового характеру. У тих небагатьох випадках, коли те чи інше правове регулювання все ж застосовується, його предметом стають послуги, суб'єктивні права та матеріальні об'єкти, які нічим принципово не відрізняються від предметів аналогічного правового регулювання, що існували до появи Інтернету [37, с. 18].

З такою позицією можна погодитися лише в тому, що в цілому мережа Інтернет, виступаючи об'єктом правового впливу, сама по собі не спричинює виникнення, зміну та припинення правовідносин. Останні виникають із приводу різних елементів складної багаторівневої інфраструктури мережі Інтернет.

Безперечно відносини, які виникають у зв'язку з існуванням та практичним використанням мережі Інтернет, мають свою специфіку, яка виявляється у суб'єктному складі, об'єктах та змісті цих правовідносин. Слід погодитися з М. Б. Касьоною в тому, що на кожному з інфраструктурних рівні мережі Інтернет складаються відповідні правові відносини, в яких беруть участь різні суб'єкти права та які виникають із приводу досить специфічних об'єктів правового регулювання [17, с. 139]. Такі відносини у переважній своїй більшості мають інформаційне наповнення, оскільки складаються із приводу розміщеної в Інтернеті інформації, та можуть регулюватися за допомогою методів приватного та публічного права або поєднання елементів обох цих методів.

При цьому, як і будь-яке правове відношення, відношення, що виникає в мережі Інтернет, є складною правовою категорією, що включає в себе набір обов'язкових елементів: 1) суб'єктів; 2) об'єкта; 3) змісту. Підстав для виділення у структурі такого правовідношення будь-яких додаткових елементів, на наш погляд, немає. Адже запропоновані у літературі в якості «особливих» елементів так званих «інтернет-відносин» інформація та технічні засоби становлять не що інше, як об'єкт правовідношення.

Залежно від застосованого критерію при проведенні класифікації пропонуємо виділяти такі види правовідносин в мережі Інтернет:

- *залежно від об'єкта регулювання:*

— відносини, які виникають із приводу формування національної мережевої інфраструктури підключення та приєднання мереж, використання каналів телекомунікації абонентського обладнання;

— відносини, які виникають із приводу використання адресного простору відповідного сегмента мережі Інтернет та розподілу IP-адрес;

— відносини, які виникають із приводу створення та адміністрування доменних назв відповідного сегмента мережі Інтернет;

— відносини, які виникають із приводу підключення обладнання користувачів до мережі Інтернет;

— відносини, які виникають із приводу надання послуг хостингу, тобто послуг з розміщення інформаційного ресурсу (веб-сайта) в мережі Інтернет шляхом виділення та надання провайдером дискового простору на власному сервері;

— відносини, які виникають із приводу створення, розповсюдження та використання інтернет-контенту, а також надання різного роду інформаційних послуг;

• *залежно від суб'єктного складу:*

— відносини, які виникають між постачальником мережевих послуг (провайдером) і користувачем мережі Інтернет;

— відносини, які виникають між користувачами Інтернету;

— відносини, які виникають між провайдерами (операторами) та уповноваженими органами державної влади;

• *залежно від економічного змісту:*

— майнові відносини, які виникають із приводу матеріальних благ (наприклад, об'єктів фізичної інфраструктури мережі Інтернет);

— немайнові відносини, які виникають із приводу нематеріальних благ (наприклад, інформації, інформаційних прав і свобод, прав інтелектуальної власності тощо);

• *за галузевою приналежністю:*

— цивільно-правові;

— адміністративні;

— господарські та ін.

• *залежно від присутності «іноземного елемента» у правовідносинах:*

— такі, що ускладнені «іноземним елементом» (наприклад, ситуації коли сервер (об'єкт правовідносин) розміщений за кордоном; провайдер (суб'єкт правовідносин) зареєстрований в іноземній країні; незаконне розміщення об'єктів права інтелектуальної власності в мережі Інтернет, що мало місце на території іноземної держави (юридичний факт);

— правовідносини, які не ускладнені «іноземним елементом» та не виходять за межі юрисдикції однієї держави.

Таким чином, підсумовуючи проведене дослідження, правовідносини в мережі Інтернет можна визначити як врегульовані нормами міжнародного та національного права суспільні відносини, які виникають із приводу матеріальних та нематеріальних об'єктів, залучених до структури побудови, системи функціонування та інформаційного наповнення мережі Інтернет.

Специфіка зазначених правовідносин полягає в тому, що для тих чи інших уповноважених суб'єктів виникають права (тобто відкривається

передбачена правовими нормами, міжнародними договорами, угодами, рішеннями судів, звичаями і забезпечується різними державами можливість діяти певним чином у віртуальному просторі Інтернету) і разом з тим на інших суб'єктів покладаються обов'язки, які передбачають необхідну поведінку, зафіксовану в джерелах інтернет-права і забезпечену доброю волею сторін або державним примусом. Суб'єктний склад відносин, пов'язаних з використанням мережі Інтернет, доволі часто виявляється складним. Це зумовлено тим, що користувач входить в мережу завдяки діяльності самостійної особи, що надає такі Інтернет-послуги — провайдера, доменне ім'я також реєструється самостійною третьою особою — реєстратором, до того ж самостійним суб'єктом є й власник самої адреси сайта, який власником самого сайта може не бути.

На думку Н. А. Дмитрика, до особливостей правовідносин у мережі Інтернет, що мають юридичне значення, можна також віднести [38, с. 149]: невизначеність місця розташування сторін, що обумовлює можливі проблеми з правом, яке необхідно застосувати, а також з реальним виконанням обов'язків; складність ідентифікації учасників правовідносин у мережі; залежність відносин між учасниками мережі від відносин з провайдерами Інтернет-послуг; електронний характер документообігу в мережі, що обумовлює необхідність застосування спеціального програмного та апаратного забезпечення та інші.

До інших специфічних рис цих відносин належать такі: відносини у віртуальному просторі належать до відносин активного типу, тому що обмін інформацією у мережі Інтернет завжди супроводжується активними діями з боку учасників інформаційного обміну у цій мережі; фіксація юридичних фактів у віртуальному просторі, виникнення яких зумовлює виникнення, припинення або зміну відповідних відносин, у більшості випадків потребує застосування спеціальних технічних засобів і необхідного програмного забезпечення в силу властивостей цього технологічного середовища.

Наостанок зазначимо, що цивільно-правові відносини у мережі Інтернет також можуть поділятися на види, наприклад, у залежності від мети, яку переслідує їх встановлення, предмета договорів у мережі. Однак це є предметом окремого дослідження.

Характеристика правовідносин, що виникають у мережі Інтернет, не буде повною без дослідження змісту цих правовідносин, який також вирізняється певними особливостями.

Перш за все, слід зазначити, що суб'єктивне юридичне право і суб'єктивний юридичний обов'язок мають свою структуру [39, с. 574]. Структура суб'єктивного права — це його будова, яка виражається у зв'язку елементів — юридичних можливостей (правомочностей), наданих суб'єкту. Їстотними елементами суб'єктивного права є такі правомочності: правомочність на власні позитивні дії (правовикористання); правомочність на чужі дії (правовиконання); правомочність домагання (правозахист).

Слід погодитись з висловленою у літературі точкою зору, відповідно до якої суб'єктивне право у віртуальному просторі може виступати у формі: права-поведінки, права-користування, права-вимоги і права-претензії.

Структура суб'єктивного юридичного обов'язку є зворотним боком суб'єктивного юридичного права і складається у свою чергу із трьох елементів: необхідності зобов'язаного суб'єкта здійснювати певні дії (активні обов'язки) або утриматися від них (пасивні обов'язки); необхідності зобов'язаного суб'єкта реагувати на законні вимоги правомочної сторони (наприклад, обов'язок виконувати умови договору); необхідності нести юридичну відповідальність (зазнавати позбавлення прав особистого, майнового чи організаційного характеру) у разі відмови від виконання юридичних обов'язків або несумлінного їх виконання, якщо суперечить вимогам правової норми.

Суб'єктивні права і обов'язки перебувають у тісному взаємозв'язку, є взаємозалежними, обумовленими одні одними. Завдяки їм між їх носіями — суб'єктами виникає зв'язок, який називається правовідносинами.

Головною особливістю правовідносин, що виникають у мережі Інтернет, є те, що суб'єктивні права в них, передусім, розкриваються через власні дії користувачів мережі Інтернет, які спричиняють виникнення, припинення чи зміну прав і обов'язків інших учасників Інтернету, а не тільки через обов'язки третіх осіб (інформаційних провайдерів і власників Інтернет-сайтів) [40, с. 14]. При цьому у системі «суб'єктивне право — здійснення суб'єктивного права — суб'єктивний обов'язок — виконання обов'язку» всі елементи взаємопов'язані, а механізм здійснення суб'єктивного права не тільки забезпечує здійснення права, але й містить сукупність умов та засобів здійснення суб'єктивних прав. Як справедливо зазначає Н. А. Дмитрик, механізм здійснення суб'єктивного права, а не саме суб'єктивне право, дозволяє зрозуміти реальний обсяг можливостей, що належать тому чи іншому суб'єкту [38, с. 46].

Суб'єктивне право в Інтернет-просторі можна визначити як гарантовані нормами права вид і міра можливої чи дозволеної поведінки учасника відповідних відносин. В той же час обов'язок є видом або мірою належної чи необхідної поведінки.

Найбільш загальним поділом способів здійснення прав у мережі Інтернет є їх поділ на юридичні та фактичні способи здійснення прав. Подібний поділ можливо застосовувати і для виконання обов'язків. При цьому під фактичними способами здійснення суб'єктивного права розуміється дія або система дій уповноваженої особи, що не мають ознак правочинів. Під юридичними способами здійснення суб'єктивного цивільного права розуміють дію або систему дій, що мають ознаки правочинів, чи інші юридично значимі дії. Мова йде як про двосторонні, так і про односторонні правочини. Разом з тим такий розподіл має досить умовний характер, адже багато видів дій не можна однозначно віднести

до фактичних або юридичних способів здійснення права. Так, на серверах мережі Інтернет часто розміщуються екземпляри програм для ЕОМ, причому в деяких випадках вказується, що всі бажаючі можуть безкоштовно використовувати дану програму. Якщо особа копіює (скачує) програму і встановлює її на свій комп'ютер, вона, з одного боку, здійснює фактичні дії (копіює інформацію), з іншого — вчиняє юридичну дію — угоду з правовласником програми, в силу якої у даної особи виникає право використання конкретного примірника програми.

Визначеність способів здійснення прав та виконання обов'язків залежать від виду прав та обов'язків. Для класифікації способів здійснення суб'єктивних прав принциповим є поділ прав на абсолютні і відносні. Ця відмінність базується на відмінності кола зобов'язаних осіб, що протистоять особі, яка володіє правом. Абсолютними вважаються ті права, де уповноваженій особі протистоять невизначене коло зобов'язаних осіб, а у випадку з відносними правами, коло зобов'язаних осіб є конкретним [41, с. 294]. З точки зору способів здійснення прав і виконання обов'язків важливим є те, що в абсолютних правовідносинах уповноваженій особі протистоять лише пасивно зобов'язані особи, в той час як у зобов'язальних правовідносинах на іншій стороні є одна або кілька осіб, на яких може бути покладено обов'язок активного типу. При цьому суб'єктивне право в абсолютних відносинах здійснюється, як правило, «статистичними» способами, особистими діями правомочного суб'єкта, тоді як у відносних правовідносинах суб'єктивне право здійснюється шляхом звернення вимог до зобов'язаної сторони. Способи виконання обов'язків в абсолютних і відносних правовідносинах також різняться. Характерні для абсолютних правовідносин обов'язки пасивного типу виконуються шляхом дотримання встановлених у законі заборон. Обов'язки активного типу можуть існувати тільки у відносних правовідносинах; вони виконуються активними діями зобов'язаного суб'єкта, які розглядаються законом або договором в якості юридичного факту, що тягне виникнення, зміну або припинення правовідносин.

Способи здійснення прав і виконання обов'язків з використанням мережі Інтернет в цілому такі ж, що і в інших сферах цивільного обороту, з деякою специфікою, яка пов'язана з особливостями застосовуваних технічних засобів. Як і в звичайному цивільному обороті, найпоширенішим юридичним способом здійснення прав і виконання обов'язків є укладення угод, у тому числі багатосторонніх. Фактичні способи здійснення прав і обов'язків найчастіше пов'язані з використанням належних користувачам мережі Інтернет об'єктів інтелектуальної власності та іншої інформації і полягають в основному в поширенні інформації за допомогою мережі Інтернет та здійсненні доступу до неї.

Слід вказати на те, що у віртуальному просторі Інтернету конструкція суб'єктивного права як міра можливої поведінки або як сукупний набір повноважень дещо змінює свій зміст. Правомочність на захист у більшості зобов'язальних правовідносин у віртуальному просторі носить

чисто декларативний характер. Правомочність на захист порушених прав, обумовлених договором (договір на надання послуг), обмежується лише скасуванням договірних відносин. Вимога використання державно-примусових заходів у випадку порушення суб'єктивного права в даному випадку важко здійснюється. З цієї причини інтернет-компанії в своїх «Правилах користування» частіше за все згадують лише про один вид своїх правомочностей — правомочність припинити надання послуг у разі порушення користувачем умов договору. Таким чином, суб'єктивне право суб'єкта цивільних правовідносин в Інтернеті (міра можливої поведінки) складається з двох правомочностей: правомочності на власні дії (самостійного здійснення юридично значимих дій) і правомочності вимоги (можливість вимоги від сторони зобов'язання виконання обов'язків). Правомочність на захист у вигляді реалізації державно-примусових заходів у даному випадку стає декларативною правомочністю, оскільки компанія, що надає інтернет-послуги, вважає достатнім припинення надання послуг конкретному користувачеві, який порушив умови, озвучені компанією. Таким чином, обсяг суб'єктивних прав уповноваженої особи визначається не нормативними актами, а умовами інтернет-компанії, які є вичерпними.

Виходячи із особливої структури відносин у мережі Інтернет, на сьогодні проблеми з реалізації прав та обов'язків суб'єктів цієї сфери можна розподілити на проблеми розповсюдження інформації (доменне ім'я, способи розповсюдження та ін.), доступу до інформації (способи доступу і статус посередників), проблеми контенту.

Як зазначає С. В. Петровський, однією з проблем, яка виникає при наданні Інтернет-послуг, є проблема правового регулювання виключних прав на адресу (доменне ім'я), яка ідентифікує інформаційний ресурс у мережі й пов'язує його з правами на товарний знак та фірмову назву. Більш того, «специфіка мережі Інтернет проявляється в тому, що кожен Інтернет-ресурс може відноситись до окремої території виключно за рахунок реєстрації доменного імені в конкретному сегменті мережі» [42, с. 31], а це, у свою чергу, може означати те, що реєстрація веб-сайта за ознакою доменного імені ще не означає фактичне його розташування у певному регіоні [43, с. 39], що може бути визначений наперед в його адресі.

До законодавчих прогалин сьогодні в Україні належить відсутність обов'язку особи, яка має намір створити веб-сайт, надати свої персональні дані (як для фізичних, так і для юридичних осіб) для ідентифікації її як власника цього сайту [44]. Звісно, у мережі вже розроблено низку заходів для ідентифікації таких осіб за допомогою сервісу «whois», що використовується для направлення запитів з приводу отримання інформації про реєстрацію доменного імені до фактичного делегування веб-адреси клієнту, але це не вирішує проблему ідентифікації, тому що, як зазначалося раніше, власником доменного імені і власником інформації, розташованій на веб-сайті, можуть виступати різні особи.

У національному законодавстві, як і в міжнародних договорах, не використовується поняття «Інтернет» як середовище використання творів та об'єктів суміжних прав [45]. Норми вітчизняного законодавства (Цивільний кодекс України, Закон України «Про авторське право і суміжні права») містять більш широкі поняття, що розповсюджуються на цифрові технології, а саме, відтворення, право на розповсюдження серед широкої публіки (доведення до відома, надання доступу). Основні положення полягають у визначенні прав, пов'язаних з використанням творів, виконань, фонограм у цифровій формі, в тому числі в інтерактивних комп'ютерних мережах. Зокрема, відповідно до положень Договорів ВОІВ автори, виконавці, виробники фонограм мають виключні права дозволяти відтворення своїх творів, виконань, фонограм у цифровому середовищі, а також «здійснювати доступ» до своїх творів, виконань, фонограм. До виключного права автора, виконавця, виробника фонограм, відеограм, організації мовлення відноситься право дозволяти відтворення, відповідно, твору, виконання, фонограми, відеограми, програми мовлення (ст. ст. 441, 453—455 ЦК України, ст. ст. 15, 39, 40 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

До виключного права автора, виконавця, виробника фонограм також відноситься право надання доступу будь-якій особі до твору, фонограми та зафіксованого виконання з місця та в час, обраних нею (ст. ст. 453, 454 Цивільного кодексу України, ст. ст. 15, 39, 40 Закону). Слід врахувати, що у тому випадку, коли музичні або відеофайли планується продавати через мережу Інтернет, на це також потрібно отримати дозвіл від автора, виконавця, виробника фонограм, відеограм. Таким чином, для правомірного використання об'єктів авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет необхідно отримати дозвіл від суб'єктів авторського права і суміжних прав.

Автору чи іншому володільцеві авторських прав належить виключне право на економічну експлуатацію твору в будь-який спосіб. Виключність цього права означає, що, за винятком передбачених законодавством випадків, без дозволу особи, якій належать авторські права на твір, жодна особа не може його якимось чином використовувати. Лише автор та (або) його правонаступник мають виключне право вчиняти ряд дій, пов'язаних з використанням твору [46].

Однією з форм використання твору є право на відтворення [47]. Відтворення (копіювання) — це виготовлення одного чи більше примірників (копій) твору в будь-якій матеріальній формі, в тому числі у звуко- і відеозаписі, а також записі у пам'яті комп'ютера. Як наслідок, примірники твору — це результати його відтворення у будь-якій матеріальній формі дещо детальніше пояснює Акт про авторське право США 1976 року [47], а саме: «матеріальні об'єкти, ... в яких твір зафіксовано будь-яким методом, відомим зараз або тим, що буде винайдено пізніше, з якого вони можуть бути сприйняті, відтворені або іншим чином повідомлені, або безпосередньо, або за допомогою машини чи пристрою».

Закон України «Про авторське право і суміжні права» [46] описує цей процес як «запис для тимчасового чи постійного зберігання в електронній (у тому числі цифровій), оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер». Щодо даного питання свою точку зору висловив Вищий господарський суд України. Судом у постанові [48] було справедливо зазначено, що «розміщення творів у мережі Інтернет у вигляді, доступному для публічного споживання, є їх відтворенням в розумінні ... Закону України про авторське право і суміжні права». Для окреслення самого процесу роботи глобальної мережі є надзвичайно важливою позиція Суду щодо «тимчасового чи постійного зберігання».

Адже будь-який користувач Інтернету, переглядаючи будь-який контент, розміщений в мережі, створює, як мінімум, сім тимчасових копій цього твору: по одній копії в модемах передаючого та приймаючого комп'ютерів, в одному чи кількох проміжних комп'ютерах — маршрутизаторах, у браузері, а також в оперативній пам'яті, у відеодекомпресійному чіпі та у відеокарті самого приймаючого комп'ютера, притому не враховуючи копії, що зберігаються на жорсткому диску користувача комп'ютера. Деякі країни світу у своєму законодавстві навіть не згадують про тимчасові електронні копії, такі, наприклад, як Росія, США все частіше приймають рішення про розповсюдження авторсько-правової охорони на копії творів, зафіксованих в оперативній пам'яті комп'ютера. Потрібно звернути увагу на те, що згідно з позицією національних судів, хоча практика по даній категорії справ не надто велика, тимчасова фіксація розміщеного в Інтернеті твору в оперативній пам'яті комп'ютера визнається актом відтворення, що у поєднанні з повсякчасним та невід'ємним характером тимчасового копіювання в Інтернеті призводить до ситуації, коли кожен користувач Інтернету автоматично стає потенційним порушником авторських прав [49].

Дане питання потребує гострого реагування, як з боку національного законодавця, так і міжнародних організацій. Проте, звісно перші кроки в даному напрямку були зроблені у 1996 році під егідою Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ): міжнародні угоди — Договір ВОІВ про авторське право [50] та Договір ВОІВ про виконання і фонограми [51, с. 80]. Обидві ці угоди залишають відкритим питання про те, чи є тимчасові копії в Інтернеті примірниками творів в юридичному сенсі.

Водночас обидва договори значно зміцнюють право авторів та їхніх правонаступників на розповсюдження творів, зачеплене функціонуванням Інтернету в не меншому ступені, ніж право на відтворення, а також створюють нові права, які раніше володільцям авторських прав за національним законодавством жодної держави-учасниці не надавались.

Відповідно до основ національного законодавства, автори та їх правонаступники мають виключне право на розповсюдження творів шляхом продажу або відчуження в інший спосіб та здачі в найм чи у прокат [46].

При аналізі даного положення стає очевидним той факт, що визначення права на розповсюдження залежить від визначення порушення права на відтворення, оскільки першим передбачається передача прав власності на примірник твору. З огляду на цю вимогу копії, для того, щоби право на розповсюдження було порушено, право на відтворення має бути порушеним. Виходячи з цієї залежності, в деяких країнах право на розповсюдження включається до права на відтворення та вважається, що Бернською конвенцією передбачено право на розповсюдження через право на відтворення, закріплене ст. 9. Позиція деяких європейських країн щодо даного питання, говорить про те, що право на розповсюдження не повинно застосовуватися в контексті Інтернету [52]. Узгоджена Заява щодо ст. ст. 6 та 7 Договору ВОІВ про авторське право обмежує сферу дії права на розповсюдження зафіксованими копіями, «які можуть бути введені до обігу у вигляді матеріальних об'єктів». Згідно з правилами Європейського Союзу стосовно вільного руху товарів та послуг розглядають трансакції, здійснені за допомогою Інтернету, як послуги, тому відповідно країни Європи вважають передачу інформації через Інтернет послугою, а не товаром. Дана політика Європейського Союзу пояснюється застосуванням його державами-членами «принципу вичерпання», аналогу «доктрини першого продажу», сприйнятої авторсько-правовим законодавством США, України та інших країн.

«Вичерпання» є обмеженням права на розповсюдження. Право на розповсюдження вичерпується із введенням до обігу правомірно виготовлених примірників твору самим володільцем авторських прав на твір або кимсь іншим з його дозволу. Інакше кажучи, з моменту продажу або відчуження іншим чином володільцем авторських прав примірника твору цей примірник може надалі розповсюджуватись без згоди володільця авторських прав на твір та без виплати йому винагороди. Проте сказане не означає, що з першим продажем також вичерпуються права автора та його правонаступників на інші форми економічної експлуатації твору. Реалізація даного принципу стосовно творів, що передаються в мережі Інтернет, викликає певні труднощі, адже набувач примірника твору втрачає його після передачі іншій особі. Варто лише володільцю авторських прав на твір розмістити його примірник в Інтернеті, як цей примірник може бути переданий користувачам Інтернету необмежену кількість разів. Це спричинює конфлікт між правом на відтворення та правом на розповсюдження, оскільки в результаті кожної передачі твору створюється його примірник, в той час як оригінал залишається у того, хто здійснює передачу [53, с. 37].

Наступною формою виключних прав автора та (або) його правонаступників є право на публічне виконання та на публічний показ творів. Українським законом публічне виконання розуміється як «подання за згодою суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав творів, виконань, фонограм, передач організацій мовлення шляхом декламації, гри,

співу, танцю та іншим способом як безпосередньо (у живому виконанні), так і за допомогою будь-яких пристроїв і процесів (за винятком передачі в ефір чи по кабелях) у місцях, де присутні чи можуть бути присутніми особи, які не належать до звичайного кола сім'ї або близьких знайомих цієї сім'ї, незалежно від того, чи присутні вони в одному місці і в один і той самий час або в різних місцях і в різний час», а публічний показ — як «будь-яка демонстрація оригіналу або примірника твору, виконання, фонограми, відеограми, передачі організації мовлення за згодою суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав безпосередньо або на екрані за допомогою плівки, слайда, телевізійного кадру тощо (за винятком передачі в ефір чи по кабелях) або за допомогою інших пристроїв чи процесів у місцях, де присутні чи можуть бути присутніми особи, які не належать до звичайного кола однієї сім'ї чи близьких знайомих цієї сім'ї особи, яка здійснює показ, незалежно від того, чи присутні вони в одному місці і в один і той самий час або в різних місцях і в різний час» [46].

Відповідно до Американського акта, право на публічне виконання поширюється на літературні, музичні, драматичні та хореографічні твори, пантоміму, кінофільми та інші аудіовізуальні твори, а право на публічний показ — також і на твори образотворчого мистецтва, включаючи окремі кадри кінофільмів та інших аудіовізуальних творів [47]. Також, відповідно до нього, публічне виконання не поширюється на звукові записи, окрім тих, публічне виконання яких здійснюється шляхом цифрової передачі, хоча публічне виконання звукового запису може порушувати право на публічне виконання музичного твору, який зафіксовано у звуковому записі.

Згідно з американським законодавством, право на публічне виконання та право на публічний показ охоплює право на «передачу» творів, а значить, стосується діяльності по розміщенню творів в Інтернеті. Але, слід відмітити, що у процесі публічного виконання має відбуватися передача виконання твору, а у випадку публічного показу — примірник самого твору. Так, наприклад, передача закодованих цифровим шляхом звуків музичного твору на комп'ютер користувача Інтернету може порушувати право на публічний показ (як і право на відтворення і право на розповсюдження), але не право на публічне виконання, оскільки на приймаючому комп'ютері не відбувається виконання твору [52].

Згідно з позицією вітчизняного законодавства, «передача в ефір чи по кабелях» неоднозначно трактується і як «публічне виконання», і як «публічний показ». Тому дане питання потребує доопрацювання відповідно з вимогами, які диктує час.

Відповідно до Бернської конвенції та ряду інших міжнародних актів, за авторами та їхніми правонаступниками визнається виключне право на публічне сповіщення творів. ВОІВ теж висловила свою позицію з даного приводу, в своєму Глосарії вона визначила публічне сповіщення таким чином: «Представлення твору, виконання, фонограми або передачі

у вигляді, який може бути сприйнятий будь-яким придатним чином особами в широкому розумінні, тобто особами, які не належать до кола знайомих. Це поняття є ширшим за опублікування і також включає, серед іншого, такі форми використання як публічне виконання, сповіщення публіці шляхом передачі по проводах або безпосереднє сповіщення публіці прийому передачі» [54].

В українському законодавстві теж існує правова позиція, що саме потрібно розуміти під публічним сповіщенням, а саме: «Передача за згодою суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав в ефір за допомогою радіохвиль (а також лазерних променів, гама-променів тощо), у тому числі з використанням супутників, чи передача на віддаль за допомогою дротів або будь-якого виду наземного чи підземного (підводного) кабелю (провідникового, оптоволоконного та інших видів) творів, виконань, будь-яких звуків і (або) зображень, їх записів у фонограмах і відеограмах, програм організації мовлення тощо, коли зазначена передача може бути сприйнята необмеженою кількістю осіб у різних місцях, віддаленість яких від місця передачі є такою, що без зазначеної передачі зображення чи звуку не можуть бути сприйняті». Також в українському законодавстві, на відміну від американського, існують такі терміни, як «публічне виконання», «публічний показ» та «публічна демонстрація», які охоплюють всі інші форми оприлюднення твору, не охоплені поняттям «публічне сповіщення (доведення до загального відома)».

У США ж вважається, що право на публічне сповіщення і право на публічний показ є близькими за змістом концепціями [55, с. 61]. У Бернській конвенції право на публічне сповіщення встановлюється лише стосовно певних категорій об'єктів: виконання драматичних, музично-драматичних та музичних творів, передача в ефір та по дротах, кінематографічні переробки і відтворення літературних та художніх творів, декламування літературних творів, а також кінематографічні твори [56].

Цікавим фактом є те, що норми даної Конвенції стосовно публічного сповіщення не розповсюджуються на всі види творів, що передаються Інтернетом (наприклад, комп'ютерні програми, твори образотворчого мистецтва, фотографії та ноти не можуть бути ані передані в ефір чи по дротах, ані декламовані).

Наступною категорією прав, що належать автору твору, є немайнові права. Специфіка цифрового середовища та проблеми, що виникають з його використанням, змушують деяких вчених говорити про те, що потрібно взагалі відмовитись від концепції немайнових прав щодо розміщених в Інтернеті творів. Проте на сьогоднішній день цілком очевидно, що визнання немайнових прав та подальше розповсюдження за допомогою Інтернету твору із зміненім іменем автора або без його зазначення (якщо твір був підписаний) є протиправним діянням, що тягне за собою притягнення до відповідальності. Відповідно до ст. 438 Цивільного кодексу України [57], автор твору має право на такі види немайнових прав: вимагати зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору,

якщо це практично можливо; забороняти зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору; обирати псевдонім у зв'язку з використанням твору; на недоторканність твору. Також в ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [58] містяться положення про особисті немайнові права автора, а саме: вимагати визнання свого авторства шляхом зазначення належним чином імені автора на творі і його примірниках і за будь-якого публічного використання твору, якщо це практично можливо; забороняти під час публічного використання твору згадування свого імені, якщо він як автор твору бажає залишитися анонімом; вибирати псевдонім, зазначати і вимагати зазначення псевдоніма замість справжнього імені автора на творі і його примірниках і під час будь-якого його публічного використання; вимагати збереження цілісності твору і протидіяти будь-якому перекручуванню, спотворенню або іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі і репутації автора.

Цікавим є досвід Польщі стосовно питань дотримання немайнових прав автора. Польське законодавство містить положення стосовно безперешкодного права нагляду над користуванням твору. Дана позиція є досить цікавою для запозичення вітчизняним законодавцем.

У січні 2014 року закінчилось обговорення проекту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо захисту авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет», який було представлено на розгляд Державною службою інтелектуальної власності України. У разі прийняття цього проекту передбачалось блокування сайта провайдером, оператором телекомунікацій на підставі заяви особи, яка вважає, що її авторське право та/або суміжні права порушені. При цьому законопроект не вимагав від заявника доведення вини власника веб-сайта. Якщо власник сайта не надає свою відповідь протягом двох робочих днів або не вживає протягом цього терміну заходів щодо припинення порушення авторського права та/або суміжних прав заявника, провайдер, оператор телекомунікацій зобов'язаний заблокувати відповідний сайт. Окрім цього, провайдер, оператор телекомунікацій уповноважуються блокувати адреси в мережі Інтернет, на яких містяться посилання на сайти, контент яких порушує авторські та/або суміжні права особи.

Разом з тим міжнародний досвід свідчить, що рішення про блокування веб-сайтів приймається здебільшого судовими органами (Великобританія, Австрія, Бельгія тощо). Провайдер, оператор телекомунікацій є суб'єктами господарювання, а не органами влади, що уповноважені обмежувати права особи чи позбавляти її цих прав у разі порушення нею законодавства України. Враховуючи зазначене, Інститут Медіа Права з приводу запропонованого законопроекту висловив думку, що єдиною підставою для блокування веб-сайта має бути належно аргументоване рішення суду. При цьому тягар доведення правопорушення має нести заявник — особа, яка вважає, що її авторські та/або суміжні права порушені [59; 60].

Варто зазначити, що законодавство України не містить визначення терміна «власник сайта». Правила домену UA, які є частиною договорів, укладених між Адміністратором домену UA та реєстраторами доменних імен, визначають, що особа, яка бажає користуватися та розпоряджатися певним доменним іменем у публічному домені є реєстрантом. Таким чином, незрозуміло, хто саме виступає як власник сайта і несе відповідальність за порушення авторських та/або суміжних прав.

Слід звернути увагу на Проект Закону про внесення змін до деяких законів України щодо посилення відповідальності за вчинені правопорушення у сфері інформаційної безпеки та боротьби з кіберзлочинністю № 2133а від 19 червня 2015 р. [61], що зобов'язує інтернет-провайдерів блокувати доступ до веб-ресурсів, через які здійснюється поширення інформації, що суперечить Закону «Про основи національної безпеки України», на підставі рішення Національної комісії, що здійснює держрегулювання у сфері зв'язку та інформатизації [62].

Таким чином, можна констатувати, що суб'єктивні права та обов'язки учасників Інтернет-відносин відрізняються динамікою фактичних способів здійснення прав, що у свою чергу потребує відповідного вдосконалення юридичних способів здійснення прав у цифровому середовищі.

Зростання рівня порушень авторських і суміжних прав у мережі Інтернет визиває занепокоєння, Україна визнана однією з країн з найбільшим рівнем порушень у даній сфері. Для того щоб виявити причини даного стану речей, необхідним вбачається зробити аналіз законодавства України, проаналізувати позитивні та негативні сторони, існуючі прогалини, а також тенденції розвитку.

Законодавче регулювання мережі Інтернет в Україні знаходиться на дуже низькому рівні, нормативно-правові акти не розкривають поняття «Інтернет», а деякі з них зовсім не містять даного терміна. Проблема визначення поняття мережі Інтернет призвела до того, що законодавець, по суті, вирішив зовсім не використовувати даний термін. Також проблемним є питання виявлення суб'єкта правопорушення, оскільки законодавство не дає чіткої відповіді на дане питання, це може бути як користувач, так і володілець сайта. У проекті Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав» та в Рекомендаціях Державної служби інтелектуальної власності передбачена відповідальність також і провайдера. Ще одна проблема, яка виникає в момент доказування вчинення правопорушення в мережі Інтернет, — це складність та нерегульованість процесу надання та фіксації доказів. Отже, ці проблеми та багато інших свідчать про те, що в законодавстві України відсутні норми, які б повно та конкретно регулювали відносини захисту об'єктів авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет.

Основним законом, який регулює відносини авторського права і суміжних прав, є Цивільний кодекс України, який, по суті, оперує лише загальними положеннями та не містить в собі специфічних статей, по-

в'язаних з мережею Інтернет. Однак в ньому врегульоване питання про відтворення твору, відповідно до ст. 441 ЦКУ відтворення будь-яким способом та у будь-якій формі є його використанням, по суті дана стаття також включає в себе і відтворення за допомогою мережі Інтернет.

Закон України «Про авторське право і суміжні права» містить у собі певні необхідні терміни та положення, що стосуються захисту авторських і суміжних прав у мережі Інтернет: піратство; контрафактний примірник твору; опублікування твору, фонограми, відеограми (яке включає в себе випуск твору також і в електронній формі); плагіат; способи захисту авторського права і суміжних прав. Однак даний закон також не містить специфічних положень, які стосуються мережі Інтернет.

Потрібно зауважити, що певні положення щодо захисту об'єктів права інтелектуальної власності в мережі Інтернет роз'яснюються у рамках Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав». В Пленумі надано тлумачення розміщенню творів у мережі Інтернет — це подання творів до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним бажанням, таке розміщення є правомірним лише з дозволу автора чи іншої особи, яка має авторське право.

Вказується на те, що виготовлення одного або більше примірників твору, відеограми, фонограми в будь-якій матеріальній формі, а також їх запис для тимчасового чи постійного зберігання в електронній (у тому числі цифровій), оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер, якщо у зв'язку з таким розміщенням у мережі Інтернет порушуються майнові права суб'єкта авторського права, дає підстави для судового захисту авторського права. Неправомірне зберігання копії комп'ютерної програми в пам'яті електронного засобу (комп'ютера тощо) є порушенням майнового авторського права [63]. І хоча ці положення не визнаються обов'язковими, але по суті використовуються судами у практиці вирішення спорів. Але не досягнуто ще безліч питань, які потребують негайного роз'яснення та фіксації в законодавстві. Наприклад, Ю. І. Юдкін у своїй статті вказує перелік термінів, які необхідно визначити в законодавчому порядку. Це такі базові поняття, як, власне, мережа Інтернет, доменне ім'я, директорія, файл, провайдер, хостинг-провайдер, власник доменного імені, сайт, статичне й динамічне представлення інформації, цифрова й аналогова форма представлення інформації, гіперпосилання, фрейм, трафік, клік, реєг-to-реєг, скачування, форум, ньюс-група та ін. Причому зробити це не в розрізних підзаконних актах, важкодоступних для користувачів мережі, а в єдиному кодифікованому акті. Без цього всі спроби сформулювати ефективний захист авторських прав у мережі Інтернет приречені на провал. Без цього щоразу у суді навіть в очевидній ситуації треба буде пояснювати судді, про що ми говоримо [64, с. 205].

Державною службою інтелектуальної власності були розроблені Рекомендації для Інтернет-провайдерів, контент-провайдерів та користу-

вачів файлообмінних мереж та інших веб-сервісів щодо правомірного використання об'єктів авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет. В них визначені порушення авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет, діяльність провайдерів щодо надання послуг у мережі Інтернет, впровадження заходів, спрямованих на дотримання вимог законодавства при користуванні Інтернет-послугами та запобігання онлайн-піратству, перспективи внесення змін до законодавства України щодо відповідальності провайдерів [65]. В даній рекомендації, зокрема, вказується на необхідність введення відповідальності постачальників Інтернет-послуг.

В Україні здійснюються певні спроби внесення змін до законодавства. Наприклад, законопроект № 6523 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав» 2010 року. Оцінюючи проект у цілому, юристи називають його досить сирым та незбалансованим. Проект пропонує виключити з поняття «розповсюдження» безоплатне розповсюдження творів на Інтернет-ресурсах, оскільки під це поняття підпадатиме лише продаж або інше відчуження оригіналу або примірника твору, тоді як, по-перше, примірником твору визнається лише матеріальна копія, а по-друге, під час копіювання файла з твором не відбувається ані відчуження, ані продажу твору. По суті, проект зводить поняття «розповсюдження» лише до обігу матеріальних копій, тоді як Інтернет зазвичай оперує електронними файлами без матеріальних носіїв. Також за даним законопроектом у разі виявлення порушення в мережі Інтернет суб'єкт авторського права і (або) суміжних прав має право звернутися до особи, за допомогою послуг якої порушується авторське право і (або) суміжні права, у тому числі до провайдера/оператора телекомунікацій, котрий забезпечує доступ до мережі Інтернет або послуги з розміщення інтернет-сайта абонента на обладнанні провайдера, з вимогою сприяти припиненню порушення авторського права і (або) суміжних прав, яка має бути розглянута протягом двох тижнів, а порушення прав має бути припинене. До умисних порушень авторського права, передбачених ст. 176 Кримінального кодексу України, додаються порушення у мережі Інтернет. Також запроваджуються норми про можливість стягнення відшкодування в подвійному розмірі збитків, завданих порушенням авторського права (до речі, аналогічна норма вже давно працює в сусідній Росії), можливість нотаріально засвідчувати зображення веб-сторінок для їхнього подальшого використання як доказів чи можливість укласти ліцензійні угоди на програмне забезпечення не лише у письмовій формі, а й шляхом вчинення конклюдентних дій [66].

Також даним законопроектом передбачається обов'язок провайдера/оператора телекомунікацій, котрий забезпечує доступ до мережі Інтернет або послуги з розміщення інтернет-сайта абонента на обладнанні провайдера, в разі порушення авторського права і (або) суміжних прав припинити доступ до мережі Інтернет або припинити надання послуг

з розміщення Інтернет-сайта абонента на обладнанні провайдера. У разі невиконання зазначеного обов'язку вказана особа, за допомогою послуг якої порушується авторське право і (або) суміжні права, несе з порушником авторського права і (або) суміжних прав солідарну відповідальність за порушення авторського права і (або) суміжних прав.

Також пропонується внести зміни в інші нормативно-правові акти, такі як Цивільний кодекс України, Кодекс України про адміністративні правопорушення, Кримінальний кодекс України, Закон України «Про нотаріат», Закон України «Про телекомунікації», Закон України «Про професійних творчих працівників та творчі спілки», Закон України «Про телебачення і радіомовлення», Закон України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних», Закон України «Про гастрольні заходи в Україні».

З приводу даного законопроекту ведуться дискусії ще з 2010 року, які не вирішені досі, оскільки більшість статей потребує вдосконалення та уточнення. Однак якщо розглядати його як крок до вдосконалення законодавства у сфері захисту прав інтелектуальної власності від піратства, то його можна використовувати як основу для подальшого розвитку.

Як вбачається з аналізу чинного законодавства, при кваліфікації діянь як порушень у мережі Інтернет постає проблема визначення не лише ознак порушення, його галузевої приналежності, але й встановлення належного суб'єкта такого правопорушення. Зазначене зумовлює необхідність розробки чіткого механізму захисту прав авторів у мережі Інтернет з встановленням суб'єктів праввідносин, що виникають, специфіки їх об'єкта [67, с. 226].

Відсутність належної законодавчої бази обумовила поширення плагіату, судові справи щодо якого надзвичайно складні, оскільки довести сам факт плагіату непросто. Поширення набули факти незаконного розповсюдження творів у мережі Інтернет, їх публічне сповіщення у громадських місцях, наукового плагіату, що призводить до появи так званих «фахівців», досягнення яких викликають великий сумнів. Українські науковці висловлюють занепокоєність розповсюдженням плагіату в усіх сферах суспільного життя [68, с. 6–7].

Тому можна констатувати, що законодавство України майже не містить в собі положень, які стосуються регулювання авторського права і суміжних прав в мережі Інтернет. А ті положення, які існують, не узгоджені між собою та не містять в собі повну інформацію по даному питанню. Необхідно приділити увагу таким питанням: визначенню необхідних термінів, які використовуються при розгляді справ, пов'язаних з мережею Інтернет; визначенню суб'єкта правопорушення; порядку взаємодії відповідних органів з юридичними особами при виявленні правопорушення (наприклад, з провайдерами); санкції за порушення авторських і суміжних прав в мережі Інтернет; порядку надання та фіксації доказів; запобіганню порушенням авторських і суміжних прав в мережі Інтернет тощо.

Л і т е р а т у р а

1. Рассолов И. М. Право и Интернет: теоретические проблемы : дис. ... д-ра юрид. наук / *И. М. Рассолов*. — М., 2008. — 357 с.
2. Глушков А. В. Проблемы правового регулирования интернет-отношений : дис. ... канд. юрид. наук / *А. В. Глушков*. — СПб., 2007. — 198 с.
3. Бабкин С. А. Интеллектуальная собственность в глобальной компьютерной сети «Интернет»: проблемы гражданско-правового регулирования в России и США (сравнительно-правовой анализ) : дис. ... канд. юрид. наук / *С. А. Бабкин*. — М., 2004. — 210 с.
4. Мамон З. В. Деякі аспекти захисту авторських прав у мережі Інтернет [Електронний ресурс] / *З. В. Мамон*. — Режим доступу: <http://www.yurlex.com.ua/print/ua/companu/contact/index.htm>.
5. Литвинов Є. П. Правовідносини в Інтернет-праві / *Є. П. Литвинов* // Часопис Київського університету права. — 2013. — № 3. — С. 145–149.
6. Проникнення інтернету в Україні : дані установчих досліджень у II кварталі 2015 [Електронний ресурс] // Дослідницький холдинг Factum Group Ukraine. — Режим доступу: http://www.inau.org.ua/analytics_yuq.phtml.
7. Справочник по сетям на базе протокола Интернет (IP) и соответствующим темам и вопросам [Електронний ресурс] / Международный союз электросвязи. — Женева, 2005. — Режим доступу: http://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/hdb/D-HDB-IP-2005-PDF-R.pdf.
8. Петровский С. В. Интернет-услуги в российском праве / *С. В. Петровский*. — М. : Агентство «Изд. сервис», 2003. — 272 с.
9. Копылов В. А. Информационное право : учебник / *В. А. Копылов*. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2002. — 512 с.
10. Рассолов И. М. Право и интернет / *И. М. Рассолов*. — 2-е изд., доп. — М. : Норма, 2009. — 383 с.
11. Малахов С. В. Гражданско-правовое регулирование отношений в глобальной компьютерной сети Интернет : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / *С. В. Малахов*. — М., 2001. — 21 с.
12. Гревцов Ю. И. К проблеме правового регулирования / *Ю. И. Гревцов* // Правоведение. — 1981. — № 1. — С. 48–54.
13. Матузов Н. И. Теория государства и права : учебник / *Н. И. Матузов, А. В. Малько*. — М. : Юристъ, 2004. — 512 с.
14. Пазюк А. В. К вопросу о необходимости определения термина «Интернет» в международном праве [Електронний ресурс] / *А. В. Пазюк*. — Режим доступу: <http://iir-kiev.academia.edu/AndriiPaziuk>.
15. Середа М. Ю. Закрепление права на доступ в сеть Интернет в международно-правовых актах и законодательстве зарубежных стран / *М. Ю. Середа* // Международное публичное и частное право. — 2013. — № 5. — С. 44–47.
16. Якушев М. В. Есть ли альтернатива интернету? [Електронний ресурс] / *М. В. Якушев* // Информационное общество. — 2014. — Вып. 2. — С. 4–9. — Режим доступу: <http://emag.iis.ru/arc/infosoc/emag.nsf/BPA/b1f18e618bde11744257d630043c651>.
17. Касенова М. Б. Влияние технологической инфраструктуры интернета на формирование правового регулирования использования интернета / *М. Б. Касенова* // Право и государство: теория и практика. — 2014. — № 12. — С. 138–142.
18. Касенова М. Б. 2015: перспективы трансграничного управления интернетом / *М. Б. Касенова* // Евразийский юридический журнал. — 2013. — № 11. — С. 19–21.
19. Черкасов А. Сайт — сложный объект авторского права (некоторые аспекты проблемы) [Електронний ресурс] / *А. Черкасов*. — 2003. — Режим доступа: <http://www.comprice.ru/articles/detail.php?ID=42322>.

20. О правовой охране компьютерных программ: Директива Совета Европейских Сообществ 91/250/ЕЭС от 14 мая 1991 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_065.
21. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
22. Гражданский кодекс Российской Федерации от 18.12.2006 № 230-ФЗ [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.consultant.ru/online>.
23. Жуванов Д. Какую форму охраны выбрать для компьютерной программы? [Электронный ресурс] / Д. Жуванов, Е. Стогний. — Режим доступа: <http://www.inventa.ua/content.php?l=17&p=103>.
24. Дмитришин В. С. Набуття та передання прав на комп'ютерні програми : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. С. Дмитришин. — К., 2008. — 21 с.
25. Середа С. Правовая защита авторства на программные продукты [Электронный ресурс] / С. Середа. — Режим доступа: <http://www.russianlaw.net/law/ip/copyright/a138>.
26. Про охорону прав на знаки для товарів та послуг : Закон України від 15 груд. 1993 р. // Відомості Верховної Ради. — 1994. — № 7. — Ст. 36.
27. «Правила домена.UA» [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.domenua.com.ua/uapolicy-rus.php>.
28. Жуванов Д. Проблема доменных имен в Украине [Электронный ресурс] / Д. Жуванов, Е. Стогний. — Режим доступа: <http://www.inventa.ua/content.php?l=17&p=104>.
29. Щодо питання віднесення веб-сайту до об'єктів авторського права (комп'ютерних програм) : лист М-ва юстиції України від 18 груд. 2006 р. № 19-5-537 // Бухгалтер. — 2007. — № 3.
30. Щодо веб-сайту як об'єкта авторського права : лист Держ. департаменту інтелектуальної власності М-ва освіти і науки України від 22 січ. 2007 р. № 16-14/231 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://owk.com.ua/index.php/list-ministerstva-osviti-i-nauki-ukrajini-shchodo-veb-sajtu-yak-ob-ekta-avtorskogo-prava>.
31. Ульянова Г. А. Объекты права интеллектуальной собственности, которые обеспечивают функционирование сети Интернет: проблемы правовой охраны / Г. А. Ульянова // Проблемы пиратства в Российской Федерации. Особенности Интернет-пиратства: материалы Междунар. науч.-практ. конф. — М. : ГОУ ВПО РГАИС, 2011. — С. 93–99.
32. Бачило И. Л. Информационное право : учеб. для вузов / И. Л. Бачило. — М. : Высш. образование, Юрайт-Издат., 2009. — 454 с.
33. Телекоммуникации и право / под ред. Ю. М. Батурина. — М. : Центр «Право и средства массовой информации». — М., 2003. — 133 с. — (Серия «Журналистика и право»; вып. 26).
34. Бабкин С. А. Интеллектуальная собственность в Интернете / С. А. Бабкин. — М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2006. — 512 с.
35. Дашян М. С. Право информационных магистралей (Law of Information Highways). Вопросы правового регулирования в сфере Интернет / М. С. Дашян. — М. : Волтерс Клувер, 2007. — 288 с.
36. Венгеро А. Б. Право и информация в условиях автоматизации управления. Теоретические проблемы : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / А. Б. Венгеро. — М., 1975.
37. Танимов О. В. О правовой природе и возможности правового регулирования отношений в сети Интернет / О. В. Танимов, Я. В. Кудашкин // Информационное право. — 2012. — № 2. — С. 17–21.
38. Дмитрик Н. А. Осуществление субъективных гражданских прав с использованием сети Интернет / Н. А. Дмитрик. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — 200 с.
39. Скаун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) : учеб. для вузов / О. Ф. Скаун. — Х. : Эспада, 2005. — 840 с.

40. Еннан Р. Поняття, ознаки, сутність, специфіка та види відносин у мережі Інтернет / *Руслан Еннан* // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2013. — № 3. С. 10—19.
41. Грибанов В. П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей // Осуществление и защита гражданских прав / *В. П. Грибанов*. — М.: Статут, 2001. — С. 285—356.
42. Незнамов А. В. Особенности компетенции по рассмотрению Интернет-споров: национальный и международный аспекты: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.05 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / *Незнамов Андрей Владимирович*; Урал. гос. юрид. акад. — Екатеринбург, 2010.
43. Кудряшова Е. В. Юрисдикция (суверенитет) государств и налоговый иммунитет в области косвенного налогообложения / *Е. В. Кудряшова* // Финансовое право. — 2005. — № 10. — С. 39.
44. Єфремова К. В. До перспектив правового регулювання інтернет-правовідносин: господарсько-правовий аспект [Електронний ресурс] / *К. В. Єфремова* // Право та інноваційне суспільство. — 2014. — № 1. — С. 5—11. — Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/pric_2014_1_3.pdf.
45. Рекомендації для Інтернет-провайдерів, контент-провайдерів та користувачів файлообмінних мереж та інших веб-сервісів щодо правомірного використання об'єктів авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/ip.html>.
46. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 груд. 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 64.
47. Copyright Act of 1976, 17 U.S.C. §102(a) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html>.
48. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності: постановою Пленуму Вищого Господарського Суду України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12>.
49. Mark A. Lemley. Dealing with Overlapping Copyrights on the Internet / *Mark A. Lemley* // 22 U. DAYTON L. REV. 547. — 1997. — P. 555.
50. Договір ВОІВ про авторське право [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/wct/wct.html>.
51. Дроб'язко Р. В. Договори Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право та про виконання і фонограми / *В. С. Дроб'язко* // Право України. — 2008. — № 12. — С. 80.
52. Dr. Jens Gaster. Copyright and Related Rights in the Information Society / *Dr. Jens Gaster* // SOFTIC Symposium 1995; Problems of Intellectual Property Rights in the Context of the Information Networks. — Tokyo, Japan, 1995. — Vol. 225. — P. 235.
53. Пастухов О. М. Авторське право в Інтернеті: навч. посіб. / *О. М. Пастухов*. — К.: Школа, 2004. — 144 с.
54. Офіційний сайт Всесвітньої організації інтелектуальної власності [Електронний ресурс]. — Електрон. дан. (1 файл). — Режим доступу: <http://www.wipo.int/portal/ru>.
55. Comments to Joint Hearing on H.R. 2441 and S. 1284 (prepared statement of Dr. Mihaly Ficsor, Assistant Director General of WIPO). — P. 61.
56. Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений. Парижский акт от 24 июля 1971 года, изменённый 2 октября 1979 года [Електронний ресурс]. — Женева: ВОИС, 1990. — Ст. 2(4). — Режим доступу: <http://www.wipo.int/treaties/ru>.
57. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січ. 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40—44. — Ст. 356.
58. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 груд. 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 64.

59. Позиція Інституту Медіа Права щодо законопроекту про захист авторських прав в Інтернеті [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://medialaw.org.ua/news/rozytsiya-institutu-media-prava-shhodo-za>.
60. Демченко Х. Нововведення у сфері інтелектуальної власності [Електронний ресурс] / Х. Демченко. — Режим доступу: <http://www.legalalliance.com.ua/ukr/press/2169>; <http://www.legalalliance.com.ua/ukr/press/2169/3>
61. Про внесення змін до деяких законів України щодо посилення відповідальності за вчинені правопорушення у сфері інформаційної безпеки та боротьби з кіберзлочинністю: законопроект № 2133а від 19 черв. 2015 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55668.
62. Депутати хочуть зобов'язати провайдерів блокувати доступ до незаконних веб-ресурсів на підставі рішення НКРЗІ [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://ua.interfax.com.ua/news/political/274414.html>.
63. Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав: постанова Пленуму Верховного суду України № 5 від 4 черв. 2010 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10/page>.
64. Юдкін Ю. І. Правові проблеми захисту інформації в мережі Інтернет / Ю. І. Юдкін // Вісник Харківської державної академії дизайну і мистецтв. — 2007. — № 6. — С. 202–206.
65. Рекомендації для Інтернет-провайдерів, контент-провайдерів та користувачів файлообмінних мереж та інших веб-сервісів щодо правомірного використання об'єктів авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет: рекомендації Держ. служби інтелектуальної власності України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ip.html>.
66. Підлісний Є. Дискусія: Авторський проект [Електронний ресурс] / Є. Підлісний // Український юрист. — 2012. — № 5. — Режим доступу: <http://jurist.ua/?article/131>.
67. Харитонова О. І. Порівняльно-правові дослідження піратства, контрафакції та плагіату за законодавством України та Польщі / О. І. Харитонова // Часопис цивілістики. — 2014. — № 16. — С. 222–226.
68. Орлова А. В. Проблеми захисту авторського права в Україні / А. В. Орлова, Л. В. Первалова // Вісник Національного технічного університету «ХПІ». — 2014. — № 37 (1080). — С. 4–8.

А н о т а ц і я

Харитонова О. І., Ульянова Г. О., Кирилюк А. В., Симонян Ю. Ю., Бааджи Н. П., Позова Д. Д., Григор'янц Г. І., Бурова Л. І., Мартинюк І. В. Проблемні питання визначення правової природи і структури правовідносин інтелектуальної власності, що виникають у мережі Інтернет. — Стаття.

Сьогодні під впливом науково-технічного прогресу значно розширилось коло суспільних відносин. Виникає така категорія правовідносин, як «правовідносини в мережі Інтернет». Постає питання правового регулювання таких відносин, суб'єктного складу, змісту та з приводу чого вони виникають. Саме ці питання розкриті в даній статті.

Ключові слова: правовідносини, Всесвітня мережа Інтернет, інтелектуальна власність, учасники відносин, правове регулювання, об'єкт правовідносин, суб'єкт правовідносин, зміст правовідносин.

А н н о т а ц и я

Харитонова Е. И., Ульянова Г. А., Кирилюк А. В., Симонян Ю. Ю. Бааджи Н. Ф., Позова Д. Д., Григорьянц Г. И., Бурова Л. И., Мартынюк И. В. Проблемные вопросы определения правовой природы и структуры правоотношений интеллектуальной собственности, возникающие в сети Интернет. — Статья.

Сегодня под влиянием научно-технического прогресса значительно расширился круг общественных отношений. Возникает такая категория правоотношений, как «правоотношения в сети Интернет». Возникает вопрос правового регулирования таких отношений, субъектного состава, содержания и по поводу чего они возникают. Именно эти вопросы раскрыты в данной статье.

Ключевые слова: правоотношения, Всемирная сеть Интернет, интеллектуальная собственность, участники отношений, правовое регулирование, объект правоотношений, субъект правоотношений, содержание правоотношений.

S u m m a r y

Kharitonova E., Ulyanova G., Kyrylyuk A., Baadzhy N., Simonyan Yu. Pozova D., Grigoryants G., Burova L., Martynyuk I. Problem questions determine the legal nature of the legal structure and intellectual property arising on the Internet. — Article.

Today, under the influence of scientific — technical progress greatly expanded range of public relations. There is a category of legal relations as «relations in the Internet». This raises the question of legal regulation of relations, subject composition, content, and about which they arise. These questions are described in this article.

Keywords: legal relations, global Internet, intellectual property, the participants relations, legal regulation, object relations, the subject of legal relations, legal content.

УДК 349.2:342.734(477)

*Г. І. Чанишева, І. В. Лагутіна, Є. В. Краснов, О. А. Трюхан,
М. В. Сорочишин, Б. А. Римар, О. С. Кайтанський, А. О. Медвідь*

МІСЦЕ ТРУДОВИХ ТА СОЦІАЛЬНО-ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ПРАВ У СИСТЕМІ ПРАВ ЛЮДИНИ

Забезпечення прав людини — головна мета правових систем сучасних демократичних держав. За характером і рівнем гарантованості прав можна зробити висновок про реальний стан правової системи держави. Саме за рівнем забезпечення прав людини і громадянина оцінюються ефективність діяльності органів державної влади та ступінь демократичності держави в цілому.

Особливе місце у системі прав людини займають трудові та соціально-забезпечувальні права, які належать до соціальних прав, гарантування яких є важливим завданням соціальної держави. Для здійснення зазначених прав державі слід реалізувати соціальні програми і вести постійну всебічну роботу, яка б дозволила забезпечувати зазначені права. Ратифікувавши міжнародні та європейські акти про права людини, Україна взяла на себе зобов'язання удосконалювати своє внутрішнє законодавство і організувати відповідно з ними свою діяльність.

Трудові та соціально-забезпечувальні права, маючи ознаки соціальних прав, водночас відрізняються від інших соціальних прав низкою особливостей, які свідчать про їх юридичну своєрідність. Трудові та соціально-забезпечувальні права тісно пов'язані з виконанням державою певних обов'язків у сфері соціальної політики. Рівень їх реалізації багато в чому залежить від стану економічного розвитку держави. Зазначені права відрізняються від інших соціальних прав за суб'єктною ознакою, оскільки здійснюються суб'єктами трудових та соціально-забезпечувальних відносин.

Трудові та соціально-забезпечувальні права належать до позитивних прав, другого покоління прав людини, для здійснення яких потребується організаційна, координаційна та інші форми діяльності держави з їх забезпечення.

Трудові та соціально-забезпечувальні права, проголошені у міжнародних актах, Конституції та законах України, належать до основних прав людини. Усі інші права людини у сфері праці та соціального забезпечення є похідними від основних трудових та соціально-забезпечувальних прав.

В умовах всесвітньої уваги до проблеми прав людини одним із актуальних завдань сучасної науки трудового права є розробка ефективного галузевого механізму забезпечення трудових прав працівників і роботодавців. Серед найбільш важливих питань — питання законодавчого закріплення переліку та юридичних гарантій трудових прав відповідно до міжнародних та європейських трудових стандартів, форм та способів їх захисту. Необхідність спеціальної теоретичної розробки зазначених питань набуває особливого значення у зв'язку з підготовкою проекту Трудового кодексу України.

У науці трудового права є загальновизнаним, що систему трудових прав утворюють індивідуальні та колективні трудові права працівників і роботодавців [1; 2].

Колективні трудові права видається можливим визначити як певні можливості працівників, роботодавців та їх представників у сфері праці, закріплені у міжнародних актах, Конституції та законах України, актах соціального діалогу, локальних нормативно-правових актах. Йдеться про такі колективні трудові права, як право на свободу об'єднання, право на участь в управлінні організацією, право на колективні переговори і укладення колективних договорів, угод, право на інформацію і консультації, право на вирішення колективних трудових спорів (конфліктів), включаючи право на страйк, право працівників отримувати інформацію та консультації під час колективного звільнення та ін.

Потребує спеціального дослідження питання про співвідношення індивідуальних і колективних трудових прав. Передусім слід підкреслити їх нерозривний взаємозв'язок та єдність. Особливе значення має взаємозв'язок колективних трудових прав із основним індивідуальним трудовим правом — правом на працю. Здійснення більшості колективних трудових прав працівників стає можливим внаслідок реалізації ними права на працю. Проте недоцільно було б визнавати первісність або верховенство індивідуальних трудових прав по відношенню до колективних. Більш слушною видається точка зору А. М. Лушнікова і М. В. Лушнікової, які пишуть про гармонізацію індивідуальних і колективних трудових прав на основі розширення сфери соціального партнерства [3, с. 12].

Водночас можна виокремити й низку відмінностей між індивідуальними і колективними трудовими правами. По-перше, індивідуальні трудові права здійснюються особисто працівником і виключають можливість їх здійснення працівниками, в той час як колективні трудові права здійснюються як колективом працівників, роботодавців, так і їх представниками. Здійснення індивідуальних трудових прав відбувається в рамках індивідуальних трудових правовідносин, а колективних трудо-

вих прав — в рамках колективних трудових правовідносин. Частина індивідуальних трудових прав, на відміну від колективних, пов'язана з наявністю оціночних, базових понять (наприклад, право на справедливі умови праці, право на безпечні та здорові умови праці, право на справедливу винагороду та ін.).

За своєю юридичною природою колективні трудові права належать до основних трудових прав, оскільки закріплені в міжнародних та європейських актах, Конституції та законах України. Вони є регулятивними суб'єктивними трудовими правами, немайновими трудовими правами. Водночас індивідуальні трудові права поділяються на регулятивні та охоронні, майнові та особисті немайнові.

Нормативне забезпечення колективних трудових прав здійснюється за допомогою актів трьох рівнів: міжнародних актів, які проголошують всесвітні універсальні стандарти зазначених прав (акти ООН, МОП); регіональних актів, що встановлюють європейські стандарти (акти Ради Європи, Європейського Союзу); актів національного законодавства (Конституція України, Кодекс законів про працю України, закони України «Про колективні договори і угоди», «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», «Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності» та ін.).

Серед міжнародних та європейських актів найбільш повний каталог колективних трудових прав закріплений в Європейській соціальній хартії (переглянутій) від 3 травня 1996 року [4]. До колективних трудових прав, передбачених ЄСХ(п), належать: право всіх працівників і роботодавців на свободу об'єднання у національні або міжнародні організації для захисту економічних і соціальних інтересів (ст. 5); право працівників і роботодавців на укладення колективних договорів (ст. 6); право працівників і роботодавців на колективні дії у випадках розбіжностей інтересів, включаючи право на страйк (ч. 4 ст. 6); право працівників на інформацію і консультації (ст. 21); право працівників брати участь у визначенні та поліпшенні умов праці та виробничого середовища на підприємстві (ст. 22); право представників працівників на захист на підприємстві та умови, які мають створюватися для них (ст. 28); право працівників на інформацію та консультації під час колективного звільнення (ст. 29).

Необхідним є внесення доповнень до ст. 2 Кодексу законів про працю України, ст. 21 проекту Трудового кодексу України в частині законодавчого закріплення колективних трудових прав відповідно до міжнародних та європейських трудових стандартів. Зокрема, пропонується доповнити перелік основних трудових прав працівників, закріплений у ст. 2 Кодексу законів про працю України, такими колективними трудовими правами, як право на колективні переговори і укладення колективних договорів, угод, право на інформацію та консультації. Потребує уточнення формулювання у ст. 2 Кодексу законів про працю України права на вирішення колективних трудових спорів (конфліктів), пропонується за-

кріпити його як «право на вирішення колективних трудових спорів (конфліктів), включаючи право на страйк».

Слід звернути увагу на необґрунтовану відсутність у Кодексі законів про працю України закріплення переліку основних трудових прав роботодавців, у тому числі таких колективних трудових прав, як право на свободу об'єднання, право на ведення переговорів і укладення колективних угод тощо. У зв'язку з цим пропонується доповнити Кодекс окремою ст. 2-2 «Основні трудові права роботодавця».

Ефективному здійсненню індивідуальних і колективних трудових прав та інтересів сприяє виокремлення індивідуальних і колективних трудових відносин у предметі сучасного трудового права України.

Здійснення працівниками, роботодавцями та їх представниками колективних трудових прав відбувається в рамках колективних трудових правовідносин з: участі працівників в управлінні підприємством, установою, організацією; участі трудових колективів у встановленні і зміні умов праці; ведення колективних переговорів з укладення колективних угод і колективних договорів; виконання колективних угод і колективних договорів; діяльності професійних спілок, їх об'єднань із представництва та захисту прав та інтересів працівників; діяльності організацій роботодавців, їх об'єднань із представництва та захисту прав та інтересів роботодавців; вирішення колективних трудових спорів (конфліктів).

Колективний характер зазначених правовідносин обумовлений їх суб'єктивним складом, забезпеченням колективних інтересів працівників, які об'єктивно існують і вимагають відповідного правового опосередкування. Інтереси колективу — самостійна категорія інтересів, які не завжди збігаються з інтересами роботодавця і працівника.

Виходячи з того, що змістом зазначених правовідносин є колективні трудові права і кореспондуючі їм обов'язки, колективні трудові правовідносини видається можливим визначити як урегульовані нормами трудового права суспільні відносини, що виникають у процесі реалізації їх суб'єктами колективних трудових прав відповідно до чинного законодавства.

Внаслідок укладення трудового договору (контракту) працівник набуває як індивідуальні, так і колективні трудові права, стає учасником конкретних видів індивідуальних і колективних трудових правовідносин. Ці відносини виникають у зв'язку із застосуванням праці, зумовлюють одне одного і не можуть існувати окремо. Без колективних трудових відносин індивідуальні трудові відносини не можуть нормально функціонувати відповідно до чинного законодавства. Водночас індивідуальні трудові відносини є тим фундаментом, на якому існують колективні відносини. Не можна заперечувати первинність, верховенство індивідуальних трудових відносин, саме з них починається трудове право — з укладення трудового договору між роботодавцем і працівником.

Колективні відносини, як й індивідуальні, також мають трудову природу. Вони регулюються нормами трудового права, виникають

в процесі праці у зв'язку з трудовою діяльністю. Їх змістом є колективні трудові права і кореспондуючі ним обов'язки. Саме трудова природа прав, щодо реалізації яких виникають колективні правовідносини, і кореспондуючих прав обов'язків обумовлюють трудовий характер цих правовідносин.

У той же час колективні трудові відносини відрізняються від індивідуальних за підставами виникнення, суб'єктним складом, змістом, сферою дії. Підставою їх виникнення може бути прояв колективного інтересу (наприклад, пропозиція однієї із сторін угоди, колективного договору почати колективні переговори, пропозиція виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника), роботодавця прийняти той чи інший локальний нормативно-правовий акт і т. ін.). У деяких випадках підстави виникнення індивідуальних і колективних трудових правовідносин збігаються (як уже зазначалося, в результаті укладення трудового договору працівник стає суб'єктом індивідуальних трудових правовідносин і в складі трудового колективу суб'єктом колективних трудових правовідносин, зокрема, з приводу участі в управлінні підприємством (установою, організацією).

Однією з основних тенденцій розвитку трудових прав людини у ХХІ ст. є зміщення акцентів з «економічної» людини на особистість, її особисті блага. У зв'язку з цим особливого значення в сучасних умовах набувають такі особисті немайнові трудові права працівника, як право на професійну підготовку, перепідготовку та підвищення кваліфікації, право на інформацію сторін трудового договору, право на справедливі і безпечні умови праці, право на моральні заохочення, право на недоторканність особистого життя і захист персональних даних, право на захист трудової честі та гідності і захист від мобінга, право на рівність та захист від дискримінації у сфері праці.

Необхідність виділення та спеціального комплексного наукового дослідження особистих немайнових трудових прав пояснюється тим, що такий підхід, по-перше, дозволяє глибше вивчити юридичну природу особливої групи трудових прав, у змісті яких основною є особиста домінанта. По-друге, дозволяє більш чітко розмежувати предмети трудового і цивільного права, визначити їх точки перетину. Норми трудового права покликані доповнити і розвинути забезпечення особистих немайнових прав та інших нематеріальних благ, що здійснюється нормами цивільного права, з урахуванням особливостей трудових відносин, гарантувати та захищати права і свободи людини та громадянина у сфері праці.

Інститут особистих немайнових трудових прав перебуває на стадії формування, вимагає розширеної, більш чіткої правової регламентації відповідно до міжнародних та європейських стандартів. Потребують детального вивчення питання про перелік особистих немайнових трудових прав, їх місце в системі трудових прав, структуру, юридичні гарантії реалізації, форми та способи захисту у разі порушення.

В основі особистих немайнових прав працівників, закріплених у трудовому законодавстві, лежать конституційні особисті права людини та громадянина. Трудовим законодавством забезпечуються лише ті особисті конституційні права, які прямо або опосередковано пов'язані з виконанням працівником трудової функції, сферою його трудової діяльності.

Особисті немайнові трудові права є суб'єктивними трудовими правами, які мають відносний характер. Як й інші відносні суб'єктивні трудові права, особисті немайнові трудові права виникають і реалізуються в рамках конкретних індивідуальних трудових правовідносин, і, отже, тут праву одного суб'єкта — працівника кореспондують відповідний обов'язок і поведінка іншого суб'єкта — роботодавця.

Особисті немайнові трудові права — це можливості забезпечувати особисту цілісність, фізичну та психічну недоторканність, індивідуалізацію особистості та автономію у сфері трудових відносин у межах, передбачених чинним законодавством. Система особистих немайнових трудових прав являє собою складне явище, її зміст і форма не залишаються незмінними.

Відповідно до Загальної декларації прав людини (ООН, 1948 р.) кожна людина має право на працю, на вільний вибір роботи, на справедливі і сприятливі умови праці та на захист від безробіття (ст. 23). У Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права (ООН, 1966 р.) проголошується право кожного на справедливі та сприятливі умови праці, включаючи умови роботи, що відповідають вимогам безпеки та гігієни (п. b ст. 7).

Про основоположне право на найвищі стандарти охорони праці і на безпечні та здорові умови праці, які дозволяють кожному працівникові на кожному робочому місці вести продуктивний в економічному і соціальному плані спосіб життя, говориться у Статуті МОП, конвенціях і рекомендаціях МОП, присвячених охороні праці. Нормативне забезпечення права на безпечні та здорові умови праці здійснюється актами національного законодавства, основним з яких є Закон України «Про охорону праці» від 14 жовтня 1992 р. № 2694-ХІІ (в ред. Закону України від 21 листопада 2002 р.).

Право на безпечні та здорові умови праці за своєю юридичною природою, крім того, що воно є особистим немайновим трудовим правом, характеризується також як одне з основних трудових прав людини і невід'ємна частина поняття «гідна праця», як індивідуальне трудове право та регулятивне трудове право. Структура права на безпечні та здорові умови праці розглядається як сукупність правомочностей, основними з яких є правомочності на умови праці, що не повинні завдавати шкоди здоров'ю працівника, вимагати впровадження сучасних систем управління охороною праці на підприємствах, надання інформації про умови праці, наявність на робочому місці, де він буде працювати, небезпечних і шкідливих виробничих факторів, які ще не усунуто, та

можливі наслідки їх впливу на здоров'я, активну участь представників працівників з охорони праці в розробці та застосуванні попереджувальних способів профілактики нещасних випадків та охорони здоров'я на підприємствах.

Фундаментальне значення категорії «гідність людини» як основи всієї системи природних прав закріплено в преамбулі Загальної декларації прав людини (1948): «Визнання гідності, яка властива усім членам людської сім'ї, і рівних та невід'ємних їх прав є основою свободи, справедливості та загального миру». У Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (1966) проголошується право на захист честі та репутації: ніхто не може зазнавати незаконних посягань на честь і репутацію. В Європейській соціальній хартії (переглянутій) передбачається право працівника на захист своєї гідності під час роботи (ст. 26).

Право на трудову честь і гідність є особливим суб'єктивним трудовим правом, сутність якого полягає у праві кожної людини та громадянина на недоторканність його честі та гідності та у можливості вимагати від усіх інших фізичних і юридичних осіб утримання від порушення цього права. У структурі права на трудову честь і гідність виділяються правомочності на повагу працівника з боку роботодавця, трудового колективу, інших суб'єктів трудових правовідносин, на всебічну охорону трудової репутації працівника, на визнання цінності його особистості. Правовідносини у сфері забезпечення гідності працівника за спрямованістю є охоронними, а за розподілом прав і обов'язків між сторонами трудових правовідносин — односторонніми.

Право працівників на професійне навчання закріплено в актах Міжнародної організації праці. Професійній підготовці і професійній орієнтації присвячено Конвенцію МОП № 142 про професійну орієнтацію та професійну підготовку в галузі розвитку людських ресурсів (1975) і однойменну Рекомендацію МОП № 150 (1975), а також рекомендації № 88 щодо професійного навчання працівників (1950), № 117 про виробниче учнівство (1962), № 136 щодо спеціальних програм зайнятості та підготовки молоді (1970).

Право на професійне навчання є комплексним за своєю структурою і включає право на професійну підготовку, перепідготовку та підвищення кваліфікації. Право на професійне навчання включає правомочності на набуття та удосконалення професійних знань, умінь та навичок працівником, що забезпечує відповідний рівень професійної кваліфікації. Зазначене право є можливостями працівника на цілеспрямоване формування спеціальних знань, розвиток необхідних навичок та вмінь, які дають змогу підвищувати продуктивність праці, максимально якісно виконувати функціональні обов'язки, освоювати нові види професійної діяльності.

У ст. 2 чинного КЗпП України серед основних трудових прав працівників право на професійне навчання не закріплено, що суперечить

міжнародним та європейським трудовим нормам. Зокрема, положенням Європейської соціальної хартії (переглянутої), в якій містяться дві статті: ст. 9 «Право на професійну орієнтацію» і ст. 10 «Право на професійну підготовку». У зв'язку з цим пропонується привести ст. 2 КЗпП України у відповідність з міжнародними та європейськими трудовими стандартами.

Міжнародно-правовий захист від дискримінації у сфері праці є невід'ємною частиною системи захисту прав людини. Значний внесок у розвиток міжнародних стандартів у галузі заборони дискримінації у сфері праці внесла МОП. Основними міжнародно-правовими актами у сфері захисту від дискримінації є Конвенція МОП № 111 про дискримінацію у галузі праці і занять (1958) та Конвенція МОП № 100 про рівну винагороду чоловіків і жінок за працю рівної цінності (1951).

Право на рівноправність і недопущення дискримінації полягає у забезпеченні можливості вільного вибору виду діяльності, зміцненні почуття самоповаги працівника, його мотивації, в усуненні бар'єрів на шляху досягнення рівності.

Однією з найактуальніших проблем науки сучасного трудового права є проблема забезпечення гендерної рівності, ліквідації дискримінації за ознакою статі та застосування способів, спрямованих на усунення дисбалансу між можливостями жінок і чоловіків реалізовувати рівні права у сфері праці. Україна досягла прогресу у розвитку законодавства у сфері забезпечення рівних прав та можливостей для жінок і чоловіків. Але жінки все ще зазнають різноманітних форм дискримінації та гендерної нерівності, що зумовлюється недостатнім національним досвідом щодо впровадження законодавства у цій сфері та розроблення гендерно-чутливої політики. Україні важливо враховувати вимоги до процесу функціонування національного механізму впровадження гендерної політики, які передбачені міжнародно-правовими актами.

Першим міжнародно-правовим актом у галузі захисту персональних даних стала Конвенція Ради Європи про захист фізичних осіб при автоматизованій обробці персональних даних від 28 січня 1981 р. ETS № 108. Метою цієї Конвенції є забезпечення на території кожної сторони для кожної особи незалежно від її національності або проживання поваги її прав та основних свобод і, зокрема, її права на недоторканність особистого життя, стосовно автоматизованої обробки даних особистого характеру, що її стосуються («захист даних»). Набрала чинності для України ця Конвенція 1 січня 2011 р.

Право на захист персональних даних виключає можливості будь-яких дій з персональними даними без згоди суб'єкта персональних даних, а також передбачає забезпечення можливості цих суб'єктів контролювати дії операторів обробки зі своїми персональними даними.

Розвиток законодавства про захист персональних даних знаменувався значним розширенням прав їхніх суб'єктів і правовою регламентацією всіх операцій з інформацією від збирання до знищення. Створений

у більшості розвинених країн механізм захисту персональних даних надає їхньому суб'єкту можливість контролювати поведінку з ними під час будь-яких операцій. Ця можливість ґрунтується на таких правах суб'єкта даних: а) право знати про мету та правомірні підстави збирання інформації, майбутніх її одержувачів; б) отримати копію зібраних даних, зокрема й інформацію про їх використання; в) вносити корективи, знищувати або блокувати (забороняти використання) персональні дані, що обробляються з порушенням закону, та вимагати повідомити про це сторони, яким ці дані було розкрито тощо. Із прийняттям Закону України «Про захист персональних даних» від 1 червня 2010 р. було створено нормативну основу для захисту персональних даних і в національній юридичній практиці.

У теперішній час у ст. 2 чинного КЗпП України серед основних трудових прав працівників право на захист персональних даних не закріплено. У ст. 20 проекту Трудового кодексу України до переліку основних прав працівників зазначене право не включено. Пропонується до проекту Трудового кодексу України включити окрему главу, присвячену забезпеченню права працівників на захист персональних даних, в якій визначити поняття персональних даних працівника, загальні та особливі вимоги до обробки персональних даних працівника та гарантії їхнього захисту, вимоги до використання, збирання, накопичення та зберігання, поширення, знищення персональних даних працівника, порядок передачі цих даних, права працівника в цілях забезпечення захисту персональних даних, що зберігаються у роботодавця, порядок доступу до персональних даних працівника, відповідальність за порушення законодавства про захист персональних даних працівника. Коло відомостей і вид інформації, які складають персональні дані працівника, пропонується визначити в локальному нормативно-правовому акті, але в межах, установлених законами України.

Право на працю є одним із найбільш важливих соціальних прав і визначає можливість людей займатися працею для забезпечення як свого матеріального добробуту, так і духовного розвитку в умовах свободи та гідності, економічної безпеки та рівних можливостей.

Нормативний зміст конституційного права на працю формувався поступово. На даний час не існує одноманітності в конституційних текстах, що стосуються досліджуваного права. Специфіка конституційного розвитку, особливості економічного, історичного, культурного розвитку зумовили характер і способи правового оформлення зазначеного права в зарубіжному та національному законодавстві.

Як правило, конституції зарубіжних країн обмежуються проголошенням загальної заборони дискримінації та рівності громадян перед законом. Але у деяких західних країнах (у Франції, Португалії, Італії, Данії), у республіках колишнього СРСР, у країнах Центральної та Східної Європи спеціально декларується заборона дискримінації у сфері праці, зокрема, при працевлаштуванні [5, с. 150].

В той же час, проаналізувавши норми конституцій зарубіжних країн, можна зробити висновок, що найбільш повно і відповідно до Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права право на працю та зобов'язання держави щодо його забезпечення закріплені в Конституції України.

Питання нормативного закріплення та відповідного правового регулювання основних трудових прав працівника, в тому числі права працівника на припинення трудових відносин, набуває на сьогодні особливого значення, коли у нашій країні ведеться активна діяльність зі створення, розробки та прийняття нового Трудового кодексу України. Природні права людини у сфері праці не можуть бути достатнього реалізованими у сучасному суспільстві, якщо вони не будуть закріплені у відповідних нормативно-правових актах, оскільки норма права є важливою складовою механізму правового регулювання. Саме тому проблеми належного правового регулювання трудових прав працівника на сьогоднішній день обумовлюють необхідність визначення та закріплення цих прав у нормах нового Трудового кодексу України.

27 грудня 2014 р. у Верховній Раді України був вкотре зареєстрований проект Трудового кодексу України № 1658. З його аналізу вбачається, що за своєю суттю це є удосконалений проект відкликаною 27 листопада 2014 р. законопроекту № 2902. У ст. 20 вказаного проекту міститься перелік із 22 основних прав працівника, серед яких право на працю, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується, та право на припинення трудових відносин.

Позитивно оцінюючи в цілому намагання законодавчо закріпити перелік цих прав, вважаємо за необхідне висловити низку зауважень як щодо переліку зазначених прав, так і щодо їх формулювання.

На нашу думку, недоцільним є об'єднання у п. 1 права працівника на працю, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується, та права на припинення трудових відносин. Кожне з цих прав належить до різних груп основних трудових прав: перше є невід'ємним, невідчужуваним правом, елементом правового статусу працівника, інше — працівник набуває як сторона трудового договору, і це право є складовою юридичного змісту правовідносин. Право на припинення трудових відносин слід розглядати як елемент права на укладення, зміну та припинення трудового договору [6, с. 140]. Право на працю не є тотожним праву на укладення трудового договору, як впливає із п. 1 ст. 20. Враховуючи принцип свободи і добровільності праці, працівник взагалі може не реалізувати право на працю [7, с. 40].

Розглядаючи право на припинення трудових відносин у сучасних умовах господарювання, варто звернути увагу на те, що 13 травня 2014 р. було прийнято Закон України «Про внесення змін в деякі законодавчі акти України щодо захисту прав інвесторів» (далі — Закон), який набрав чинності 1 червня 2014 р. Зазначеним Законом частину першу ст. 41 КЗпП України доповнено п. 5, яким встановлено додаткову

підставу розірвання трудових відносин з ініціативи роботодавця шляхом припинення повноважень посадової особи.

Досліджуючи особливості припинення трудових відносин на підставі п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України, слід, насамперед, звернути увагу на деякі проблемні аспекти реалізації права на припинення трудових відносин за зазначеною підставою. Перший — проблеми визначення поняття «посадова особа» та кола працівників, які можуть підпадати під зазначену категорію. Другий — порядок ухвалення рішення про припинення повноважень посадової особи.

Одна з проблем, яка виникає при застосуванні п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України, стосується розуміння терміна «посадова особа». У чинному законодавстві України про працю даний термін не визначається. Крім того, Державна інспекція України з питань праці у роз'ясненні від 24 липня 2014 р. зазначила, що перелік посадових осіб, з якими може бути припинений трудовий договір на підставі п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України та обмеження щодо застосування звільнення працівника на підставі п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України в залежності від виду трудового договору (строковий чи безстроковий), законодавством не передбачено. Однак, на нашу думку, такий підхід є не зовсім виправданим.

Здійснивши системний аналіз норм закону, яким було внесено відповідні зміни, та зіставивши його з метою законодавця, яка переслідувалась при прийнятті, можна дійти висновку, що термін «посадові особи» вжито в значенні керівників суб'єктів господарювання — господарських товариств (ч. 2 ст. 89 Господарського кодексу України, ст. 2 Закону України «Про акціонерні товариства», ч. 2 ст. 23 Закону України «Про господарські товариства»).

Разом з тим з метою дотримання захисту прав та інтересів працівника законодавець з метою уникнення зловживання наданою можливістю необґрунтованого звільнення посадових осіб встановив норму про виплату вихідної допомоги у розмірі не менше 6-місячного середнього заробітку.

Очевидно, що вихідна допомога у вказаному розмірі повинна виплачуватися саме при звільненні посадової особи на підставі одного суб'єктивного волевиявлення власника або уповноваженого ним органу та за відсутності інших підстав для припинення трудового договору, визначених законодавством. Коли повноваження посадової особи припиняються за іншими підставами, передбаченими КЗпП України (наприклад, за власним бажанням особи, у зв'язку із закінченням строку повноважень, у зв'язку з ліквідацією підприємства і т. д.), наслідки у вигляді сплати вихідної допомоги у розмірі не менше 6-місячного заробітку наступати не повинні.

Спірним є питання про застосування підстави розірвання трудового договору, передбаченої п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України, до посадових осіб органів державної влади, підприємств, установ та організацій, що перебувають у державній власності.

Як зазначалось вище, припинення трудового договору з посадовою особою на підставі п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України залежить від суб'єктивної волі власника. У трудових відносинах з посадовими особами органів державної влади, підприємств, установ та організацій, що перебувають у державній власності, власником виступає держава, яка за своєю природою є правовою фікцією, тобто їй з метою захисту законних приватних, суспільних і державних інтересів свідомо приписується характеристика, якою особа, предмет або явище насправді не володіє [8, с. 553]. Таким чином, у даному випадку не може проявлятися суб'єктивне волевиявлення власника і відповідно зазначена категорія посадових осіб повинна звільнитися за підставами, які передбачені КЗпП України, за винятком п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України.

Таким чином, нововведену додаткову підставу розірвання трудового договору доцільно застосовувати саме до керівників господарських товариств, оскільки керівник, крім того, що є найманим працівником, одночасно виступає виконавчим органом господарського товариства та є єдиною категорією працівників, які призначаються та відповідно оформлюють трудові відносини з товариством на підставі рішення засновників. Застосування додаткової підстави звільнення, яка передбачена п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України, при припиненні повноважень посадових осіб органів державної влади не є доречним, оскільки коло суб'єктів трудових правовідносин, до яких може застосовуватися додаткова підстава розірвання трудового договору, яка передбачена п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України, слід обмежити виключно керівниками господарських товариств.

Тому, на нашу думку, п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП було б доцільніше викласти в редакції, яка виключає різні тлумачення, вказавши обов'язково при цьому також форму власності підприємства, на керівників якого може поширюватися така додаткова підстава розірвання трудового договору: «Прийняття уповноваженим органом господарського товариства рішення про припинення повноважень одноособового виконавчого органу або осіб, які входять до складу колегіального виконавчого органу господарського товариства, за відсутності інших підстав припинення трудового договору, передбачених цим Кодексом». Такі зміни допоможуть забезпечити однакове застосування норм трудового законодавства в одних і тих самих правовідносинах, усунути суперечності, які склалися у правозастосовній практиці, а також гарантувати більш високий рівень захисту прав працівників при припиненні трудових правовідносин.

Одним із основних трудових прав працівників є право на участь в управлінні організацією. Участь працівників в управлінні організацією надає працівникам можливість використати всі засоби для пошуку соціального консенсусу та прийнятних для обох сторін трудових правовідносин компромісів.

За роки незалежності Української держави питанню участі працівників в управлінні організацією не приділялась достатня увага. Окремі аспекти участі працівників в управлінні організацією були предметом

дослідження таких вчених-правників, як Н. Б. Болотіна, Г. С. Гончарова, В. І. Комарницький, В. М. Короленко, П. Д. Пилипенко, Г. І. Чанишева та ін. Указані праці не втратили наукової цінності, однак сформульовані в них висновки сьогодні потребують переосмислення, беручи до уваги політичні та соціально-економічні зміни, що відбулися за останні роки.

Світова практика оцінює участь працівників в управлінні організацією як елемент політичної стабільності у сучасному ринковому суспільстві і необхідну умову практичної реалізації рівноправного співробітництва між працею і капіталом, як одну з найважливіших і найбільш ефективних форм соціального діалогу.

Г. І. Чанишева зазначає, що участь працівників в управлінні організацією є однією з важливих організаційно-правових форм соціального діалогу на виробничому рівні, яка, на жаль, в Україні ще не отримала належного розвитку. У західних країнах незалежно від того, яка модель соціального партнерства застосовується (біпартизм чи трипартизм), загальним є те, що більшість питань, що виникають у трудовій сфері, вирішуються на базовому рівні, тобто на рівні підприємства [1, с. 128].

Поняття участі працівників в управлінні слід розглядати в широкому і вузькому значеннях. У широкому значенні воно реалізується у рамках індивідуальних правовідносин і полягає в отриманні окремими працівниками інформації від роботодавця, внесенні ними пропозицій щодо поліпшення організації виробництва і праці. У вузькому значенні — це вплив працівників організації через свої органи представництва на прийняття роботодавцем рішення в рамках колективно-трудова правовідносин.

Для того щоб визначити поняття участі працівників в управлінні, необхідно з'ясувати коло питань, до обговорення і вирішення яких, за чинним законодавством, залучаються працівники та їх представники, тобто визначити обсяг поняття «участь працівників в управлінні організацією». Законодавчо визнаними інтересами працівників є виробничі, трудові та соціально-економічні питання, які вирішуються органами управління підприємства і визначають загальні межі участі працівників в управлінні.

При реалізації права на участь в управлінні організацією органами, що повноважні представляти його інтереси, є: органи профспілок, загальні збори (конференція) трудового колективу, органи трудового колективу, що створюються в організаціях: рада трудового колективу, комітети та комісії, будь-які інші органи, уповноважені трудовим колективом для участі у вирішенні спільно із роботодавцем питань, що безпосередньо торкаються інтересів працівників. Основними представниками прав та інтересів працівників залишаються профспілки, які не можуть проігнорувати надане працівникам право на участь в управлінні організацією.

Чинним законодавством, проектом Трудового кодексу України участь працівників в управлінні організацією регулюється недостатньо. У чин-

ному законодавстві відсутня норма про участь представників працівників у роботі колегіальних органів управління організацією. Як правило, у корпоративних організаціях (акціонерних товариствах, кооперативах та ін.) до органів управління належать: загальні збори, рада директорів (наглядова рада), правління. Тільки в Законі України «Про господарські товариства» така можливість передбачена для акціонерних товариств. Згідно з ч. 2 ст. 46 Закону в роботі наглядової ради акціонерного товариства з правом дорадчого голосу беруть участь представники профспілкового органу або іншого уповноваженого трудовим колективом органу, який підписав колективний договір від імені трудового колективу. Стаття 46 була доповнена цим положенням Законом України від 5 травня 1999 р. У Законі України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» від 15 вересня 1999 р. така норма відсутня. Запропоновано доповнити Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» нормою, яка закріплює за професійними спілками право із уповноваження працівників мати своїх представників у колегіальних органах управління організацією. Адже мова повинна йти не тільки про право внесення пропозицій колегіальним органам управління, а й про право участі в засіданнях зазначених органів при їх розгляді. Також Закон не конкретизує, у роботі яких саме органів управління можуть брати участь професійні спілки. Передбачається, що профспілки можуть брати участь у діяльності всіх органів управління організаціями, виходячи із функцій, мети та завдань цих органів. Однак Законом України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» від 15 вересня 1999 р. така можливість не передбачена.

Отже, право працівників на участь в управлінні організацією — це можливість працівників безпосередньо або через своїх представників впливати на діяльність організації в межах, визначених законодавством та локальними нормативно-правовими актами. Участь працівників в управлінні підприємством, установою, організацією є однією з організаційно-правових форм соціального діалогу, яка, на жаль, не знайшла свого законодавчого закріплення в Законі України «Про соціальний діалог в Україні».

У сучасних соціально-економічних умовах потребує спеціального дослідження індивідуальне трудове право працівників-мігрантів на зайнятність. Доцільно з'ясувати зміст та особливості здійснення права на працю іноземцями та особами без громадянства та надати пропозиції щодо вдосконалення трудового законодавства з питань трудової міграції.

Трудова міграція являє собою відносно новий як для України, так і для багатьох інших країн вид мобільності населення. Розвиток трудової міграції обумовлено важкою економічною ситуацією, руйнуванням колишньої сфери зайнятості внаслідок реструктуризації виробництва під впливом глобалізаційних процесів [9, с. 478].

Дослідженню проблем працевлаштування іноземців та осіб без громадянства приділяли увагу такі науковці, як: О. В. Астахова,

М. М. Вівчарик, Т. О. Гнатюк, О. Є. Луценко, А. М. Слюсар, М. О. Дей, О. П. Радчук та ін. Незважаючи на те, що важливі аспекти трудової міграції відображені у працях зазначених вчених, окремі аспекти, зокрема питання працевлаштування іноземців та осіб без громадянства, ще достатньою мірою не дістали теоретичного та практичного вирішення.

Трудові права мігрантів ґрунтуються на загальноєвропейських міжнародних нормах. Так, у ст. 23 Загальної декларації прав людини 1948 р. визнається за кожною людиною право на працю, на вільний вибір роботи, на справедливий сприятливий умови праці та на захист від безробіття. Окрім цього, питанню захисту трудових прав працівників-мігрантів присвячена Міжнародна конвенція про захист прав всіх трудящих-мігрантів та членів їх сімей (1990), Конвенція МОП № 97 про працівників мігрантів (1975), Конвенція МОП № 122 про політику в галузі зайнятості (1964), Конвенція МОП № 143 про зловживання у галузі міграції і про забезпечення працівникам-мігрантам рівних можливостей і рівного ставлення (1975), Європейська соціальна хартія (переглянута) (1996), Європейська конвенція про правовий статут трудящих-мігрантів (1977) та ін. Нормативно-правовими актами, що визначають правовий статус іноземців в Україні, тобто закріплюють основні права, свободи і обов'язки іноземних громадян і осіб без громадянства, які перебувають в Україні, є Конституція України (ст. 26), закони України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», «Про зайнятість населення», «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту», «Про імміграцію» та ін. Також порядок працевлаштування іноземців регулюється нормативно-правовими актами Кабінету Міністрів України, Міністерства соціальної політики, інших міністерств і відомств.

Відносно трудових мігрантів в Україні діє спеціальний правовий режим, який фактично складається з адміністративно-дозвільних процедур, що регулюються на рівні підзаконних актів. Так, отримання дозволу на працевлаштування регулюється постановою Кабінету Міністрів України від 27 травня 2013 року № 437 «Питання видачі, продовження дії та анулювання дозволу на застосування праці іноземців та осіб без громадянства». Отримання дозволу на імміграцію регулюється постановою Кабінету Міністрів України від 26 грудня 2002 р. № 1983 «Про затвердження порядку формування квоти імміграції, порядку провадження за заявами про надання дозволу на імміграцію і поданням про його скасування та виконання прийнятих рішень». Отримання імміграційної візи регулюється постановою Кабінету Міністрів України від 1 червня 2011 р. № 567 «Про затвердження Правил оформлення віз для в'їзду в Україну і транзитного проїзду через її територію». Перетинання державного кордону України та реєстрація за місцем проживання в Україні регулюються постановою Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2012 р. № 150 «Про затвердження Порядку продовження строку перебування та продовження або скорочення строку тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства на території України».

До змісту права на зайнятість трудових мігрантів входять такі правомочності: право приймати реально запропоновану роботу; право вільно пересуватися в цих цілях по території держав — членів співтовариства; право знаходитися в одній з держав — членів співтовариства, займаючись трудовою діяльністю відповідно до законодавства, що регулює зайнятість громадян даної держави співтовариства; право залишатися на території однієї з держав — членів співтовариства після завершення трудової діяльності в цій державі на визначених співтовариством умовах.

У нинішній ситуації держава повинна максимально впливати на формування ринку праці, вести активну політику щодо зайнятості населення. У 2014 р. дозвіл на тимчасове працевлаштування в Україні отримали 3,5 тис. іноземних громадян (у 2013 р. — 5,8 тис. осіб), з яких дві третини видані у м. Києві. Всього станом на кінець 2014 р. з числа осіб, що мали дозвіл, на території України продовжували працювати 5,0 тис. іноземних громадян (включаючи осіб, які отримали дозвіл у попередній період), переважно це громадяни Росії (майже 1,0 тис. осіб), Туреччини (494 особи), Польщі (328 осіб), Білорусі (241 особа), Німеччини (239 осіб), Франції (226 осіб). Переважна більшість трудящих мігрантів (98 %) працювали за наймом. Більшість працюючих іноземців — чоловіки (понад 80 %), віком від 28 років і старше. За категоріями працівників більшість іноземних громадян займали посади службовців, решта займали робітничі місця (24,3 % — 10,3 %). За видами економічної діяльності у 2014 р. найбільш численні групи іноземців були зайняті: у переробній промисловості — 1,1 тис. осіб (22 %), оптовій та роздрібній торгівлі та ремонті — 1,1 тис. осіб (21 %), на будівництві — 468 осіб та в операціях з нерухомим майном — 440 осіб (відповідно, по 9 %).

Отже, до такого важливого соціально-політичного й економічного явища, як міграція, кожна країна не може ставитися байдуже. Вона повинна мати відповідну програму та розробляти дієві засоби регулювання міграційних процесів. Зобов'язання України за міжнародними договорами, положення Конституції та законів України передбачають надання рівного доступу до комплексу основних трудових прав усім легальним мешканцям країни. Незважаючи на ці гарантії, відсутність належних механізмів імплементації та суперечливе тлумачення щодо застосування цих положень позбавляють мігрантів можливостей повною мірою скористатися своїми правами. Відтак мігранти виявилися незахищеними від економічної та соціальної маргіналізації. На сьогоднішній день в Україні відсутній законодавчий акт, який би відображав засади державної міграційної політики України. У зв'язку з цим прийняття Закону України «Про основні засади державної міграційної політики України» дозволить зміцнити механізми захисту прав та інтересів суб'єктів міграційних процесів для покращання демографічної та соціально-економічної ситуації в Україні та зможе розв'язати проблему щодо визначення на законодавчому рівні основних засад державної міграційної політики України та напрямків її реалізації.

Декларація Міжнародної організації праці основних принципів та прав у світі праці 1998 р. визначає реальне визнання права на колективні переговори в якості одного з основоположних принципів і прав у сфері праці. Нормативному закріпленню права на колективні переговори присвячено низку міжнародних нормативно-правових актів, зокрема Конвенцію МОП № 98 про застосування принципів права на організацію і на ведення колективних переговорів 1949 р., Конвенцію МОП № 154 про сприяння колективним переговорам 1981 р., Європейську соціальну хартію (переглянуту) 1996 р.

Правове регулювання колективних переговорів на національному рівні здійснюється законами України «Про колективні договори і угоди» від 1 липня 1993 р., «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 3 березня 1998 р., «Про соціальний діалог в Україні» від 27 грудня 2010 р. та низкою підзаконних нормативно-правових актів. Вітчизняне законодавство, закріплюючи право на колективні переговори і укладання колективних договорів, угод, встановлюючи гарантії даного права та визначаючи порядок ведення колективних переговорів, вирішення розбіжностей між сторонами соціального діалогу у сфері праці, що виникають під час ведення колективних переговорів, відповідальність за порушення порядку ведення колективних переговорів, в цілому відповідає міжнародним стандартам у даній сфері.

Визначення права на колективні переговори у міжнародних нормативно-правових актах відсутнє, що обумовлюється різним змістом даного права та відмінними підходами до його реалізації у різних країнах. Конвенцією МОП №154 лише визначено, що «колективні переговори» — це всі переговори, що проводяться між роботодавцем, групою роботодавців або однією чи кількома організаціями роботодавців, з одного боку, та однією чи кількома організаціями працівників — з другого, з метою визначення умов праці й зайнятості; та (або) регулювання відносин між роботодавцями й працівниками; та/або регулювання відносин між роботодавцями чи їхніми організаціями та організацією чи організаціями працівників.

Чинне вітчизняне законодавство також не містить визначення права на колективні переговори. Відповідно до ст. 4 Закону України «Про колективні договори і угоди», право на ведення переговорів і укладання колективних договорів, угод надається сторонам соціального діалогу, склад яких визначається відповідно до законодавства про соціальний діалог.

Зміст права на колективні переговори, як і будь-якого суб'єктивного права, включає в себе 3 елементи, а саме: правомочність на власні позитивні дії; правомочність вимоги; правомочність домагання (правозахист) [10, с. 118]. Право на колективні переговори включає ряд таких правомочностей: на звернення з пропозицією укладання чи зміни колективного договору (угоди), на створення комісії з розробки проекту колективного договору (угоди), на отримання інформації, на вільний вибір

умов колективного договору (угоди), які підлягають обговоренню. Праву на колективні переговори однієї із сторін соціального діалогу кореспондує обов'язок інших сторін вступити у дані переговори [11, с. 143]. Виконання даного обов'язку забезпечується примусовим механізмом його реалізації, зокрема, встановлення чинним законодавством адміністративної відповідальності за ухилення від участі у колективних переговорах, ненадання інформації, необхідної для ведення колективних переговорів.

За своєю юридичною природою право на ведення колективних переговорів є колективним трудовим правом, оскільки може бути реалізовано працівниками та роботодавцями лише за умови створення своїх представницьких органів та організацій. Відповідно до ст. 4 Закону України «Про соціальний діалог в Україні», правом представляти працівників і роботодавців у веденні колективних переговорів наділені професійні спілки (їх об'єднання), організації роботодавців (їх об'єднання), які відповідають критеріям репрезентативності. Законом допускається непрофспілкове представництво працівників при укладанні колективного договору лише у випадку відсутності на підприємстві первинної профспілкової організації.

Незважаючи на достатньо повну регламентацію питань колективних переговорів у вітчизняному законодавстві, окремі види відносин у даній сфері залишаються нерегульованими. Зокрема, чинне законодавство не визначає порядку тлумачення положень колективних договорів (угод) та не встановлює можливості звернення сторін до юрисдикційних органів з вимогами щодо визнання недійсними положень колективних договорів (угод).

Необхідність включення до вітчизняного законодавства приписів, якими б визначалися особливості тлумачення положень колективних угод і колективних договорів, обумовлюється тим, що на даний час цим актам соціального діалогу у сфері праці притаманне доволі абстрактне викладення норм права; суперечливість та неоднозначність термінів, що використовуються в них; наявність прогалів і колізій в їх положеннях, що, в кінцевому результаті, призводить до неоднакового розуміння сторонами змісту даних актів.

Можливість використання правил тлумачення правочинів, які передбачені цивільним законодавством, для інтерпретації положень колективних договорів і колективних угод впливає зі ст. 9 Цивільного кодексу України. Разом з тим, незважаючи на можливість застосування правил тлумачення правочинів, що визначені цивільним законодавством, при інтерпретації положень колективних угод і колективних договорів, дані положення не враховують специфіку колективних угод і колективних договорів, а їхня ефективність застосування при тлумаченні договірних актів такого виду може бути низькою.

Для усунення даної прогалини у законодавстві, на нашу думку, доцільно було б доповнити Закон України «Про колективні договори і уго-

ди» ст. 14-1 «Тлумачення положень колективних угод і колективних договорів» такого змісту: «Сторони колективного договору, колективної угоди мають право за взаємною згодою надати тлумачення положень колективної угоди, колективного договору. Тлумачення положень колективної угоди здійснюється за участю всіх сторін, які брали участь у розробці та підписанні колективної угоди.

Тлумачення колективної угоди, колективного договору, що надані сторонами, є обов'язковими для сторін колективної угоди, колективного договору та суб'єктів, що перебувають у сфері дії угоди. Тлумачення колективної угоди, колективного договору викладається сторонами в окремому документі, який підлягає повідомній реєстрації у порядку, визначеному для колективного договору, колективної угоди відповідного рівня.

У випадку, коли між сторонами колективної угоди, колективного договору виникли розбіжності щодо тлумачення положень колективної угоди, колективного договору, які неможливо вирішити шляхом безпосередніх переговорів між сторонами, дані розбіжності вирішуються в порядку, визначеному Законом України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)».

У свою чергу, створення системи правового регулювання відносин щодо визнання недійсними положень колективних договорів у судовому порядку обумовлюється фактичною наявністю на теперішній час відносин з приводу вирішення даної категорії спорів у судах та неможливістю застосування положень цивільного законодавства про недійсність правочинів, як це було неодноразово зроблено судовими органами при вирішенні даних спорів, що обумовлюється нормативно-правовою природою колективних договорів.

Спори про визнання недійсними положень колективного договору чи угоди за своїм характером є колективними трудовими спорами. По суті, даний вид розбіжностей є спором про право. Сторонами спору щодо визнання колективного договору недійсним можуть бути лише органи, уповноважені найманими працівниками на представництво їх інтересів при укладанні колективного договору. Даний висновок ґрунтується на тому, що колективні договори за своєю правовою природою є нормативно-правовими договорами, а відтак визнання їх недійсними у судовому порядку вплине на правове становище всіх працівників юридичної особи. Звернення ж окремого працівника чи первинної профспілкової організації до суду у випадку, коли колективна угода погіршує становище працівників, на нашу думку, можливе лише з вимогами про непоширення дії угоди на даних суб'єктів.

Підстави визнання недійсними положень колективних угод чи колективних договорів можливо розділити на дві групи: процедурні та змістовні. Процедурні підстави визнання недійсними положень колективних договорів — це порушення порядку (процедури) ведення колективних переговорів і укладання колективного договору. До даних підстав, відповідно до положень Закону України «Про колективні дого-

вори і угоди», можливо віднести такі: укладання колективного договору неповноважними суб'єктами, які представляли сторони соціального діалогу у сфері праці; порушення порядку створення спільного представницького органу, внаслідок чого одна чи декілька профспілок, що діють на підприємстві, в установі, організації, не були залучені до участі у колективних переговорах; ведення переговорів та укладання колективних договорів від імені працівників організаціями або органами, які створені чи фінансуються роботодавцями, політичними партіями; втручання з боку органів представницької і виконавчої влади та господарського управління, політичних партій, роботодавців в діяльність представників працівників при укладанні колективного договору; порушення порядку схвалення проекту колективного договору загальними зборами (конференцією) трудового колективу та ін.

Змістовні підстави недійсності колективного договору впливають із принципу непогіршення становища працівників порівняно з рівнем, визначеним чинним трудовим законодавством. Дані підстави визначені ст. 5 Закону України «Про колективні договори і угоди», відповідно до ч. 2 та 3 зазначеної статті, умови колективних договорів або угод, що погіршують, порівняно з чинним законодавством, становище працівників, є недійсними і забороняється включати їх до договорів і угод.

Протягом останніх років в Україні відбувалися суттєві зміни — приватизація в економіці, розвиток ринкових відносин, поява нових недержавних форм власності та нових роботодавців. В умовах теперішньої економічної та державної кризи економічний спад спричинив появу на ринку праці великої кількості безробітних та «неформальних» трудових відносин. У свою чергу, сучасний технологічний розвиток суспільства та динамічні умови розвитку ринку праці сприяли появі нових форм та видів трудових договорів. Недостатня увага і контроль з боку держави до цих явищ призвели до їх поширення у великих масштабах.

У сучасний період актуальною проблемою науки трудового права є розробка вчення про договори, основи договірного трудового права України. В умовах розширення договірних засад та вільного розсуду сторін у регулюванні трудових відносин вчення про договори повинне отримати належне теоретичне обґрунтування. Необхідно визначити функції та значення трудового договору у нових соціально-економічних умовах, сферу його дії, співвідношення із цивільно-правовими договорами про працю, зважаючи на висловлену в літературі думку про те, що у сучасних умовах трудовий договір фактично замінений цивільно-правовим договором про працю.

Звертає на себе увагу і відсутність у діючому законодавстві чітких критеріїв класифікації трудових договорів, особливостей укладання трудових договорів при нестандартних формах зайнятості, відсутність належних юридичних гарантій трудових прав працівників при таких формах зайнятості, необхідність вивчення та обґрунтування яких є особливо актуальними напередодні прийняття нового Трудового кодексу України.

У регулюванні трудового договору поєднуються і переплітаються принципи настанови приватного права (формальна рівність сторін, взаємні права та обов'язки) і публічного права (обмеження волі роботодавця, а частково і працівника трудовим законодавством, що встановлює відносно жорсткі рамки розсуду сторін і передусім зобов'язує роботодавця забезпечити працівнику умови праці, передбачені державним способом регулювання). Таким чином, трудовий договір, з одного боку, містить формальні ознаки звичайного двостороннього мінового правочину, що зближує його з цивільно-правовими договорами, з іншого боку, має суттєві, а в деяких випадках принципові відмінності за організаційною, особистісною, майновою та іншими ознаками.

При неясності правової природи договору, що розглядається, спірні випадки необхідно вирішувати на користь працівників, що означає презумпцію трудового договору, а тягар доказування його відсутності слід покласти на роботодавця. Це важливе положення доцільно закріпити у новому Трудовому кодексі.

Потребують удосконалення положення проекту Трудового кодексу України щодо закріплення видів трудового договору. У книзі четвертій визначено особливості регулювання трудових відносин за участю окремих категорій працівників і роботодавців. Це одна з суттєвих новел законопроекту. Проте перелік категорій працівників є обмеженим (працівники, які працюють за трудовим договором у роботодавців-фізичних осіб, члени виробничих кооперативів, працівники із сімейними обов'язками, жінки, неповнолітні), а відтак класифікація трудових договорів за суб'єктною ознакою у законопроекті є неповною. Поза увагою розробників законопроекту залишились деякі категорії найманих працівників, трудові відносини яких також мають істотні особливості (працівники транспорту, медичні працівники, творчі працівники, дистанційні працівники та деякі інші). Зміст проекту Трудового кодексу свідчить про недостатнє врахування його розробниками принципу єдності та диференціації у правовому регулюванні трудових праввідносин.

Посилення гнучкості регулювання трудових відносин, а також визначення співвідношення дерегулювання, гнучкості та диференціації у трудовому праві особливо актуально в умовах реформування національного трудового законодавства. Деретулювання передбачає модернізацію законодавства, у тому числі шляхом відміни застарілих і прийняття нових норм, пом'якшення найбільш жорстких обмежень, передбачених чинним законодавством у сфері захисту прав працівників. Йдеться, зокрема, про відмову від надмірної регламентації окремих інститутів трудового права, легітимізацію більшої кількості нових видів трудового договору, надання сторонам більшої свободи при укладанні, зміні й припиненні колективних та індивідуальних договорів і угод.

Як видається, гнучкість правового регулювання більшою мірою стосується права працівників і роботодавців встановлювати у колективному та індивідуально-договірному порядку положення, відмінні від за-

кріплених у чинному законодавстві. Відповідно норми трудового права мають носити переважно диспозитивний характер, який дозволяє максимально враховувати потреби та реалізовувати інтереси обох сторін трудового договору. Прагнення до більшої гнучкості, обумовлене необхідністю постійно пристосовуватись до різноманітних ситуацій, призводить до зміни трудового договору. У зв'язку з цим трудовий договір постійно набуває більш відкритого, вільного, такого, що постійно розвивається, характеру.

У країнах Заходу і в Україні традиційний трудовий договір вже не здатний регулювати усі форми трудових відносин. Це обумовлено тим, що трудове право історично виникло як комплекс правових положень, первісно спрямованих на захист працівників, які перебувають у підлеглому становищі, на регламентацію відносин, заснованих на трудовому договорі, укладеному на визначений строк. Однак виникають нові типи працівників, яким надають більше самостійності в обмін на більш оперативне досягнення поставлених перед ними цілей. Їхня праця також має регулюватися нормами трудового права, адже сьогодні відносини із зайнятості передбачають, з одного боку, готовність працівника виконувати роботу або добиватися завданої мети завдяки своїм навичкам (але без урахування стабільності у значенні її тривалості), з іншого боку, оплата праці та робочий час визначаються на підставі виявлених навичок та результатів праці.

Оскільки такі категорії працівників знаходяться, як правило, за межами захисної функції трудового права, деякі дослідники висловлюють пропозиції про необхідність зміни його предмета, розширення сфери дії галузевих норм і включення до нього усіх видів суспільно корисної діяльності, в тому числі залежної і незалежної праці [12, с. 155].

Такі пропозиції стали наслідком усвідомлення того, що нестандартні форми зайнятості — це глобальний феномен, викликаний у тому числі кризовою ситуацією економіки багатьох країн.

Таким чином, важливою залишається проблема, пов'язана з нестандартною зайнятістю, адже це пряме або непряме погіршення умов праці, послаблення схем соціального захисту окремих категорій працівників. Тимчасові працівники, частково зайняті, самозайняті, дистанційні працівники нерідко опиняються виключеними із систем надання певних пільг і переваг, оскільки останні ґрунтуються на моделі традиційної зайнятості (тобто безстроковому трудовому договору з повним робочим часом) і були первісно спрямовані на подолання ризиків, пов'язаних з нею, а тому є неприйнятними у випадках так званих гнучких форм зайнятості.

Питання правового захисту працівників в умовах поширення нетрадиційних гнучких форм зайнятості є актуальним для трудового права України. Безумовно, не можна беззастережно стверджувати, що усі форми нестандартної зайнятості, а відповідно і види трудових договорів, необхідно автоматично переносити у національну юридичну практику і негайно приймати відповідні нормативно-правові акти. Однак для деяких видів

трудових договорів, що застосовуються при нетипових формах зайнятості, необхідно створити належну нормативну базу. Йдеться про такі види трудових договорів, як трудовий договір з працівниками, зайнятими на умовах неповного робочого часу, дистанційними працівниками та ін.

На сучасному етапі розвитку Україна знаходиться в кризовому стані, що обумовлює необхідність розробки нових механізмів соціального захисту населення та вдосконалення вже існуючих. Однією з найбільш соціально незахищених категорій населення можна визнати молодь, яка в сучасних умовах не здатна самостійно себе утримувати, не може конкурувати на рівних на ринку праці та потребує додаткових гарантій соціального захисту. Нездатність молоді самостійно утримувати себе та свою сім'ю, відсутність можливості отримати освіту чи знайти достойну роботу може призвести до трудової міграції та підвищення рівня злочинності серед молоді.

Основними напрямками сучасного соціального захисту молоді можна визначити соціальний захист молоді під час працевлаштування та трудової діяльності та соціальне забезпечення у сфері освіти.

Право молоді на соціальне забезпечення у сфері освіти, як і право на працевлаштування, є одними з основних прав, проголошених у міжнародних актах, Конституції України та законах України. Проте законодавство, встановлюючи соціальні права та гарантії для молоді, дуже повільно реагує на сучасні зміни в суспільстві та новітні явища, які потребують правового регулювання. Йдеться насамперед про реалізацію права на соціальне забезпечення громадян України на тимчасово окупованих територіях та соціальний захист внутрішньо переміщених осіб.

Слід відзначити, що у науці права соціального забезпечення немає єдності серед учених щодо галузевої природи відносин із забезпечення освітою. В. С. Андреев, І. В. Гушчін, Т. В. Іванкіна, Р. І. Іванова і В. А. Тарасова зазначені відносини відносили до сфери дії норм права соціального забезпечення.

Проти віднесення до предмета права соціального забезпечення відносин забезпечення освітою виступають М. О. Буянова, М. В. Лушнікова, Т. Ю. Баришнікова, А. В. Лушніков, М. Ю. Фьодорова та ін. Відносини із забезпечення безоплатної освіти зазначені вчені відносять до сфери дії норм конституційного та адміністративного права, а із надання платної освіти — до предмета цивільного права. Водночас соціально-освітні пільги, які надаються інвалідам, дітям-сиротам та іншим особам під час вступу до навчальних закладів, на думку вчених, за своєю галузевою природою є соціально-забезпечувальними. Можна зробити висновок, що усі вчені одноставно визнають соціально-забезпечувальну природу відносин із матеріального забезпечення у сфері освіти.

Відносини у сфері зайнятості та працевлаштування молоді мають складну правову природу та тісно пов'язані з іншими галузями права. Водночас значна частина даних відносин належить до предмета права соціального забезпечення та реалізується нормами даної галузі права.

Нормативне забезпечення соціального захисту молоді у сфері зайнятості та освіти здійснюється Конституцією України, Кодексом законів про працю України, законами України «Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні», «Про зайнятість населення», «Про вищу освіту» та ін. Правове забезпечення соціального захисту молоді з числа внутрішньо переміщених осіб та молоді на тимчасово окупованих територіях здійснюється законами України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб», «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України», «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» та ін.

Основним законодавчим актом у сфері соціального захисту молоді є Закон України «Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні» від 5 січня 1993 р., яким закріплені основні права молоді: право молоді на працю (ст. 7), право на освіту та культурний розвиток (ст. 11), право на охорону здоров'я та фізичний розвиток молоді (ст. 12), право на житло (ст. 10) та правовий захист молоді (ст. 13). Водночас нормам даного Закону не відповідають норми інших законів, які були прийняті пізніше. Так, положення ст. 64 Закону України «Про вищу освіту» суперечить нормі, закріпленій у ч. 3 ст. 9 Закону України «Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні», про те, що матеріальне забезпечення, включаючи стипендії учнівської та студентської молоді, яка перебуває на повному державному забезпеченні, встановлюється на рівні прожиткового мінімуму.

Для того щоб студенти мали можливість навчатися без допомоги батьків, а в умовах економічної кризи далеко не всі батьки можуть підтримувати дитину-студента, необхідно, щоб стипендія відповідала хоча б мінімальним потребам студентів, тому її розмір повинен бути змінною величиною й залежати від розміру прожиткового мінімуму.

Підвищення розміру стипендій відповідає положенням ст. 9 Закону України «Про сприяння соціальному становленню і розвитку молоді в Україні», в якій йдеться про сприяння підвищенню рівня життя молоді. Відповідно до частини першої зазначеної статті держава, враховуючи вартість прожиткового мінімуму та виходячи з реальних можливостей бюджету, підвищує розміри стипендій та інших видів матеріального забезпечення молоді, яка отримує професійно-технічну, вищу освіту у відповідних навчальних закладах.

На тимчасово окупованій території та в зоні проведення АТО молодь не має можливості реалізувати своє право на освіту. Покращенню доступу до освіти для учнів та студентів з числа внутрішньо переміщених осіб на сучасному етапі сприятиме внесення змін до ч. 12 ст. 7 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України», п. 4 якої пропонується викласти в такій редакції: «Вартість переїзду до місця навчання на вільній від окупації території компенсується за рахунок державного бюджету

України». Пункт 1 ч. 12 ст. 7 доцільно доповнити положенням про те, що проживання в гуртожитках для таких категорій осіб є безкоштовним.

Необхідно внести зміни до Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» та виробити правовий механізм працевлаштування молодих спеціалістів, які проживають чи проживали на тимчасово окупованій території України. З цією метою ст. 7 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» пропонується доповнити відповідними частинами такого змісту: «Громадяни України, які навчалися за державним замовленням, наданим Радою міністрів Автономної Республіки Крим та Севастопольською міською державною адміністрацією, та проживають чи проживали на тимчасово окупованій території, мають право на працевлаштування за державним замовленням на території, вільній від окупації, незалежно від місця перебування.

Громадянам, зазначеним у пункті першому, міською державною адміністрацією за місцем перебування повинна бути надана інформація про можливість працевлаштування у відповідному регіоні.

У разі, якщо працевлаштування в даному регіоні за відповідною спеціальністю неможливе, громадянину має бути запропоновано працевлаштування в іншому регіоні за погодженням з Державною службою зайнятості у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України».

Слід звернути увагу на певні недоліки, допущені законодавцем при внесенні змін до Закону України «Про зайнятість населення» щодо сприяння зайнятості внутрішньо переміщених осіб. Так, у ст. 24¹ встановлено можливість компенсації витрат роботодавця на оплату праці за працевлаштування зареєстрованих безробітних з числа внутрішньо переміщених осіб, проте компенсація заробітної плати проводитиметься для всіх внутрішньо переміщених осіб, що створює певну внутрішню конкуренцію, наслідком якої буде покращення працевлаштування досвідчених працівників порівняно з молодими спеціалістами. В якості додаткової гарантії працевлаштування внутрішньо переміщених осіб передбачено можливість отримання роботодавцем компенсації у випадку, коли ним працевлаштовані особи, які мають додаткові гарантії у сприянні працевлаштуванню (зокрема, молоді спеціалісти) на строк менше ніж дванадцять місяців. У таких випадках період компенсації буде визначатись відповідними державними органами. А відтак, основною гарантією для працевлаштування молоді визначено можливістю рішенням регіональних координаційних комітетів сприяння зайнятості за погодженням з відповідними територіальними органами центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції, самостійно встановлювати тривалість компенсації заробітної плати.

Можна зробити висновок, що право на працевлаштування молоді з числа внутрішньо переміщених осіб захищено недостатньо. З метою

забезпечення права на працевлаштування молоді з числа внутрішньо переміщених осіб видається необхідним встановити диференціацію тривалості компенсації заробітної плати окремо для молоді та інших осіб. З метою покращення зайнятості молоді з числа внутрішньо переміщених осіб доцільно доповнити ч. 2 ст. 24¹ Закону України «Про зайнятість населення» таким положенням: «З метою покращення працевлаштування молоді з числа внутрішньо переміщених осіб встановити компенсацію витрат на заробітну плату для роботодавця, який працевлаштував таких осіб на період не менше вісімнадцяти місяців, за перші дванадцять місяців роботи (але не вище середнього рівня заробітної плати, що склався у відповідному регіоні за минулий місяць). У випадках, якщо молодого працівника було звільнено менше ніж за вісімнадцять місяців за його ініціативою, роботодавцю компенсуються витрати на заробітну плату за період, що дорівнює половині тривалості роботи працівника».

З метою запобігання зниженню рівня працевлаштування молоді необхідно також внести зміни до ст. 26 Закону України «Про зайнятість населення», в якій потрібно встановити розмір дотацій роботодавцю на рівні, що був закріплений в Законі України «Про забезпечення молоді, що отримала вищу або професійно-технічну освіту, першим робочим місцем з наданням дотації роботодавцю», а саме компенсувати роботодавцю заробітну плату за перший рік роботи, яку він витратить на молодого спеціаліста, прийнятого на роботу не менше ніж на три роки. Таким чином, прийняття на роботу молоді поверне свою економічну привабливість в очах роботодавця, що дозволить молодим спеціалістам конкурувати на ринку праці на рівних з іншими категоріями працівників. Такі заходи дозволять покращити ситуацію з працевлаштуванням молоді, сприятимуть підвищенню рівня професійної орієнтації молоді та професіоналізму молодих спеціалістів.

Соціальний захист бездомних осіб і безпритульних дітей є комплексом організаційних, економічних, фінансових і правових заходів, які вживаються державою для подолання низького соціального становища зазначеної категорії осіб та негативного впливу вулиці. Право на соціальний захист бездомних і безпритульних осіб виражається в можливості представників даної соціальної групи бути забезпеченими притулком, соціальними, медичними, психологічними, освітніми та реабілітаційними послугами, натуральною, медичною допомогою для подальшої реінтеграції (тобто повернення чи первинного входження в суспільство) як повноцінних його членів.

Дане право носить індивідуальний характер, адже здійснюється кожною особою особисто; є соціальним — тобто таким, здійсненням якого забезпечуються життєві потреби в соціальній сфері; особистим — тобто належить окремому суб'єкту; позитивним — тобто є можливістю «вимагати» від держави певних дій для задоволення власних потреб.

Право бездомних осіб і безпритульних дітей на соціальний захист вперше було закріплене у Законі України «Про основи соціального за-

хисту бездомних осіб і безпритульних дітей» № 2623-IV від 2 червня 2005 р. Статтею 1 зазначеного Закону встановлено, що під час вирішення питань щодо соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей застосовуються норми міжнародного права, а також правила, закріплені у міжнародно-правових договорах, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Це дає можливість регулювати дані відносини не лише нормами національного законодавства, а і міжнародно-правовими актами, які до того ж є пріоритетними, виходячи з положень ст. 9 Конституції України.

Міжнародно-правові акти у сфері соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей слід розділяти на універсальні, регіональні та двосторонні (партикулярні) [13, с. 501]. Серед універсальних актів слід відзначити акти, прийняті ООН, до яких належать Міжнародний білль про права людини, що складається із Загальної декларації прав людини (закріплює основні стандарти прав людей, які, безперечно, стосуються бездомних осіб і безпритульних дітей, зокрема: право на життя, свободу, особисту недоторканність, на достатній життєвий рівень, що включає їжу, одяг, житло, медичний догляд і необхідне соціальне обслуговування тощо), Міжнародного пакту про громадянські та політичні права і Міжнародного пакту про соціальні, економічні та культурні права (ст. 11 даного пакту встановлюється право кожного на достатній рівень життя, який включає достатнє харчування, одяг та житло людини, крім цього — неухильне покращення життєвих умов; право на охорону здоров'я (ст. 12).

Окремо слід виділити акти ООН, присвячені захисту прав дітей, у тому числі безпритульних, по-перше: Декларацію прав дитини від 20 листопада 1959 р., в якій закріплюються найважливіші принципи, зокрема те, що дитина повинна користуватися благами соціального забезпечення; дитині повинно забезпечуватись право на належний рівень життя; дитині, яка є неповноцінною фізично, психічно чи соціально, повинен надаватись спеціальний захист, зумовлений її особливостями; проголошується те, що кожна дитина повинна зростати в піклуванні, бути матеріально забезпеченою з боку родини чи суспільства, держави. Найбільшого значення у сфері захисту прав дитини набула Конвенція ООН про права дитини від 20 листопада 1989 р. та ряд факультативних протоколів до неї: щодо участі дітей у збройних конфліктах, щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції та порнографії тощо.

У Концепції Загальнодержавної програми «Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини на 2006–2016 роки», затвердженої Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 22 квітня 2006 р. № 229-р, висвітлюються основні проблеми, а відповідно і завдання, які ставить перед собою держава у сфері захисту прав дитини, в тому числі розширення мережі закладів соціального захисту для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування; створення ефективною системи надання соціальних послуг тощо.

Другим вагомим блоком актів у сфері соціального захисту бездомних осіб та безпритульних дітей є регіональні акти, зокрема, прийняті Радою Європи. Україною ратифіковано близько 30 таких актів [14, с. 184], зокрема, найважливіші — Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод від 4 листопада 1950 р. (в якій закріплюється право на життя; право на свободу та особисту недоторканність; право на повагу до особистого та приватного життя тощо) та Європейська соціальна хартія (переглянута), що значно наближує національне законодавство до європейських стандартів.

Законом України «Про ратифікацію Європейської соціальної хартії (переглянутої)» від 14 вересня 2006 р. № 137-V була імплементована у законодавство України Європейська соціальна хартія (переглянута) від 3 травня 1996 р., у якій закріплюється широке коло прав людини у сфері соціального забезпечення, серед яких: право на захист та соціальну допомогу з боку держави дітям, які позбавлені сімейної опіки; на захист від бідності та соціального відчуження; вживання особливих заходів, направлених на захист осіб похилого віку, інвалідів, родини, молоді, дітей тощо.

Відповідно до Закону України «Про ратифікацію Європейської соціальної хартії (переглянутої)» від 14 вересня 2006 р., Україна зобов'язується забезпечувати кожному реалізацію права на житло, закріплене у ст. 31 Хартії, шляхом створення доступу до житла відповідного рівня, профілактики бездомності та її поступової ліквідації, п. 3 даної статті Хартії, в якому закріплюється обов'язок державам встановлювати такі ціни на житло, щоб воно стало доступним для малозабезпечених осіб, прийнятий Україною досі не був. Крім цього, ратифікувавши ст. 30 Хартії, Україна зобов'язалась захищати від соціального відчуження та бідності тих людей, які зіштовхнулися з даними важкими обставинами, а також членів їх родин шляхом забезпечення ефективного доступу для них житла, роботи, освіти, медичної допомоги та ін.

Європейська соціальна хартія містить посилання на Європейський кодекс соціального забезпечення, який досі не ратифікований Україною, що заважає адаптації національного законодавства до норм та впровадженню на практиці стандартів Європейської соціальної хартії (переглянутої).

Значне місце в регулюванні відносин із соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей, з огляду на поширення процесів міграції у світі, займає третій блок актів — двосторонні (партикулярні) міжнародні договори України [15, с. 76], наприклад, з Канадою, Республікою Болгарія, Литовською Республікою, Естонською Республікою, Російською Федерацією, Азербайджанською Республікою та ін. Проте дані договори не містять положення про соціальний захист бездомних осіб і безпритульних дітей чи, принаймні, закріплюють право на житло.

Акти національного законодавства у сфері соціального захисту бездомних осіб та безпритульних дітей в цілому відповідають вимогам міжнародних та європейських актів про права людини та права дітей

зокрема. На цей час відсутні спеціальні міжнародні нормативно-правові акти у сфері соціального захисту бездомних і безпритульних осіб. У міжнародних та європейських актах про права людини закріплюються лише окремі норми, які закріплюють право кожного на житло та на підтримку з боки держави у разі його відсутності тощо.

Для підвищення рівня соціального захисту населення, у тому числі бездомних осіб і безпритульних дітей, необхідною є ратифікація низки обов'язкових статей Європейської соціальної хартії (переглянутої), серед яких ст. 12 «Право на соціальне забезпечення» та ст. 13 «Право на соціальну і медичну допомогу». До того ж відсутність у національному законодавстві у визначенні поняття «прожитковий мінімум», закріпленому у ст. 1 Закону України «Про прожитковий мінімум» від 15 липня 1999 р. № 966-XIV, такого стандарту, як «неухильне поліпшення умов життя», передбаченого Міжнародним пактом про економічні, соціальні та культурні права, не відповідає міжнародним нормам та призводить до значного звуження прав громадян.

Міжнародно-правові норми у сфері прав людини стали основою для розвитку національного законодавства у сфері соціального захисту бездомних осіб та безпритульних дітей. Крім спеціального Закону, відносно із соціального захисту бездомних і безпритульних осіб регулюються численними нормативно-правовими актами. Особливу увагу слід звернути на закони, якими збільшується перелік тих видів соціального захисту, на отримання яких мають право бездомні особи і безпритульні діти зі спеціальним статусом, у порівнянні з іншими категоріями бездомних осіб і безпритульних дітей.

Відповідно до Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» від 20 жовтня 2014 р. № 1207-VII, бездомні особи можуть отримувати, крім соціального обслуговування, натуральної та медичної допомоги, також грошові виплати і пільги.

Системний аналіз положень Закону України «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей» дозволяє дійти висновку про необхідність внесення змін до нього шляхом доповнення переліку осіб, які належать до груп ризику щодо втрати житла чи права на його використання, закріпленого у ст. 15 Закону, внутрішньо переміщеними особами. У зв'язку з цим пропонується доповнити Закон окремою статтею «Запобігання бездомності і безпритульності внутрішньо переміщених осіб».

Бездомні особи зі статусом інваліда, відповідно до Закону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» № 875-XII від 21 березня 1991 р., поряд із соціальним обслуговуванням, натуральною та медичною допомогою мають право отримувати грошові виплати, пільги, бути забезпеченими технічними засобами пересування і реабілітації, ліками тощо.

Соціальний захист бездомних осіб із спеціальними статусами, на нашу думку, умовно складається з двох блоків заходів: основні захо-

ди — ті, на отримання яких мають право всі без виключення бездомні особи і безпритульні діти, та додаткові заходи — ті, які мають право отримувати тільки бездомні особи з особливим статусом (інваліди, внутрішньо переміщені особи тощо).

Л і т е р а т у р а

1. Чанишева Г. І. Колективні відносини у сфері праці: теоретико-правовий аспект: монографія / Г. І. Чанишева. — О.: Юрид. л-ра, 2001. — 328 с.
2. Андріїв В. М. Система трудових прав працівників та механізм їх забезпечення: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / В. М. Андріїв; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». — О., 2012. — 404 с.
3. Трудовые права в XXI веке: современное состояние и тенденции развития: монография / А. М. Лушников, М. В. Лушникова. — М.: Проспект, 2015. — 272 с.
4. Європейська соціальна хартія: прийнята 18 жовт. 1961 р. та переглянута 3 трав. 1996 р., ратифікована Законом України від 14 верес. 2006 р. №137-V // Офіційний вісник України. — 2006. — № 40. — Ст. 2660.
5. Краснов Є. В. Право на працю за законодавством України та деяких зарубіжних країн / Є. В. Краснов // Науковий вісник Запорізького національного університету. Серія «Право». — 2015. — Вип. 1. — С. 147–153.
6. Краснов Є. В. Особливості визначення основних прав працівника у проекті Трудового кодексу / Є. В. Краснов // Правове забезпечення соціальної сфери: матеріали VI Міжнар. наук. конф. студентів, аспірантів та молодих вчених (Одеса, 4 квіт. 2015 р.): у 2 т. / уклад.: В. Р. Кравчук, М. П. Прачук, О. П. Олександрук; за заг. ред. Г. І. Чанишевої. — О.: Юрид. л-ра, 2015. — Т. 1. — С. 138–143.
7. Краснов Є. В. Проблеми визначення та законодавчого закріплення основних прав працівника у проекті Трудового кодексу України / Є. В. Краснов // Часопис цивільстики. — 2015. — № 18. — С. 37–41.
8. Краснов Є. В. Проблемні питання визначення поняття «посадові особи» для цілей застосування пункту п'ятого частини першої статті 41 Кодексу законів про працю України як підстави припинення трудового договору / Є. В. Краснов // Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку України: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 15–16 трав. 2015 р.): у 2 т. / відп. ред. М. В. Афанасьєва. — О.: Юрид. л-ра, 2015. — Т. 1. — С. 552–554.
9. Капітан В. Трудова міграція як аспект проблеми зайнятості в Україні / В. Капітан // Ефективність державного управління. — 2012. — Вип. 32. — С. 474–481.
10. Алексеев С. С. Общая теория права. В 2 т. Т. 2 / С. С. Алексеев. — М.: Юрид. лит., 1982. — 360 с.
11. Лушников А. М. Курс трудового права: учебник. В 2 т. Т. 2. Коллективное трудовое право. Индивидуальное трудовое право. Процессуальное трудовое право / А. М. Лушников, М. В. Лушникова. — М.: Статут, 2009. — 879 с.
12. Болле П. Динамика перемен и защита трудящихся / П. Болле // Международный обзор труда. — 2002. — № 3–4. — С. 153–158.
13. Мачульская Е. Е. Право социального обеспечения: [учебник] / Е. Е. Мачульская. — [2-е изд. перераб. и доп.]. — М.: Юрайт, 2011. — 582 с.
14. Баймуратов М. О. Міжнародно-правові зобов'язання держав у сфері становлення альтернативних форм соціального страхування: [монографія] / М. О. Баймуратов, О. С. Савич. — О.: Фенікс, 2009. — 280 с.
15. Вісьтак М. Я. Двосторонні міждержавні договори України та їх значення для правового регулювання трудових відносин / М. Я. Вісьтак // Право і суспільство. — 2014. — № 1. — С. 75–81.

А н о т а ц і я

Чанишева Г. І., Лагутіна І. В., Краснов Є. В., Трюхан О. А., Сорочишин М. В., Рymar Б. А., Кайтанський О. С., Медвідь А. О. Місце трудових та соціально-забезпечувальних прав у системі прав людини. — Стаття.

У статті досліджується місце трудових та соціально-забезпечувальних прав у системі прав людини. Аналізуються юридична природа та своєрідність трудових і соціально-забезпечувальних прав. Визначаються поняття, юридична природа та структура колективних трудових прав, особистих немайнових трудових прав, а також окремих індивідуальних, колективних трудових прав, соціально-забезпечувальних прав.

Вносяться пропозиції щодо удосконалення чинного трудового і соціально-забезпечувального законодавства, проекту Трудового кодексу України у сфері нормативного закріплення та реалізації окремих трудових і соціально-забезпечувальних прав.

Ключові слова: система прав людини, індивідуальні трудові права, колективні трудові права, соціально-забезпечувальні права.

А н н о т а ц и я

Чанышева Г. И., Лагутина И. В., Краснов Е. В., Трюхан О. А., Сорочишин М. В., Рымар Б. А., Кайтанский А. С., Медведь А. А. Место трудовых и социально-обеспечительных прав в системе прав человека. — Статья.

В статье исследуется место трудовых и социально-обеспечительных прав в системе прав человека. Анализируются юридическая природа и особенности трудовых и социально-обеспечительных прав. Определяются понятия, юридическая природа и структура коллективных трудовых прав, личных неимущественных трудовых прав, а также отдельных индивидуальных, коллективных трудовых прав, социально-обеспечительных прав.

Вносятся предложения по усовершенствованию действующего трудового и социально-обеспечительного законодательства, проекта Трудового кодекса Украины в сфере нормативного закрепления и реализации отдельных трудовых и социально-обеспечительных прав.

Ключевые слова: система прав человека, индивидуальные трудовые права, коллективные трудовые права, социально-обеспечительные права.

S u m m a r y

Chanysheva G. I., Lagutina I. V., Krasnov E. V., Triukhan O. A., Sorochyshyn M. V., Rymar B. A., Kaytansky A. S., Medvid A. A. The Place of Labour and Social-Security Rights in the System of Human Rights. — Article.

The article examines the place of labour and social-security rights in the system of human rights. The legal nature and characteristics of the labour and social-security rights are analysed. The concept and structure of the legal nature of collective rights, moral rights at work, as well as separate individual and collective labour rights and social security rights have been defined.

The article contains proposals on improving current labour and social-security legislation, the draft Labour Code of Ukraine in the field of regulatory consolidation and implementation of individual labour and social-security rights.

Keywords: human rights, individual labour law, collective labour law and social security rights.

УДК 341.171

*Є. О. Харитонов***МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ
ПРОБЛЕМ ПРАВОВОЇ АДАПТАЦІЇ УКРАЇНИ
ДО ВНУТРІШНЬОГО РИНКУ ЄС**

Підписання угоди про асоціацію України з ЄС зумовлює необхідність правової адаптації до умов внутрішнього ринку останнього. Тому потреба у дослідженнях у цій галузі зростає. Зокрема, важливими є питання визначення засад дослідження проблем, що виникають у зв'язку і у процесі такої адаптації. При цьому доміанти зазначених досліджень визначаються тим, що після підписання угоди про асоціацію з ЄС Україна, фактично, має підтвердити свою приналежність до Європи, визнання та прийняття європейських цінностей, інституцій та концептів, одним з найважливіших поміж яких є приватне право (на основі якого, власне, і має відбуватися правова адаптація «асоціантів» до умов внутрішнього ринку ЄС).

Попри тривалі дискусії щодо поняття та сутності європейського права, приватного права, впливу зазначених концептів на законодавство України, у їх баченні існують суттєві розбіжності. Ситуація, що склалася, зумовлює необхідність продовження наукових розвідок у цій галузі на підґрунті чітко визначеної методології дослідження. При цьому засади дослідження визначаються необхідністю встановлення того, якою є правова основа регулювання ринку ЄС (чим є право ЄС), що маєтсья на увазі під правовою адаптацією, чи існує цивілізаційна сумісність України та ЄС, чи придатні вітчизняні концепція цивільного права та законодавство для адаптації до умов внутрішнього ринку ЄС, якими є принципи зазначеної адаптації?

Розглянемо далі ці питання.

Європейське приватне право

Із ратифікацією 16 вересня 2014 р. Угоди між Україною та ЄС процес євроінтеграції нашої держави перейшов у практичну фазу. Відтак значно актуалізувалася проблема гармонізації українського та європейського права. І хоча питанням взаємодії національних правових систем країн Європи, адаптації їхнього права (зокрема, права України) та приведення вітчизняного законодавства у відповідність до європейських стандартів було присвячено чимало розвідок [1–3], але потреба у дослідженнях у цій галузі не зменшується. При цьому найважливішим є з'ясування цих питань стосовно сфери приватного права, феномен якого своїм походженням і характеристикою завдячує Європейській цивілізації, а відтак містить аксіологічні орієнтири для бажаючих долучитися до ЄС.

Враховуючи ту обставину, що європейські міждержавні правові системи були предметом спеціального дослідження [4], не зупиняємося тут на їхній характеристиці, а спробуємо встановити сутність терміно-поняття «європейське право», котре вживається в юриспруденції і як загальний концепт [5; 9], і стосовно окремих галузей права європейських правових систем [6].

При цьому доцільно розрізнити загальний концепт «європейське право», що є елементом Європейської цивілізації у цілому, і концепт «європейське право» у спеціальному значенні, котрий стосується регулювання відносин, що виникають у зв'язку зі створенням та діяльністю європейських міжнародних організацій. Оскільки перше з них має загальне цивілізаційне значення, то воно, за визначенням, є ширшим, ніж «європейське право у спеціальному значенні», сферою якого є лише діяльність і політика Європейського Союзу.

У широкому сенсі під «європейським правом» у спеціальному значенні розуміється правове регулювання усїєї сукупності економічних, соціальних, політичних, наукових та культурних відносин, що стосуються організації та діяльності європейських міжнародних організацій. Його можна розглядати як «регіональне міжнародне право» [7, с. 29].

У вузькому сенсі — це право європейських співтовариств, доповнене правовим регулюванням усього Європейського співтовариства. Воно багато в чому відійшло від міжнародного права і являє собою особливий правовий феномен. Попри те, що співтовариства існують як три окремі структури: Європейське об'єднання вугілля і сталі, Європейське співтовариство (перейменоване Маастрихтським договором 1992 р.) і Європейське співтовариство з атомної енергії (Євроатом), провідним поміж них є Європейське співтовариство — широке інтеграційне об'єднання, яке має загальноєкономічний характер (після Лісабонських договорів 2007 р. Євроатом із самостійного європейського співтовариства перетворився на організацію, що існує при Євросоюзі). Що стосується Європейського об'єднання вугілля і сталі та Євроатому, то вони забезпечують інтеграцію країн-учасниць лише в окремих секторах економіки. Хоча

формально інтеграція в цих секторах не входить до завдань Європейського співтовариства, але його загальна координаційна функція впливає з мети створення співтовариства. Тому в країнах, що входять до Європейського Союзу, європейське право є інструментом повсякденного практичного застосування, майже таким самим необхідним, як і національне право. До того ж європейське право активно застосовується у галузі відносин між Європейським Союзом та іншими країнами. Отже, при такому розумінні європейського права у вузькому сенсі воно, фактично, ототожнюється з правом Європейських співтовариств, доповненим певною мірою нормами та принципами, що регулюють діяльність усього Євросоюзу [8, с. 22].

Деякі автори вважають, що відмінності у підходах до визначення права ЄС означають також різне розуміння сутності Співтовариств і Союзу. З характеристики права Співтовариств як особливого різновиду міжнародного права випливає, що ЄС є міжнародною міжурядовою організацією, а майбутнє Європейського Союзу як об'єднання держав розглядається як перспектива європейської інтеграції. Тому йдеться про змішаний характер права ЄС як феномена *sui generis* [9, с. 19]. При цьому право ЄС при розгляді його в якості феномена *sui generis* за своєю природою є відмінним, хоча і тісно пов'язаним як з міжнародним правом, так і з правом різних країн-членів [10, с. 32]. Такі зауваження здаються слушними, а відтак можна погодитися з тим, що за своєю юридичною природою право Євросоюзу становить особливу, третю систему права, яка діє поряд з міжнародним та внутрішнім правом [11, с. 55].

Згадаємо також позицію, згідно з якою під Європейським правом можна розуміти систему юридичних норм, що сформувалися у зв'язку з утворенням і функціонуванням Європейських Співтовариств і Європейського Союзу, застосовуваних у межах їхньої юрисдикції на основі й у відповідності з установчими договорами і загальними принципами права [12, с. 43]. Звернемо увагу на завершальну частину цього визначення, де йдеться про загальні принципи права, відповідно до яких (поряд з установчими договорами) діють і застосовуються норми європейського права. Стаття F (н. н. ст. 6) Договору 1992 р. передбачає, що «Союз поважає основні права особистості, як вони гарантовані Європейською конвенцією захисту прав людини й основних свобод і як вони впливають із загальних конституційних традицій держав-членів, у якості загальних принципів права Співтовариства». Отже враховуємо, що в основу загальних принципів права ЄС покладений пріоритет прав особистості, що закріплені у Європейській конвенції і до того ж впливає з конституційних традицій європейських держав. Ці ж традиції визначають подальший розвиток національного права держав — членів Європейських Співтовариств. При цьому слід взяти до уваги, що, як слушно зазначав Волтер Кернз, у принципі термін «право Європейського Союзу» має застосовуватися лише стосовно права, яке регулює всі

три основні напрями діяльності ЄС. Однак оскільки право, що регулює співробітництво в галузі юстиції та внутрішніх справ і спільної зовнішньої політики та політики безпеки, ще розробляється, право Європейського Союзу в його теперішньому стані значною мірою є подібним до права Співтовариства. Тому в багатьох випадках визнається, що терміни «право Європейського Союзу» і «право Співтовариств» є взаємозамінними [13, с. 30].

Із врахуванням зазначеного можна погодитися з розумінням «європейського права у спеціальному (нормативному) значенні» як системи принципів, юридичних норм, що формуються у зв'язку з утворенням і функціонуванням Європейських Співтовариств і Європейського Союзу на основі й відповідно до установчих договорів і загальних принципів права.

Але, погоджуючись із зазначеним підходом у «змістовному сенсі», варто наголосити на необхідності впорядкування термінології у цій сфері. Зокрема, терміном «європейське право» доцільно позначати лише власне «європейське право», тобто сформоване вербально уявлення, раціональне та емоційне сприйняття людиною права як частини світу (у нашому випадку — європейської цивілізації), де існує ця людина, відчуваючи себе її часткою. Натомість терміном «право Європейського Союзу» позначаємо сукупність правових норм, правил та інших юридичних засобів (дискусії в Європейському парламенті щодо законодавства Співтовариства тощо), за допомогою яких регулюються процеси європейської інтеграції та діяльності Євросоюзу.

Слід наголосити, що підґрунтям визначення європейського права має бути врахування його сутності як єдиного європейського концепту, що зумовлено вже самою ідеєю Європейської єдності. Ще більшою мірою це стосується приватного права, котре має підґрунтям європейські цивілізаційні цінності і виступає їхнім втіленням у європейській правосвідомості.

Разом із тим висновок щодо єдності «європейського права» не знімає питання про існування у його межах традицій права взагалі і традицій приватного права зокрема, існування яких зумовлене наявністю у межах Європейської цивілізації відносно самостійних субцивілізацій. (При цьому розглядаємо «традицію» як особливий різновид цінностей, захист чи критика яких не потребує посилання на їхнє давнє походження, і який не вимагає іншого обґрунтування, ніж констатація, що це є традиція [14, с. 104–105]). З розуміння права як елемента цивілізації випливає, що особливості субцивілізацій зумовлюють і особливості традицій права, існуючих у Європі. Отже маємо враховувати поділ загальноєвропейської цивілізації на «Східну» та «Західну» гілки (субцивілізації), основою якого є врахування особливостей двох типів історичного, соціального і культурного розвитку.

Багато хто головним критерієм віднесення суспільства до певної цивілізації вважає релігію. При такому розумінні європейській системі

«Схід — Захід» відповідає поділ християнської Церкви на Східну та Західну, пов'язаний з межею, що виникла між частинами Римської імперії, трансформувавшись з часом у розрізнення Європейських Східної та Західної цивілізацій. Із врахуванням цієї тези деякі науковці провадять головну «лінію розділення» у Європі таким чином, що поділяють на дві частини Україну та Білорусію, відокремлюючи православних українців та білорусів від католиків [15].

Враховуючи дражливість цього питання, варто зауважити, що правдивість названих чинників «розділення Європи» викликає сумніви. Зокрема, варто згадати, що після розколу християнського світу на Католицький Захід і Православний Схід термін «Європа» став частіше вживатися для означення лише її католицької частини. Однак ніхто не робив спеціальних спроб «відлучити» православні народи і країни. Найбільші зміни у розумінні значення терміна «Європа» знаходять у XVIII ст. Однак тоді до Східної Європи включали не лише православну Росію, але й католицькі Польщу та Угорщину. І вже у XIX та XX ст. наростаючий антагонізм між «Заходом» і Російською імперією та Радянським Союзом призвів до того, що Росію і підкорені нею народи стали все частіше вилучати з європейської історії. Після 1945 р. межі Європи встановилися по лінії «залізної завіси», що розділяла комуністичний і некомуністичний світи [16, с. 5–6].

Отже релігійний критерій у сучасних умовах не виправдовує себе, оскільки завдяки химерному сплетінню геополітичних інтересів і глобальних амбіцій став предметом політичних спекуляцій. Крім того, не можна не враховувати й такі обставини, як наявність значного відсотку атеїстів, існування декількох конфесій у більшості європейських країн, протистояння такого критерію досить популярним ідеям екуменізму тощо.

З цих міркувань здається більш виправданим при визначенні підстав диференціації правових систем враховувати не конфесійну приналежність, а концепт ментальності. Крім того, що певний національний менталітет є передумовою формування правового менталітету, а відтак правосвідомості (зокрема, «приватного» чи «публічного» типу), він ще й слугує підставою диференціації правових традицій. Право як концепт (тобто усвідомлення сутності права) може набувати і мати особливості залежно від того, про яку традицію права, про яку правову родину йдеться. У свою чергу, одним із найважливіших критеріїв диференціації правових традицій та правових родин є національний менталітет (ментальність).

Разом із тим доцільно проводити розмежування не за якимось одним, головним критерієм, а за сукупністю ознак, властивих типу цивілізації (субцивілізації). Поміж них визначальними є ставлення до людини, визначення її місця у Всесвіті, довкіллі і суспільстві. При цьому беремо до уваги, що магістральні Західний та Східний типи цивілізаційного розвитку не збігаються із географічним поділом, а можуть бути присутні

більшою чи меншою мірою в різних цивілізаціях у різних частинах світу. Отже йдеться не про поділ за географічними ознаками, а про умовне розрізнення частин із врахуванням відмінностей у ментальності, світогляді, культурі тощо.

Для Західного типу цивілізаційного розвитку властиві: 1) суверенітет приватної особи (визнання чільного місця індивіда, окремої людини у системі соціальних відносин); 2) розвинений інститут приватної та корпоративної власності, що відіграє вирішальну роль в економічному житті суспільства; 3) лібералізм як філософське підґрунтя суспільного життя; 4) соціально-політичний плюралізм, що знаходить вираження у поділу функцій різних гілок влади, наданні ваги самоуправлінню тощо; 5) світоглядне учення (релігія тощо), яке має характер абсолютної самоцінності або у кожному разі тяжіє до такого її розуміння. Сформовані на такому підґрунті, для Західної традиції права властивими є: 1) відносно чітка межа між правовими та іншими інституціями (хоча політика і мораль можуть визначати закон, але вони не тлумачаться як сам закон); 2) управління правовими інституціями доручається спеціальному корпусу людей, які для цього спеціально дістають юридичну освіту; 3) юридична думка впливає на правові інститути: вона аналізує і систематизує право, виступаючи як чинник, за допомогою якого можна створювати інші правові категорії; 4) право сприймається у суспільстві як узгоджене ціле, єдина сформована система; 5) закон сприймається як цілісна система, «організм», який розвивається через покоління; 6) життєздатність правової системи ґрунтується на впевненості суспільства в довговічному характері права; 7) розвиток права свідчить, що воно не просто продовжується, а має історію; 8) історичність права пов'язана з усвідомленням його переваги над політичною владою; 9) впевненість у історичності права пов'язана з вірою у його верховенство над політичною владою (вважається, що закон, у кожному разі у деяких відношеннях, стоїть вище за політику і сам накладає зобов'язання на державу. Це виглядає зовні також як впевненість у можливості існування громадянського суспільства та правової держави); 10) усередині суспільства існують і змагаються різні юрисдикції, що робить переваги закону необхідними і можливими [17, с. 41–42].

Характерні риси Східного типу цивілізаційного розвитку: 1) переважання колективних, громадських, державних інтересів над індивідуальними; 2) значне одержавлення економічного життя, слабкість і нерозвиненість інституту приватної власності («азійський спосіб виробництва»); 3) тяжіння до авторитарного (деспотичного) типу влади; 4) зрівняльна соціальна етика; 5) етико-нормативна функція релігії, внаслідок чого релігійні норми фактично набувають характеру джерела права. З їх урахуванням Східна традиція європейського права має такі властивості: 1) обмеженість світоглядного підґрунтя права, як правило, християнським вченням у його ортодоксальній (православній) інтерпретації; 2) схильність до розуміння права як сукупності актів законодавства,

зміст якого зумовлений не стільки природними приписами, скільки потребами суспільства, котрі, вважається, краще відомі державі, що втілює їх в законодавчих установленнях; 3) організація і проведення законотворчих, кодифікаційних, дослідницьких тощо робіт у галузі права за «ініціативою зверху»; 4) обмеженість творчого пошуку, і як результат — втрата авторитету і значення юриспруденції; 5) тенденція до обмеження приватноправового типу регулювання, прагнення забезпечити максимально можливі контроль і втручання держави у відносини приватних осіб. У підсумку приватне право виявляється «розбавленим» публічно-правовими нормами і нерідко трактується як «господарське» або ж ще якесь того ж стибу; 6) нечітке розмежування між правовими інститутами, з одного боку, та державними інституціями (адміністративними, управлінськими), — з іншого; 7) відсутність теоретично обґрунтованої і визнаної концепції наступництва права. Внаслідок цього такі явища, як рецепція, акультурація, трансплантація, у галузі права нерідко відбуваються в латентних формах, мають обмежений і непослідовний характер; 8) акцентування уваги, головним чином, не на правах, а на обов'язках учасників цивільно-правових відносин.

Стосовно Європи «Західна традиція права» — це ті правові цінності, концепти, категорії та інститути, які іманентно властиві західноєвропейській субцивілізації, ґрунтуються на світогляді, культурі та ментальності Західного світу, що веде родовід від Грецької та Римської Античності. На підґрунті Західної традиції права формується та існує традиція приватного права як концепт, невідривно пов'язаний із Західноєвропейською цивілізацією.

Правова адаптація як форма взаємодії правових систем

Завдання визначення сутності правової адаптації зумовлює необхідність встановлення форм впливу одних правових систем на інші.

Почнемо з того, що національна правова система — це не якийсь окремо взятий феномен, ізольований від інших явищ суспільного життя, а елемент системи більш високого рівня — соціальної системи, як необхідного організуючого елемента співжиття людства. Ця частина соціальної системи взаємодіє з економічною, політичною, моральною та іншими складовими останньої. Правова система взаємопов'язана з системою моралі, оскільки право має моральне обґрунтування, що знаходить своє вираження у свідомості людей, яка, відображуючи їхнє ставлення до права, стає правосвідомістю. Враховуючи зазначене, правову систему характеризує сукупність таких елементів: 1) право як сукупність створених державою норм, що перебуває під її охороною; 2) законодавство як форма вираження цих норм (нормативні акти); 3) правові інституції, що здійснюють правову політику держави; 4) судова та інша юридична практика; 5) механізм правового регулювання;

6) правореалізаційний процес (включаючи акти застосування і тлумачення); 7) права, свободи і обов'язки громадян (право в суб'єктивному значенні); 8) система функціонуючих у суспільстві правовідносин; 9) законність і правопорядок; 10) правова ідеологія (правосвідомість, юридичні доктрини, теорії, правова культура тощо); 11) суб'єкти права (індивідуальні і колективні); 12) системні зв'язки, які забезпечують єдність, цілісність та стабільність системи; 13) інші правові явища (юридична відповідальність, правосуб'єктність, правовий статус, законні інтереси), які утворюють «інфраструктуру правової системи» [18, с. 14; 21; 22].

На такому підґрунті національна правова система може бути визначена як зумовлена об'єктивними закономірностями (у тому числі культурними, історичними та географічними особливостями) розвитку певного об'єднання людей (громади, суспільства, держави, етносу), цілісна сукупність взаємно пов'язаних норм, правових інституцій та юридичних явищ (зокрема, таких як правова ідеологія, правосвідомість, правові погляди, правова культура), що постійно відтворюються та використовуються людьми у процесі співжиття в рамках локальної цивілізації.

Проблеми взаємодії правових систем здавна привертала увагу правознавців. При цьому найбільш активно досліджували такий феномен як рецепція римського права. Останнє було предметом наукових розвідок ще з часів середньовіччя. Але особливо інтерес до надбань римського права зріс у добу європейських кодифікацій Нового часу, коли розробники законопроектів шукали зразків, вартих наслідування.

Тут є недоцільним огляд та аналіз позицій, думок і концепцій, висловлених у процесі досліджень чинників та характеру впливу римського права на правові системи Західної Європи [19; 21; 22; 31]. Констатуємо лише, що спроби рецепції римського права на Заході, як свідоме запозичення його положень, мали місце вже у ранньому середньовіччі, хоча більш продуктивною вона стала у пізньому середньовіччі, коли її методологічним підґрунтям стали погляди Томи Аквінського. Його уявлення про співвідношення природного (божественного) права та людських (позитивних) законів, а також про те, що дотримуватись слід лише тих світських законів, які не суперечать закону природному, слугували підґрунтям рецепції римського права у формі практичного застосування, особливо у Німеччині, де вона була ефективною спробою подолати партикуляризм та архаїчність німецького законодавства [21, с. 90; 22]. Пізніше у процесі тривалих дискусій щодо придатності римського права для застосування у законотворчості та юридичному побуті було сформульовано низку важливих положень, котрі Р. фон Єринг узагальнив у методологічному принципі: «Durch das Römische Recht über aber das Römische Recht hinaus» [24, с. 37–38]. У головних рисах концепція рецепції римського права у європейському правознавстві сформувалася вже до кінця XIX ст., що було результатом осмислення сутності цього явища та оцінок можливості його використання у процесі підготовки та

проведення кодифікацій, передусім, у галузі цивільного права, у XVIII–XIX ст. На початку XX ст. активність досліджень у цій галузі знижується: західне бачення сутності рецепції римського права у цілому сформоване. Предметом дослідження стають питання визначення місця римського права у культурі Європи, рецепції римського права в окремих країнах, в особливих умовах тощо [25].

У Російській імперії рецепція римського права досліджується як феномен, властивий Західній культурі, де значення римського права визначається тим, що воно складає життєвий, практичний елемент сучасного позитивного законодавства і є підґрунтям для єдиної науки цивільного права. Рецепція розглядається і як складова більш загального процесу запозичення досягнень високорозвиненої античної культури, і як явище суто правове, а запозичення його положень пояснюється необхідністю використання для врегулювання низки відносин «більш тонких» норм, ніж ті, що існували у звичаєвому праві більшості західноєвропейських країн [26]. Поряд з цим вивчається значення римського права для правової системи Російської імперії. Зокрема, Д. І. Азаревич писав про вплив римського права на давньоруське законодавство через контакти з Візантією [26, с. 25]. М. Л. Дювернуа, обґрунтовуючи доцільність звернення до римського права російських юристів, наголошував, що римське право є «правом найбільш універсальним» з-поміж інших систем права, таким, що придатне для застосування у різних країнах [29, с. 14].

Після утворення радянської держави, правова доктрина якої ґрунтувалася на марксистсько-ленінському світогляді, що заперечує наступність соціалістичного права після «права експлуататорського суспільства», дослідження у цій галузі припиняються (за окремими винятками [24]).

Хоча деякі російські правознавці вважають, що у 20-ті рр. XX ст. існувала тенденція лібералізації ставлення радянської держави до римського права [31, с. 117], однак ренесанс у цій галузі має місце в СРСР лише з середини 80-х рр., коли реформи у галузі політичній, соціальній, ідеологічній, правовій зумовили підвищення інтересу до гуманістичних цінностей, надбав інших систем світогляду, права (у тому числі рецепованого римського права [32, с. 110]) тощо. У 90-ті рр. на пострадянському просторі видаються пам'ятки римського права, з'являються публікації, виконані з оновлених методологічних позицій. Римське право та його інститути аналізують під конструктивним кутом зору, визначаючи можливість сприйняття його положень як сучасних гуманістичних цінностей [33]. В Україні у цей час захищається докторська (Є. О. Харитонов [36]) та кандидатські (Р. Ф. Гонгало, Є. С. Северова, В. В. Гутьєва, В. О. Гончаренко, Г. В. Пучкова) дисертації, присвячені рецепції римського права. На підґрунті скоординованих досліджень у цій галузі в Україні формується наукова школа, зусиллями якої створюється вітчизняна концепція рецепції римського приватного права. Головні положення зазначеної концепції виглядають таким чином. Рецепції

римського права належать до найбільш помітних явищ у розвитку європейських цивілізацій протягом останніх півтора тисячоліть. Відбуваючись у різних формах, на тлі дії різноманітних геополітичних, економічних, соціальних, духовних чинників, вони разом з тим відображають загальну тенденцію циклічного розвитку культур, котра полягає у формуванні так званих «загальнолюдських цінностей». Рецепції римського права оцінюються як явище, що відображає вплив цієї «материнської» правової системи на більш пізні правові системи, результатом чого є формування сучасного європейського приватного права.

Однак якщо в українській цивілістиці в цілому переважають позитивні оцінки цього явища, про що свідчить поява нових досліджень у цій галузі (у тому числі докторської дисертації С. Д. Гринько) [37], то у російському правознавстві ставлення до рецепції римського права є неоднозначним. Поряд із визнанням впливу римського права на законодавство Російської імперії XIX — початку XX ст. [38] та сучасне російське цивільне право [39] і законодавство [42] мають місце упереджені оцінки явища рецепції [43], надання йому значення результату негативного ідеологічного впливу [31].

У підсумку дослідження впливу римського права (особливо, приватного) на формування наступних правових систем зумовили модернізацію концепції рецепції права, котрі тепер пропонується розуміти як форму взаємодії національних правових систем, як процес сприйняття і пристосування до умов якоїсь країни права, виробленого в іншій державі або у попередню історичну епоху [44; 45]. Це складне явище, яке містить у собі процеси спадкоємності, сприйняття, повторюваності й запозичення правових форм з інших правових систем в силу їх історичної та культурної однорідності. Тому рецепцію важливо сприймати як закономірний процес перенесення, засвоєння, збереження та використання правовими системами нових елементів [45, с. 6, 10]. Дехто наполягає на необхідності врахування ідеологічного чинника, вважаючи, що затушовування ідеологічного компонента рецепції перешкоджає з'ясуванню реальних цілей та завдань рецепції взагалі, а надто російської. Тому суть рецепції вбачається у її ідеологічному компоненті [46].

Враховуючи генезис терміна «рецепція», виправданим є вживати його саме стосовно випадків «відродження» елементів минулих правових систем у процесі історичного розвитку людства. У такому випадку має йтися не про «взаємодію правових систем», а про «наступність права — вплив однієї системи на іншу». Такі «відродження» права зумовлені особливостями алгоритму трансформацій права як елемента цивілізації. Зміна світових цивілізацій відображає поступальний рух історичного процесу, саморозвиток людства. Локальні цивілізації виражають культурно-історичні, етичні, етнічні, релігійні, економіко-географічні особливості країни, групи країн, етносів, які пов'язані спільною долею, відображають і віддзеркалюють ритм загальноісторичного прогресу [47, с. 53–54].

Цивілізації є динамічними утвореннями еволюційного типу, котрі розвиваються по висхідній спіралі, чим пояснюється повторюваність схожих фаз розвитку культури. Найбільшої популярності циклічна теорія історичного розвитку досягла після видання Освальдом Шпенглером у 1918 р. праці «Присмерк Європи» [48], де було сформульовано ідеї повторюваності культурно-історичних типів, споріднених за структурою, та поліциклічності історичного процесу. Пізніше А. Дж. Тойнбі обґрунтував доцільність врахування категорій простору-часу та розгляду історичного процесу як викликів історії та відповідей людства, що забезпечує прорив у майбутнє. Виклик, залишений без відповіді, повторюється, але нездатність суспільства відповісти на виклик позбавляє його життєздатності і зумовлює зникнення з історичної арени [49, с. 59]. Викладені положення набувають методологічного значення для оцінки взаємодії правових систем, оскільки право у структурі культури (цивілізації) покликане бути носієм вищих принципів, цінностей цивілізації, реалізувати історичне призначення суспільства, пов'язане зі ствердженням у ньому гуманістичних засад. Суть права не обмежується тим, що воно нормативно об'єктивує та реалізує потреби цивілізації. Воно також є чинником індивідуального самовираження особи, творчості, їх акумуляції, самозростання [50, с. 200, 219, 221, 224], оскільки право, будучи елементом соціально-політичного устрою, є також елементом суспільної свідомості, складовою духовного світу людини та її світогляду. Процес його розвитку є повторюваним, як повторювані цикли цивілізацій, що й зумовлює рецепції права.

З урахуванням викладеного рецепція права може бути визначена як його відродження, сприйняття духу, категорій, засад, концепцій та основних положень права попередніх цивілізацій наступними цивілізаціями на певному етапі їх розвитку у контексті загального процесу циклічних відроджень.

Під кутом зору проблематики цієї статті дослідження феномена рецепції права, зокрема римського, має те значення, що допомагає охарактеризувати генезис сучасного європейського права, передусім приватного. Разом із тим, відзначаючи роль рецепції права у вдосконаленні правових систем, забезпеченні за її допомогою наступності права, маємо враховувати, що вона забезпечує зв'язок між правовими системами лише «по вертикалі» (і лише деякою мірою «по горизонталі» при похідних рецепціях). Отже концепція рецепції не дає змоги з'ясувати сутність правової адаптації, а відтак маємо розглянути інші способи (форми) взаємодії правових систем.

Однією з категорій, яка найперше привертає тут увагу, є «правова акультурація». Щодо її визначення існують різні точки зору [51]. Зокрема, правову акультурацію визначають як процес взаємного впливу правових систем, виокремлюючи при цьому «правове запозичення» як різновид правової акультурації, що припускає передачу і збереження юридичних елементів без жодних змін. Універсальним варіантом акуль-

турації визнається рецепція, яка має місце при добровільному, а не примусовому сприйнятті чужої правової культури. Родовою ознакою її є односторонній характер запозичення, яке відбувається винятково з ініціативи реципієнта. Пропонується розрізняти два типи рецепції: 1) рецепування по горизонталі — сприйняття правових інститутів одночасно існуючих правових систем; 2) запозичення по вертикалі, при зміні суспільно-економічної формації [52].

З таких позицій правова адаптація мала б бути визнаною видом акультурації у вигляді «рецепування по горизонталі».

Проте у викладеній вище концепції змішуються різні поняття. Оскільки рецепція є сприйняттям наступними правовими системами елементів таких систем, що відійшли в минуле, рецепування «по горизонталі» є неможливим за визначенням. Тому й адаптація не може бути визнана видом рецепції. Так само не може вона бути простим правовим запозиченням, оскільки не припускає передачу і збереження юридичних елементів без жодних змін чи вважатися юридичною експансією, оскільки остання (на відміну від адаптації) проводиться силоміць [53].

Тому згадаємо про розуміння акультурації як складного процесу взаємного впливу і результату впливу культур одна на одну, або ж запозичення явища з одного середовища і впровадження його в інше середовище. Таким чином, акультурація — це процес запозичення, втілений у засвоєнні інновації групою (індивідом, народом), що запозичає, й адаптації до неї [54]. У такому розумінні акультурації приваблює розрізнення запозичення, втіленого у засвоєнні інновації, й адаптації до неї. Враховуючи це, можемо приєднатися до визначення правової акультурації як універсального поняття, що характеризує його як щеплення однієї правової системи до іншої [55, с. 199], будь-яке запозичення елементів одних правових систем в інші. При цьому маємо на увазі, що деякі автори віддають перевагу терміно-поняттю «правові (юридичні) трансплантації» [56], позначаючи ним зазвичай будь-які запозичення з інших правових систем (але іноді вживаючи у значенні «один з видів рецепції» [56]).

У свою чергу, в універсальному понятті акультурації можемо виокремлювати: рецепції, юридичні експансії, прості запозичення, адаптації тощо. При цьому під правовою адаптацією розуміємо пристосування власної правової системи до іншої, аксіологічно близької, правової системи.

Але у кожному разі успішність взаємодії правових систем залежить від їхньої сумісності, встановлення якої має суттєве практичне значення.

Цивілізаційна та психологічна сумісність України та ЄС

Інтегрування до Європейського співтовариства вимагає «гармонізації права», тобто досягнення відповідності принципів та основних положень національного права сучасним тенденціям розвитку європейської цивілізації.

Отже однією з домінант дослідження проблем правової адаптації України до внутрішнього ринку ЄС має бути з'ясування проблеми «сумісності» правових систем, тобто придатність і готовність правової системи України до адаптації, про яку йдеться.

Проблема вибору, у загальних рисах, тут вирішена, оскільки Україна, як і кожна держава, що прагне стати членом ЄС, уже зробила свій вибір. І це вибір — європейський. Тому методологічним підґрунтям кореляції права України з правом ЄС (зокрема, у галузі приватного права) є врахування тієї обставини, що концепт приватного права визрів та сформувався у контексті розвитку Західної традиції європейського права. Відтак можливість кореляції правових систем (у тому числі права) залежить, передусім, від готовності і здатності нашого суспільства до сприймання Західноєвропейських базових цивілізаційних цінностей (індивідуалізм, права людини, право приватної власності, свобода договорів, повага до прав іншої особи тощо), без чого реальний поступ тут є неможливим. Таким чином постає теоретично і практично важливе питання про визначення підґрунтя його кореляції з правом ЄС, зокрема, про можливості і ступінь врахування української ментальності, особливостей правосвідомості тощо. Актуальність розгляду цивілізаційних домінант України підсилюється тими рефлексіями, в яких перебуває значна кількість вітчизняного політикуму та науковців, знову й знову порушуючи питання про цивілізаційний вибір України, типологію її права тощо.

Особливістю цивілізаційної орієнтованості України вважається те, що більшу частину своєї історії вона знаходиться на межі «Схід — Захід», будучи за характером типовою країною унійної традиції, перебуваючи при цьому у світоглядних рефлексіях, чому сприяла відсутність територіальної єдності, поділ на Лівобережну та Правобережну частини. Ситуація ускладнювалась полемікою між православною та католицькою церквами, яка набула в Україні ознак соціального та національного конфліктів.

Але тут варто згадати, що, коли на початку середньовіччя Київська Русь засвоює Візантійську традицію, поширюючи вплив греко-римської культури на суміжні території, то з кінця XV до кінця XVI ст. Україна виходить з останньої, хоча її форми остаточно не зрелась, і входить у контекст загальноєвропейський, аж доки це не було припинено значною мірою геноцидними діями Петра I. Тому слушним здається висновок про поліцивілізаційний феномен історії України [58, с. 28].

Після приєднання України до Росії західна орієнтація України, попри спроби зберегти самостійність у вирішенні цього питання, вимушено

зменшилась. Вона все більше втягується у контекст історичного розвитку Російської імперії, яка типологічно стає спадкоємицею Візантії [47, с. 31], хоча зберігаються особливості світогляду в Україні, зокрема, відмінності у сприйнятті православ'я [60].

Оскільки Україна поступово обернулась на складову частину Росії, її нерідко розглядали як таку, що значною мірою належить Сходу, хоча ідея європеїзації України не припиняла існування і у XIX ст. [62]. Це наклало відбиток і на формування українського права. Певну самостійність у цій галузі Україна зберігала лише до завершення процесу приєднання до Росії і до початку формування загальноімперського законодавства. Надалі всі правничі рішення визначались імперською (до 1917 р.) та радянською правовими доктринами.

Те, що дозволяло Україні втримати своє національне «я», були впливи Заходу. Українці опиралися цим впливам, коли це загрожувало їхньому національному та релігійному «я». Іронія ситуації полягає в тому, що українці захищалися від католицизму, перебираючи зброю, якою користувалися їхні вороги. Невипадково й православні братські школи, й Києво-Могилянська академія базували свою освіту на польсько-латинській літературі, на навчальній системі, запозиченій у єзуїтів, та на західних культурних стандартах — бо одне лише наповняння на місцевих православних традиціях відрізало б їх від основних течій європейської культури. Найбільшим парадоксом було те, що Захід, який ніс загрозу дезінтеграції України, зрештою «став її заборолом проти російської загрози й дозволив українцям зберегти свою ідентичність» [63, с. 19].

На цивілізаційні доміанти істотно вплинули особливості українського національного менталітету (тобто характеру та ладу людського мислення, що реалізується на рівні свідомості, але базується на структурних елементах сфери підсвідомого, що включають в себе архетипи як окремої особистості, так і етносу в цілому; соціальний менталітет несе в собі відбиток логічно неосмислених історичних традицій, успадкованих від попередніх поколінь стилів та типів поведінки, особливостей мислення, рис національного характеру, світогляду, релігії тощо [64]), який сформувався на підґрунті тісної взаємодії трьох культур — античної, скіфсько-сарматської й праслов'янської [65, с. 44–46, 77, 89–90, 95]. Їхні архетипи були сприйняті менталітетом Київської Русі. До них додалися з часом і скандинавські риси [65, с. 127–130, 168]. Істотно вплинуло на алгоритм ментальності Київської Русі прийняття християнства у його візантійському варіанті. Але народ, формально сприйнявши візантійську ортодоксію, зберіг ментальні архетипи попередніх поколінь і передав їх нащадкам [65, с. 172], чому ми завдячуємо нетотожністю українського менталітету візантійській ментальності та перманентними західними рефлексіями. Хоча ментальність Київської Русі відрізнялася від ментальності Західної Європи доби раннього середньовіччя, однак вона не стала й ментальністю Візантійською, набуваючи характеру ори-

гінального і досить суперечливого. Дрейфу у бік «візантійщини» перешкодила татаро-монгольська навала, що супроводжувалася зростанням могутності та експансії Московщини значною мірою за рахунок Київської Русі. Це викликало природний супротив етносів, що проживали на її території, а відтак їхню консолідацію (зокрема, ментальну) у процесі протистояння експансії.

Разом із тим значна строкатість національного складу України, а також поділ свого часу її територій між кількома державами, дають деякі підстави для визнання певної неоднорідності українського менталітету. Так, Г. Є. Смітюх та В. В. Стрілецький відзначають, що існують маргінальні, двоїсті компоненти національного менталітету, зумовлені всесвітньо-історичною місією українського етносу, як Матері-Берегині європейської цивілізації, що простягла свої захищаючі руки між Заходом та Сходом. Цим компонентам притаманні поєднання індивідуалізму, характерного для західної ментальної орієнтації, і східної вразливості, колективізму, бурхливої реакції на соціальну несправедливість, частково перемішаної з наївною вірою в сильного правителя, «царя-батюшку». «Позитивні риси українського національного характеру, — зазначають вони, — суттєво деформуються під час реалізації нашим етносом своєї всесвітньо-історичної місії, як буфера між двома типами цивілізацій — західної, європейської та східної, мусульманської. На нашому ментальному рівні це зумовило постійну гіперболізацію зовнішніх чинників, постійне прагнення покласти на них провину за свої численні біди. Тривала відсутність в українського народу власної держави відбилася в національній підсвідомості, як стан людини, що є фактичним хазяїном землі, але через дію зовнішніх, ворожих сил, не може бути її вільним господарем. Саме з цього коріння проростають примирення з негативними явищами, терплячість, зайва сором'язливість, прагнення уникнути особистої відповідальності за стан громадських справ.

Перебування українських земель у складі Російської, Австро-Угорської імперій, Речі Посполитої, Румунії, Чехословаччини наклали відбиток на культуру, традиції та побут українців. Саме цей чинник є основною причиною такої негативної риси українського менталітету, як відсутність почуття національної єдності. ... для жителів Західної України більш характерні такі риси, як працелюбність, індивідуалізм, вміння господарювати, повага до власності, консерватизм до обумовлених часом змін національно-етнічних цінностей, а також активні прояви національних почуттів, патріотизму, релігійності. Що стосується населення Центральної, Східної та Південної України, то для них головним було не національне, а соціальне визволення. Тому провідними рисами менталітету в цих регіонах стали колективізм, поєднаний з анархізмом, звичка до копіткої праці, яка має обов'язково дати покращення матеріального становища». Таким чином, «є підстави говорити не тільки про особливості українського менталітету в цілому, але й про його особливості в різних регіонах України» [64].

У галузі права помітні розбіжності у формуванні правосвідомості українців залежно від переважання західних чи східних елементів культури. У Східній Україні сотнями років проводилась асиміляція національних форм побуту, традицій, звичаїв українського народу з боку як державно-владних структур, так і православної церкви, яка стала оплотом суспільного консерватизму та антиукраїнських настроїв. А в Західній Україні, яка довгий час перебувала в складі Австро-Угорщини та Польщі, українському народові значною мірою допомогла зберегти свою індивідуальність і остаточно не відійти від західної культури греко-католицька церква. Так, серед визначальних рис населення Галичини можна виокремити історично вироблені в нього працьовитість, законслухняність, вміння господарювати, цілеспрямованість та національний патріотизм. Однак, перебуваючи у складі двох імперій з полярними культурами, український народ опинився в катастрофічному становищі — його культурне ядро розщепилось також на дві підкультури: східну і західну. Унаслідок цього відмінності між українцями Наддніпрянської України та Галичини існують не лише у мові, психології та церковних конфесіях, а й у рівні правосвідомості. Особливості рівнів правосвідомості населення Галичини та Наддніпрянської України, що формувалися протягом багатьох століть, безперечно впливають на процес державного будівництва у цих регіонах. Водночас загальнолюдська мораль серед населення Наддніпрянської України усе ж збереглась завдяки глибоко вкоріненим традиціям, звичаям. Це дає підстави для висновку, що народні основи у Наддніпрянській Україні та Галичині дуже близькі, те, що єднає людей, набуває особливо виразних форм, певною мірою нівелюючи відмінності [66, с. 110].

Названим світоглядним рефлексіям українців та особливостям українського національного менталітету кореспондує ситуація, яка виникла XII—XVI ст., коли Україна робила спроби відійти від східноєвропейської та наблизитись до західноєвропейської цивілізації.

У галузі політики спроби західної переорієнтації нерідко пов'язують із золотоординською навалою, коли ту обставину, що Данила Галицький закривав своїми володіннями Європу від Улусу Джучі, належним чином було оцінено у католицькому світі і це сприяло визнанню української державності Західною Європою. Князі Південної (Київської) Русі Михайло Чернігівський та Данило Галицький у середині XIII ст. вели прозахідну політику, підтримувану певними конфесійними колами (митрополит київський Петро Акеревич виступив з промовою на Ліонському соборі у 1245 р., де закликав до спільного хрестового походу проти монголів). Підтримував таку політику і народ.

Спроби збереження західної орієнтації мали місце в Україні й пізніше, хоча внаслідок дії низки геополітичних чинників вони вже більше торкалися культури, мистецтва, релігії тощо (скажімо, наявність латиномовної поезії XVI ст. [67], не кажучи вже про поезію полономовну). Значення латини та польської мови не зменшилось після війни

1648—1656 рр., коли українська книжна мова стала офіційною. Мовна ситуація почала змінюватись після 1705 р., внаслідок посилення тиску російського царизму на Україну [68].

На початку XVI ст. у галузі культури відбуваються події, виразно спрямовані на зближення із Заходом. У 1632 р. утворено Києво-Могилянську колегію, де запроваджується новий тип освіти — пролатинської, барокової. Києво-Могилянська колегія стала першим українським університетом, де молодь з України та інших країн одержувала освіту європейського зразка. Разом із тим позиція Академії, як опонента католицизму, сприяла розвитку її зв'язків з німецькою культурою [56, р. 56]. Втім культурні зв'язки із протестантами не означали припинення контактів з польськими католиками. У 1633 р. друкарня Києво-Печерської лаври завдяки Петру Могилі починає видання книжок польською та латинською мовами. У 1635 р. єпископ Сильвестр Косів видає польською мовою «Патерикон» (життя печерських святих) — первісток української барокової агіографії [70].

Тому не можна розглядати спрощено проблеми впливу Польщі і ставлення до неї [71]. Хибним було б розглядати конфесійні суперечки як протистояння Заходу та Сходу України, виходячи з того, що полонізація тягла за собою покатоличення, а географічна близькість до Росії — сприяла зміцненню православ'я. Вірніше буде сказати, що по всій Україні мало місце переплетення західної і східної християнської традицій у тому чи іншому їх прояві. Тут варто згадати розмаїття церковної архітектури по всій Україні, де відчувається вплив як римських, так і візантійських прототипів [72, с. 15—29]. З таким цивілізаційним добробком та перманентними прагненнями не втрачати культурні контакти із Заходом (причому властивими не лише Західним, але й Наддніпрянським землям) Україна входить у добу Нового часу.

Загалом, на кінець XVIII — початок XIX ст. припадає національне відродження на усіх українських територіях (як у західній, так і у східній її частинах). У XIX ст. розвиваються демократичні та антимонархічні рухи, поширюються соціалістичні ліберальні вчення. У цей час для творів Т. Шевченка, І. Франка, Лесі Українки, інших письменників, науковців, громадських діячів характерним є використання античних мотивів, положень давньогрецької та давньоримської філософії, дослідження та обґрунтування природних прав особи, справедливості, долі та знедоленості. Основою політико-правових поглядів багатьох видатних мислителів України того часу, наприклад, М. Драгоманова, були права людини, її свобода та вільний розвиток, самостійність людської особистості. При цьому підґрунтям дослідження цих питань для Драгоманова була історія Стародавнього Риму.

На тлі соціального конфлікту на українських землях XII—XVII ст. ситуація ускладнювалась полемікою між православною та католицькою церквами, яка набула в Україні ознак соціального та національного конфлікту, що знайшло відображення в історії уній [73—75]. (Втім

міжконфесійні конфлікти в Україні завше мали і мають політичний підтекст [76]. Ідеологічні чинники не могли не сформуватися, бо конфлікту було надано характер конфесійного протистояння. Таке його розуміння було підхоплене тими сучасниками, котрі вбачали у цьому можливість швидкого і легкого залучення у табір «опозиціонерів» широких верств населення за допомогою очевидних критеріїв: як лях — то католик, як українець — то православний).

Разом із тим поступово вимальовується й інше бачення: реальний шанс збереження єдності суспільства та держави — це унії, стосовно яких останнім часом намітився відхід від упередженої їхньої оцінки. При неупередженому підході важко заперечувати, що кожна з них (Кревська, Острівська, Віленсько-Радомська, Городемльська, Краківсько-Віленська, Мельницька, Люблінська, Берестейська, Гадяцька) мала свої позитивні риси і викликала часто супротив не стільки пересічних представників православної спільноти, скільки магнатів, невдоволених усуненням їх від вирішення питань перерозподілу влади. Зокрема, Берестейська унія, укладена 15 грудня 1596 р., оцінюється фахівцями як один із засобів інтеграції східнослов'янської духовної культури в культуру європейську. Хоча прийнята модель Берестейської унії, можливо, була не кращою, проте унія в цілому протягом XVII—XX ст. відіграла позитивну роль у розвитку української і білоруської духовної культур, сприяла збереженню національної самобутності цих народів [77, с. 57]. Ще одним шансом України визначити власний шлях розвитку (шлях до Заходу), який вона частково використала, була Гадяцька унія, укладена 16 вересня 1658 р. під містом Гадяч між Річчю Посполитою і Гетьманщиною. Вона передбачала входження останньої до складу Речі Посполитої під назвою «Великого Князівства Руського» як третього рівноправного члена двосторонньої унії Польщі і Литви. В основу примирення України та Польщі було покладено принцип федеративного устрою Речі Посполитої. Православні віруючі зрівнювались у правах з католиками. Греко-католицька церква зберігалася, але не могла поширювати свій вплив на нові території. У спільному сенаті Речі Посполитої мали надати право засідати православному митрополитові київському і п'ятьом православним єпископам. Угода передбачала закріплення за Києво-Могилянським колегіумом академічного статусу і зрівняння його у правах з Краківським університетом. На території князівства передбачалося заснування ще однієї православної академії та середніх навчальних закладів — колегіумів, а також початкових шкіл та друкарень [78]. Але й ця угода не була прийнята православною спільнотою. Не визнала її і Москва, а відтак почала війну з Україною.

Коли незабаром через внутрішні міжусобиці Іван Виговський був змушений зректися гетьманської булави на користь Юрія Хмельницького, а створення Великого князівства Руського залишилось лише на папері, у Лівобережній Україні, яка згідно з Угодою між Московією і Польщею про Вічний мир (1686 р.) перейшла під контроль Москви,

козацтво отримало менше привілеїв, ніж передбачав Гадяцький договір, і практично втратило політичний вплив [79]. Вічний мир остаточно затвердив поділ українських земель між двома державами, зате польський уряд обіцяв надати православним свободу віросповідання, а російський уряд обіцяв їх захищати [80]. У підсумку замість об'єднання відбувся розкол за конфесійною ознакою: з одного боку — православні магнати, більшість духовенства та народні маси (вражаюча єдність народних мас і олігархів), з іншого — колишні ієрархи, які розуміли необхідність унії, підтримувані королем, та їхні прихильники. Те, що почалося як спроба об'єднати християнські церкви, закінчилося їхнім роздрібненням, бо тепер замість двох виникло три церкви: католицька, православна та уніатська (греко-католицька).

Хибне розуміння наболілих проблем українського суспільства та шляхів їхнього вирішення, зокрема, виставлення католицької Польщі як протилежності українському суспільству, призвело до штучної культурної конфронтації з поляками, котра, втім, завершилася повною поразкою ортодоксальної сторони. Українська інтелектуальна еліта опинилася перед необхідністю вибирати між власною застиглою та зубожілою культурною спадщиною й привабливою польсько-католицькою культурою. Не дивно, що величезна більшість приймала католицизм й згодом полонізувалася. Наслідком цього стало те, що українці втратили свою політичну еліту — шляхту. Це мало епохальне значення в подальшій історії: опираючись унії із Заходом у середньовіччі, Україна мусила надалі, щоб реалізувати природне ментальне тяжіння до Заходу, опиратися унії зі Сходом, тиск з боку якого був набагато дужчим, ніж колись від Польщі.

Формування української правової традиції

Ситуація, що склалася, відобразилася і на українській правовій системі, котра зазнавала впливу як Заходу, так і Сходу. Однак, попри недалекоглядні політичні рішення, котрі потягли втрату державності, правова традиція внаслідок властивій їй інерційності суттєво опиралася східним впливам.

Так, порівняльний аналіз Руської Правди з римським і греко-римським (візантійським) правом дозволяє зробити висновок, що вона, будучи продуктом давньоруської правотворчості, разом із тим відображала і певний вплив римського права, передусім у його візантійській інтерпретації, звідки були запозичені окремі принципи та рішення [81, с. 54–58].

Про якусь теоретичну розробку власного концепту права в Україні доби середньовіччя не йдеться. Втім, як і у країнах Східної Європи взагалі. Тут доречно згадати, що й саму Східну Європу вважають «винайденням» доби Просвітництва, коли посилилась увага до східних земель і народів Європи [83, с. 19]. Тому Східна Європа швидше «вжива-

лася» у європейський контекст, світогляд, філософію та концепти, займалася самоідентифікацією, приймаючи одне й відкидаючи інше. Та й самі умови тогочасного політичного та економічного життя у країнах Східної Європи, у тому числі в Україні, потребували у галузі права більше практичних рішень, ніж теоретичних розробок. Звісно, що при цьому охоче запозичалися здобутки у цій галузі більш розвинених європейських правових систем. На такому тлі відбувалася правотворчість й у Великому князівстві Литовському, до складу якого входили українські землі після розпаду Київської Русі.

Найважливішою подією у галузі права тієї доби тут було створення статутів Великого князівства Литовського, які були результатом використання та творчої переробки поточного литовського законодавства і судової практики, положень римського, німецького, польського права, а також звичаєвого права Литви, Польщі, України. Якщо врахувати, що німецьке та польське право того часу формувалось під помітним впливом римського права, то можна говорити про рецепцію римського права в Україні у XVI ст. Особливостями її було нібито «подвійне накладання» римсько-правових ідей через давньоруське право, яке зазнало часткового впливу візантійського права, та через німецьке та польське право, де римське право було рецеповане за західноєвропейським типом.

Після фактичного поділу України на Правобережну та Лівобережну частини українська правова система специфічною ознакою має змагання східної та західної традиції права. Згаданим поділом визначається і зона поширення тієї чи іншої традиції, хоча мають місце спроби повернутись до західної традиції і на Лівобережжі.

Після приєднання України до Московської держави відповідно до Березневих статей на територію Гетьманщини дія московського законодавства не поширювалась, тут продовжували діяти «колишні права», тобто звичаєве право, польсько-литовське законодавство та Магдебурзьке право. З метою регулювання відносин у Лівобережній Україні таким чином, щоб це відповідало російській доктрині права, царським урядом було заплановане складення збірки «Права, за якими судиться малоросійський народ». Як зазначають дослідники цієї проблеми, «російський уряд прагнув скасувати і систему, яка діяла в Україні, а натомість поширити на українські землі російське законодавство. Для цього була використана кодифікація права Лівобережної і Правобережної України, що здійснювалася паралельно з кодифікацією права в Російській імперії. Її головним завданням було максимально зблизити правові системи України і Росії завдяки поширенню в Україні загальноросійського законодавства та усунення місцевих особливостей» [84, с. 240].

Однак внаслідок вже згадуваних інерційності правової традиції, особливостей ментальності та правосвідомості при підготовці проекту «Прав, за якими судиться малоросійський народ» (1743 р.) укладачі використали римські та німецькі джерела, Статути Великого князівства

Литовського, польське законодавство, звичаєве право України і судову практику [85]. На зміст «Прав...» також вплинули ідеї римського права (іноді у візантійських інтерпретаціях). «Права...» не набрали чинності як законодавчий акт, але фактично застосовувались аж до того часу, поки у зв'язку з уведенням в дію Зводу законів Російської імперії не було заборонено застосування місцевого законодавства, що означало примусове навернення до східної традиції.

Але, попри існування загальноімперського Зводу законів, відчувалась потреба оновлення законодавства, яке не відповідало потребам часу. Тому ще в процесі створення проекту Зводу з'явилась збірка «Зібрання малоросійських прав 1807 р.», цікава тим, що була першим проектом цивільного кодексу і ще більшою мірою відображала вплив ідей та рішень західної традиції права. Джерелами «Зібрання малоросійських прав 1807 р.» були Статут Великого князівства Литовського (515 посилань), «Саксонське Свічадо» (457 посилань), Холмське право (224 посилання), Магдебурзьке право (58 посилань) та «Порядок прав цивільних» (1 посилання). Отже, в основу цього законопроекту було покладено литовське, німецьке та польське право, що, у свою чергу, ґрунтувалися на ідеях римського права.

Оцінюючи загальну тенденцію проектів розвитку цивільного права України у Х–ХІХ ст., можна зробити висновок про досить стійкий вплив римського та більш пізнього західноєвропейського права у галузі регулювання речових відносин та зобов'язального права, і вплив візантійського права у галузі спадкування та сімейного права.

У середині ХІХ ст. відбувається пряме втручання імперського уряду в процес формування цивільного права України. Указом Сенату від 25 червня 1840 р. було скасовано чинність норм Статуту Великого князівства Литовського на Правобережній Україні, а 4 березня 1843 р. — на Лівобережній Україні. Головним чинником такого рішення було прагнення русифікувати українське населення, запровадивши судочинство російською мовою та поширивши чинність російського законодавства на українські землі. Разом із тим до десятого тому Зводу законів Російської імперії було включено деякі норми Зводу місцевих законів західних губерній, які, втім, застосовувалися лише у Полтавській і Чернігівській губерніях.

Зазначене не стосується територій України, які перебували під владою Австро-Угорщини, Польщі, Румунії та ін., де діяло законодавство відповідної держави, що формувалося у межах західної традиції права.

На такому тлі відбувалося формування засад концепту приватного права на Українських землях, котре почалося у ХІХ ст., передусім у західній їхній частині.

При цьому, попри потужний вплив німецької юриспруденції, західна традиція приватного права у рецепції України виглядала, передусім, як австрійська цивілістична доктрина, що знайшла відображення у положеннях Австрійського цивільного кодексу 1811 р. (*Allgemeines bürgerliches*

Gesetzbuch — ABGB). В її інтерпретації для України значну роль відіграв О. М. Огоновський, якого називають «творцем української цивілістики» [86, с. 4]. Його діяльність може бути оцінена як адаптація австрійської цивілістичної доктрини до українського праворозуміння, що відобразилося у його підручнику з Австрійського цивільного права — першому україномовному творі такого роду в новітній українській юридичній науці [87].

На матеріалах австрійського законодавства створював свої наукові праці у галузі цивілістики й С. С. Дністрянський [88], який до того ж будучи у 1907 та 1911 рр. депутатом австрійського парламенту від національно-демократичної партії, очолював депутатське об'єднання «Український клуб» і одним з перших підтримав проведення реформи австрійського приватного права [91]. У 1919 р. у Відні був виданий підручник «Цивільне право. I», роботу над яким С. С. Дністрянський розпочав у 1911 р. Тоді він, вже будучи відомим правознавцем і депутатом австрійського парламенту, виступив з ініціативою щодо перекладу українською мовою австрійських цивільних законів, які на той час друкувалися в оригіналі німецькою мовою або в перекладі на польську. Робота над перекладом ускладнювалася відсутністю української правничої термінології. Тому С. С. Дністрянський працював паралельно і над перекладом, і над створенням та уніфікацією юридичної термінології українською мовою. Після розпаду Австро-Угорської імперії та проголошення 19 жовтня 1918 р. Західно-Української Народної Республіки (ЗУНР), відповідно до Закону ЗУНР від 21 листопада 1918 р. «Про тимчасову організацію судів і власті судейської», законодавство колишньої Австро-Угорщини залишалось чинним до його скасування чи зміни. Але оскільки ці закони залишалися чинними лише тією мірою, оскільки вони «не противляться державності ЗУНР», то виникла потреба у завершенні праці С. С. Дністрянського із врахуванням необхідності скорочення багатьох старих законів та впровадження новітнього законодавства Західно-Української Народної Республіки, маючи при цьому на увазі й концепти, пов'язані зі злукою Західно-Української Народної Республіки з Українською Народною Республікою 3 січня 1919 р. тощо. Враховуючи цю обставину, С. С. Дністрянський редагував свою працю таким чином, щоб по можливості наблизити мову й правопис «по обох боках давнього кордону». У зв'язку з цим у вступному слові до «Цивільного права» зазначалося, що, прагнучи зберегти єдність стилю і мовлення, автор користувався «скарбницею мови наддніпрянської України, зберігаючи науковий набуток австрійської України останнього десятиліття» (до речі, чудове підтвердження «сумісності» ментальності жителів різних частин України). Однак друком встиг вийти у 1919 р. лише I том «Цивільного права». Теоретичний та практичний матеріал II тому на той час був ще не готовий і мав з'явитися за кілька років [92].

З 20–30-х рр. ХХ ст. С. С. Дністрянський досліджує проблеми саме «українського приватного права» [93; 94]. Були усі підстави для того, щоб саме він став «батьком» українського варіанта загального концепту

приватного права. Але життєвий шлях цього видатного українського науковця обірвався у 1935 р. [95]. Відтак на тривалий час припинилися і дослідження українських цивілістів у цій галузі, у кожному разі, у Західній частині України.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що у західноукраїнській традиції приватного права, якщо і не було створено оригінальної правової концепції у цій галузі, то мав місце розвиток цієї концепції у загальному мейнстрімі правових досліджень того часу. Відтак західна українська доктрина приватного (цивільного) права має розглядатися у загальному контексті розвитку західної традиції приватного права, будучи історично і генетично пов'язаною з останньою.

Що стосується можливості формування концепту приватного права на українських територіях, що входили до складу Російської імперії, то така можливість якийсь час існувала і була пов'язана зі спробою Росії долучитися до європейських цінностей та правових здобутків у другій половині XIX ст. Однак формування доктрини цивільного права в Російській імперії (а отже, і у Східній Україні) не завершилося і в такому стані було припинене подіями 1917 р., оскільки радянська влада після своєї перемоги почала активно руйнувати правову систему, що існувала на той час.

Однак після вимушеного переходу до непу виникла необхідність більш конструктивного врегулювання майнових відносин, що зумовило необхідність підготовки цивільних кодексів у радянських республіках.

Методологічним підґрунтям законопроектних робіт слугували ленінські вказівки, які фактично були спрямовані на відмову від головних засад приватного права. Показовими в цьому плані є зауваження В. І. Леніна на адресу Народного комісаріату юстиції РРФСР стосовно того, що «...ми не визнаємо нічого приватного, для нас все у сфері господарства є публічно-правовим, а не приватним... Звідси — поширити застосування державного втручання у приватноправові відносини; розширити право держави скасовувати «приватні» договори; застосовувати на практиці не *Lex Romana* до цивільних правовідносин, а нашу революційну правосвідомість» [97, с. 412]. Принциповим також було офіційне заперечення буржуазного досвіду, встановлення перепон для його проникнення через використання цивільних кодексів європейських країн як зразків законодавчих рішень. Тут В. І. Ленін поставив вимогу до Нарком'юста не піддаватися Наркомінсправ, який «за посадою» веде політику «приспособлення до Європи», а вести боротьбу з цією політикою, створювати нове цивільне право, нове ставлення до «приватних» угод тощо [97, с. 412]. При цьому наголошувалося, що потрібне не рабське слідування буржуазному цивільному праву, а ряд обмежень його в наших законах, без ускладнення господарської або торговельної роботи [97, с. 401].

Цивільний кодекс РРФСР, прийнятий 31 жовтня 1922 р., був законом перехідного періоду, зумовлений непом і тому спрямований на регулю-

вання відносин, пов'язаних з непом [98, с. 51]. Він слугував зразком для цивільних кодексів усіх союзних республік [99, с. 5], у тому числі і для ЦК УРСР, котрий був прийнятий 16 грудня 1922 р. і набрав чинності з 1 лютого 1923 р. Оскільки ідеологічні та методологічні засади розробки проектів є однаковими, кодекси РРФСР та УРСР були подібними за структурою, засадами і змістом.

Але привертає увагу зовнішня подібність багатьох інститутів радянських цивільних кодексів та Німецького ЦК (BGB), зокрема, за структурою, деякими підходами (наприклад, визнання за державою права втручання у приватноправові відносини), правовими рішеннями тощо. Спільною особливістю радянських цивільних кодексів було те, що, регулюючи відносини у суспільстві, яке заперечувало існування приватного права взагалі (що відображало вплив східної традиції права), вони, разом із тим, у багатьох своїх нормах відображали вплив буржуазного законодавства в його «компромісному» варіанті, головним чином, Німецького ЦК. Цікавим у цьому сенсі є зауваження П. І. Стучки, який писав: «За суттю наш Цивільний кодекс не що інше, як ті форми буржуазного цивільного права, які повторюють загалом формули римського права, створені близько двох тисячоліть тому» [100, с. 10–11].

При цьому радянська держава залишала собі можливість у будь-який момент коригувати регулювання будь-яких відносин, навіть не вдаючись до змін законодавства. Для цього існував такий ефективний інструмент, як ст. ст. 1, 4, 30 ЦК, а також п. 5 Постанови ЦВК УРСР від 16 грудня 1922 р. «Про введення у дію Цивільного кодексу УРСР», що передбачав поширювальне тлумачення Цивільного кодексу «у випадках, коли цього вимагає охорона інтересів робітничо-селянської держави і трудящих мас» [101].

Хоча суперечки щодо поняття та значення права точились ще в процесі прийняття перших радянських цивільних кодексів, однак до визначення ролі цивільного права радянські правники підійшли лише після першої кодифікації.

Спектр думок був широким, хоча й ґрунтувався на єдиній методології: визначальним моментом тут було ставлення до визначення класової сутності цивільного права. Так, А. Г. Гойхбарг вважав, що цивільне право — це взагалі не право, а лише комплекс соціальних функцій, покладених на окремих осіб [102, с. 53]. З класових позицій до визначення сутності цивільного права підходив і М. А. Рейсер, який зазначав, що радянське право характеризується класовою «багатошаровістю» і є сукупністю норм пролетарського права (Кодекс законів про працю), дрібнобуржуазного права (Земельний кодекс) та буржуазного права (Цивільний кодекс) [103, с. 224]. «М'якіше» ставився до цивільного права В. Н. Шретер, котрий зазначав, що цивільне право взагалі позбавлене класового змісту, не має власної внутрішньої соціальної настанови. Виступаючи лише інструментом, воно здатне з однаковим успіхом обслуговувати потреби різних соціальних епох [104, с. 4]. Існували й інші

точки зору, однак після скасування непу посилення планових засад у радянській економіці, ролі «організуючого начала» права суперечки ці втратили актуальність, тим більше, що панівною стала теорія єдиного господарського права, котре розумілось як сукупність норм, що регулюють господарські відносини у радянському суспільстві. Термін «цивільне право» був вилучений з навчальних планів і лише в історичному своєму значенні ще зберігався у науковому обігу [105, с. 57].

Поновлено його було лише на першій нараді наукових працівників права у 1938 р. Ця нарада і дискусія, що почалась після неї, стали поштовхом до іншої дискусії про цивільне право, яку було проведено журналом «Советское государство и право» у 1954—1955 рр. Невдовзі дискусію було подовжено і точилась вона до початку 60-х рр. ХХ ст. у зв'язку з необхідністю вирішення питання, чи досить оновленого Цивільного кодексу, чи поряд з ним має бути створено ще й кодекс господарський. Прибічники господарського права відстоювали позицію, згідно з якою Цивільний кодекс має регулювати лише відносини за участю громадян. Що стосується майнових відносин між соціалістичними організаціями, то це сфера дії господарського права [106, с. 50]. Цивілісти виходили з доцільності єдиного регулювання майнових відносин, незалежно від їхнього суб'єктного складу, Цивільним кодексом [107, с. 70].

Підсумок дискусії було підбито 8 грудня 1961 р. прийняттям Основ цивільного законодавства, які набрали чинності з 1 травня 1962 р. Причому з виданням Основ кодифікація не завершувалась, а лише починалась, тобто йшлося про перший етап кодифікаційних робіт [108, с. 4—5]. Важливим було те, що коли у процесі першої кодифікації цивільного законодавства республіки СРСР формально мали право вибору зразка для наслідування будь то Дигести Юстиніана, Німецький ЦК чи ЦК РРФСР, то тепер цей зразок було визначено ст. 3 Основ цивільного законодавства — це самі Основи і є.

Зміст Основ повністю увійшов до ЦК УРСР, який був прийнятий 18 липня 1963 р. та набрав чинності з 1 січня 1964 р. [109]. Головні зміни полягали в оновленні змісту, а головне — духу норм. Характерно, що поряд з лібералізацією деяких норм (наприклад, закріпленням у ст. 4 фактично принципу, відомого ще римському праву, — «Дозволено все, що не заборонено законом») деякі обмеження було посилено. Так, ст. 5 більш жорстко регламентувала наслідки зловживання правом, встановлюючи, що цивільні права охороняються законом лише у тих випадках, коли вони здійснюються відповідно до їх призначення у соціалістичному суспільстві у період будівництва комунізму. Якщо урахувати, що ст. 5 розглядалася як норма-принцип і як норма прямої дії [110, с. 90], то очевидним є те, що вона відкривала широкий простір суддівському розсуду. Причому навіть ширший, ніж ст. 1 ЦК 1922 р., оскільки нова норма стосувалась здійснення не лише майнових, а й особистих немайнових прав.

Розділ «Право власності» загалом був характерним для законодавства країни, що «побудувала соціалізм та перейшла до поступового будівництва комуністичного суспільства» [111, с. 25]. Це відобразилося, зокрема, у відсутності загальних положень про речові права, змінах у класифікації форм власності (визнання соціалістичної власності та особистої власності, відсутність згадки про приватну власність), запровадженні права оперативного управління як засобу здійснення права державної власності [112; 113, с. 323–353].

Норми зобов'язального права становили основну частину ЦК УРСР 1963 р. Оцінюючи загалом систему зобов'язань ЦК 1963 р., можна зробити висновок, що вона досить традиційна (за винятком змін, пов'язаних з посиленням публічно-правових засад).

Цікаві метаморфози відбулися зі спадковим правом. Якщо в регулюванні речових прав, контрактних зобов'язань ЦК 1963 р. був кроком «від римського та буржуазного цивільного права», то спадкування, навпаки, за низкою ознак наблизилось до них. Це можна пояснити тим, що радянська держава зосередила головні зусилля у сфері права на забезпеченні правового регулювання планового народного господарства [114, с. 9–23].

Оцінюючи загальні тенденції другої кодифікації цивільного законодавства в УРСР, можна зробити висновок, що, поряд з більшим впровадженням у цивільне право публічно-правових засад, подальшими спробами формування оригінальної системи радянського цивільного права тощо, в той час мала місце й часткова, прихована рецепція деяких положень римського приватного права, акультурація положень західноєвропейського права, що з часом дозволило більш чи менш безболісно адаптувати ЦК 1963 р. до нових умов кінця ХХ — початку ХХІ ст.

Адаптаційний потенціал українського законодавства

На момент проголошення незалежності України цивільні відносини регулювали законодавчі акти колишнього Союзу РСР, а також значна кількість актів УРСР, які продовжували діяти у тій частині, що не суперечила законодавству України.

Оскільки вони були створені на основі застарілої правової доктрини, виникла небезпека «законодавчого вакууму» в даній галузі, порушення прав громадян, правопорядку тощо. Тому на початку 90-х рр. ХХ ст. в Україні було прийнято значну кількість законодавчих актів, концептуальною основою яких було прагнення правового забезпечення суверенітету особи, зрівняння правового становища особи й держави, реципування римського приватного права тощо. Разом із тим недоліком законотворчості в Україні того часу був її значною мірою безсистемний характер, що вимагало активного формування вітчизняної концепції цивільного права.

Вище згадувалося, що поступальний розвиток правових ідей був перерваний Жовтневим переворотом 1917 р. та наступними змінами у політичному житті країн, які перебували у сфері впливу РРФСР, а з часом утворили СРСР. Для цивільного права це означало відхід від західної традиції права, відмову від можливості оцінки його як права приватного, посилення публічних засад у регулюванні цивільних відносин, що знайшло відображення у прийнятих тоді Цивільних кодексах та інших актах цивільного законодавства. Тому, попри зусилля видатних вітчизняних цивілістів (М. Й. Бару, С. І. Вільнянський, М. В. Гордон, С. Н. Ландкоф, В. П. Маслов, Г. К. Матвеев, О. А. Підпригора, А. О. Пушкін та ін.), цивільне право як галузь права фактично занепадала, будучи зведеною, значною мірою, до сукупності актів цивільного законодавства.

Але у другій половині 1970-х рр. в СРСР почалися збої у народному господарстві, гальмування та стагнаційні явища в економіці все відчутніше впливали на інші сфери суспільства [115, с. 13–20]. Наприкінці 1960-х рр. почалася криза комуністичного світогляду, радянські ідеологи зіткнулись з так званим «єврокомунізмом», що сформувався як система поглядів у найбільших та найвпливовіших комуністичних партіях капіталістичного світу і являв собою прорив з догматизму, фанатичного ідеологізму та інтелектуальної вузькості.

З 1985 р., поряд з традиційними, з'являються нові підходи до оцінки становища у сучасному світі, визначення стратегічного курсу соціально-економічного розвитку країни, демократизації суспільства тощо. Почалася «Перебудова» — нова економічна та соціальна політика, яка вимагала не лише змін у системі господарювання, а й законодавчого забезпечення, що було неможливе без належних теоретичних розвідок. Тому у 80-ті — на початку 90-х рр. звернення до таких загальнолюдських цінностей, як «громадянське суспільство», «правова держава», «суверенітет особи», «приватне та публічне право», «ринкові відносини», відновлення відомого ще римському праву принципу «дозволено все, що не заборонено законом» та інших, зумовлювало доцільність використання надбань попередніх цивілізацій незалежно від їхньої класової сутності. Активізується розробка теорії сутнісно-змістовних якостей людини, які, трансформуючись на правовому рівні, сприяють створенню юридичної моделі особи як фіксації системи її якостей. У процесі дослідження цих проблем відновлюються положення про розуміння права як явища цивілізації, висувається теза про побудову права на шляху від соціалізму до постсоціалізму, що пов'язується із згаданим поворотом до людини, створенням постсоціалістичної громадянської («цивільтарної») власності [116; 117], «акціонерної соціалістичної власності», «госпрозрахункової власності» тощо [118–121]. Відбувається «реабілітація» приватної власності [122; 123], помітною стає важлива тенденція зміни підходу до оцінок можливості існування права приватної власності на такий специфічний, важливий об'єкт, як земля [124; 125]. Загалом, на

початку 90-х рр. XX ст. має місце поступове, повільне, але наближення розуміння інституту права власності до того, що властиве західній традиції права.

Трансформації теорії права власності залишаються складовими частинами загальної теорії суверенітету особи, яка продовжує перебувати у центрі досліджень під різними кутами зору — у цілому і в окремих своїх аспектах. При цьому підкреслюється значення особи у цих стосунках, нагадується, що слід йти не лише від суспільства до особи, а й від особи до суспільства. Тепер коло правових досліджень у цьому напрямі не обмежується лише визначенням статусу особи, її можливістю мати загальні суб'єктивні права та обов'язки, приватну власність тощо. Проблема розглядається й під іншими кутами зору. Зокрема, піддано аналізу правові передумови економічної незалежності індивіда тощо. Серед економічних передумов незалежності індивіда досліджується така незвична для радянської правової науки категорія, як підприємництво [126].

До сказаного слід додати, що ідея будівництва «загальноєвропейського дому», сформульована М. С. Горбачовим під час візиту до Чехословаччини і обговорена у березні — квітні 1989 р. у Празі на міжнародному колоквиумі «Загальноєвропейський дім» — уявлення та перспективи», дала поштовх до розвідок у галузі міжнародного приватного та публічного права, досліджень зв'язку міжнародного права з процесами правотворення в СРСР тощо. Тут слід зробити застереження: європейську інтеграцію західні автори оцінюють досить обережно (що й підтвердив подальший досвід), прогнозуючи насамперед політичне та культурне співробітництво з поступовим утворенням Європейського економічного простору. Радянські автори уявляли цей процес більш радикальним і характеризували його у цілому під кутом зору оцінки правотворчості [127]. У кожному разі потрібна була інша методологія досліджень, що робило доцільним звернення до теоретичних та практичних надбань західноєвропейської цивілізації у галузі філософії та права [128, с. 24].

Таким чином, поступово формується позиція, яку можна охарактеризувати як «рух назад — до механізмів прогресу» [129, с. 78]. Фактично йшлося про спробу методологічної розробки згадуваної вище ідеї про звернення до «загальнолюдських цінностей» (маючи на увазі західну традицію у цій галузі) і зрештою про початок легальної акультурації цивільного права.

Реалізувати ці ідеї на принципово новому підґрунті [130] зробили спробу автори проекту Основ цивільного законодавства, необхідність прийняття яких стала очевидною після того, як наприкінці 80-х рр. XX ст. виявилась недостатність законодавчих робіт початку періоду «перебудови».

Оскільки в грудні 1991 р. СРСР припинив своє існування, частково перетворившись на СНД, надання сили Основам залежало від доброї волі колишніх союзних республік. Україна цим шляхом не пішла, і Основи в нашій країні чинності не набули. Натомість почалася розробка

концепції розвитку цивільного законодавства України, в основу якої було покладено нові уявлення про право, що ґрунтувались на ідеях громадянського суспільства та правової держави.

У результаті дискусій концепції сучасного цивільного права України сформувалася на підґрунті європейських уявлень про приватне право [131]. (Згадаємо тут, що останні значною мірою ґрунтуються на рецепції римського приватного права, яке є першоджерелом більшості західних кодифікацій [132], з коригуванням відповідно до національних уявлень про феномен права, цивільне право та його окремі інститути [133]).

Зрештою, головні риси концепції сучасного цивільного (приватного) права України виглядають таким чином: 1. Цивільне право України за своєю сутністю є правом приватним, що охоплює всі відносини за участю приватної особи — і майнові, і немайнові. 2. «Приватна особа» є основною категорією цивільного (приватного) права. На захист прав такої особи спрямовані всі інститути цивільного права. 3. Усі учасники цивільних відносин є рівними у цих відносинах. 4. Цивільне право України виходить з можливості всебічної цивільно-правової охорони немайнових відносин. 5. Ядром цивільного права України є Цивільний кодекс, який за своєю сутністю є кодексом приватного права і призначений регулювати всю сукупність відносин у цій сфері. 6. При регулюванні цивільних відносин використовуються як приватноправові, так і публічно-правові засоби. 7. У визначенні засобів цивільно-правового регулювання перевага надається договорам перед актами законодавства.

Динаміка концепції сучасного цивільного права України знайшла відображення в процесі розробки проектів Цивільного кодексу, який за структурою та змістом наближався до кращих європейських зразків, концептуально ґрунтуючись на західній традиції права. Разом із тим тоді ж підтвердились прогнози гармонізації українського законодавства з європейським як процесу тривалого і складного. По-перше, знову активізувалася дискусія про доцільність прийняття Господарського кодексу, прибічники якого загалом не наводили нових аргументів на його користь, але активно використовували сподівання суспільства на посилення державного регулювання економіки як засіб виходу із тривалої кризи. По-друге, у підході до вирішення питання про регулювання сімейних відносин усе ж таки перемогла Східна (Візантійська) традиція, внаслідок чого Сімейний кодекс був прийнятий окремо. Таким чином, концепція Цивільного кодексу як єдиного кодексу приватного права зазнала певних втрат.

Щоб з'ясувати, наскільки відчутними є ці втрати, слід згадати про можливість розрізнення кодексів двох типів. Перший тип можна назвати «пасіонарним», оскільки у цьому випадку має місце створення кодифікованого акта на принципово новій або значно оновленій порівняно з тією, що існувала раніше, концепції права. Другий вид кодексів є завершальним актом певного етапу розвитку галузі права. Назвемо його «підсумковим», оскільки він ніби підбиває підсумки розвитку правової

думки і законодавства країни на цьому етапі, фіксуючи позицію, яка сформувалася на певному ортодоксальному підґрунті або є компромісом «законсервованих» ідей і потреб суспільства, що розвивається (як, наприклад, Господарський кодекс України). Зазвичай такі кодекси досить успішно обслуговують потреби цивільного (торгового) обігу. Але внаслідок ортодоксальності методологічної основи незабаром починають відчуватися їхні недоліки і вони піддаються усе більшій критиці.

Цивільний кодекс України можна віднести до актів «пасіонарного типу». Це пов'язано з тим, що він створювався на новій концептуальній основі як кодекс громадянського суспільства, правової держави і кодекс приватного права, з урахуванням сучасних європейських тенденцій та досвіду. Закиди противників кодексу, що в ньому відчувається вплив Модельного кодексу СНД, BGB, цивільних кодексів інших європейських країн, є безпідставними, оскільки має місце не просте запозичення окремих рішень, а врахування загальних тенденцій розвитку приватного права в Європі, відображених й у названих кодексах. «Пасіонарність» ЦК України дає підстави для припущення, що втрати, про які йшлося, можуть бути досить легко ліквідовані в майбутньому в процесі правової адаптації України до умов внутрішнього ринку ЄС.

Принципи адаптації

Відтак залишається з'ясувати, якими є принципи правової адаптації до умов внутрішнього ринку ЄС. Вирішенню цього питання має сприяти Draft Common Frame of Reference (DCFR) — науковий «Проект загальної довідкової схеми» — «Принципів, Дефініцій і Модельних Правил Європейського приватного права» [107], за допомогою якого планується вирішити низку методологічно важливих питань.

Головним у ідеї DCFR є відмова від прямого (позитивного) регулювання відносин у приватноправовій сфері. Натомість, DCFR розглядається як проект, що може надати ідеям європейського приватного права нове підґрунтя, що підвищує взаєморозуміння і сприяє колективному обговоренню проблем приватного права у Європі.

DCFR акцентує увагу не на визначенні поняття принципів права, встановленні їхнього кола тощо, а починає із застереження щодо можливості різного використання терміна «принципи». Зокрема, зазначається, що у цьому контексті він використовується як синонім виразу «норми, що не мають юридичної сили закону». З такого погляду можна сказати, що DCFR складається з принципів та визначень. Він близький за своєю природою до інших документів, де використовується термін «принципи». Разом із тим терміном «принципи» можна описати ті норми, що мають більш загальну юридичну природу, такі як свобода договору чи добросовісність. З цієї точки зору модельні норми DCFR включають у себе принципи [135].

У DCFR розрізняються принципи базові та пріоритетні. З погляду визначення методології правової адаптації до умов внутрішнього ринку ЄС зазначена диференціація важлива тим, що таким шляхом визначаються головні напрямки згаданої адаптації. «Базовими» вважаються принципи, що мають забезпечити досягнення найбільш загальних цілей DCFR. У якості таких пропонуються принципи свободи, безпеки, справедливості та ефективності (з припущенням, що ними охоплюються також принципи договірної лояльності, співробітництва тощо). Визначення «пріоритетних принципів» DCFR не містить, але дає їхній перелік. Зокрема, до пріоритетних принципів найбільшого політичного значення віднесені захист прав людини, підтримка солідарності й соціальної відповідальності, збереження культурної та мовної різноманітності, захист і поліпшення добробуту, розвиток внутрішнього ринку. При цьому свобода, безпека, справедливість та ефективність, виконуючи подвійну роль, також виступають в якості пріоритетних принципів.

«Пріоритетним з пріоритетних» можна вважати принцип захисту прав людини, якому присвячується ст. I-1:102(2) DCFR. Згідно з цим принципом модельні норми мають тлумачитися у контексті будь-яких застосовних засобів, котрі гарантують права та фундаментальні свободи людини. Цей пріоритетний принцип відображений також і у змісті окремих модельних норм, особливо у нормах про заборону дискримінації, про недоговірну відповідальність та ін.

Цікавим є надання пріоритетності принципу підтримки солідарності й соціальної відповідальності, котрий зазвичай розглядають як функцію публічного права. Такий підхід можна пояснити розширювальним тлумаченням принципів лояльності і безпеки договору, що дозволяє залучити у сферу договірної регулювання більш широке коло відносин.

Практично важливим є принцип збереження культурної та мовної різноманітності, котрий є своєрідною відповіддю опонентам євроінтеграції, які страхають втратою національної культурної ідентичності тощо, а також науковцям, котрі розглядають євроінтеграцію з суто прагматичних позицій створення глобальної конкуренції у системі «ЄС проти США» [136, с. 157–214]. У зв'язку з цим варто відзначити гнучку позицію DCFR: з одного боку, визнається, що у плюралістичному світі, такому як Європа, збереження культурного та мовного розмаїття є умовою самого існування Співтовариства. Разом із тим враховується, що там, де людське життя має не тільки культурний, але й функціональний зміст, цей принцип може вступати у колізію з принципами солідарності, захисту й поліпшення добробуту, а також розвитку внутрішнього ринку (прикладом чого, власне, слугує й приватне право).

Врахування зазначених колізій зумовило компромісне вирішення цієї проблеми, яке виражається в тому, що поряд із включенням у норми деяких проявів принципу збереження культурної та мовної різноманітності, у ньому відчувається і певне занепокоєння існуванням можливості шкідливого впливу на внутрішній ринок (і, як наслідок, на добро-

бут європейських громадян та підприємців) надмірної різноманітності систем договірної права. У цьому сенсі мету DCFR вбачають у керівництві для законодавця, завдяки якому сенс європейського законодавства можна зробити зрозумілим для людей, які отримали юридичну освіту в умовах різних правопорядків. Значення згаданого занепокоєння стає більш зрозумілим, коли врахувати, що принцип захисту та поліпшення добробуту громадян і підприємців (і доповнюючий його принцип плавного розвитку внутрішнього ринку) розглядається як такий, що охоплює усі або майже усі інші принципи. Бо, як підкреслюють автори Проекту, з нього випливає кінцева мета і сенс існування DCFR. Якщо DCFR не допоможе поліпшити добробут громадян і підприємців у Європі — нехай опосередковано, нехай незначно, нехай потрохи, — Проект зазнає невдачі [135, с. 23, 25].

Оцінюючи в цілому DCFR, можна зробити висновок, що саме ним визначаються засади правової адаптації до умов внутрішнього ринку ЄС.

Підсумовуючи результати цього дослідження, можна зробити висновок, що вивчення проблем адаптації права України до умов внутрішнього ринку ЄС має проводитися на таких засадах, відповідно до яких обираються такі доміанти дослідження:

1) розуміння приватного права як концепту (тобто сформованого вербально уявлення, раціонального та емоційного сприйняття людиною права як частини світу, в якому існує ця людина, відчуваючи себе її частиною), притаманного європейській західній цивілізації;

2) положення про правову адаптацію національного права до права ЄС як форму взаємодії правових систем, що характеризується сприйняттям країною-реципієнтом концепту європейського права, зокрема, приватного;

3) характеристика цивілізаційних доміант України, української ментальності та правосвідомості з погляду оцінки їх як чинників сумісності національної правової системи із положеннями права ЄС взагалі та європейського концепту приватного права зокрема;

4) теза про існування зумовлених визнанням спільних цивілізаційних цінностей загальних принципів приватного права Європи, котрі є підґрунтям європейської правової інтеграції взагалі і правової адаптації до умов внутрішнього ринку останнього зокрема.

Л і т е р а т у р а

1. Сучасні проблеми адаптації цивільного законодавства до стандартів Європейського Союзу : матеріали I Міжнар. наук.-метод. конф. Вип. 1. — Львів, 2006. — 514 с.
2. Проблеми систематизації приватного права України та Європи : монографія / за заг. ред. Ю. В. Білоусова ; НДІ приват. права і підприємництва АПрНУ. — К., 2009. — 204 с.
3. Сучасні проблеми порівняльного правознавства : зб. наук. пр. / за ред. Ю. С. Шемшученка, Я. В. Лазура ; упоряд.: О. В. Кресін, М. В. Савчин. — Ужгород ; К. : Говерла, 2015. — 216 с.

4. Луць А. В. Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України (теоретичні аспекти) : монографія / А. В. Луць ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 2003. — 304 с.
5. Аннерс Э. История европейского права : пер. со швед. / Э. Аннерс ; Ин-т Европы. — М. : Наука, 1996. — 395 с.
6. Дженіс М. Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування : пер. з англ. / М. Дженіс, Р. Кей, Е. Бредлі. — К. : АртЕк, 1997. — 624 с.
7. Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом : пер. з англ. / П. Маланчук. — Х. : Консум, 2000. — 592 с.
8. Опришко Ф. Право Європейського Союзу. Загальна частина : підруч. для вищ. навч. закл. / Ф. Опришко, А. В. Омельченко, А. С. Фастовець. — К. : КНЕУ, 2002. — 459 с.
9. Топорнин Б. Н. Европейское право : учебник / Б. Н. Топорнин. — М. : Юрист, 1998. — 456 с.
10. Татам Алан. Право Європейського Союзу : підруч. для студ. вищ. навч. закл. : пер. з англ. / Алан Татам. — К. : Абрис, 1998. — 424 с.
11. Право Європейського Союзу : підручник / за ред. В. І. Муравйова. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — 704 с.
12. Европейское право : учеб. для вузов / Л. М. Энтин, А. А. Наку, С. В. Водолагин [и др.] ; рук. авт. кол. и отв. ред. Л. М. Энтин ; Моск. гос. ин-т МО (ун-т) МИД РФ, Ин-т европейского права. — М. : НОРМА-ИНФРА, 2001. — 705 с.
13. Кернз В. Вступ до права Європейського Союзу : навч. посіб. : пер. з англ. / В. Кернз. — К. : Знання, 2002. — 381 с.
14. Гатальська С. М. Філософія культури : підручник / С. М. Гатальська. — К. : Либідь, 2005. — 328 с.
15. Хантингтон С. Столкновение цивилизаций / С. Хантингтон // Полис. — 1994. — № 1. — С. 38–48.
16. Джеджора О. Історія Європейської Цивілізації. Ч. I. До кінця XVIII ст. / О. Джеджора. — Л. : Видавництво ЛБА, 1999. — 448 с.
17. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования : пер. с англ. / Г. Дж. Берман. — М. : Изд-во Моск. ун-та, Изд. группа ИНФРА-М-НОРМА, 1998. — 624 с.
18. Оніщенко Н. М. Правові системи: проблеми теорії: монографія / Н. М. Оніщенко ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 2002. — 352 с.
19. Моддерман В. Рецепція римського права / В. Моддерман ; пер. с нем. А. Каминка ; под ред. Н. Л. Дювернуа. — СПб. : Тип. А. Ландау, 1888. — 119 с.
20. Харитонов Є. О. Рецепція римського приватного права (теоретичні та історико-правові аспекти) / Є. О. Харитонов. — О., 1997. — 286 с.
21. Харитонов Є. О. Рецепції приватного права: парадигма прогресу / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova. — Кіровоград : Центр.-Укр. вид-во, 1999. — 144 с.
22. Томсинов В. А. Рецепция Римского права в Западной Европе / В. А. Томсинов // Древнее право. — М., 1998. — № 1 (3). — С. 169–175.
23. Муромцев С. Рецепция римского права на Западе / С. Муромцев. — М., 1886. — 159 с.
24. Иеринг Р. фон. Дух римского права / Р. фон Иеринг. — СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юрид. центр Пресс», 2006. — 547 с. — (Избранные труды : в 2 т. ; т. II).
25. Koschaker P. Europa und das römische Recht / Paul Koschaker. — München ; Berlin, Beck, 1958. — 378 s.
26. Азаревич Д. И. Из лекций по римскому праву. Вып. I / Д. И. Азаревич. — О., 1885. — 115 с.
27. Азаревич Д. И. Значение римского права / Д. И. Азаревич. — О., [б.г.] — 24 с.
28. Азаревич Д. История Византийского права. Т. 17, ч. I / Д. И. Азаревич. — Ярославль, 1876. — 497 с.

29. Дювернуа Н. Значение римского права для русских юристов / *Н. Дювернуа*. — Ярославль, 1872. — 25 с.
30. Бек В. А. Рецепция римского права в Западной Европе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / *В. А. Бек*. — Львов, 1950. — 16 с.
31. Ткаченко С. В. Рецепция права: идеологический компонент : монография / *С. В. Ткаченко*; Самар. гос. акад. путей сообщения. — Самара, 2006. — 193 с.
32. Косарев А. И. Римское право / *А. И. Косарев*. — М. : Юрид. лит., 1986. — 160 с.
33. Харитонов Є. О. Рецепція римського приватного права як підґрунтя сучасної цивілістики / *Є. О. Харитонов* // Вісник Академії правових наук України. — 1998. — № 2. — С. 104–111.
34. Томсинов В. А. О сущности явления, называемого рецепцией римского права / *В. А. Томсинов* // Вестник Московского университета. Серия 11 «Право». — 1998. — № 4. — С. 3–17.
35. Косарев А. И. Римское частное право / *А. И. Косарев*. — М. : Закон и право : ЮНИТИ, 1998. — 254 с.
36. Харитонов Є. О. Рецепція римського приватного права (теоретичні та історико-правові аспекти) : дис. ... д-ра юрид. наук / *Є. О. Харитонов*. — О, 1997. — 473 с.
37. Гринько С. Д. Деліктні зобов'язання римського приватного права: поняття, система, рецепція : монографія / *С. Д. Гринько*; за наук. ред. Є. О. Харитонова; Хмельницьк. ун-т упр. та права. — Хмельницький, 2012. — 724 с.
38. Летяев В. А. Рецепция римского права в России XIX — начала XX в. (историко-правовой аспект) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / *В. А. Летяев*. — Саратов, 2001. — 44 с.
39. Яковлев В. Н. Древнеримское и современное гражданское право России. Рецепция права : учеб. пособие. Ч. 1 / *В. Н. Яковлев*; УдГУ. — 2-е изд., перераб. и доп. — Ижевск, 2004. — 502 с.
40. Яковлев В. Н. Древнеримское и современное гражданское право России. Рецепция права : учеб. пособие. Ч. 2 / *В. Н. Яковлев*; УдГУ. — 2-е изд., перераб. и доп. — Ижевск, 2005. — 496 с.
41. Авенариус М. Римское право в России / *М. Авенариус*; пер. с нем. Д. Ю. Полдников. — М. : Academia, 2008. — 100 с.
42. Суханов Е. А. Влияние римского права на новый гражданский кодекс Российской Федерации / *Е. А. Суханов, Л. Л. Кофанов* // Древнее право. — 1999. — № 1. — С. 7–20.
43. Новицкая Т. Е. К вопросу о так называемой рецепции римского права в России / *Т. Е. Новицкая* // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. — 2000. — № 3. — С. 121–134.
44. Азнагулова Г. М. Рецепция права как форма взаимодействия национальных правовых систем : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / *Г. М. Азнагулова*. — Уфа, 2003. — 20 с.
45. Мельник З. П. Рецепція права як засіб вдосконалення правової системи (теоретико-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / *З. П. Мельник*. — К., 2009. — 20 с.
46. Ткаченко С. В. Правовые реформы в России: проблемы рецепции западного права [Электронный ресурс] / *С. В. Ткаченко*. — Самара, 2007. — Режим доступа: <http://www.allpravo.ru/library/doc108p0/instrum6743/item6766.html>.
47. Яковец Ю. В. История цивилизаций / *Ю. В. Яковец*. — М. : ВлаДар, 1995. — 459 с.
48. Шпенглер О. Закат Европы : очерки морфологии мировой истории. Т. 1. Образ и действительность / *Освальд Шпенглер*; пер. с нем. Н. Ф. Гарелин; авт. коммент.: Ю. П. Бубеннов и А. П. Дубнов. — Минск : Попурри, 1998. — 688 с.
49. Тойнбі А. Дж. Дослідження історії. У 2 т. Т. 1 / *А. Дж. Тойнбі*; пер. з англ. В. Шовкуна. — К. : Основи, 1995. — 614 с.
50. Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования / *С. С. Алексеев*. — М., 1999. — 324 с.

51. Правовая аккультурация как предмет исследования компаративистов и теоретиков права [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://estnauki.ru/lekcii-po-pravu/71-teorija-gosudarstva/8963-pravovaja-akkulturacija-kak-predmet-issledovanija-komparativistov-i-teoretikov-prava.html>.
52. Софронова С. А. Правовое наследие и аккультурация в условиях правового прогресса общества : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / С. А. Софронова. — Ниж. Новгород, 2000. — 23 с.
53. Тверякова Е. А. Юридическая экспансия: теоретико-историческое исследование : дис. ... канд. юрид. наук / Е. А. Тверякова. — Ниж. Новгород, 2002. — 190 с.
54. Юридическая аккультурация и управление профессиональной юридической деятельностью [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://advocat.kuzmin.ru/articles/107-article25>.
55. Карбонье Ж. Юридическая социология / Ж. Карбонье ; пер. и вступ. ст. В. А. Туманова. — М. : Прогресс, 1986. — 351 с.
56. Watson A. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law / A. Watson. — Edinburgh : Scottish Academic Press, 1974. — 106 p.
57. Watson A. Evolution of Western Private Law / A. Watson. — Expanded Edition. — Baltimore ; London : Johns Hopkins University Press, 2000.
58. Скоблик В. П. Історія Русі—України XI—XVIII ст. у контексті міжцивілізаційних відносин / В. П. Скоблик // Український історичний журнал. — 1998. — № 5. — С. 16—29.
59. Шморгун О. Яким має бути український вибір? / О. Шморгун // Розбудова держави. — 1998. — № 5—6. — С. 28—41.
60. Экономцев И. Исихазм и возрождение (Исихазм и проблема творчества) / И. Экономцев // Православие. Византия. Россия. — М., 1992. — С. 167—196.
61. Окара А. Культурний вплив чи культурний конфлікт? (українська та великоруська культури в XVII ст.) / А. Окара // Слово і час. — 1999. — № 1. — С. 55—56.
62. Нахлік Є. Проблема «Україна — Захід» в інтерпретації П. Куліша / Є. Нахлік // Сучасність. — 1997. — № 6. — С. 123—130.
63. Грицак Я. Східна Європа як інтелектуальна конструкція / Я. Грицак // Критика. — 1998. — № 11. — С. 17—21.
64. Смітюх Г. Є. Український менталітет [Електронний ресурс] / Г. Є. Смітюх, В. В. Стрілецький. — Режим доступу: <http://www.myslenedrevo.com.ua/uk/Publ/SacralUkraine/Mentality.html>.
65. Стражний О. С. Український менталітет. Ілюзії. Міфи. Реальність / О. С. Стражний. — К. : Книга, 2008. — 368 с.
66. Васькович Й. Правосвідомість та її вплив на менталітет українського народу / Й. Васькович // Право України. — 1998. — № 6. — С. 108—117.
67. Українська поезія XVI ст. / упоряд. В. Яременко. — К. : Рад. письм., 1987. — 287 с.
68. Шевчук В. Муза роксоланська / В. Шевчук // Вітчизна. — 1998. — № 7—8. — С. 137—144.
69. Нічик В. М. Києво-Могилянська академія і німецька культура / В. М. Нічик. — К. : Укр. Центр духов. культури, 2001. — 252 с.
70. Хронограф // Слово і час. — 1994. — № 1. — С. 83—85.
71. Рябчук М. Польща, польський, поляки / М. Рябчук // Сучасність. — 1998. — № 11. — С. 138—147.
72. Леонтьев Д. В. Архитектура Украины. Большая иллюстрированная энциклопедия / Д. В. Леонтьев. — Х. : Веста, 2010. — 224 с.
73. Оксуюк И. Ф. Уния : исторический очерк / И. Ф. Оксуюк. — К., 1990. — 40 с.
74. Шевченко В. Православно-католицька полеміка та її вияви на теренах Русі—України / В. Шевченко // Розбудова держави. — 1996. — № 9. — С. 19—22 ; № 10. — С. 48—50 ; № 12. — С. 19—22.
75. Дністрянський М. Конфесії і етнополітика: український варіант / М. Дністрянський // Дзвін. — 1997. — № 2. — С. 96—101.

76. Хомчук О. Міжцерковний конфлікт в Україні — у всесвітньо-історичному контексті кінця ХХ сторіччя / *О. Хомчук* // Сучасність. — 1997. — № 7. — С. 85–94.
77. Матеріали Краківської міжнародної наукової конференції «Унія і унії в польській і слов'янській культурах» 17–19 грудня 1992 р. // Слово і час. — 1993. — № 3. — С. 57.
78. Гадацький трактат / пер. з пол. В. Шевчук // Записки Наукового товариства імені Т. Шевченка. — Львів, 1909. — Т. 89. — С. 82–90.
79. Гадацький договір [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://uk.wikipedia.org/wiki>.
80. Вічний мир 1658 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://uk.wikipedia.org/wiki>.
81. Івановська О. П. Звичаєве право в Україні. Етнотворчий аспект : навч. посіб. / *О. П. Івановська*. — К. : ТОВ «УВПК «ЕксОБ», 2002. — 263 с.
82. Достдар Р. М. Рецепція принципів Візантійської Еклоги сучасним сімейним та спадковим законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / *Р. М. Достдар*. — О., 2005. — 179 с.
83. Вулф Л. Винайдення Східної Європи. Мапа цивілізації у свідомості епохи Просвітництва : пер. з англ. / *Ларі Вулф*. — К. : Часопис «Критика», 2009. — 592 с.
84. Бойко І. Й. Правове регулювання цивільних відносин в Україні (ІХ–ХХ ст.) / *І. Й. Бойко*. — К. : Атіка, 2012. — 374 с.
85. Права, за якими судиться малоросійський народ 1743 року. — К., 1997.
86. Редзюк А. Професор Олександр Огоновський — творець української цивілістики / *А. Редзюк* // Життя і право. — 2004. — № 6. — С. 4–8.
87. Огоновський О. Система австрійського права приватного. Т. 1. Науки загальні і право річеве / *Олександр Огоновський*. — Львів, 1897. — 342 с.
88. Дністрянський С. Австрійське право облігаційне / *С. Дністрянський* // Часопись правнича і економічна. — Львів, 1901. — Р. 2. — Т. 2. — С. 1–92 ; Т. 3. — С. 93–198.
89. Дністрянський С. Причинки до реформи приватного права в Австрії / *С. Дністрянський* // Часопись правнича і економічна. — Львів, 1912. — Р. 7. — Т. 10. — С. 1–111.
90. Цивільне право. Т. 1 / пер. С. Дністрянського. — Відень, 1919. — 1063 с.
91. Коваль А. Засадничі погляди Станіслава Дністрянського на основи права та держави / *А. Коваль* // Вісник Львівського університету. Сер. юридична. — 2012. — Вип. 55. — С. 74–78.
92. Ферчук А. Унікальний експонат Музею правової охорони інтелектуальної власності [Електронний ресурс] / *А. Ферчук*. — Режим доступу: <http://do.gendocs.ru/docs/index-25640.html>.
93. Дністрянський С. Потреби нової системи приватного права : тези доп. на укр. наук. з'їзді в Празі 1926 р. / *С. Дністрянський* // Український науковий з'їзд у Празі, 3–7 жовтня 1926 р. — Прага, 1928. — С. 34.
94. Дністрянський С. Нові шляхи українського приватного права / *С. Дністрянський* // Життя і право. — Львів, 1934. — Р. 7. — Ч. 1. — С. 13–15.
95. Вольний В. Правова концепція С. Дністрянського / *В. Вольний* // Право України. — 1999. — № 6. — С. 116–118.
96. Основоположник українського правознавства. До 125-річчя від дня народження академіка С. С. Дністрянського // Вісник Національної академії наук України. — 1995. — № 11–12. — С. 59–63.
97. Ленин В. И. Полное собрание сочинений. Т. 44 / В. И. Ленин. — 579 с.
98. Братусь С. Н. Становление гражданско-правовой концепции регулирования имущественных отношений между социалистическими предприятиями в период непа / *С. Н. Братусь* // Советское государство и право. — 1987. — № 11. — С. 50–56.
99. Бахчисарайцев Х. З. К истории гражданских кодексов советских социалистических республик : очерки / *Х. З. Бахчисарайцев*. — М., 1948. — 160 с.

100. Стучка П. И. Социалистическое хозяйство и советское право / *П. И. Стучка* // Революция права. — 1927. — № 1. — С. 10–11.
101. Сборник Узаконений УССР. — 1922. — № 55. — Ст. 780.
102. Гойхбарг А. Г. Хозяйственное право РСФСР / *А. Г. Гойхбарг*. — М., 1924.
103. Рейснер М. А. Право, наше право, чужое право, общее право / *М. А. Рейснер*. — М., 1925. — 276 с.
104. Шретер В. М. Советское хозяйственное право (право торгово-промышленное) / *В. М. Шретер*. — М.; Ленинград: Госиздат, 1928. — 332 с.
105. Иоффе О. С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. 1 / *О. С. Иоффе*. — Ленинград, 1975. — 160 с.
106. Тадевосян В. С. Сущность советского хозяйственного права и предстоящая кодификация гражданского законодательства СССР / *В. С. Тадевосян* // Советское государство и право. — 1959. — № 6. — С. 50–61.
107. Матвеев Г. К. О концепции хозяйственного права / *Г. К. Матвеев* // Правоведение. — 1961. — № 1. — С. 70–78.
108. Иоффе О. С. Основы советского гражданского законодательства / *О. С. Иоффе, Ю. К. Толстой*. — Ленинград, 1962. — 216 с.
109. Про затвердження Цивільного кодексу Української РСР: Закон України від 18 лип. 1963 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1963. — № 30. — Ст. 463.
110. Малейн Н. С. Осуществление гражданских прав, проблема «злоупотребления правом» / *Н. С. Малейн* // Труды ВЮЗИ. — 1980. — С. 90–98.
111. Седугин П. И. Вопросы права собственности в новых гражданских кодексах союзных республик / *П. И. Седугин* // Новые гражданские и гражданско-процессуальные кодексы союзных республик: материалы науч. конф. (14–16 окт. 1964 г.). — М., 1965. — С. 25–40.
112. Витквявичюс П. П. Право государственной собственности и право оперативного управления / *П. П. Витквявичюс* // Правоведение. — 1976. — № 3. — С. 34–42.
113. Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность / *А. В. Венедиктов*; отв. ред. В. К. Райхер. — М.; Ленинград, 1948. — 839 с.
114. 70 лет советского государства и права / под ред. А. И. Королева, Ю. К. Толстого, Л. С. Явича. — Ленинград, 1987. — 752 с.
115. Горбачев М. С. Перестройка и новое мышление для нашей страны и для всего мира / *М. С. Горбачев*. — М.: Политиздат, 1988. — 271 с.
116. Нерсесянц В. С. Концепция гражданской собственности / *В. С. Нерсесянц* // Советское государство и право. — 1989. — № 10.
117. Нерсесянц В. С. О неотчуждаемом праве каждого на гражданскую собственность / *В. С. Нерсесянц* // Государство и право. — 1992. — № 12. — С. 21–29.
118. Мозолин В. П. Право государственной (общенародной) собственности в условиях совершенствования социализма / *В. П. Мозолин* // Советское государство и право. — 1987. — № 5. — С. 39–42.
119. Право собственности в СССР / под ред. Ю. К. Толстого, В. Ф. Яковлева. — М.: Юрид. лит., 1989. — 288 с.
120. Рубанов А. А. Эволюция законодательной конструкции собственности: основные тенденции / *А. А. Рубанов* // Советское государство и право. — 1989. — № 8. — С. 118–126.
121. Мочерный С. В. Противоречия социалистической собственности и перестройка хозяйственного механизма / *С. В. Мочерный, М. И. Долишний, В. К. Черняк*. — Львов, 1991. — 237 с.
122. Рубанов А. А. Эволюция права собственности в основных странах Запада: тенденции и перспективы / *А. А. Рубанов* // Советское государство и право. — 1987. — № 4. — С. 107–115.
123. Мозолин В. П. О праве частной собственности / *В. П. Мозолин* // Советское государство и право. — 1992. — № 1. — С. 3–15.

124. Иконичкая И. А. О частной собственности на землю / И. А. Иконичкая // Советское государство и право. — 1991. — № 6. — С. 41–45.
125. Чубуков Г. В. Крестьянин — фермер, хозяин и собственник / Г. В. Чубуков, А. А. Погребной // Государство и право. — 1992. — № 4. — С. 33–42.
126. Прозоров В. Ф. Правовые предпосылки экономической независимости индивида / В. Ф. Прозоров // Советское государство и право. — 1990. — № 6. — С. 8–15.
127. Кисиль В. И. Правовая реформа в СССР и некоторые аспекты международного частного права / В. И. Кисиль // Советское государство и право. — 1990. — № 1. — С. 98–104.
128. Ледах И. А. Социальное государство и права человека (из опыта западных стран) / И. А. Ледах // Социальное государство и защита прав человека. — М., 1994. — С. 22–33.
129. Бутенко А. П. Идти назад — к механизмам прогресса / А. П. Бутенко // Государство и право. — 1992. — № 4. — С. 78–84.
130. Садиков О. Н. Принципы нового гражданского законодательства СССР / О. Н. Садиков // Советское государство и право. — 1991. — № 10. — С. 20–29.
131. Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. А. Довгерта. — К.: Укр. центр правничих студій, 2000. — 286 с.
132. Харитонова О. І. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції / О. І. Харитонова, Є. О. Харитонов. — 2-ге вид., допов. — Х.: Одісей, 2006. — 276 с.
133. Підпригора О. Римське право і майбутнє правової системи України / О. Підпригора, Є. Харитонов // Вісник Академії правових наук України. — 1999. — № 1. — С. 95–103.
134. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Vol. I–VI / ed. by Christian von Bar and Eric Clive. — Munich, 2009.
135. Бар К. фон. Предисловие / Кристиан фон Бар, Эрик Клив, Паул Варул // Модельные правила европейского частного права. — М.: Статут, 2013. — С. 17–18.
136. Практика глобализации: игры и правила новой эпохи / О. В. Братимов, Ю. М. Горский, М. Г. Делягин, А. А. Коваленко. — М.: ИНФРА-М, 2000. — 344 с.

А н о т а ц і я

Харитонов Є. О. Методологічні засади дослідження проблем правової адаптації України до внутрішнього ринку ЄС. — Стаття.

Стаття присвячена визначенню доміант дослідження проблем правової адаптації України до умов внутрішнього ринку ЄС. З цією метою встановлено правову основу регулювання ринку ЄС, визначено зміст поняття «європейське приватне право», досліджено сутність правової адаптації як форми взаємодії правових систем. У статті також наведено та охарактеризовано чинники, які визначають цивілізаційну та психологічну сумісність України та ЄС, досліджено формування української правової традиції в ретроспективному аспекті. Охарактеризовано адаптаційний потенціал українського законодавства та визначено принципи правової адаптації. У контексті останнього встановлено значення DCFR для визначення методологічних засад розвитку цивільного законодавства України в аспекті вирішення завдання його адаптації до внутрішнього ринку ЄС.

Ключові слова: європейське право, право ЄС, концепт приватного права, правова адаптація, правова традиція, рецепція права, принципи DCFR, цивільне законодавство.

А н н о т а ц и я

Харитонов Е. О. Методологические основы исследования проблем правовой адаптации Украины к внутреннему рынку ЕС. — Статья.

Статья посвящена определению доминант исследования проблем правовой адаптации Украины к условиям внутреннего рынка ЕС. С этой целью установлено правовую основу регулирования рынка ЕС, определено содержание понятия «европейское частное право», исследована сущность правовой адаптации как формы взаимодействия правовых систем. В статье также приведены и охарактеризованы факторы, которые определяют цивилизационную и психологическую совместимость Украины и ЕС, исследовано формирование украинской правовой традиции в ретроспективном аспекте. Охарактеризован адаптационный потенциал украинского законодательства и определены принципы правовой адаптации. В контексте последнего установлено значение DCFR для определения методологических основ развития гражданского законодательства Украины в аспекте решения задачи его адаптации к внутреннему рынку ЕС.

Ключевые слова: европейское право, право ЕС, концепт частного права, правовая адаптация, правовая традиция, рецепция права, принципы DCFR, гражданское законодательство.

S u m m a r y

Kharitonov E. O. Methodological principles of research of problems of legal adaptation of Ukraine into the EU internal market. — Article.

The article is devoted to the definition of dominants in research on legal adaptation of Ukraine to the conditions of the EU internal market. For this purpose, it is determined the legal framework regulating the EU market, defined the meaning of the concept «European Private Law», examined the essence of legal adaptation as a form of interaction of legal systems. The article also lists and describes the factors that determine civilizational and psychological compatibility of Ukraine and the EU, investigated the formation of Ukrainian legal tradition in the retrospective aspect. The adaptive potential of Ukrainian legislation is characterized and the legal principles of adaptation are defined. In the context of the last question it is designated the significance of the DCFR to determine the methodological principles of civil legislation of Ukraine in terms of solving the problem of its adaptation to the EU internal market.

Keywords: European law, EU law, the concept of private law, legal adaptation, legal tradition, reception of law, principles of the DCFR, civil legislation.

УДК 347.23

*К. Г. Некіт***ТРАСТОВИЙ ФОНД ЗА ПРОЕКТОМ
ЗАГАЛЬНОЇ ДОВІДКОВОЇ СХЕМИ (DCFR): ДО ПИТАННЯ
ГАРМОНІЗАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА ЄС**

Постановка проблеми. Незважаючи на вже досить тривалий час існування у цивільному законодавстві інституту довірчої власності, поняття трасту все ще залишається предметом дискусій. Учасники цивільного обігу все ще не розуміють сутності та правові наслідки передачі майна у довірчу власність, а тому, незважаючи на свою очевидну зручність, цей інститут не користується широким попитом у нашій країні. Проте потреби сьогодення потребують оперативних інструментів управління грошовими коштами та майном. З виходом на європейський ринок українські підприємці будуть все частіше стикатися з поняттям трасту, необхідністю формування трастових фондів, а тому вже сьогодні існує нагальна необхідність узгодження положень про довірчу власність у цивільному законодавстві України із загальноєвропейськими вимогами. Це, у свою чергу, потребує проведення спеціальних досліджень, спрямованих на вдосконалення правового регулювання відносин довірчої власності в Україні з урахуванням зарубіжного досвіду.

Стан дослідження. Проблемам довірчого управління та довірчої власності останнім часом присвячується значна кількість праць зарубіжних та вітчизняних вчених (Р. А. Майданика, І. В. Венедіктової, Ю. В. Курпас, В. В. Вітрянського, Л. Ю. Міхеєвої, Д. В. Петеліна), проте на сьогоднішній день практично не існує праць, присвячених порівнянню особливостей правового регулювання довірчої власності за законодавством України та згідно з DCFR, що, між тим, набуває особливої актуальності у світлі останніх тенденцій, а саме, прагнення до європейської інтеграції.

З урахуванням вказаного, **метою** цієї статті є дослідження вимог, що ставляться до майна, яке формує трастовий фонд, визначених у DCFR, а також порівняння цих вимог з аналогічними вимогами, які висувають-

ся українським законодавцем щодо майна, що передається у довірчу власність.

Виклад основного матеріалу. Поняття трастового фонду закріплено у главі 3 книги X DCFR. З положень ст. ст. X.-3:101, X.-3:102 випливає, що трастовий фонд формують активи, незалежно від того, однорідні вони чи ні, які передаються одним і тим самим довірчим власникам і або: (а) умовами трасту передбачено, що активи складають єдиний фонд або що управління ними повинне здійснюватися як єдиним цілим; або (б) встановлені відносно активів окремі трасти при виконанні обов'язків, що з них виникли, зливаються. Трастовими активами можуть бути реальні і інші права, якщо вони оборотоздатні. Тут слід пояснити, що розуміється під «реальними правами». Вказаний термін виник завдяки особливостям підходу до перекладу тексту DCFR, оскільки в цивільному праві відсутні спеціальні терміни для описання деяких використаних у DCFR понять. Як пояснюють автори «Модельних правил європейського приватного права» [1], звичний для юристів цивільного права термін «речові права» використовувати небажано через пряму вказівку на їх «речовність» (рос. — «вещность»), тоді як англійський термін «property», який фігурує в цьому випадку, включає і тілесні, і безтілесні об'єкти. Тому було прийнято рішення використовувати в таких випадках термін «реальні права».

Отже, у траст можуть бути передані як майнові, так і немайнові права за умови їх оборотоздатності.

Українським законодавством також не заперечується можливість передачі в довірчу власність немайнових прав. Прикладами управління майновими правами можуть бути здійснення довірчим власником фактичних та юридичних дій з витребування боргу від зобов'язаної особи при передачі в довірчу власність прав вимоги; передача орендарем, з відома орендодавця, права оренди в довірчу власність; делегування довірчому власнику можливості управляти правами на результати інтелектуальної діяльності (винаходи, корисні моделі, промислові зразки, твори літератури, науки, мистецтва) тощо. Крім того, при передачі в довірчу власність цінних паперів в бездокументарній формі фактично має місце управління майновими правами. Як зазначають окремі дослідники, дійсним об'єктом при передачі в довірче управління (довірчу власність) цінних паперів є не цінні папери як такі, а майнові права, які ними засвідчуються [2, с. 120; 3, с. 875].

Разом із тим до активів, які передаються у траст, ст. X.-3:103 висуваються певні вимоги, а саме: (а) умови трасту достатньою мірою визначають фонд або активи, що його складають, можуть бути визначені іншим чином; і (б) фонд відокремлений від інших активів. Заява про намір створити траст відносно невідокремленого фонду повинна розцінюватися як заява про намір створити траст відносно всієї майнової маси, до складу якої входить фонд, на таких умовах: (а) довірчий власник зобов'язаний відокремити трастовий фонд; і (б) до моменту відок-

ремлення права і обов'язки, передбачені умовами заяви, розглядаються як права і обов'язки відносно відповідної частини майнової маси. Тобто майно, яке формує трастовий фонд, має бути індивідуалізоване та відокремлене від іншого майна, при цьому обов'язок його відокремлення покладається на довірчого власника.

Аналогічна вимога закріплена й в українському законодавстві. Так, відповідно до ч. 3 ст. 1030 ЦК України, основною вимогою щодо майна, яке передається в довірчу власність, є необхідність його відокремлення від іншого майна установника довірчої власності та від майна довірчого власника. Отже, об'єктом довірчої власності може бути лише майно, яке піддається відокремленню, тобто, як правило, індивідуально-визначене майно.

Факт закріплення законодавством вимоги щодо необхідності відокремлення майна, що передається в довірчу власність, уявляється не просто виправданим, але й необхідним, оскільки за самою суттю довірчої власності не допускається можливості змішування майна, що передається у довірчу власність, з майном самого довірчого власника. В іншому випадку неминучими стали б різні непорозуміння і навіть зловживання: змішувалися б не тільки доходи від використання такого майна, але й права та обов'язки, що виникають при цьому, а майно установника, що знаходиться в довірчій власності, могло б стати об'єктом стягнення кредиторів за особистими боргами довірчого власника [4, с. 121].

Необхідність відокремлення майна, що передається в довірчу власність, від іншого майна установника довірчої власності пояснюється тим фактом, що, за загальним правилом, не допускається звернення стягнення на це майно за вимогами кредиторів установника довірчої власності, за винятком випадків, коли останній оголошений банкрутом або майно, що було передане в довірчу власність, є предметом договору застави (ст. 1040 ЦК України).

Майно, яке передається в довірчу власність, за законодавством України має відповідати ще низці особливих вимог.

По-перше, таке майно має бути неспоживаним, оскільки після припинення довірчої власності на це майно довірчий власник зобов'язаний повернути саме те, яке йому було передане, а не таке саме майно (ч. 3 ст. 1044 ЦК України).

По-друге, з урахуванням характеру та цілей встановлення довірчої власності майно, що передається в довірчу власність, повинне мати певну цінність. Підставою для таких висновків можуть слугувати положення щодо довірчого управління за підставами, передбаченими законом, зокрема, щодо довірчого управління майном підопічного та безвісно відсутнього (оскільки в таких випадках при укладенні договору управління цим майном не забороняється й встановлення довірчої власності на таке майно). Так, із сенсу ч. 1 ст. 54 ЦК України випливає, що орган опіки та піклування укладає з управителем договір управління нерухо-

мим, цінним рухомим майном або майном, яке використовувалося у підприємницькій діяльності.

По-третє, у довірчу власність може бути передане майно, не вилучене з цивільного обороту і дозволене законом. У разі передачі в довірчу власність майна, обмеженого в обороті, необхідна наявність у довірного власника спеціального дозволу або ліцензії.

По-четверте, майно, що передається в довірчу власність, має належати самому установнику на праві власності (а не на іншому речовому праві, як, наприклад, право господарського відання або оперативного управління).

Черговою вимогою щодо майна, яке передається в довірчу власність, у юридичній літературі називають необхідність фактичного володіння цим майном у момент укладення договору [3, с. 861; 5, с. 37]. Проте в деяких випадках допускається передача в довірчу власність майна, що буде придбане у майбутньому. З урахуванням триваючого характеру відносин з довірчої власності та їх комерційного характеру буде логічним припустити, що майнова маса, передана в довірчу власність, постійно розширятиметься, зокрема, завдяки діяльності довірного власника або за допомогою передачі додаткового майна установником з метою забезпечення помітніших результатів.

У DCFR прямо закріплене положення про те, що активи, що формують трастовий фонд, не залишаються незмінними — вони можуть змінюватись в ході здійснення діяльності довірного власника, а також передбачені випадки таких змін трастових активів. Так, ст. X.-3:201 передбачає можливість збільшення трастового фонду, зокрема, встановлює, що після створення трасту активи, здатні бути трастовими активами, стають частиною трастового фонду за умови їх придбання довірчим власником:

- (а) в ході виконання обов'язків з трасту;
- (б) як доповнення до трастового фонду або в результаті використання трастового фонду;
- (с) за допомогою використання інформації або можливості, одержаної у зв'язку з виконанням функцій довірного власника, якщо таке використання не передбачене умовами трасту; або
- (d) у момент або після того, як довірчий власник розпорядиться трастовим активом способом, не передбаченим умовами трасту.

Зазначимо, що такий підхід у цілому помітний і в українському законодавстві. Так, відповідно до ч. 4 ст. 1030 ЦК України, майно, набуте довірчим власником у результаті управління майном, включається до складу отриманого в довірчу власність майна. Таким чином, об'єкт довірчої власності може включати передане в довірчу власність майно (окремі речі, сукупність речей, майнові права та обов'язки) в його подальших модифікаціях, що здійснюються у процесі управління, одержані від використання даного майна плоди, продукцію та доходи, а також права та обов'язки, що виникають у результаті дій довірного власника

з виконання договору. Отже, ч. 4 ст. 1030 ЦК України закріплена можливість якісної та кількісної зміни переданого в довірчу власність майна, оскільки довірчому власнику надається право включати до складу довіреного майна речі та права, що набуваються в ході здійснення управління, і виконувати за рахунок майна, що знаходиться в довірчій власності, обов'язки, які виникають з договору. Проте з урахуванням того, що управління переданим в довірчу власність майном здійснюється на користь установника довірчої власності, зменшення майна, як правило, не допускається, тому угоди, пов'язані з відчуженням майна, здійснюються лише з дозволу установника довірчої власності (ч. 1 ст. 1037 ЦК України).

Незважаючи на спільність поглядів українського законодавця та творців DCFR на правову природу трасту, DCFR містить деякі норми щодо трасту, невідомі українському законодавству.

Так, ст. X.-3:202 встановлено випадки вилучення активів з трастового фонду. Зазначається, що актив перестає бути частиною трастового фонду, якщо він перестає належати особі, зобов'язаній через правила ст. X.-1:201 (довірчому власникові). Поряд із цим вказується, що якщо довірчих власників декілька, актив залишається частиною трастового фонду, поки він належить хоча б одній зі вказаних осіб як довірчому власнику.

Стаття X.-3:203 DCFR містить вирішення проблеми змішення трастового фонду з іншими активами, зокрема, закріплює правило, згідно з яким у випадку, якщо трастові активи змішуються з іншими активами, увіреними довірчому власнику, таким чином, що вони не можуть бути розпізнані, траст виникає відносно всієї утвореної внаслідок цього маси, при цьому аналогічно застосовуються правила ст. VIII.-5:202 DCFR (щодо змішення), з тим щоб визначити частку утвореної маси, якою необхідно управляти і розпоряджатися відповідно до умов первинного трасту. У свою чергу, ст. VIII.-5:202 DCFR встановлено, що якщо речі, що належать різним особам, змішані таким чином, що розділення утвореної маси або суміші на її оригінальні складові неможливе або економічно не виправдане, але можливо і економічно виправдане розділення цієї маси або суміші на пропорційні за кількістю частини, відповідні особи стають співвласниками маси, що вийшла, або суміші, кожен у розмірі частки, пропорційної вартості відповідної частини речей, що піддалися змішенню, у момент змішення. При цьому кожен співвласник має право відділити частину, еквівалентну долі цього співвласника в неподіленій масі або суміші.

Тобто у разі такого змішення трастових активів, коли неможливо виділити частини, що належать окремим установникам або установнику та довірчому власнику, на утворену майнову масу виникає право спільної власності, при цьому кожен співвласник має право на частку, пропорційну вартості відповідної частини речей, що піддалися змішенню, у момент змішення. Разом із цим він має право вимагати відділення

належної йому частини, яка визначається еквівалентно його долі у спільній власності.

Спеціальне правило при цьому встановлене на випадок, коли відбувається зміщення трастових активів, належних установникові з активами самого довірчого власника. У такому випадку зменшення утвореної в результаті зміщення маси вважається зменшенням частки довірчого власника. Таким чином забезпечується захист інтересів установника довірчої власності, оскільки обов'язок відокремлення трастового фонду, як зазначалось, покладений на довірчого власника. Тому в разі незабезпечення такого відокремлення довірчий власник зазнає негативних майнових наслідків у вигляді зменшення належного йому майна (за умови, що він допустив зменшення трастових активів, що знаходяться в його управлінні).

Слід зазначити, що українським законодавством взагалі не передбачено наслідків зміщення майна, переданого в довірчу власність, з іншим майном, у тому числі з майном самого довірчого власника. Тому вказані положення були б корисні з точки зору їх запозичення та приведення вітчизняного законодавства у відповідність із загальноєвропейськими правилами.

У DCFR передбачено також рішення проблеми розтрати майна, що складає трастовий фонд. Так, згідно зі ст. X.-3:204, якщо на виконання обов'язків з трасту здійснено розпорядження всім трастовим фондом або фонд з іншої причини перестає бути трастовим фондом, траст припиняється. Разом із тим, якщо розтрата активів трасту сталася з вини довірчого власника, а саме, якщо довірчий власник не виконав обов'язків, передбачених умовами трасту, він зобов'язаний відновити трастовий фонд, і у такому разі траст зберігається.

Висновки. Підсумовуючи викладене, зазначимо, що на сьогоднішній день законодавством України достатньо детально визначено вимоги щодо майна, що передається в довірчу власність. Разом із тим деякі аспекти, що стосуються модифікацій переданого в довірчу власність майна, залишились поза увагою українського законодавця. Зокрема, це стосується вирішення проблеми зміщення трастового фонду з іншими активами та розтрати трастового майна. У цьому питанні європейський досвід може стати корисним з погляду запозичення деяких положень, що сприятимуть запобіганню виникненню проблем при передачі майна в довірчу власність на практиці.

Л і т е р а т у р а

1. Рассказова Н. Ю. Модельные правила европейского частного права / Н. Ю. Рассказова. — М.: Статут, 2013. — 989 с.
2. Михеева Л. Ю. Доверительное управление имуществом / Л. Ю. Михеева. — М.: Юристъ, 2006. — 447 с.

3. Брагинский М. И. Договорное право. Кн. 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — [3-е изд., стер.]. — М.: Статут, 2003. — 1034 с.
4. Гражданское право: учебник. В 2 т. Т. 2, полут. 2 / под ред. Е. А. Суханова. — [2-е изд.]. — М.: БЕК, 2000. — 544 с.
5. Петелин Д. В. Договор доверительного управления имуществом в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Дмитрий Васильевич Петелин. — М., 2005. — 212 с.

А н о т а ц і я

***Некит К. Г.* Трастовий фонд за Проектом загальної довідкової схеми (DCFR): до питання гармонізації законодавства України та ЄС.** — Стаття.

Статтю присвячено дослідженню вимог, що ставляться до майна, яке формує трастовий фонд, визначених у DCFR, а також порівнянню цих вимог з аналогічними вимогами, які висуюються українським законодавцем щодо майна, яке передається у довірчу власність.

Ключові слова: трастовий фонд, довірча власність, траст, майно, активи.

А н н о т а ц и я

***Некит Е. Г.* Трастовый фонд по Проекту общей справочной схемы (DCFR): к вопросу гармонизации законодательства Украины и ЕС.** — Статья.

Статья посвящена исследованию определенных в DCFR требований к имуществу, формирующему трастовый фонд, а также сравнению этих требований с аналогичными требованиями, которые выдвигаются украинским законодателем относительно имущества, которое передается в доверительную собственность.

Ключевые слова: трастовый фонд, доверительная собственность, траст, имущество, активы.

S u m m a r y

***Nekit K. G.* Trust fund according to the Draft Common Frame of Reference (DCFR): to a question of harmonization of the legislation of Ukraine and the EU.** — Article.

The article is devoted to research of the requirements to the trust fund which are defined in DCFR, and also to comparison of these requirements with similar demands which are made by the Ukrainian legislator concerning property which is transferred to the trust.

Keywords: trust fund, confidential, trust, property, assets.

УДК 343.163

*І. В. Гловюк***ФУНКЦІОНАЛЬНА СПРЯМОВАНІСТЬ ДІЯЛЬНОСТІ
ПРОКУРОРА У ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ:
ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ**

Оновлення концептуальної парадигми кримінального провадження та її практичне впровадження, пов'язане із прийняттям та набранням чинності Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 р., (далі — КПК, КПК України) та Законом України «Про прокуратуру» 2014 р., зумовило актуалізацію досліджень достатньо звичної для кримінально-процесуальної доктрини проблематики, а саме функціональної спрямованості діяльності учасників кримінального провадження. Це стосується і функціональної спрямованості діяльності прокурора у досудовому провадженні, враховуючи новелізацію нормативного закріплення його статусу у контексті здійснення прокурором нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням (ч. 2 ст. 36 КПК).

Кримінально-процесуальні функції прокурора у досудовому розслідуванні детально досліджувалися у наукових працях таких українських та зарубіжних вчених, як С. А. Альперт, А. П. Бегма, Д. М. Бєрова, Є. Д. Болтошев, Д. В. Борзих, С. І. Вікторський, О. В. Воронін, В. О. Гринюк, В. В. Долежан, Л. Р. Грицаєнко, Ю. М. Грошевий, Л. М. Давиденко, П. С. Елькінд, Д. І. Єрежипалієв, О. Д. Жук, В. С. Зеленецький, М. П. Кан, П. М. Каркач, Г. М. Корольов, М. В. Косюта, В. Ф. Крюков, А. В. Лапкін, О. М. Ларін, Л. М. Лобойко, А. О. Ломакін, Т. О. Лоскутов, В. В. Луцик, Р. В. Мазюк, І. Я. Мирошніченко, О. Р. Михайленко, Г. В. Мовчан, М. В. Муравйов, Д. О. Пилипенко, М. А. Погорєцький, Ю. Є. Полянський, Р. Д. Рахунов, В. М. Савицький, Г. П. Серєда, Н. В. Сібільова, О. Б. Соловйов, М. С. Строгович, О. М. Толочко, В. О. Трофімов, Г. Г. Турілов, О. О. Тушев, І. Я. Фойницький, О. Г. Халіулін, О. В. Хімичєва, А. Л. Ципкін, О. О. Чепурний, О. Б. Чічканов, Г. Ю. Чурикова, З. Х. Шагієва, В. М. Шпільов, В. М. Юрчишин,

Ф. М. Ягофаров, В. Б. Ястребов та ін.; єдності у визначенні кримінально-процесуальної функції (функцій) досягнуто не було.

За КПК України 2012 р. ці питання досліджуються такими науковцями, як В. С. Бабкова, В. В. Долежан, В. О. Гринюк, І. В. Єна, Л. В. Карабут, В. В. Колодчин, О. М. Косий, М. В. Косюта, А. В. Лапкін, В. В. Луцик, Н. В. Марчук, С. М. Меркулов, Г. В. Остафійчук, Д. П. Письменний, В. П. Півненко, М. А. Погорецький, Ю. Є. Полянський, О. В. Попович, Р. О. Римарчук, М. В. Руденко, О. В. Сапін, С. О. Сорока, А. В. Столітній, М. В. Черноусько, В. М. Юрчишин та ін. Зокрема, на монографічному рівні це питання розглянуто у дослідженні В. М. Юрчишина (Юрчишин В. М. Місце і роль прокурора у досудовому розслідуванні та їх відображення в теорії, законодавстві і практиці: монографія. — Чернівці: Видавничий Дім «Родовід», 2013. — 308 с.).

Разом з тим суперечливими є концептуальні засади визначення функціональної спрямованості діяльності прокурора у досудовому провадженні за КПК України 2012 р., зокрема, у частині здійснення прокурором кримінального переслідування та /або обвинувачення та ідентифікації функціональної характеристики прокурорського процесуального керівництва.

Саме тому метою статті є визначення функціональної спрямованості діяльності прокурора у досудовому провадженні.

У Концепції реформування кримінальної юстиції України 2008 р. було передбачено, що у сфері кримінальної юстиції прокуратура в Україні має стати єдиним органом, на який покладається виконання таких функцій: а) нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність та досудове розслідування; б) кримінальне переслідування особи, в тому числі висунення обвинувачення, процесуальне керівництво досудовим розслідуванням та складання обвинувального акта; в) нагляд за додержанням законів органами та установами, які виконують судові рішення у кримінальних справах, а також застосовують інші заходи примусового характеру, пов'язані з обмеженням особистої свободи громадян.

Конституційною функцією прокурора у досудовому провадженні є нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство (п. 3 ст. 121 Конституції України). Пункт 3 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про прокуратуру» 2014 р. покладає на прокуратуру здійснення функції нагляду за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство.

Як напрямок діяльності прокурора у кримінальному процесі визначено нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням (ч. 2 ст. 36 КПК). Відмітимо, що про покладення на прокурора здійснення нагляду у досудовому розслідуванні зазначається у ст. 84 КПК Азербайджанської Республіки, ст. 34 КПК Республіки Білорусь,

ст. 52 КПК Вірменії, ст. 58 КПК Республіки Казахстан, ст. 37 КПК РФ, ст. 71 КПК Туркменистану.

У літературі не склалося єдиного підходу щодо виділення у системі кримінально-процесуальних функцій прокурорського нагляду. У цілому поширеним є визначення його як кримінально-процесуальної функції, хоча термінологічно її назви не завжди збігаються [1, с. 21; 2, с. 104; 3; 4, с. 122; 5, с. 32]. Є думка, що прокурорський нагляд слід розглядати у межах функції обвинувачення (кримінального переслідування) [6; 7, с. 70; 8].

Для визначення можливості виділення цього напрямку кримінально-процесуальної діяльності як самостійної кримінально-процесуальної функції необхідно проаналізувати сутність цього напрямку діяльності та співвіднести його із ознаками кримінально-процесуальних функцій, а саме: діяльнісний характер; цілеспрямований характер та наявність завдань; генеруючий характер (визначення характеру кримінально-процесуальної діяльності) — векторність функції; генеруючий характер (визначення прав та обов'язків, компетенції суб'єкта (суб'єктів) реалізації функції; невіддільність від носія функції — суб'єкта кримінального провадження; наділення суб'єкта процесуальною компетенцією або процесуальним статусом для реалізації функції — суб'єктний елемент функції; правовий характер; наявність процесуальних засобів реалізації функції.

Нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування регламентовано ст. 36 та ін. КПК України, Законом України «Про прокуратуру» 2014 р., що беззаперечно указує на його діяльнісний та правовий характер.

Кримінально-процесуальна функція як напрямок діяльності, що є цілеспрямованим (на реалізацію завдань кримінального провадження у цілому), характеризується наявністю власних завдань, на досягнення яких спрямована діяльність суб'єктів відповідної функції, що дозволяє відмежувати кримінально-процесуальну функцію одна від іншої. Нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування спрямований на забезпечення завдань кримінального провадження, визначених ст. 2 КПК у контексті спрямування на всебічне, повне і неупереджене дослідження обставин кримінального провадження, забезпечення ефективності досудового розслідування. Наявність таких завдань і визначає векторність цього напрямку кримінально-процесуальної діяльності прокурора, який характеризується можливістю здійснення у досудовому розслідуванні узгоджено із іншими напрямками кримінально-процесуальної діяльності (розслідування, кримінальне переслідування), що здійснюється з боку учасників кримінального провадження, віднесених КПК до сторони обвинувачення, а також спрямування цих напрямків діяльності слідчого, керівника органу досудового розслідування, оперативних підрозділів.

Саме така спрямованість діяльності прокурора і визначає повноваження прокурора щодо реалізації цієї функції: починати досудове розслідування; мати повний доступ до матеріалів, документів та інших відо-

мостей, що стосуються досудового розслідування; доручати органу досудового розслідування проведення досудового розслідування; доручати слідчому, органу досудового розслідування проведення у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій або давати вказівки щодо їх проведення чи брати участь у них, а в необхідних випадках — особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії; доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам; скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчих; ініціювати перед керівником органу досудового розслідування питання про відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування та призначення іншого слідчого; погоджувати або відмовляти у погодженні клопотань слідчого до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій чи самостійно подавати слідчому судді такі клопотання; приймати процесуальні рішення; погоджувати запит органу досудового розслідування про міжнародну правову допомогу, передання кримінального провадження або самостійно звертатися з таким клопотанням; доручати органу досудового розслідування виконання запиту (доручення) компетентного органу іноземної держави про перейняття кримінального провадження, перевіряти повноту, всебічність та об'єктивність розслідування у перейнятому кримінальному провадженні; перевіряти перед направленням прокуророві вищого рівня документи органу досудового розслідування про видачу особи (екстрадицію), повертати їх відповідному органу з письмовими вказівками, якщо такі документи необґрунтовані або не відповідають вимогам міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, чи законам України.

Наявність процесуальних засобів реалізації функції нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування характеризується наявністю форм та методів прокурорського нагляду. Відразу слід звернути увагу на те, що ст. 36 КПК визначає, що прокурор здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, яку слід вважати загальною формою здійснення прокурорського нагляду. Крім того, ще можливо виділити спеціальні форми прокурорського нагляду, а також його методи (однак методи прокурорського нагляду можуть мати лише організаційний характер і не регламентуються КПК). Вважаємо, що слід розмежовувати повноваження прокурора із здійснення нагляду, форми їх реалізації (що полягають у здійсненні процесуальних дій та прийнятті процесуальних рішень) та методи реалізації форм нагляду як сукупності прийомів та способів реалізації повноважень прокурора із здійснення нагляду.

Таким чином, вважаємо наявність кримінально-процесуальної функції нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування беззаперечною.

Не менш поширеною є і точка зору, що прокурор здійснює у досудовому провадженні функцію кримінального переслідування [5, с. 116; 9, с. 10; 10, с. 94; 11, с. 9–67; 12, с. 6; 13; 14, с. 15; 15; 16, с. 39; 17, с. 384] (обвинувачення [18, с. 146; 19, с. 50; 20]); на це вказувалося і у Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженій Указом Президента України від 8 квітня 2008 р., хоча КПК 2012 р. у цьому контексті цей термін не вживає, відносячи прокурора до сторони обвинувачення. Не аналізуючи детально питання про поняття та сутність кримінального переслідування, оскільки це має бути предметом окремого дослідження, зазначимо, що для позначення як кримінально-процесуальної функції прокурора кримінальне переслідування слід визначати у вузькому значенні, а саме як напрямок діяльності з формулювання твердження про причетність особи до вчинення кримінального правопорушення, винуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення або вчинення нею іншого суспільно небезпечного діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, а також з відстоювання цієї тези шляхом викриття особи у вчиненні кримінального правопорушення / встановлення вчинення нею іншого суспільно небезпечного діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, для забезпечення державного осуду її діяння (у формі констатації винуватості особи / вчинення нею іншого діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, кримінальної відповідальності та / або застосування до неї інших заходів кримінально-правового характеру) та належної реалізації наслідків такого осуду, що реалізується за допомогою кримінально-процесуальних засобів пізнавального та забезпечуючого характеру у формі, регламентованій кримінальним процесуальним законодавством.

Слід відмітити, що у літературі висловлено позицію, що «фактично всі повноваження прокурора, вписані у ст. 36 КПК України, є засобами здійснення кримінального переслідування» [21, с. 8]. Мабуть, категорія кримінального переслідування розуміється у т.зв. «широкому значенні», коли воно фактично ототожнюється із здійсненням кримінального провадження. З іншого боку, стверджується, що «позбавлення прокурора функції кримінального переслідування на досудовому слідстві є справою часу» [22]. Враховуючи такі повноваження прокурора за КПК 2012 р., як: повідомляти особі про підозру та погоджувати повідомлення про підозру; затверджувати чи відмовляти у затвердженні обвинувального акта, клопотань про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, вносити зміни до складеного слідчим обвинувального акта чи зазначених клопотань, самостійно складати обвинувальний акт чи зазначені клопотання, — очевидно, що цей час ще не настав.

Як окрема функція прокурора у досудовому провадженні розглядається і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням [9, с. 10; 12, с. 6; 16, с. 39; 20; 23, с. 50; 24, с. 122–136; 25; 26]. На здійснення прокурором процесуального керівництва досудовим розслідуванням вка-

зується у ст. 34 КПК Республіки Білорусь, ст. 32 КПК Грузії, кримінальним переслідуванням — ст. 6 КПК Республіки Молдова, ст. 7 КПК Азербайджанської Республіки.

Деякі вчені наполягають на можливості розмежування двох функцій — нагляду та керівництва розслідуванням. На думку О. Антонюк, поряд із функцією нагляду прокурор здійснює функцію процесуального керівництва розслідуванням, що є значно ширшим, ніж просто метод (спосіб) здійснення наглядової діяльності, виходить за її межі і є окремою функцією прокурора з своїми завданнями, цілями та формами реалізації [27, с. 414]. Цю точку зору висловили і А. П. Бегма [28, с. 4], О. О. Тушев [29, с. 71, 137]. Як зазначає В. М. Юрчишин, характеризуючи прокурорський нагляд у досудовому провадженні двома взаємопов'язаними аспектами — власне нагляд як такий (основна функція) і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням (додаткова функція), законодавець припустився грубої методологічної помилки, оскільки визначив процесуальне керівництво формою нагляду, а не додатковою функцією [30, с. 26]. А. О. Ломакін дійшов висновку, що окрім функцій нагляду за дотриманням законів органів дізнання і досудового слідства та кримінального переслідування, для прокурора району є притаманною функція процесуального керівництва досудовим розслідуванням [31, с. 269]. І. В. Єна виділила у якості основних функцій прокурора окремо функцію нагляду за процесуальною діяльністю органів досудового розслідування та функцію процесуального керівництва досудовим розслідуванням [9, с. 10].

І. І. Тупельняк, указуючи на те, що викликає зауваження — відсутність чіткого розмежування між наглядом прокурора та процесуальним керівництвом у досудовому провадженні [32, с. 120], зазначає, що процесуальне керівництво прокурора направлене на всебічне, повне і неупереджене дослідження обставин кримінального провадження, виявлення як тих обставин, що викривають, так і тих, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставин, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надання їм належної правової оцінки та забезпечення прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень, а у випадку недотримання виконання наведених завдань — прокурору надані всі важелі наглядової функції, наприклад, скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчих чи ініціювати перед керівником органу досудового розслідування питання про відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування та призначення іншого слідчого у випадку неефективного досудового розслідування [32, с. 121].

Однак, аналізуючи аргументи прихильників такого підходу, слід зазначити, що критерії розмежування повноважень, що відносяться, відповідно, до повноважень із керівництва та повноважень із здійснення нагляду, так і не сформульовано. Відповідно, навіть серед прибічників ідеї про виділення функції процесуального керівництва або повноважень

із процесуального керівництва немає єдності щодо переліку відповідних повноважень.

М. П. Кан зазначала, що до повноважень прокурора, за допомогою яких він керує розслідуванням, відносяться: порушення кримінальної справи, скасування незаконних та необґрунтованих постанов слідчих та осіб, які провадять дізнання, давання вказівок, санкціонування постанов слідчого, вилучення від слідчого та особи, яка провадить дізнання, кримінальних справ, усунення особи, яка провадить дізнання, або слідчого від подальшого ведення розслідування [12, с. 6]. О. О. Тушев до таких повноважень відносить: доручати перевірку повідомлення про злочин органу дізнання або слідчому; повертати матеріали для додаткової перевірки; вирішувати спори про підслідність; доручати розслідування кримінальної справи дізнавачу, слідчому або нижчестоящому прокурору; давати вказівки про спрямування розслідування та ін. [33].

Так, контрольний (керівний) характер таких повноважень, як доручення розслідування порушеної справи дізнавачеві, слідчому або нижчому за рангом прокуророві; дача письмових вказівок щодо спрямування розслідування, проведення слідчих та інших процесуальних дій, прийняття рішень щодо об'єднання та виділення кримінальних справ; доручення органам дізнання виконання постанов про затримання, привід, взяття під варту, проведення обшуку, виїмки, розшук осіб, які вчинили злочини, виконання інших слідчих дій; продовження строку досудового слідства; вилучення будь-якої кримінальної справи в органу дізнання і передання його слідчому; визначення підслідності та передання справи від одного слідчого органу іншому (за КПК 1960 р.), складно заперечувати, і їх приналежність до повноважень із процесуального керівництва відстоюється у літературі [27, с. 414; 34, с. 70–71]. Л. Грицаєнко додає до цих повноважень також скасування незаконних і необґрунтованих постанов [34, с. 71], а також повноваження на етапі зупинення і закінчення досудового слідства, створення слідчої групи, об'єднання кримінальних справ [34, с. 72], а О. Б. Соловйов до таких повноважень відносить скасування незаконних та необґрунтованих постанов та давання обов'язкових для виконання вказівок [35, с. 44].

Б. А. Галкін до повноважень із нагляду відніс розгляд скарг на слідчого, скасування його незаконних постанов, вимога для перевірки кримінальної справи, а до повноважень з керівництва — усунення слідчого від ведення справи і передання її іншому слідчому, вилучення справи з одного слідчого органу та передання до іншого, самостійне розслідування справи [36, с. 30]. Є. Д. Болтошев указує, що повноваження скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови, усувати дізнавача, слідчого від подальшого провадження розслідування, давати згоду дізнавачу, слідчому у передбачених законом випадках, продовжувати строк розслідування, затверджувати постанову про закриття кримінальної справи, зупиняти або закривати провадження є повноваження із здійснення нагляду, а при процесуальному керівництві прокурор дає письмові вка-

зівки, бере участь при проведенні попереднього розслідування та особисто проводить слідчі дії, вилучає справу в органу дізнання та передає її слідчому, передає справу від одного слідчого іншому, від одного органу попереднього розслідування іншому [16, с. 46].

Аналізуючи ці підходи, можна стверджувати, що, по суті, усі повноваження прокурора, які були передбачені ст. 227 КПК 1960 р., можна віднести до контрольних (крім порушення кримінальної справи та допуску захисника до участі у справі).

Що стосується КПК 2012 р., то В. М. Юрчишин до повноважень із процесуального керівництва відніс: права прокурора скасовувати чи змінювати будь-яке рішення чи акт органів розслідування (п. 7 ч. 1 ст. 36 КПК України); брати участь у будь-якій слідчій (розшуковій) дії, що виконується дізнавачем чи слідчим, а також особисто проводити такі дії (п. 4 ч. 1 ст. 36 КПК України); погоджувати або відмовляти у погодженні клопотань органу розслідування до слідчого судді про проведення окремих слідчих (розшукових) дій та застосування заходів забезпечення кримінального провадження або самостійно подавати слідчому судді такі клопотання (п. 10 ч. 1 ст. 36 КПК України); приймати рішення про об'єднання чи виділення досудових розслідувань в окремі провадження (ст. 217 КПК України); починати досудове розслідування і доручати його проведення конкретному органу розслідування (п. 1, 3 ч. 1 ст. 36 КПК України), ініціювати перед керівником органу досудового розслідування питання про відсторонення дізнавача чи слідчого від проведення досудового розслідування та призначення іншого дізнавача чи слідчого за наявності підстав для їх відводу або у випадку неефективного досудового розслідування (п. 8 ч. 1 ст. 36 КПК України). Що стосується права прокурора давати письмові доручення і вказівки органам досудового розслідування про проведення слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій (п. 4 ч. 1 ст. 36 КПК України). Це повноваження прокурор може використовувати при реалізації будь-якої своєї основної чи додаткової функції [30, с. 29]. В. О. Гринюк до повноважень із процесуального керівництва відносить повноваження починати досудове розслідування; мати повний доступ до матеріалів, документів та інших відомостей, що стосуються досудового розслідування; доручати органу досудового розслідування проведення досудового розслідування; доручати слідчому, органу досудового розслідування проведення у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій; брати участь у проведенні слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій; особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії; доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам; призначати ревізії та перевірки у порядку, визначеному законом; ініціювати перед керівником органу досудового розслідування питання про відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування та призна-

чення іншого слідчого за наявності підстав, передбачених КПК, для його відводу, або у випадку неефективного досудового розслідування; приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених КПК, у тому числі щодо закриття кримінального провадження та продовження строків досудового розслідування за наявності підстав, передбачених КПК; погоджувати або відмовляти у погодженні клопотань слідчого до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій у випадках, передбачених КПК, чи самостійно подавати слідчому судді такі клопотання; повідомляти особі про підозру; затверджувати чи відмовляти у затвердженні обвинувального акта, клопотань про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, вносити зміни до складеного слідчим обвинувального акта чи зазначених клопотань, самостійно складати обвинувальний акт чи зазначені клопотання; звертатися до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності; здійснювати процесуальні дії, пов'язані з наданням міжнародної правової допомоги або перейняттям кримінального провадження; використовувати інші повноваження у випадках та у порядку, передбаченому КПК України [37, с. 326–327].

На думку ж Н.В. Марчук, викликає заперечення включення до змісту процесуального керівництва таких повноважень прокурора: звертатися до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності [38, с. 373]. Не є, на її погляд, процесуальним керівництвом досудовим розслідуванням і повноваження прокурора, передбачені п. 16–19 ч. 2 ст. 36 нового КПК, оскільки зазначені повноваження за спрямованістю належать не до тих, що мають на меті спрямування досудового розслідування і забезпечення його ефективності і, таким чином, входять до змісту процесуального керівництва, а до забезпечення участі прокурора у процесі здійснення міжнародної допомоги у кримінальному провадженні [38, с. 374], із чим слід погодитися, адже повноваження звертатися до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності реалізуються у межах функції кримінального переслідування, а частина повноважень, передбачених п. 16–19 ч. 2 ст. 36 нового КПК, — у межах окремої функції, про що буде зазначено нижче.

У цілому Н. В. Марчук указує, що інші повноваження прокурора, передбачені ч. 2 ст. 36 нового КПК України, можуть бути включені до змісту процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Залежно від їх процесуальної спрямованості, їх можна поділити на такі групи: 1) ініціювання кримінального провадження; 2) забезпечення режиму процедурності кримінального провадження. Це полягає у повноваженнях

прокурора погоджувати або відмовляти у погодженні клопотань слідчого до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій у випадках, передбачених КПК, чи самостійно подавати слідчому судді такі клопотання; затверджувати чи відмовляти у затвердженні обвинувального акта, клопотань про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, вносити зміни до складеного слідчим обвинувального акта чи зазначених клопотань, самостійно складати обвинувальний акт чи зазначені клопотання; 3) забезпечення швидкого, повного і неупередженого розслідування. Це найбільш численна група повноважень, до числа яких, зокрема, входить: право мати повний доступ до матеріалів, документів та інших відомостей, що стосуються досудового розслідування; доручати органу досудового розслідування проведення досудового розслідування; доручати слідчому, органу досудового розслідування проведення у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій або давати вказівки щодо їх проведення чи брати участь у них, а в необхідних випадках — особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії в порядку, визначеному КПК; доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам; призначати ревізії та перевірки у порядку, визначеному законом та ін.; 4) реагування на виявлені порушення. Для цього прокурор використовує право скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчих, ініціювати перед керівником органу досудового розслідування питання про відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування та призначення іншого слідчого [38, с. 374–375].

Автором зроблено цікавий, хоча і небезспірний висновок про те, що процесуальне керівництво досудовим розслідуванням може розумітися у вузькому і широкому значенні. У вузькому значенні його зміст визначають повноваження третьої з виокремлених груп, а саме вони спрямовані на забезпечення швидкого, повного і неупередженого розслідування. У широкому розумінні зміст процесуального керівництва як форми нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування складають усі перелічені групи повноважень. Саме такого широкого підходу дотримується і законодавець при конструюванні процесуального статусу прокурора у кримінальному провадженні [38, с. 375].

Не можна повністю погодитися із цією точкою зору, адже законодавцем дещо некоректно сконструйовано ст. 36 КПК, де йому не вдалося розмежувати кримінально-процесуальні функції прокурора, у зв'язку із чим ряд повноважень, у тому числі і ті, що здійснюються у межах інших функцій, було автоматично віднесено до повноважень із здійснення прокурорського нагляду у формі процесуального керівництва.

Як видно, серед наведених думок вчених немає єдності щодо можливості віднесення до повноважень із процесуального керівництва таких повноважень прокурора, як звертатися до суду з обвинувальним актом,

клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності; повноважень прокурора, передбачених п. 16–19 ч. 2 ст. 36 КПК; повноважень із повідомлення про підозру, продовження строків досудового розслідування, повноваження затверджувати чи відмовляти у затвердженні обвинувального акта, клопотань про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, вносити зміни до складеного слідчим обвинувального акта чи зазначених клопотань, самостійно складати обвинувальний акт чи зазначені клопотання; скасовувати чи змінювати будь-яке рішення чи акт органів розслідування; приймати рішення про об'єднання та виділення матеріалів досудового розслідування, що ще раз підтверджує критичність штучного розподілу повноважень прокурора на наглядові та керівні.

Хоча слід відмітити і те, що у доктрині зроблено спроби визначити критерій розмежування керівних та наглядових повноважень у досудовому розслідуванні: так Д. М. Мірковець зазначає, що прокурорський нагляд повинен бути спрямований на перевірку законності та обґрунтованості вже виконаних дій і прийнятих рішень, а керівництво досудовим слідством — на перевірку дій і рішень, що виконуються (приймаються) або запланованих до реалізації [39, с. 14]. Разом з тим, враховуючи регламентацію повноважень прокурора за КПК 1960 р. та 2012 р., очевидно, що прокурор має і наглядові, і керівні повноваження у виділеному контексті.

Нами у попередніх дослідженнях обґрунтовано, що, враховуючи специфіку прокурорського нагляду у кримінальному провадженні — владно-розпорядчий характер, організаційний характер повноважень прокурора по оперативному впливу на розслідування, постійний, безперервний характер, слід зробити висновок, що, по-перше, наглядових повноважень «у чистому вигляді» (тобто таких, які не стосувалися б оперативного впливу на хід розслідування) у досудовому провадженні прокурор не має; по-друге, процесуальне керівництво прокурором досудовим розслідуванням не є окремою функцією прокурора, відмінною від прокурорського нагляду, а є формою реалізації функції нагляду за додержанням законів органами, які проводять дізнання та досудове слідство (функції прокурорського нагляду у досудовому провадженні) [40].

На основі положень КПК України 2012 р. виділено такі функції прокурора у досудовому провадженні, як прокурорський нагляд за додержанням законів у досудовому розслідуванні [9, с. 10; 37, с. 327; 41, с. 85; 42, с. 388; 43, с. 78], керівництво досудовим розслідуванням [9, с. 10; 23, с. 50; 37, с. 327; 41, с. 190], контрольно-наглядова функція за здійсненням процесуального керівництва [23, с. 50]; організаційно-контрольна функція за проведенням досудового кримінального провадження [23, с. 50]; обвинувачення [44, с. 363; 45, с. 92] (у формі підготовки обвинувального акта [41, с. 85]); правозахисна функція [41, с. 126]; функція безпосередньої участі у розслідуванні кримінального правопору-

шення [41, с. 152, 154]; координаційна функція [35, с. 44; 41, с. 170]; кримінологічна функція [41, с. 156] (запобіжна (профілактична) [46, с. 105]); організаційно-забезпечуюча [41, с. 198; 46, с. 105]. У деяких дослідженнях підтримується ідея про єдину функцію прокурора у досудовому провадженні: так, наприклад, М. А. Погорецький зазначає, що прокурор у кримінальному процесі здійснює єдину функцію — функцію обвинувачення, яка полягає у встановленні події кримінального правопорушення, викриття особи, яка вчинила кримінальне правопорушення (її встановлення, повідомлення їй про підозру), складанні обвинувального акта, пред'явлення обвинувачення, підтримання його в суді, застосування заходів забезпечення кримінального провадження [45, с. 92].

Не заперечуючи наявності взаємодії між слідчим та органом дізнання за КПК 1960 р., між слідчим та оперативними підрозділами за КПК 2012 р., а також координаційну роль прокуратури у боротьбі зі злочинністю, на що звертає увагу і ч. 2 ст. 25 Закону України «Про прокуратуру» 2014 р., і Наказ Генерального прокурора України від 16 січня 2013 р. «Про координацію діяльності правоохоронних органів у сфері протидії злочинності та корупції», Положення про координацію діяльності правоохоронних органів по боротьбі із злочинністю та корупцією від 26 січня 2012 р. № 43/375/166/353/284/241/290/236, слід піддати сумніву процесуальний характер цього напрямку діяльності, що є однією з ознак кримінально-процесуальних функцій. Так, ч. 2 ст. 25 Закону України «Про прокуратуру» 2014 р. передбачає, що Генеральний прокурор України, керівники регіональних та місцевих прокуратур, їх перші заступники та заступники відповідно до розподілу обов'язків, здійснюючи нагляд за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство, координують діяльність правоохоронних органів відповідного рівня у сфері протидії злочинності. Координаційні повноваження прокурори здійснюють шляхом проведення спільних нарад, створення міжвідомчих робочих груп, а також проведення узгоджених заходів, здійснення аналітичної діяльності. Більше того, це питання регламентується у межах здійснення нагляду за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство. Вищезазначене Положення передбачає такі форми взаємодії: проведення координаційної наради керівників правоохоронних органів (основна форма); проведення спільних засідань колегій правоохоронних органів; проведення міжвідомчих нарад за участю керівників правоохоронних органів, органів виконавчої влади та місцевого самоврядування; видання спільних наказів, вказівок, інформаційних листів та інших документів організаційного та методичного характеру; обмін інформацією з питань стану злочинності та корупції; розробка і здійснення узгоджених заходів з метою виявлення, припинення та профілактики злочинів і корупційних діянь, а також усунення причин та умов, що сприяли їх вчиненню; спільні виїзди до регіонів для проведення узгоджених заходів, перевірок і надання допо-

моги правоохоронним органам на місцях; вивчення позитивного досвіду з питань запобігання і протидії злочинності та корупції, впровадження його в практичну діяльність правоохоронних органів; утворення спільних слідчо-оперативних груп для розкриття і розслідування окремих тяжких та особливо тяжких злочинів; взаємне використання можливостей правоохоронних органів для підготовки і навчання кадрів, підвищення їх кваліфікації; проведення спільних семінарів, конференцій та інших навчально-практичних заходів; розробка пропозицій з питань удосконалення правового регулювання запобігання і протидії злочинності та корупції; спільне ініціювання та проведення наукових досліджень у сфері боротьби із злочинністю та корупцією. Із вищезазначених форм процесуальне значення має лише утворення спільних слідчо-оперативних груп для розкриття і розслідування окремих тяжких та особливо тяжких злочинів, хоча воно і регламентовано не КПК, а відомчими нормативно-правовими актами. Усі інші форми мають непроцесуальний характер, не регламентуються положеннями кримінального процесуального законодавства. Тобто напрямок діяльності прокуратури із координації діяльності правоохоронних органів у сфері протидії злочинності має організаційний характер і значно виходить за межі участі прокурорів у кримінальних провадженнях; у зв'язку з цим складно повністю погодитися з тим, що координаційна діяльність є, поряд із процесуальним керівництвом, формою реалізації прокурорського нагляду за законністю досудового розслідування [47, с. 324]. Навіть перелік завдань координаційної діяльності, що наводиться В. М. Юрчишиним [41, с. 179], доводить, що вони нічим не відрізняються від тих завдань, що ставляться перед прокурором при здійсненні прокурорського нагляду.

Організаційно-контрольна функція за проведенням досудового кримінального провадження [23, с. 50] виділена О. М. Толочком. КПК України передбачено процесуальні повноваження прокурора поза межами процесуального керівництва, які за своєю суттю спрямовані на організацію досудового кримінального провадження. Ця функція здійснюється керівником відповідного органу прокуратури при призначенні процесуального прокурора у конкретному кримінальному провадженні. Якщо процесуальний прокурор не може здійснювати повноваження через задоволення заяви про його відвід, тяжку хворобу, звільнення з органу прокуратури або з іншої поважної причини, що унеможливорює його участь у кримінальному провадженні, повноваження прокурора покладаються на іншого прокурора керівником відповідного органу прокуратури. Крім того, зазначена функція здійснюється Генеральним прокурором України, його заступниками, прокурорами Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва та Севастополя і прирівняними до них прокурорами при дорученні здійснювати досудове розслідування будь-якого кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування у разі неефективного досудового розслідування [23, с. 52–53]. Аналізуючи цю пропозицію, можна зазначити таке. По-перше, три повноваження, які

вказує О. М. Толочко, навряд чи можна визначити як напрямок діяльності прокурора. Тим більше, що їх правова природа повністю вкладається у наглядові повноваження прокурора при недиференціації їх організаційного положення. Безумовно, елемент організації роботи прокуратури тут присутній (і положення КПК про принцип незмінності прокурора має більше організаційний, а не процесуальний характер), однак ці повноваження здійснюються з метою забезпечення належного та ефективного розслідування, що і дає можливість їх відносити до повноважень із здійснення прокурорського нагляду, що здійснюється не процесуальним керівником, а вищестоящими прокурорами.

Як указувалося вище, прокурор у досудовому провадженні здійснює кримінальне переслідування і висуває обвинувачення шляхом затвердження або складення свого обвинувального акта. Тому складно погодитись із тим, що він здійснює обвинувачення у формі підготовки обвинувального акта [41, с. 85], тим більше, що прокурор його особисто не готує, а здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням.

Що стосується функції безпосередньої участі у розслідуванні кримінального правопорушення [41, с. 152, 154], то це одичне повноваження прокурора у досудовому провадженні не можна визнати напрямком діяльності, і, відповідно, ставити питання про його визначення як функцію.

Організаційно-забезпечуюча функція тлумачиться В. М. Юрчишиним як самостійний внутрішній напрям прокурорської діяльності, що складається з комплексу взаємопов'язаних дій і заходів, спрямованих на ефективне виконання всіх завдань і зовнішніх функцій прокуратури [41, с. 198]. Очевидно, що організаційний аспект властивий діяльності будь-якого державного органу, у тому числі й прокуратури; однак процесуально значення він не має, оскільки мають місце внутрішні організаційно-управлінські відносини, а не відносини кримінально-процесуальні.

Поза межами визначених нами функцій залишаються деякі повноваження прокурора у кримінальному провадженні. Так, у відповідності до п. 12 ч. 2 ст. 36 КПК, прокурор уповноважений пред'являти цивільний позов в інтересах держави та громадян. Правова природа повноважень прокурора, пов'язаних із цивільним позовом, у літературі визначається неоднаково. В. Г. Пожаром на основі КПК 1960 р. обґрунтовано тезу про існування представництва прокурором інтересів громадянина або держави в кримінальному судочинстві, а також його участь у зв'язку із цим на всіх етапах кримінально-процесуального провадження [48, с. 9], і указано, що воно здійснюється у межах функції обвинувачення [48, с. 83]. Є думка, що ці повноваження здійснюються у рамках реалізації правозахисної функції [41, с. 136] або являють собою окрему функцію [49]. Відстоюється думка і про те, що ця діяльність прокурора здійснюється у межах функції представництва прокуратурою інтересів держави або громадянина в суді [50, с. 254]. Функція представництва прокуратурою інтересів держави або громадянина в суді є конституційною функцією прокуратури, і тому її виділення не відповідає на питання,

яку саме процесуальну функцію здійснює прокурор. Саме тому, враховуючи спрямованість діяльності прокурора — відстоювання цивільно-правових інтересів потерпілого від кримінального правопорушення, а також цивільно-правових інтересів держави, слід визнати, що прокурор здійснює функцію забезпечення відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням.

Прокурор за КПК України має ряд повноважень, пов'язаних із наданням міжнародної правової допомоги (у широкому розумінні). Як нами обґрунтовувалося у попередніх дослідженнях, повноваження доручати органам досудового розслідування проведення розшуку і затримання осіб, які вчинили кримінальне правопорушення за межами України, виконання окремих процесуальних дій з метою видачі особи (екстрадиції) за запитом компетентного органу іноземної держави, доручати органу досудового розслідування виконання запиту (доручення) компетентного органу іноземної держави про міжнародну правову допомогу, перевіряти повноту і законність проведення процесуальних дій здійснюються у межах функції міжнародного співробітництва [51].

Таким чином, у досудовому провадженні прокурор реалізує: функцію прокурорського нагляду; функцію кримінального переслідування; функцію забезпечення відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням; функцію міжнародного співробітництва. Процесуальне керівництво досудовим розслідуванням є формою прокурорського нагляду у досудовому провадженні, і тому неможливо розмежувати повноваження прокурора із здійснення нагляду та повноваження із здійснення процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Повноваження прокурора, перелічені у ст. 36 КПК, не враховують різну функціональну спрямованість діяльності прокурора у кримінальному провадженні, оскільки усі вони віднесені до здійснення прокурором нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням; тому ст. 36 КПК потребує коригування з урахуванням відмінностей у напрямках кримінально-процесуальної діяльності прокурора як у досудовому, так і у судовому провадженнях.

Л і т е р а т у р а

1. Альперт С. А. Субъекты уголовного процесса / С. А. Альперт. — Х., 1997. — 61 с.
2. Антонова Е. Е. Функциональная характеристика досудебного производства в российском уголовном процессе : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Антонова Елена Евгеньевна. — Омск, 2006. — 218 с.
3. Левченко Д. В. Надзор как уголовно-процессуальная функция прокурора / Д. В. Левченко // Вестник Оренбургского университета. — 2010. — № 3 (109). — С. 89–91.
4. Таричко И. Ю. Функция судебного контроля в российском уголовном процессе : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Таричко Ирина Юрьевна. — Омск, 2004. — 226 с.
5. Халиулин А. Г. Уголовное преследование как функция прокуратуры Российской Федерации (проблемы осуществления в условиях правовой реформы) : дис. ... д-ра

- юрид. наук : 12.00.09; 12.00.11 / *Халиулин Александр Германович*. — М., 1997. — 261 с.
6. Пилипенко Д. О. Функція прокурора на стадії досудового розслідування кримінальної справи [Електронний ресурс] / *Д. О. Пилипенко* // Часопис Академії адвокатури України. 2012. — № 2 (15). — Режим доступу: http://www.nbu.gov.ua/old_jrn/e-journals/Chaau/2012-2/12pdorks.pdf.
 7. Алексеев С. Н. Процессуальное положение прокурора в стадии предварительного расследования в науке уголовного процесса / *С. Н. Алексеев, В. А. Лазарева* // Право и политика. — 2001. — № 8. — С. 67–71.
 8. Ягофаров Ф. М. Механизм реализации функции обвинения при рассмотрении дела судом первой инстанции [Електронний ресурс]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *Ф. М. Ягофаров*. — Челябинск. 2003. — 19 с. — Режим доступу: <http://kalinovskyyk.narod.ru/b/Yagof-a.htm>.
 9. Єна І. В. Кримінальна процесуальна компетенція прокурора у досудовому провадженні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / *І. В. Єна*. — К., 2014. — 20 с.
 10. Борзих Д. В. Діяльність прокурора в досудових стадіях кримінального судочинства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / *Д. В. Борзих*. — К., 2011. — 20 с.
 11. Давиденко Л. Процесуальні функції прокурора у кримінальному судочинстві / *Л. Давиденко, В. Куц* // Вісник Національної академії прокуратури України. — 2008. — № 2. — С. 65–71.
 12. Кан М. П. Процессуальные функции прокурора в досудебных стадиях уголовного судопроизводства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / *М. П. Кан*. — Ташкент, 1988. — 18 с.
 13. Королев Г. Н. Теоретические и правовые основы осуществления прокурором уголовного преследования в российском уголовном процессе: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09 / *Королев Геннадий Николаевич*. — Ниж. Новгород, 2005. — 438 с.
 14. Мовчан Г. В. Процесуальні повноваження прокурора у досудовому провадженні та в суді першої інстанції: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / *Г. В. Мовчан*. — Х., 2010. — 20 с.
 15. Середа Г. Теоретичні аспекти здійснення прокуратурою кримінального переслідування / *Г. Середа* // Право України. — 2007. — № 9. — С. 53–59.
 16. Болтошев Е. Д. Функции прокурора в досудебных стадиях уголовного процесса: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / *Болтошев Евгений Дмитриевич*. — М., 2002. — 189 с.
 17. Луцик В. Функції прокурора на досудових стадіях кримінального процесу України / *В. Луцик* // Вісник Львівського університету. Серія юридична. — 2011. — Вип. 54. — С. 380–386.
 18. Строгович М. С. Уголовное преследование в советском уголовном процессе / *М. С. Строгович*; отв. ред. М. М. Гродзинский; Акад. наук СССР, Ин-т права. — М.: Изд-во АН СССР, 1951. — 191 с.
 19. Рогатюк І. В. Обвинувачення у кримінальному процесі України: монографія / *І. В. Рогатюк*. — К.: Атіка, 2006. — 160 с.
 20. Бєрова Д. М. Основи теорії функціоналізму в уголовном судопроизводстве [Електронний ресурс]: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09 / *Д. М. Бєрова*. — Ростов н/Д, 2011. — 48 с. — Режим доступу: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1511941>.
 21. Лебеза Л. А. Процесуальні та тактичні питання підтримання державного обвинувачення у справах про хабарництво: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / *Лебеза Лариса Анатоліївна*; Акад. адвокатури України. — К., 2013. — 20 с.
 22. Трагнюк Р. Щодо функцій прокурора на досудовому слідстві [Електронний ресурс] / *Р. Трагнюк* // Юридичний журнал. — 2006. — № 6. — Режим доступу: <http://justinian.com.ua/article.php?id=2295>.
 23. Толочко О. Процесуальна діяльність прокурора у кримінальному провадженні: структурно-функціональний аспект / *О. Толочко* // Вісник Національної академії прокуратури

- тури України. — 2013. — № 4. — С. 49–55.
24. Юрчишин В. М. Процесуальні функції прокурора у досудовій стадії кримінального провадження: поняття, призначення, система: навч. посіб. / В. М. Юрчишин. — Чернівці: Технодрук, 2014. — 276 с.
25. Руденко М. Процесуальне керівництво досудовим розслідуванням як нова функція прокуратури України: поняття, зміст і структура [Електронний ресурс] / М. Руденко // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. — 2014. — № 1. — С. 160–168. — Режим доступу: <http://www.chasopysnapu.gov.ua/chasopys/ua/pdf/1-2014/160-rudenko.pdf>.
26. Луцик В. В. Процесуальное руководство как функция прокурора по новому УПК Украины / В. В. Луцик // Веснік Гродзенскага дзяржаўнага ўніверсітэта імя Янкі Купалы. Серыя 4. Правазнаўства. — 2013. — № 6. — С. 80–86.
27. Антонюк О. Процесуальне керівництво досудовим розслідуванням як новий напрям діяльності прокурора в кримінальному судочинстві / О. Антонюк // Вісник Львівського університету. Серія юридична. — 2010. — Вип. 51. — С. 409–416.
28. Бегма А. П. Прокурор як суб'єкт кримінально-процесуальної діяльності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / А. П. Бегма; Нац. акад. внутр. справ. — К., 2011. — 20 с.
29. Тушев А. А. Прокурор в уголовном процессе Российской Федерации / А. А. Тушев; науч. ред. И. Ф. Демидов. — СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юрид. центр Пресс», 2005. — 325 с.
30. Юрчишин В. М. Прокурор як керівник досудового розслідування / В. М. Юрчишин // Адвокат. — 2012. — № 7. — С. 26–30.
31. Ломакін А. О. Щодо функції процесуального керівництва прокурором району досудового розслідування / А. О. Ломакін // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. — 2010. — № 1 (47). — С. 263–270.
32. Тупельняк І. І. Повноваження прокурора з прийняттям нового КПК України / І. І. Тупельняк // Митна справа. — 2013. — № 5 (89), ч. 2, кн. 1. — С. 117–121.
33. Тушев А. А. Прокурор в уголовном процессе Российской Федерации: система функций и полномочий [Електронний ресурс]: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09 / А. А. Тушев. — Краснодар, 2006. — 46 с. — Режим доступу: <http://law.edu.ru/script/cntSource.asp?cntID=100108770>.
34. Грицаєнко Л. Права природа діяльності прокурора на досудовому слідстві. Процесуальне керівництво чи прокурорський нагляд / Л. Грицаєнко // Вісник прокуратури. — 2008. — № 11. — С. 68–76.
35. Соловьев А. Б. Функции прокурора в досудебных стадиях уголовного судопроизводства / А. Б. Соловьев // Прокурорская и следственная практика. — 2006. — № 3/4. — С. 42–45.
36. Галкин Б. А. Функции прокурора в советском уголовном процессе / Б. А. Галкин // Советское государство и право. — 1957. — № 12. — С. 25–35.
37. Гринюк В. О. Функції прокурора на досудовому розслідуванні / В. О. Гринюк // Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції «Малиновські читання», м. Острог, 15–16 листоп. 2013 р. — Острог: Вид-во Нац. ун-ту «Острозька академія», 2013. — С. 326–327.
38. Марчук Н. В. Щодо визначення змісту діяльності прокурора зі здійснення процесуального керівництва досудовим розслідуванням / Н. В. Марчук // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. — 2012. — № 2. — С. 369–376.
39. Мірковець Д. М. Керівництво досудовим слідством у кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Д. М. Мірковець; Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ. — Д., 2012. — 19 с.
40. Гловюк І. Процесуальне керівництво прокурора досудовим розслідуванням. Функціональна ідентифікація / І. Гловюк // Вісник прокуратури. — 2013. — № 12. — С. 79–89.

41. Юрчишин В. М. Місце і роль прокурора у досудовому розслідуванні та їх відображення в теорії, законодавстві і практиці : монографія / В. М. Юрчишин. — Чернівці : Вид. дім «Родовід», 2013. — 308 с.
42. Леоненко М. І. Функціональна складова побудови системи кримінального судочинства за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / М. І. Леоненко // Актуальні проблеми застосування нового кримінального процесуального законодавства України та тенденції розвитку криміналістики на сучасному етапі : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (Харків, 5 жовт. 2012 р.) / МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. справ, Криминол. асоц. України. — Х., 2012. — С. 386–389.
43. Толочко О. Процесуальні функції прокурора у кримінальному провадженні / О. Толочко // Право України. — 2015. — № 6. — С. 77–85.
44. Гринюк В. О. Субекти обвинувачення за новим КПК України / В. О. Гринюк // Європейські стандарти кримінального судочинства : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Донецьк, 27 верес. 2013 р.) / редкол.: О. О. Волобуєва, В. П. Горбачов, Д. С. Паламар; ДЮІ МВС України. — Донецьк, 2014. — С. 362–364.
45. Погорецький М. Прокурор у кримінальному процесі: щодо визначення функцій / М. Погорецький // Право України. — 2015. — № 6. — С. 86–95.
46. Юрчишин В. М. Правове забезпечення функціональної діяльності прокурора у досудовому розслідуванні [Електронний ресурс] / В. М. Юрчишин // Часопис Академії адвокатури України. — 2014. — № 1 (22). — С. 102–107. — Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Chaa_u_2014_1_17.pdf.
47. Лапкін А. В. Координаційна діяльність органів прокуратури України у сфері кримінального провадження / А. В. Лапкін // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. № 1082. Серія «Право». — 2013. — Вип. 16. — С. 322–326.
48. Пожар В. Г. Інститут представництва у кримінальному судочинстві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / В. Г. Пожар; ОНЮА. — О., 2011. — 236 с.
49. Тугутов Б. А. Функции прокурора на судебных стадиях уголовного процесса [Електронний ресурс] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Б. А. Тугутов. — М., 2014. — 29 с. — Режим доступу: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1569153>.
50. Лапкін А. В. Правова природа пред'явлення і підтримання прокурором цивільного позову у кримінальному провадженні / А. В. Лапкін // Проблеми законності. — 2013. — Вип. 123. — С. 248–256.
51. Гловюк І. В. Міжнародне співробітництво у кримінальному провадженні: питання визначення функціональної природи / І. В. Гловюк // Сучасні проблеми реформування кримінальної юстиції в Україні : зб. матеріалів Інтернет-конф. (Київ, 28 листоп. 2014 р.) / Нац. акад. прокуратури України. — К., 2014. — С. 84–87.

А н о т а ц і я

Гловюк І. В. Функціональна спрямованість діяльності прокурора у досудовому провадженні: проблеми визначення. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню визначення функціональної спрямованості діяльності прокурора у досудовому провадженні на основі положень КПК України 2012 р. Аналізуються доктринальні підходи щодо визначення кримінально-процесуальних функцій прокурора; детальна увага приділяється можливості визначення кримінального переслідування та процесуального керівництва як кримінально-процесуальних функцій прокурора. Робиться висновок, що у досудовому провадженні прокурор реалізує: функцію прокурорського нагляду; функцію кримінального переслідування; функцію забезпечення відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням; функцію міжнародного співробітництва.

Ключові слова: прокурор, кримінально-процесуальна функція, досудове провадження.

А н н о т а ц и я

Гловюк И. В. Функциональная направленность деятельности прокурора в досудебном производстве: проблемы определения. — Статья.

Статья посвящена исследованию определения функциональной направленности деятельности прокурора в досудебном производстве на основе положений УПК Украины 2012 г. Анализируются доктринальные подходы к определению уголовно-процессуальных функций прокурора; подробное внимание уделяется возможности определения уголовного преследования и процессуального руководства как уголовно-процессуальных функций прокурора. Делается вывод, что в досудебном производстве прокурор реализует: функцию прокурорского надзора; функцию уголовного преследования; функцию обеспечения возмещения вреда, причиненного уголовным правонарушением; функцию международного сотрудничества.

Ключевые слова: прокурор, уголовно-процессуальная функция, досудебное производство.

S u m m a r y

Gloviuk I. V. The functional orientation of prosecutor's activity in the pre-trial investigation: problems of definition. — Article.

The article is devoted to the research of determining of the functional orientation of prosecutor's activity in the pre-trial investigation on the basis of provisions of the Criminal Procedural Code of Ukraine 2012. Doctrinal approaches on determining prosecutor's criminal procedural functions are analyzed; author focuses attention on the possibility of determining criminal prosecution and procedural guidance as a prosecutor's criminal procedural functions. The author makes a conclusion that in the pre-trial investigation prosecutor exercises such functions as: prosecutor's supervision; criminal prosecution; ensuring compensation of damage caused by a criminal offense; international cooperation.

Keywords: prosecutor, criminal procedural function, pre-trial investigation.

УДК 340.11

*Є. Ю. Полянський***ПРАВОВА ДОКТРИНА ЯК БАЗИСНА КОНЦЕПЦІЯ ПРАВА:
ПРИРОДА, СТРУКТУРА, ЗНАЧЕННЯ**

Без жодного перебільшення можна стверджувати, що найбільша кількість спекуляцій в юридичній літературі пов'язана з посиленням на категорію правової доктрини. Її поняття не є новим для правничої науки: вже давно відпрацьовані основні підходи до визначення доктрини. Втім українські науковці досі не можуть дійти консенсусу щодо її природи та місця в правовій системі. Також вони, без належних на те причин, апелюють до правової доктрини у своїх працях, частіше за все ототожнюючи її з правовою наукою, а часто — навіть з юридичною фаховою літературою. Такий стан речей викликає певну стурбованість: адже має місце методологічний хаос, а також нехтування базисними засадами права, іншими словами — правовою доктриною як такою. Зазначена проблема потребує активного розв'язання шляхом чіткого визначення місця та функціонального навантаження правової доктрини в системі координат сучасного українського права.

Надто часто в наукових працях юристів погляд на природу правової доктрини є надто спрощеним. Так в якості певної демонстрації зазначеної вище тези можна навести цитування з праці сучасної української дослідниці М. Кармаліти, відповідно до якого права доктрина є «...документом, що містить концептуально оформлені ідеї, принципи, розроблені вченими з метою удосконалення законодавства та усвідомлені суспільством і визнані державою як обов'язкові. Однією з основних її характеристик є те, що права доктрина виступає домінуючою науковою концепцією. Після офіційної апробації вона може бути документом імперативного характеру, який відповідає найвищому рівню в ієрархічній системі засобів правового регулювання». Отже, на думку дослідниці, доктрина є «певним документом», що в цілому відповідає типовій позиції юриста-практика. Далі авторка наводить в якості при-

кладів «примірники» доктрин-документів, зокрема, укази Президента України «Про Воєнну доктрину України» від 15 червня 2004 р. № 648/2004 [1], «Про Національну доктрину розвитку освіти» від 17 квітня 2002 р. № 347/2000, «Про Національну доктрину розвитку фізичної культури і спорту» від 28 вересня 2004 р. № 1148/2004 [2]. Вже з першого погляду запропоноване визначення правової доктрини викликає суттєві сумніви. По-перше, доктрина далеко не завжди є документом, адже документ є планом дій, певною стратегією, але не доктриною саме в юридичному її значенні. По-друге, документ (звичайно, підготовлений, виданий, прийнятий та ін. певними уповноваженими суб'єктами) аж ніяк не може стати домінуючою науковою концепцією. Наразі, в-третє, на думку авторки, доктрина як документ має бути санкціонована державою. Таким чином, аналізуючи дану точку зору, можна було би зробити передчасний висновок про те, що правової доктрини в українському праві немає і ніколи не було. Часто в працях вітчизняних дослідників взагалі оминається питання визначення правової доктрини. Наприклад, статті П. Хряпінського, О. Сидоренко, які безпосередньо присвячені правовій доктрині як елементу об'єктивної реальності та джерелу права відповідно, цілковито ігнорують необхідність визначитись в об'єкті дослідження. З цього можна зробити невтішний висновок про те, що великий загаль українських вчених, які у своїх дослідженнях торкаються проблематики правової доктрини, або ж помиляються відносно її суті та форм прояву, або ж свідомо ігнорують нагальну потребу визначитись та розставити крапки над «і», чи просто використовують слово «доктрина» з метою «наукового прикрашення» назв своїх публікацій.

Звичайно, не можна залишити поза увагою якісні та повні дослідження, проведені, зокрема, О. Костенком, В. Зайчуком, І. Семеніхіним. Наприклад, слушними видаються думки І. Семеніхіна, який стосовно визначення правової доктрини пропонує таке: «Правова доктрина тісно пов'язана з юридичною наукою, що виступає для неї в ролі своєрідного життєдайного джерела, основи, витоку. Таким чином, правова доктрина має похідний щодо правничої науки характер. Доктрина, доктринальні положення створюються, як правило, в результаті проведення фундаментальних наукових досліджень. В юридичній літературі зазначається, що метою фундаментальних досліджень є теоретичне осмислення глибинних процесів, закономірностей виникнення, організації й функціонування правових явищ» [3, с. 22–23]. Таким чином, поняття кримінально-правової доктрини в широкому сенсі та поняття кримінально-правової науки ідейно розташовані надзвичайно близько одне до одного. На підтримку даного твердження можна навести позиції Р. Пузикова, який вважає доктрину категорією наукової творчості, продуктом професійної наукової діяльності [4, с. 137]. Майже аналогічних поглядів додержуються А. Венгеров [5, с. 82], І. Зеленкевич [6, с. 47], Н. Пархоменко [7, с. 141] та інші. Дещо під іншим кутом зору розглядають правову доктрину

А. Поляков, В. Несерсянц [8, с. 637–638], С. Люлькович [9, с. 232], які вважають можливим ототожнювати сутність правової доктрини з теорією права та поглядами вчених-юристів.

До речі, у своєму дослідженні І. Семеніхін також звертається до сутності американської кримінально-правової доктрини і стверджує, що вона носить прикладний характер [3, с. 22–23]. Втім автор не пояснює, що саме мається на увазі під прикладним характером. Адже, якщо мова йде про практичну орієнтованість наукових досліджень, то така характеристика є позитивною. Якщо ж американська правова доктрина видається не більше ніж сукупністю казуїстичних правил правозастосування, то постає питання: чи взагалі йдеться про правову доктрину.

Надзвичайно цікавим та повним видається дисертаційне дослідження сучасного теоретика Є. Мадаєва. Заслуговує на повагу аналітичний та творчий підходи, які простежуються від перших до останніх сторінок дисертації. На нашу думку, Є. Мадаєву вдалося зробити те, що досі не було зроблено в російському праві його більш досвідченими колегами, адже в дисертації надано відповіді на численні питання, які зазвичай лише ставляться науковцями як риторичні. Автор ретельно дослідив «форми прояву» правової доктрини, адже плюралізм таких форм є загальновідомим. На його думку, доктрина може знаходити відображення в об'єктивній реальності як релігійна, політична, духовно-моральна (філософська) та правова [10, с. 63]. Плюралізм розуміння загального поняття доктрини в суспільстві є багатоаспектним, звідси й відсутність більш-менш універсального уявлення про природу, зміст та прояви її різновиду — правової доктрини.

Саме слово «доктрина» в українській та, зокрема, в російській мові має латинське походження, про що свідчить наявність відповідного аналога як в латині, так і в сучасних мовах романського та германського походження. Доктрина англійською і французькою мовами — *doctrine*, німецькою — *doktrin*, італійською — *dottrina*. Тому слід підтримати критичні позиції Є. Мадаєва та А. Васильєва стосовно слов'янської етимології цього поняття, коріння якого йде від застарілих слів «дока, дошлий» та інших співзвучних з ними. Тлумачні словники з української, російської та англійської мови пропонують досить спрощені пояснення, зазвичай побудовані на синонімічному співвідношенні доктрини з наукою, теорією, політичною системою, системою світогляду, вченням, програмою, концепцією, принципом тощо.

Як можна зробити висновок, доктрина є надто багатоаспектним поняттям, і саме час відокремити правову доктрину й розглядати її ізольовано від загального поняття. З позиції С. Васильєва «...в широкому сенсі термін «доктрина» застосовується: а) як вчення, філософсько-правова теорія; б) як думки вчених-юристів із тих або інших питань, що стосуються суті й змісту різних юридичних актів, із питань правотворчості й правозастосування; в) як наукові праці найбільш авторитетних дослідників у сфері держави і права; г) у вигляді коментарів різних кодексів,

окремих законів, «анотованих версій» (моделей) різних нормативно-правових актів» [11, с. 254].

Наукова література містить різноманітні визначення правової доктрини, які мають бути упорядковані в чітку систему, в іншому ж разі безсистемність підходів зумовить повний хаос у будь-якому релевантному дослідженні. На наш погляд, правова доктрина може цілком аргументовано розглядатися в таких своїх проявах:

а) як теорії та погляди вчених-юристів. Наприклад, Ю. Гаврюсов та Л. Лазарєв розуміють під доктриною правові теорії, авторитетні погляди учених-юристів, також визнані наукові праці в галузі права та коментарі до законодавства [12, с. 25]. На думку С. Бошно, правова доктрина, перш за все, є поглядами, що отримали визнання в суспільстві, серед вчених та з боку держави. Авторка справедливо зазначає, що наукова праця може стати доктринальною, якщо вона містить практичні рекомендації, коментарі до законодавства та інших форм права; прогнозує процеси правотворчості й правореалізації; заповнює прогалини законодавства [13, с. 71]. Майже співзвучною є думка М. Расолова, за якою правова доктрина складається з ідей та висловлювань авторитетних вчених-юристів, які отримують статус обов'язкових до застосування [14, с. 356–357]. Як ми можемо побачити, автор зробив акцент на ознаці доктрини, яку, насправді, дуже складно відстежити в реальності, адже за деякими виключеннями правові доктрини не є імперативними, хоча і функціонують як джерела права. Р. Пузиков надає правовій доктрині надзвичайно невизначену характеристику, тобто вбачає в неї щось ефемерне, але в цілому доходить висновку щодо її наукової природи та творчого походження [4, с. 137]. У свою чергу, Т. Пряхіна вбачає в правовій доктрині наукову теорію, що отримала визнання шляхом впровадження її положень в документах політичного характеру, нормативних актах, угодах, рішеннях органів державної влади та ін. як цілісне вчення, що ґрунтується на фундаментальній теорії, яка враховує закономірності соціального розвитку та в цілому надає можливості прогнозувати основні тенденції, які мають вплив на структурну організацію суспільства та держави [15, с. 14]. Також слід додати і думку А. Васильєва, за якою правова доктрина є системою ідей про право, які виражають певні соціальні інтереси та визначають зміст і функціонування правової системи і безпосередньо впливають на волю та свідомість суб'єктів права, що визнаються державою офіційно в якості обов'язкових шляхом посилання на праці авторитетних знавців права, в нормативно-правових актах чи безпосередньо юридичною практикою в силу авторитетності доктринальних положень [11, с. 254]. Разом з тим слід цілком погодитися з вимогами, які, на думку Є. Мадаєва, відрізняють доктрину-вчення від висловлювання наукової думки: «...доктрина представлена не певним науковим твором, а їхньою сукупністю. Це школа, усталена система поглядів, концепція стосовно питання, яке реалізується в законодавстві. Притому школа авторитетна, а не створена з кон'юнктурних намірів, чи

ж данина моді, або «теорійка-одноденка»... доктрину не можна дорівнювати до окремих праць вченого. Якщо це дійсно доктрина, то вона вже вийшла за межі його писемного стола, кабінету, за межі його особистого сприйняття та пояснення, вона стала надбанням багатьох та кожного окремо, до неї долучилися його учні, інші вчені, колишні опоненти, вона розвивається та інтерпретується, її застосовують у професійній діяльності практики [10, с. 39–40];

б) визначення А. Васильєва та Т. Пряхіної видаються надзвичайно об'ємними та ускладненими, втім і вони не здатні охопити собою інші форми прояву правової доктрини. Тому частина вчених обирає інший шлях і характеризує доктрину як перелік неоднорідних ознак. Отже, І. Семеніхін підсумовує, що Є. Вавилін визначає юридичну доктрину як: а) вчення — сукупність теоретичних положень про правові явища; б) державну програму (концепцію) регулювання тих чи інших відносин, постановку цілей, завдань, визначення засобів для їх реалізації; в) сукупність вихідних принципів права, що підтримуються й санкціонуються державою; г) керівні теоретичні принципи, основоположні правові дефініції; д) наукові праці юристів [3, с. 14]. О. Зозуля, у свою чергу, виділяє п'ять основних значень категорії «доктрина»: певні правила й орієнтири для вирішення державно-правових проблем різного рівня узагальнення; доктринальні тексти найбільш відомих юристів або їх погляди на конкретні проблеми права; офіційні документи, що мають концептуальне значення для формування й функціонування системи забезпечення безпеки; політико-правові вчення, системи науково-філософських поглядів на сутність та різні форми існування держави і права; система панівних (визнаних юридичною спільнотою) юридико-пізнавальних форм трактування права — науково-теоретична складова національної системи права [16, с. 27–28].

Феномен правової доктрини максимально виявляється саме в її багатоаспектності, адже вона і насправді виявляє себе по-різному залежно від характеру суспільних відносин, в яких вона так чи інше задіяна. З огляду на це, можна вже зараз зробити висновок, що або ж зміст поняття доктрини настільки об'ємний, що його граматичне узагальнення з додержанням всіх правил формальної логіки надзвичайно ускладнене, або ж вчені намагаються поєднати в одному визначенні різномірні поняття, які хоч і пов'язані між собою, проте не можуть розглядатися як складові елементи однієї системи. У такому випадку науці необхідно «розділити сіамських близнюків», тобто опрацювати термінологію, яка дозволить чітко відмежовувати неоднорідні форми прояву правової доктрини. До речі, конструкція «форма доктрини» є, на наш погляд, досить доречною для термінологічного впорядкування;

в) доктрина як продукт судової практики. Така форма доктрини не отримала суттєвого поширення на теренах романо-германського права, але є панівною формою у праві англо-американському. У дослідженні «Що є правовою доктриною» професора Е. Тілер та Ф. Крос наводять

декілька ідей з приводу сутності та змісту правової доктрини. На їхню думку, «...правова доктрина є готівкою закону. Багато в чому доктрина, чи прецедент, є законом, так як створюється судом. Позиції суддів створюють правила та стандарти, з яких і складається доктрина... Сутність та значення правової доктрини ще так і не були належним чином досліджені. Ані науковці-правники, ані фахівці з політичних наук так і не дійшли загальних висновків щодо цього питання та і надалі ігнорують зусилля іншої сторони в цій сфері». В роботах інших американських сучасних науковців також простежується надання переваги судово-казуальному змісту поняття доктрини. Так Д. Шапіро співвідносить ідейне навантаження доктрини з обранням обґрунтованої відповіді на обґрунтований аргумент в процесі застосування норм права в суді [17, с. 731, 737]. Аналогічну точку зору можна віднайти і в статті Ф. Джонсона, де він зауважує таке: «...правове обґрунтування, яке може дати плідні результати в суперечливих ситуаціях, незалежно від політичної та економічної ідеології судді» [18, с. 247, 252]. Виходячи з наведених цитувань, цінність кримінально-правової доктрини в очах американських фахівців все ж таки обмежується забезпеченням правильного застосування норм матеріального права в суді. Втім висловлюється ще одна думка, яка, на жаль, ще більше ставить під сумнів значення доктринальних джерел права: «...вчення правових реалістів активно доводило, що традиційні матеріали права, такі як доктрина, насправді нічого не вирішують в процесі правозастосування» [19, с. 65]. Отже, розуміння правової доктрини в американській науці є досить спрощеним та однобічним і нечасто викликає дискусії (на відміну від вітчизняної наукової літератури). Американські правники майже завжди асоціюють правову доктрину з судовою правотворчістю, хоча було б надто наївно вважати, що будь-який судовий прецедент стає доктриною автоматично. В цьому і полягає одна з помилок вітчизняних дослідників англо-американського права, так як відповідне рішення суду приймається на засадах певних сталих поглядів, що існують в науці, крім того, історично судді поєднували суддівську та наукову діяльність, що також неможна не брати до уваги. Щоб прецедент став доктриною, він має пройти певний шлях. Так, судові доктрини зазвичай ґрунтуються не на одному судовому рішенні, а потребують вироблення певного єдиного підходу, який буде сприйнятий судовою практикою. Лише тоді право отримає те, що американські науковці називають доктриною;

г) доктрина як спільний продукт науки та судової практики. Як було зазначено вище, створені при розв'язанні справ прецеденти можуть стати доктринами лише при наявності певного підґрунтя: як наукового, так і соціального — мають бути потрібними суспільству та державі, тобто відповідати її внутрішній політиці. Як приклад, наведемо приклади судових доктрин, про які мова буде йти далі: зокрема, доктрину «суворої відповідальності», «відповідальності за обтяжене вбивство» та «доктрину Пінкертонів» (до речі, саме під такими назвами вони фігурують

в американській літературі). Всі вони дійсно були створені судами, але на підставі праць вчених, зокрема англійського судді Е. Коука, який фактично і дав «квиток у життя» доктрині «відповідальності за обтяжене вбивство»;

д) доктрина як документ. Зіставлення правової доктрини з певними нормативними документами справедливо піддається критиці, втім чимало дослідників признають саме такий надто вузький підхід раціональним. Так, О. Скакун вважає, що «правова доктрина — це документ, який містить концептуально оформлені ідеї, принципи, розроблені вченими з метою удосконалення законодавства та усвідомлені суспільством і визнані державою як обов'язкові» [20, с. 310]. Елементарним прикладом такого документа може стати «Концепція судово-правової реформи в Україні» № 2296-ХІІ від 28 квітня 1992 р. [21] та інші документи концептуального характеру, які приймалися з метою вдосконалення вітчизняного законодавства. М. Кармаліта надає правовій доктрині таке визначення: «...здатна бути науковою основою державної правової політики, спрямовуючи останню на демократичну трансформацію вітчизняної правової системи. Вона також є джерелом для підготовки пропозицій щодо вдосконалення правового, методичного, науково-технічного, організаційного та іншого забезпечення державотворення. Учені можуть і повинні не лише впливати на розробку концепцій законодавчих актів, а й здійснювати науковий супровід їх прийняття та втілення в життя. Сучасна практика не може не вивчати і, найголовніше — не враховувати теоретичних висновків, які випливають з досвіду, а також не брати до уваги науково обґрунтованих рекомендацій, спрямованих на вдосконалення практичної діяльності». Також авторка висловлює думку, з якою погоджується і С. Васильєв, що норма, вироблена правовою доктриною, є нормою-принципом: «...такі норми-принципи можуть виражатися, а можуть і не виражатися в нормах позитивного права, але обов'язково застосовуються в судовій практиці та мають досить загальний характер. Ці принципи визначають діяльність судової влади, яка бере їх із закону чи зі звичаю за допомогою тлумачення. Завдання інтерпретатора полягає в тому, щоб виокремити принципи, на яких базуються юридичні правила, та забезпечити їх розуміння, застосування, розвиток. Загальні принципи є чинником стабільності правової системи, не виключаючи при цьому можливість її вдосконалення» [22, с. 8].

Як вже було зазначено вище, «вузьке» тлумачення доктрини хоч і має право на життя в науковій літературі, проте є надто примітивним та не віддзеркалює реальності доктрини як центрального елемента правового простору країни. Якщо ж розглядати доктрину в інших проявах суспільного буття, то такий суто «нормативістський» підхід є органічним для характеристики певних планів дій з подальшого розвитку та констатації і впровадження у життя принципів, наприклад, у межах військової доктрини держави. Концепції з розвитку правової системи також в певній мірі можна називати доктринами, проте жодна з них

не може зайняти місце правової доктрини. По-перше, кожна з таких концепцій є спеціалізованою, адже стосується певної галузі права. По-друге, правова доктрина проходить довгий шлях еволюції, доки право держави не набуває вигляду сталої системи. Адже її зміни можуть бути лише еволюційними, так як потребують певного часу для сприйняття та осмислення фахівцями-практиками та науковцями. Як бачимо, зміни до кримінального законодавства, які впроваджуються в життя нашої держави останнім часом, викликають багато суперечок в науці та не підтримуються більшістю науковців. Зміна законодавства не є фактором, який зобов'язує юридичну спільноту відмовитися від своїх професійних поглядів. Зазвичай норми, що не сприймаються суспільством та фахівцями, в результаті приречені на коротке життя.

Отже, автори, які вважають доктрину або ж документом, або ж концепцією, чи систематизованими науковими поглядами, значно звужують її істинний зміст. Не слід забувати про фундамент, на якому будується певна система права, адже він і є доктриною в широкому сенсі цього слова;

д) доктрина як основа правової системи. Аналізуючи наведене вище, нескладно зробити висновок, що кінцевим продуктом судової, законодавчої та наукової творчості стає певна система правових реалій, яка легко простежується крізь панівні теоретичні парадигми та знаходить свої прояви у законодавстві. Доктрини «нижчого» рівня стають складовими єдиної правової доктрини, якщо вони проходять випробування часом та завойовують необхідний авторитет серед науковців, а також відображають нагальні суспільні потреби. Будь-який програмний документ, «доктрина» в одному із значень цього слова, може вплинути на єдину правову доктрину країни, якщо пройде необхідний еволюційний шлях крізь терени обговорень в працях теоретиків, скептицизм практиків та внесення змін у законодавство. Аналогічна доля спіткає і праці теоретиків, які мають пройти апробацію та вплинути на законодавство. Лише після цього вони стають частиною доктрини. Близький підхід обґрунтовує і Н. Богданова, на думку якої «...правова доктрина за характером логічного узагальнення правового знання і змісту може бути порівняна і з теоріями, і з концепціями, і з принципами. Проте кожна з цих конструкцій має нести додаткове навантаження в юриспруденції та бути пов'язаною з практикою» [23, с. 256].

Таким чином, правову доктрину в цілому можна ототожнювати з теорією права, хоча, на наш погляд, відмінності все ж таки є. Слід почати з того, що доктрина як основа правової системи є імперативною та досить ригідною, тобто виключає взаємопротилежні позиції у сфері одного предмета правового регулювання та вимагає певного періоду часу для своєї перебудови. На той час теорія права є сукупністю наукових поглядів, які дуже часто є ідейно протилежними. Будь-яка авторитетна наукова праця знаходить своїх послідовників, а разом з тим — і критиків. Тому теорія права вирішує питання пошуку істини та нових

підходів, а правова доктрина завжди оперує «кінцевим продуктом» теорії права. Аналогічну думку знову ж можна віднайти в праці Н. Богданової: «...призначення доктрини полягає в утвердженні, поширенні, можливо — нав'язуванні ідей, які складають її зміст, з метою їхнього застосування у науковій діяльності. Тому доктрина завжди більш категорична та — більш консервативна, ніж принцип та теорія. Для неї при певних обставинах притаманний більш-менш догматичний характер» [23, с. 256].

Під теорією права, або в цілому — теорією, в юриспруденції зазвичай мається на увазі теорія держави та права, яка в залежності від контексту тлумачення розуміється як частина юридичної науки або ж навчальна дисципліна. Теорія держави та права обслуговує понятійно-категоріальний апарат юриспруденції в цілому. Крім того, вона включає у себе цілий ряд елементів (чи теорій), які одночасно є засадами галузей права з різною мірою узагальнення (наприклад, концепт правової норми, її типології та структури, концепт принципів відповідальності та ін). На користь співвідношення доктрини і теорії права свідчить роль, яку відіграє остання в правовій системі. І теорія, і доктрина можуть бути кінцевим результатом розвитку юридичної думки, проте зазвичай теорія знаходиться в постійному русі — у результаті перманентних наукових пошуків майже в усіх її сферах, в той час як доктрина є «стиглим продуктом», який хоча і піддається трансформації, але чинить цьому опір. Звичайно, можна знайти і контраргументи такому порівнянню, тому що доктрина є проявом об'єктивної реальності, тобто вона знаходить своє пряме відображення в існуючій правовій системі, в той час як теорія відображується лише на сторінках підручників та наукових видань. Крім того, доктрина, виражена в позитивному праві, може ігнорувати теорію. Так у світлі реформи кримінально-процесуального законодавства України було впроваджено поняття «кримінальний проступок». Характерним є те, що введення суто кримінально-правової категорії відбулося через текст Кримінально-процесуального кодексу, таким чином поставивши чинну кримінально-правову доктрину «перед фактом». Кримінальний проступок, а також кримінальна відповідальність юридичних осіб — інститути, які є нетиповими для вітчизняного права: для доктрини, теорії, науки.

У контексті широкого підходу до визначення доктрини необхідно додатково наголосити, що не тільки теорія права і доктрина, а також теорія права і юридична наука — близькі, але різні категорії. І. Зеленкевич справедливо зазначає, що «в основі будь-якої доктрини лежать наукові розробки» [6, с. 44]. На думку Н. Пархоменко, правова доктрина характеризує юридичне мислення та праворозуміння, є віддзеркаленням правових поглядів представників юридичної науки [7, с. 336]. А. Поляков [24, с. 513] та Т. Хабрієва [25, с. 34] визначають доктрину як авторитетний погляд учених, виражений у формі принципів, теорій, концепцій. Правова доктрина (вчення, система знань) часто ототожнюється з «дум-

ками авторитетних учених з питань права» чи із «загальноновизнаними працями учених-юристів». Схожою є позиція В. Нерсисянца та С. Люльковича.

В певних проявах теорія і наука збігаються, але вони є різними як за сутністю, так і за змістом. У цілому різниця між ними значно нагадує проаналізовані вище відмінності науки від доктрини. Теорія є явищем більш узагальненого характеру, усталеною системою поглядів. Ця система поглядів безпосередньо впливає на правосвідомість фахівців: формує та визначає її. При вирішенні суперечливого питання, на яке законодавство не може дати відповідь, юристи-практики звертаються саме до теорії — фактично до навчальних матеріалів з права, адже в них абстрактна теорія отримує своє матеріальне втілення. Саму ж правову доктрину складно використовувати в якості безпосереднього джерела знань: адже вона відсутня як документ чи інший носій інформації, з якого цю інформацію можна отримати. Звернення до юридичної науки з метою подолання певних прогалин також не є досить вдалим, адже наука є систематизованою сукупністю поглядів, як вже було раніше зазначено — з приводу тих самих правовідносин та категорій, втім поглядів різнорідних. Таким чином, наука органічно побудована на сукупності колізій юридичної думки, що не дозволяє ставити її на один щабель з теорією та доктриною. І. Семеніхін слушно зазначає, що «...жодна наукова концепція не може претендувати на істинність в останній інстанції, а тому заздалегідь припускає існування інших точок зору на проблему, що досліджується. У зв'язку із цим виникає питання, яким чином, за якими критеріями відбувається «добір» тих наукових ідей, концепцій, до яких звертаються юристи у своїй повсякденній практиці. Слід визнати, що не всі наукові праці, в основу яких покладені оригінальні авторські ідеї на проблеми державно-правового розвитку, мають доктринальний характер та використовуються в юридичній практиці» [3, с. 26]. До речі, в історичній перспективі можна прослідкувати проблеми безпосереднього використання науки в якості джерела правової доктрини на прикладі права Стародавнього Риму й так званого закону «Про цитування». Вважається, що науці потрібне певне обмеження, щоб залишити все необхідне та відкинути усе зайве. Римський досвід йшов шляхом побудови ієрархічної системи авторитетності праць юристів, втім критерієм для такого відбору виступав особистий авторитет автора. Цілком зрозумілим є те, що практичне значення для права має насамперед якість та корисність конкретної праці та ідей, ніж авторитет автора, адже в будь-якого авторитетного вченого знайдуться досить посередні думки та праці.

У сучасній літературі, наприклад, С. Бошно також спростовує тождешність науки та доктрини. На її думку, ці явища не збігаються [13, с. 71]. З нею погоджується й І. Семеніхін в тому, що «...результати науки, які втілені в працях, ще не утворюють доктрини. З одного боку, суспільна цінність наукової творчості є неоднаковою. З другого — існу-

ють дослідження, які не мають прикладного значення, їх висновки й положення не реалізуються в житті, що виключає можливість їх сприйняття суспільною практикою» [3, с. 26].

Таким чином, можна вибудувати певну вертикаль взаємозв'язку доктрини, теорії, науки: вони є якісно різнорівневими поняттями. Безумовно, правова доктрина посідає найвище місце на «юридичному Олімпі», наступну сходинку обіймає теорія, а найнижчу з них — наука. З цього випливає ще один висновок: правовій доктрині притаманні деякі елементи, які не входять до складу ані науки, ані теорії права. І перш за все таким елементом є законодавство, адже саме відповідність законодавства сталій теорії права через певний час стабільності і породжує доктрину.

Як вже згадувалося раніше, доктрина є «юридичною моделлю» права. В точних науках використовується поняття математичної моделі, тобто системи математичних співвідношень, які відтворюють досліджуваний процес або явище. Математичні моделі дозволяють передбачити хід процесу, розрахувати функцію, керувати процесом, проектувати системи з бажаними характеристиками. Що стосується доктрини як юридичної моделі, то вона, навпаки, не є певною програмою, створеною для вирішення визначених завдань, вона є цілком самодостатньою та саморегулюючою. Не можна не погодитися з висловлюванням В. Дервоєда, який вважає, що «лише ті наукові положення стають складовою частиною правової доктрини, які містять глибокі й всебічні дані про сутнісні сторони, зв'язки правових явищ і процесів, відображають об'єктивні закони розвитку суспільних відносин» [26, с. 5]. Створена у процесі еволюції та стала у часі доктрина стає основною та визначальною системою в правовому просторі. Якщо треба було б навести найпростіше та найбільш наочне визначення доктрини, то її слід було б порівняти з душею людини, в той час як законодавство — з її тілом. Аналогічну думку висловлює і М. Давидова, яка визначає її як одну з форм об'єктивізації права на ідеологічному рівні. «Зміст права складається з ідей, теоретичних конструкцій, які виступають в ролі базису для правових норм та інститутів, іншою мовою, створюється доктрина як центральний елемент права» [27, с. 66–67].

Таким чином, правовій доктрині відповідає ціла сукупність ознак, так як вона є комплексним та багатоаспектним явищем. Переходячи до питання визначення доктрини у «широкому сенсі», необхідно ще раз підкреслити традицію застосування слова «доктрина» для характеристики різнопланових проявів об'єктивізації юридичної думки.

Цікавим є співвідношення правової доктрини і правової ідеології. Деякі автори не вбачають різниці між зазначеними поняттями, а, навпаки, отождолюють їх. Так А. Васильєв зазначає, що правовою доктриною можуть називатися уявлення, що панують у суспільстві стосовно права, його ролі та цінності. Тобто йдеться про правову ідеологію як складову частину державної ідеології, а також правової свідомості разом з право-

вою психологією [28, с. 18–19]. Автор так визначає правову ідеологію: «...це осмислена система поглядів та теорій у сфері права, яка виражає розуміння ролі та значення права, інших правових явищ у суспільстві, їхнє значення для громадян та їхніх об'єднань; ідеологія зазвичай виражає погляди всього суспільства чи окремої його панівної частини» [28, с. 257].

Втім більшість авторів не підтримують таку позицію, чітко відокремлюючи правову доктрину та ідеологію. Так С. Бошно пише: «Доктрина має докази своїх тез, вона раціональна. Ідеологія більше адресована свідомості, вона скоріше є засобом релігійного впливу на суспільство. Проте це не спростовує те, що окремі ідеологічні настанови мають доктринальне походження» [13, с. 71]. Далі, як зазначає Є. Мадаєв, правова доктрина має цілком юридичне походження. Ідеологія може містити у своїй основі як наукові, доктринальні, так і інші джерела. Часто вона виникає як відображення політичних, групових інтересів і у своїх екстремальних проявах отримує антинауковий та антинародний характер [10, с. 63]. Важко погодитися з А. Васильєвим, на думку якого правовій доктрині (ідеології) властиві регулятивні можливості, які виявляються в нормативному, ідеологічному, виховному впливі на волю й свідомість суб'єктів права з метою їх переконання в необхідності визначення типів правомірної поведінки. Проявом регулятивної функції правової доктрини, на його думку, є також те, що остання виступає формою вираження й закріплення правових норм [11, с. 23].

На наш погляд, правова ідеологія та правова психологія мають цікаве співвідношення з правовою доктриною: ці поняття перетинаються, але лише частково. Правова ідеологія дійсно належить суто світу ідей і безпосередньо не впливає на правовідносини в суспільстві. Правова ідеологія невід'ємно пов'язана з ідеологією держави і у свою чергу визначає правову психологію. Приклад на засадах американського права знайти нескладно: відверте репресивне навантаження покарання, уявлення про відповідність суворості покарань тяжкості злочину, пріоритети захисту певних категорій суспільних відносин — усе це прояви саме правової ідеології. Відомо, що навмисне вбивство, згвалтування, торгівля наркотичними засобами, насильницькі злочини з використанням зброї — такі дії за американським законодавством розглядаються як вкрай тяжкі злочини та караються позбавленням волі на терміни понад 30 років аж до довічного ув'язнення. У випадку вчинення умисного вбивства можливе і застосування смертної кари. Американські фахівці не розуміють порівнянню м'якість кримінального законодавства в Україні та інших країнах континентальної Європи, адже, на їхню думку, у межах правового простору США такі санкції були би недостатніми. Отже, суворість кримінально-правових санкцій опосередковано визначається політикою держави та правовою ідеологією. Вона ж обумовлює і неможливість гуманізації системи санкцій, адже явище резистенції до суворих кримінальних покарань зведе нанівець превентивні властивості відносно

м'яких санкцій. На наш погляд, повна заміна правової ідеології можлива, але для цього необхідна розробка якісно нового підходу, наприклад, перенесення акценту з суворості покарань у бік реального забезпечення невідворотності покарання.

Правова ідеологія існує в системі кожної держави. В залежності від того, чи є така держава демократичною чи антидемократичною, відповідно визначаються цінності, які покладаються в основу права. Хоча правова ідеологія та політична ідеологія невід'ємно пов'язані між собою, проте не слід цей зв'язок перебільшувати. Так, не можна погодитися з Є. Мадаєвим, який зв'язує правову ідеологію з політичною ідеологією за часів СРСР. Такий зв'язок не можна вважати інакше ніж патологічним, адже партійна ідеологія та її проекція на державу були надто специфічними, а саме поняття ідеології досі «відає неприємним присмаком партійного минулого». Втім ми розглядаємо ідеологію в її «чистому» вигляді, а не окремий її прояв. І як вже з'ясували, ідеологія може бути знайдена в кожній системі права, але в кожній з них буде мати певні особливості своїх проявів.

Отже, нами були проаналізовані варіації розуміння поняття доктрини в юридичній літературі, а також встановлені характерні її риси, які надають змогу відмежувати доктрину від теорії, науки, ідеології. Встановлено, що доктрина є комплексним поняттям, яке потребує багатоаспектного визначення. Підхід, за яким доктрина розуміється як певна наукова школа, є надто звуженим, тому немає підстав зіставляти такі школи з доктринами, принаймні в системах континентального права. При узагальненні визначення правової доктрини слід виходити з того, що вона найбільш близька за змістом та формами зовнішнього прояву до теорії права у невід'ємному зв'язку із законодавством та судовою практикою. Втім спочатку повернемося до підходів, які знаходять своє відображення в сучасній науці.

Так І. Семеніхін визначає поняття доктрини таким чином: «...це зумовлена характером політико-правової культури суспільства система ідей та наукових поглядів на право, актуальні напрями розвитку правової системи, які визнаються юридичною спільнотою, є концептуальною основою нормотворчої, правозастосовної, правотлумачної діяльності» [3, с. 22]. На думку Р. Пузікова, правова доктрина — «створена юридичною наукою система поглядів на проблеми правового регулювання суспільних відносин, яка виражена у формі принципів, презумпцій, аксіом, що є моделлю позитивного права, визначає пріоритетні напрями, закономірності й тенденції розвитку законодавства, незалежно від факту фіксації її положень у будь-якому документі» [29, с. 73]. Принципово іншою є позиція О. Васильченко, яка пише: «...доктрину можна характеризувати як системне вчення, що отримало визнання через втілення його положень у програмних документах політичного характеру, нормативно-правових актах, договірних та звичаєвих нормах, рішеннях органів державної влади і самоуправлінських спільнот». У своєму дисертаційно-

му дослідженні М. Кармаліта визначає правову доктрину таким чином: «...джерело (форма) права, засобами якого є система основоположних поглядів правознавців, що визначають стратегічні перспективи правового розвитку держави, науково обґрунтовують важливі проблеми права з метою більш ефективного їх вирішення, безпосередньо орієнтують на практичну дію та можуть виступати в якості регулятора суспільних відносин» [31, с. 101]. Цікавим також є визначення Б. Маліцького, адже автор пропонує розглядати доктрину як систему поглядів, що виражаються у вигляді програмно-декларативних політичних настанов, що визначають суспільний статус, цілі розвитку, принципи організації, роль української науки у становленні нової України та визнаються українським суспільством, державою, вченими, нарешті [32, с. 19]. І російський дослідник Є. Мадаєв вважає правову доктрину відносно самостійним, складним (багатоаспектним) елементом правової системи держави, який являє собою науково обґрунтовані, авторитетні погляди та теорії з приводу решти елементів правової системи і юридичної діяльності, які мають науково-прикладний характер і безпосередні регулятивні можливості. Доктрина реально впливає на правотворчу та правозастосовну практику також в якості джерела права [10, с. 63].

В цілому злагодити ці, доволі несхожі методологічні підходи можна шляхом структуризації правової доктрини — побудови її ієрархічної вертикалі. Можна виокремити певні «доктринальні рівні». Найвищим слід вважати загальну, чи генеральну, правову доктрину — тобто найширший її прояв в системі права. Генеральна правова доктрина визначає єдині принципи та підходи, що є загальними для галузей системи права. Наступним рівнем в ієрархії є галузеві доктрини, кожна з яких відповідає певній галузі права. Найнижчий рівень репрезентований доктринами-концепціями, іншим чином — доктринами у найвужчому сенсі розуміння цього поняття.

Генеральна (загальна) правова доктрина існує на рівні права конкретної суспільно-політичної формації у певний період часу з тенденцією до змін у зв'язку з трансформацією державності (наприклад, виникнення нових державних утворень або, навпаки, припинення існування держави, чи входження держави до наддержавних утворень — до складу ЄС тощо), або відповідно до вимог, що створюються нагальними потребами забезпечення економічних відносин, суспільного та науково-технічного розвитку та ін. Так правова доктрина Російської імперії трансформувалася в правову доктрину Радянського Союзу, яка, у свою чергу, — в правову доктрину України. Якщо уважно придивитися, то підручники та наукові праці з права, видані наприкінці ХІХ століття, видаються доволі відповідними сучасному стану вітчизняного права. Це свідчить, що правова доктрина хоч і має загальну тенденцію до еволюції, проте такий процес відбувається досить повільно. Призвести до повного викорінення існуючої доктрини та запровадження іншої може лише «правова інтервенція» в результаті поширення права однієї країни на територію іншої.

Зазвичай такі зміни відбувалися в результаті воєнних конфліктів, але слід зазначити, що повністю знищити правову доктрину як систему ідей надзвичайно важко.

Неодмінно слід звернути увагу на те, що галузеві доктрини можуть вступати в колізії з приводу регламентації аналогічних інститутів. Так, особистий характер відповідальності у вітчизняному кримінальному праві не збігається з основними засадами відповідальності в праві цивільному. Такі доктринальні колізії свідчать про те, що галузеві доктрини виявляються достатньо самостійними, і вони найбільш наближені до процесу правозастосування. Кожна з галузевих доктрин обслуговується власною системою наукового знання. Наприклад, кримінально-правова доктрина — відповідно наукою кримінального права. Галузеві доктрини відповідно є більш сприйнятливими до «зовнішніх чинників»: наукових розробок, законодавчих новел, вимог практики. У свою чергу, генеральна правова доктрина надто віддалена від реальних правовідносин і відіграє роль охоронника фундаментальних принципів і поглядів на загальноправові інститути.

В цілому під правовою доктриною слід розуміти сукупність ідей та принципів, а також правових інститутів, які знаходяться в нерозривному двосторонньому зв'язку з юридичною наукою, законодавством і практикою та визначають основні засади, на яких засновується правова система держави. Доктрина бере свій початок у минулому, прямо регламентує право сучасності, визначає право майбутнього та постійно функціонує як динамічна категорія, що забезпечує подальший розвиток та вдосконалення права. До складу правової доктрини держави, або ж генеральної доктрини, входять усі знання, які відповідають загальним вимогам чинної теорії права, відображені у законодавстві та використовуються на практиці. Галузева ж доктрина, наприклад, кримінально-правова доктрина, є сукупністю знання, яке визначає принципи кримінального права, його предмет та метод, а також є ідеологічною основою для створення та забезпечення діяльності кримінально-правових інститутів.

Л і т е р а т у р а

1. Про Воєнну доктрину України : Указ Президента України від 15 черв. 2004 р. № 648/2004 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 30. — Ст. 2005.
2. Про Національну доктрину розвитку фізичної культури і спорту : Указ Президента України від 28 верес. 2004 р. № 1148/2004 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 39. — Ст. 2584.
3. Семеніхін І. В. Правова доктрина: загальнотеоретичний аналіз / І. В. Семеніхін. — Х., 2012.
4. Пузиков Р. Сущность юридической доктрины как источника права / Р. Пузиков // Правовая политика и правовая жизнь. — 2003. — № 4.
5. Венгеров А. Б. Теория государства и права : учебник / А. Б. Венгеров. — М. : Юриспруденция, 1999.

6. Зеленкевич И. С. Правовая доктрина и правовая наука: некоторые аспекты соотношения и использования в качестве источников права / *И. С. Зеленкевич* // Северо-Восточный научный журнал. — 2010. — № 2 (6).
7. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології: монографія / *Н. М. Пархоменко*. — К.: Юрид. думка, 2008. — 336 с.
8. История политических и правовых учений: учеб. для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Норма, 2004.
9. Люлькович С. Н. Соотношение доктрины с правовым прецедентом / *С. Н. Люлькович* // Правовая система Республики Беларусь: состояние, проблемы и перспективы развития: материалы X межвуз. науч. конф. студентов, магистрантов и аспирантов, Гродно, 9 апр. 2010 г. — Гродно: ГрГУ, 2010.
10. Мадаев Е. Доктрина в правовой системе Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / *Е. Мадаев*. — Иркутск, 2012.
11. Васильев А. А. Правовая доктрина как источник права: историко-теоретические вопросы: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / *А. А. Васильев*. — Барнаул, 2007.
12. Гаврюсов Ю. Правовая природа решений органов конституционной юстиции / *Ю. Гаврюсов* // Вестник Калининградского юридического института МВД России. — 2009. — № 2 (18).
13. Бошно С. Доктрина как форма и источник права / *С. Бошно* // Журнал российского права. — 2003. — № 12.
14. Рассолов М. Теория государства и права: учеб. для вузов / *М. Рассолов*. — М., 2010.
15. Пряхина Т. Источники конституционной доктрины / *Т. Пряхина* // Закон и право. — 2003. — № 11.
16. Зозуля А. Доктрина в современном праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / *А. А. Зозуля*. — СПб., 2006.
17. Shapiro D. In Defense of Judicial Candor / *D. Shapiro* // Harvard Law Review. — 1987. — Vol. 100. — P. 731–737.
18. Johnson Ph. Do You Sincerely Want to Be Radical / *Ph. Johnson* // Stanford Law Review. — 1984. — Vol. 36. — P. 247–252.
19. Duxbury N. English Jurisprudence between Austin and Hart / *N. Duxbury* // Virginia Law Review. — 2005. — Vol. 91, N 1. — P. 65–159.
20. Скакун О. Теорія держави і права: підручник / *О. Скакун*. — Х., 2001.
21. Про Концепцію судово-правової реформи в Україні від 28.04.1992, № 2296-ХІІ [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2296-12>.
22. Кармаліта М. Правова доктрина у романо-германській та англосаксонській правових сім'ях / *М. Кармаліта* // Підприємництво, господарство і право. — 2010. — № 2.
23. Богданова Н. А. Система науки конституционного права / *Н. А. Богданова*. — М.: Юристъ, 2001. — 256 с.
24. Поляков А. В. Общая теория права: курс лекций / *А. В. Поляков*. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001.
25. Хабриева Т. Я. Доктринальное значение российской Конституции / *Т. Я. Хабриева* // Журнал российского права. — 2009. — № 2.
26. Дервояд В. Доктрина (наука) в качестве источника права в Республике Беларусь: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / *В. В. Дервояд*. — Минск, 2006.
27. Давыдова М. Юридическая техника: проблемы теории и методологии: монография / *М. Давыдова*. — Волгоград, 2009.
28. Васильев А. Теория права и государства: учебник / *А. Васильев*. — М., 2008.
29. Пузиков Р. Юридическая доктрина в сфере правового регулирования (проблемы теории и практики): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / *Р. В. Пузиков*. — Тамбов, 2003.
30. Васильченко О. П. Перспективи розвитку правової доктрини в системі джерел конституційного права / *О. П. Васильченко* // Науковий вісник Ужгородського університету. — 2007. — № 8.

31. Кармаліта М. В. Правова доктрина — джерело (форма) права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / М. В. Кармаліта. — К., 2011.
32. Маліцький Б. А. Сучасний стан наукової сфери України та нова стратегічна доктрина її розвитку // Наука та наукознавство. — 2006. — № 2.

А н о т а ц і я

Полянський Є. Ю. Правова доктрина як базисна концепція права: природа, структура, значення. — Стаття.

У статті розглядаються центральні питання правової доктрини в площині сучасного українського права крізь призму методології загальнотеоретичної юриспруденції. Визначається внутрішня структура правової доктрини, «доктринальні рівні» правосвідомості в контексті розуміння природи доктрини, її зв'язок з практичним правозастосуванням.

Ключові слова: правова доктрина, правова система, концепція, правова ідеологія, правосвідомість, правозастосування.

А н н о т а ц и я

Полянський Е. Ю. Правовая доктрина как базисная концепция права: природа, структура, значение. — Статья.

В статье рассматриваются центральные вопросы правовой доктрины в плоскости современного украинского права сквозь призму методологии общетеоретической юриспруденции. Определяется внутренняя структура правовой доктрины, «доктринальные уровни» правосознания в контексте понимания природы доктрины, ее связь с практическим правоприменением.

Ключевые слова: правовая доктрина, правовая система, концепция, правовая идеология, правосознание, правоприменение.

S u m m a r y

Polyansky E. Legal doctrine as the basic concept of law: the nature, structure and meaning. — Article.

The article deals with the central issues of legal doctrine within the sphere of contemporary Ukrainian law through the prism of the general theoretical methodology of jurisprudence. Determined by the internal structure of the legal doctrine of «doctrinal levels» of justice in the context of conceptualization the nature of the doctrine, its connection with the practical application of law.

Keywords: legal doctrine, legal system, concept, legal ideology, the sense of justice, law enforcement.

УДК 343.23.343.3/7(477)

*И. И. Чугуников***ОБЪЕКТ ПРЕСТУПЛЕНИЯ В СОВРЕМЕННОЙ
УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ НАУКЕ: ТРАДИЦИИ И НОВАЦИИ**

Еще несколько лет тому назад в науке уголовного права господствовало определение объекта преступления как общественных отношений, охраняемых уголовным законом от преступных посягательств. Аналогичный вывод можно встретить и в многочисленных изданиях последних лет [1]. В тоже время в современной уголовно-правовой доктрине активно формируется позиция, подвергающая такой взгляд на объект преступления интенсивной критике.

Так, по мнению С. Б. Гавриша, концепция объекта как общественных отношений является искусственной конструкцией с ярко выраженным идеологическим подходом. «С позиции теории объекта как общественных отношений получается, — пишет С. Б. Гавриш, — что уголовное право охраняет не материальные ценности и блага, жизнь, здоровье, окружающую среду и т.д., а наоборот, некую форму их проявления, те или иные связи между субъектами отношений, тогда как в действительности таким охраняемым объектом является «правое благо» как определенная ценность» [2, с. 64–65].

В. М. Трубников, не отказываясь, по сути, от понимания объекта как общественных отношений, предлагает назвать их «социальной оболочкой» и представить в виде первичного объекта преступных посягательств, а реальные объекты — в виде вторичных объектов, которые находятся внутри социальной оболочки [3, с. 81–87].

В. А. Туляков приходит к выводу о необходимости признания объектом преступления конкретных физических лиц или их социальных общностей, а предметом преступления — социальные блага, которые принадлежат этим лицам [4, с. 237]. С этой позицией, хотя и с определенными оговорками, согласен и В. П. Емельянов: «Это в целом правильное представление об объекте преступления требует некоторых уточнений, поскольку не каждое преступление посягает непосредственно на чело-

века. Оно может причинить ему вред и опосредовано, путем воздействия на условия его жизни и окружающую среду. Совершая преступление, виновный непосредственно посягает не только на людей, но и на те или иные разновидности, аспекты, проявления жизни, деятельности человека, коллективов, общества, их безопасность, условия существования и функционирования, иначе говоря, на конкретные сферы жизнедеятельности людей, которые охраняются уголовным законом и которые выступают как непосредственные объекты преступлений, как реальные явления действительности [5, с. 7—11].

Аналогичная тенденция, связанная с ревизией традиционной концепции объекта преступления, наблюдается и в уголовно-правовой теории других стран постсоветского пространства. Здесь одним из первых, кто выступил против понимания объекта преступления как общественных отношений, был А. В. Наумов. По его мнению, эта теория в некоторых случаях (особенно что касается преступлений против личности) «не срабатывает», поскольку марксистское понимание человека «как совокупности общественных отношений» умаляет «абсолютную ценность человека как биологического существа, жизни как биологического явления вообще», что, в конце концов, превращает человека из самостоятельной абсолютной ценности в носителя общественных отношений. Определяя содержание объекта преступления А. В. Наумов возвращается к теории правового блага, которая была создана еще в конце XIX столетия в рамках классической и социологической школ уголовного права и предлагала признать объектом преступления «те блага (интересы), на которые посягает преступное деяние и которые охраняются уголовным законом» [6, с. 147, 149]. Еще более категоричен в этом вопросе А. Н. Игнатов, который в отличие от А. В. Наумова, только поставившего под сомнение универсальность традиционной концепции объекта, считает, что сегодня, когда отпала необходимость придерживаться господствующей марксистской терминологии, а для обоснования позиции недостаточно ссылок на «руководящие источники», устоявшееся в советской уголовно-правовой литературе использование для определения объекта преступления социолого-философской категории «общественные отношения» является нецелесообразным. Если в свое время и считалось, что не могут рассматриваться как объект преступления люди, орудия, способы производства и иные материальные блага (поскольку К. Маркс указывал, что «преступное содержание деяния заключается не в посягательстве на лес, как нечто материальное, а в посягательстве на его нерв — на право собственности»), то сегодня этот аргумент убедительным не выглядит. Поэтому логичнее использовать нейтральное понятие «правовое благо», позволяющее характеризовать «вещественную, предметную и материальную природу» объекта преступления [7, с. 103—104].

Позицию А. Н. Игнатова полностью разделяет и С. Расторопов. «Как представляется, — указывает автор, — сформировавшийся в недрах со-

ветской школы науки уголовного права взгляд на проблему объекта преступления не совсем пригоден для удовлетворения современных социальных потребностей, так как сложился в отрыве от реальной жизни. Есть все основания утверждать, что традиционное понимание объекта преступления основано на абстрактных уморозительных идеологических постулатах, искусственно внедренных в нашу действительность, а потому нуждается в переосмыслении.

Интерес представляет, прежде всего, концепция «объект — правовое благо как определенная ценность» [8, с. 40].

На фоне довольно жесткой критики традиционной трактовки объекта преступления и возрастающего количества предложений о необходимости возврата к теории объекта как правового блага, в постсоветской уголовно-правовой доктрине, естественно, не могла не появиться точка зрения, сводящая понятие объекта преступления к человеку. Эта позиция нашла отражение в монографическом исследовании Г. П. Новоселова, который приходит к выводу о том, что объектом каждого преступления являются люди — индивиды, их малые или большие группы (объединения), а также общество в целом, а материальные или нематериальные ценности, по поводу которых складываются отношения между этими лицами и которые А. В. Наумов, А. Н. Игнатов, С. Расторопов и др. называют правовыми благами, являются предметом преступления [9, с. 53–64].

Попытку систематизировать аргументы оппонентов теории объекта как общественных отношений в украинской уголовно-правовой литературе предпринял Е. В. Фесенко. Так или иначе, они сводятся к следующим положениям:

1) объектом преступления, с учетом характера и содержания общественных отношений, в итоге признавалась по сути политическая категория: преступный результат оценивался, прежде всего, сквозь призму господствующих отношений, с оглядкой на социальный, политический вред обществу и его институтам;

2) абстрактность и расплывчатость понятия «общественные отношения»;

3) учение об общественных отношениях как объекте преступления содержит положения, разрешаемые приверженцами этой теории крайне противоречиво. В частности, отсутствует единство мнений относительно структуры общественных отношений;

4) концепция определения объекта как общественных отношений не совсем соответствует современным взглядам относительно оценки социальных ценностей, которые берет под охрану уголовный закон. Существенным ее недостатком является определенное преувеличение значения категории «публичного» по отношению к категории «частного» в сфере социальной жизни. В связи с этим человек с его потребностями, интересами, правами отходил на второй план [10, с. 42–47].

Сам Е. В. Фесенко приходит к выводу, что объект преступления можно определить как ценности, охраняемые уголовным законом, против

которых направлено преступное деяние и которым оно может причинить или причиняет вред. Ценности, по его мнению, — это разнообразные объекты материального мира, в частности, и сам человек, которые имеют существенное позитивное значение для отдельных лиц, социальных групп и общества в целом. Поэтому они охраняются нормами различных отраслей права, а наиболее важные из них берет под охрану уголовное законодательство [10, с. 51].

Позицию «объект преступления — социальные ценности» разделяет и целый ряд других украинских ученых, в частности, П. П. Андрушко [11; 12], В. Т. Дзюба [13], С. Я. Лиховая [14].

Предпримем попытку анализа предлагаемых в уголовно-правовой литературе новелл, касающихся учения об объекте преступления.

Прежде всего, хотелось бы полностью разделить сетования сторонников «новых» подходов к определению понятия объекта преступления, касающихся незаслуженного забвения как собственного исторического опыта, так и опыта других стран. Так, например, С. Расторопов отмечает следующее: «Объектом преступления в дореволюционной России признавался отдельно взятый человек или какое-то множество лиц, представляющих собой в любом цивилизованном обществе наивысшую ценность. Наряду с этим существовала теория объекта преступного деяния как правового блага, согласно которой объектом уголовно-правовой охраны назывались жизнь, здоровье, собственность и другие ценности. В западноевропейской науке уголовного права, кроме всего прочего, объектом преступления назывались также субъективные права лица, уголовно-правовые нормы в их реальном существовании, защищаемые правовыми нормами жизненные интересы и другие подобные явления. Однако все вышеуказанные концепции объекта преступления не стали в период существования советского государства предметом пристального внимания со стороны отечественных ученых, а были отвергнуты как буржуазные и реакционные» [8, с. 38].

Абсолютно справедливое замечание — одно непонятно: почему же тогда все достижения советской уголовно-правовой науки в анализируемом вопросе, затраченные ею усилия по исследованию феномена общественных отношений и их результаты отвергаются сегодня с необыкновенной легкостью?

Фундаментальные работы, посвященные объекту преступления, признаются насквозь заидеологизированными, а их авторы объявляются пленниками «длительное время внедрявшихся в юридическую науку априорных и абстрактных штампов и шаблонов» [15, с. 5]. Действительно, официальная идеология требовала в первую очередь обеспечения всеми способами безопасности нового социального порядка и рассмотрения любого уголовно-правового конфликта прежде всего и главным образом с классовых позиций. Поэтому ни одна работа по праву, в том числе и уголовному, не могла обойтись без ссылок на «первоисточники» и руководящие партийные документы. Однако утверждение о том, что,

например, Б. С. Никифоров, Н. И. Коржанский, В. К. Глистин, В. Я. Таций и др., всерьез искали обоснования собственных взглядов на объект преступления в решениях очередного съезда партии, постановлениях пленумов ЦК или трудах классиков марксизма-ленинизма, с нашей точки зрения, мягко говоря, наивно. Наличием, пусть даже и большого количества, идеологических нюансов содержание их трудов явно не исчерпывалось. Так, например, вряд ли заслуживает сегодня поддержки тезис Н. И. Коржанского о том, что в «общественных отношениях закрепляются и реализуются прежде всего интересы господствующих классов» [16, с. 113]. В то же время трактовка объекта преступления как обеспечиваемого обществом соответствующего его интересам поведения или состояния субъектов общественных отношений [16, с. 117], как представляется, актуальности не утратила.

В любую историческую эпоху магистральное направление развития уголовного права определяет некая доминирующая идея, своего рода «фишка», рожденная на определенном этапе развития общества. Так «фишкой» советского периода была идея примата общественного над частным, первоочередной защиты государственных интересов. Этой идее был подчинен и законотворческий процесс. Эпоха независимости породила новую «фишку» — идею о необходимости приведения отечественного уголовного законодательства в соответствие с европейскими стандартами. Где они изложены и как выглядят пока неясно. Но очевидно другое — во главе угла должен находиться человек. Законодатель подхватывает эту идею и начинается интенсивная ломка «старой» и, конечно, «реакционной» нормативной базы. Конституции новых независимых государств провозглашают человека, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность наивысшей социальной ценностью (ст. 3 Конституции Украины), а УК некоторых республик (например, Российской Федерации, Республики Армения), следуя европейским «стандартам», перемещают преступления против жизни и здоровья личности на первое место в системе Особенной части. Но революции, к сожалению, не произошло. Более того, оказывается, что обеспечить надлежащую защиту наивысшей социальной ценности абсолютно невозможно в условиях, когда слабы и недееспособны государственные институты. Кроме того, выясняется, что та же Европа придерживается и других «стандартов». Так, например, УК Бельгии предусматривает ответственность за преступления против жизни только в восьмом разделе, а УК ФРГ — в шестнадцатом. Однако страсти не утихают. Пресловутый антропологический подход набирает обороты, вытесняя из отечественной уголовно-правовой доктрины малейшие этатистские проявления.

Хотелось бы обратить внимание еще на один аспект, связанный с идеей приведения национального уголовного законодательства в соответствие с европейскими «стандартами». Здесь уместно будет привести наименования некоторых разделов Особенной части УК европейских государств. Так, например, раздел II УК Швейцарии предусматривает

ответственность за преступные деяния против имущества, раздел IX — за преступления против общественного транспорта, раздел XIII — за преступления против обороны страны, а раздел XVIII — за преступные деяния против служебных обязанностей.

Раздел VIII УК Австрии объявляет наказуемыми преступные деяния против покоя умерших, раздел XII — деяния против достоверности документов, а раздел XVII — деяния против вооруженных сил. Не хочется думать, что Особенная часть УК Украины когда-нибудь будет приведена в соответствии с такими «стандартами».

Как уже отмечалось, приведенные выше «новые» подходы в определении объекта преступления давно и хорошо известны, в том числе и отечественной школе уголовного права. Поэтому фактически в каждой современной работе, посвященной объекту преступления, авторы так или иначе в обоснование своей позиции приводят взгляды Н.С. Таганцева, А. Ф. Кистяковского, Л. С. Белогриц-Котляревского и других представителей уголовно-правовой науки досоветского периода. Однако, как представляется, исследование проблемы объекта в исторической ретроспективе зачастую носит, во-первых, довольно фрагментарный, а во-вторых, — односторонний характер, поскольку те или иные выдержки из работ классиков используются в нужном для автора направлении.

Так, например, С. Б. Гавриш, пришедший к формуле «объект — правовое благо» [17, с. 72], аргументирует свой вывод следующими ссылками: «Н. С. Таганцев писал: «Определяя преступное деяние как посягательство на норму в ее реальном бытии или как деяние, посягающее на отраженный нормою юридический интерес, мы тем самым устанавливаем и понятие об объекте преступного посягательства. Л. С. Белогриц-Котляревский отмечал, что «преступление есть прежде всего нарушение закона или, говоря точнее, правовой нормы, регулирующей отношения людей друг к другу или к юридическим установлениям, совокупность которых образует правопорядок. Но преступление, нарушая нормы, т. е. абстрактные запреты или веления закона, вместе с тем необходимо разрушает те реальные блага или интересы, для которых эти нормы существуют.

...Таким образом, объектом преступления с формальной стороны является норма, а с материальной — те жизненные интересы или блага, которые этими нормами охраняются» [17, с. 11].

В. П. Емельянову, утверждающему, что объектом преступления является не что иное, как охраняемые уголовным законом конкретные сферы жизнедеятельности людей [18, с. 67], ближе высказывание А. Ф. Кистяковского: «Объектом преступления может быть, вообще говоря, только человек со всеми правами, учреждениями, которые им как существом общественным создаются. Посему кроме жизни, здоровья, свободы, чести, как более или менее основных объектов преступления, так сказать, созданных самою природою, таковыми являются также вещи, животные, даже известный строй мыслей» [18, с. 66–67].

В этой связи, как представляется, будет вполне обоснованным изложение позиций цитируемых авторов в более пространной редакции.

Н. С. Таганцев в работе «О преступлениях против жизни по русскому праву» так определяет понятие объекта: «Предмет или объект преступления вообще составляют известные юридические отношения, охраняемые государством и угрожаемые или нарушаемые действием виновного; в данном случае подобным отношением является неприкосновенность жизни членов общества» [19, с. 17]. Весьма показателен в интересующем нас аспекте критерий, который предлагает автор для разграничения убийства и самоубийства: «Так как преступление есть нарушение или посягательство на юридические отношения, то о нем и может возникнуть вопрос только там, где существуют эти правоотношения, поэтому, признавая, что объектом убийства является жизнь человеческая, мы тем не менее не можем с юридической точки зрения распространять понятие убийства на самоубийство, потому как к самому себе человек не состоит в каких-либо правоотношениях, которые бы он мог нарушить своим действием» [19, с. 18]. Справедливости ради отметим и такой тезис Н. С. Таганцева: «Так как в обществе под охраню правового порядка может находиться только человек с его благами и правами...» [19, с. 17]. Однако, это только первая часть тезиса, а заканчивается фраза так: «...то, следовательно, и объектом убийства может быть только жизнь человека. Всякое прекращение чьего-либо органического существования, которое мы на обыкновенном житейском языке называем умерщвлением, не может быть названо убийством в глазах закона. Если же подобные деяния иногда и воспрещаются законом под страхом уголовной ответственности, то совершенно с иной точки зрения. В этих случаях закон преследует или причинение ущерба частному лицу, посягательство на право собственности, как, например, истребление животных, находящихся в чьем-либо владении; или же нарушение полицейских предписаний, как, например, уничтожение рыбы или дичи в недозволенное время и недозволенным способом, истребление животных редких и т. п.» [19, с. 17].

Совершенно очевидно, что рассматривая человека с его благами и правами в качестве единственного объекта уголовно-правовой охраны, Н. С. Таганцев всего лишь проводит разграничение между убийством и «умерщвлением иных органических существований» и более ничего.

Ничем принципиальным от позиции Н. С. Таганцева не отличаются и взгляды Л. С. Белогриц-Котляревского, если только часто используемый тезис из его работы не вырывать из общего контекста: «Преступление есть прежде всего нарушение закона или, говоря точнее, правовой нормы, регулирующей отношения людей или друг к другу, или к юридическим установлениям, совокупность которых образует правопорядок. Но преступление, нарушая нормы, то есть абстрактные запреты или веления закона, вместе с тем необходимо разрушает те реальные блага или интересы, для которых эти нормы существуют. Нарушая норму

«не укради», вор вместе с тем разрушает чье-либо имущественное благо. Таким образом, объектом преступления с формальной стороны является норма, а с материальной — те жизненные интересы или блага, которые этими нормами охраняются. Так как нормы предназначены регулировать отношения людей или друг к другу, или к юридическим установлениям, то очевидно, что область преступного должна ограничиваться этими двумя категориями отношений; отношение же всякого другого рода отсюда должны быть исключены. На этом основании нельзя считать преступлением посягательство или разрушение своих собственных благ, или, что-то же, субъект преступления не может в одно и то же время быть и объектом его; таковы следующие деяния: самоубийство, самоизуродование, личные безнравственные действия и повреждения своих имущественных благ» [20, с. 161–162]. Как представляется, комментарии излишни.

Приведем точку зрения В. Спасовича, также довольно часто цитируемого представителями «новых» подходов к определению объекта преступления, которые сводят это понятие к человеку.

«Преступление, — отмечает В. Спасович, — есть посягательство на чье-либо право, охраняемое государством посредством наказаний. Из этого определения вытекают два весьма важных последствия:

1) так как право бывает всегда чье-нибудь, а владельцами или субъектами прав могут быть только лица человеческие единичные или собирательные, то и преступление может быть совершено только против какого-нибудь лица, следовательно, предметом преступления может быть только лицо; 2) коль скоро по каким-нибудь причинам государство отнимает от известного права свою защиту, то нарушение его перестает быть бесправием и не подлежит уже ведению уголовного правосудия» [21, с. 94]. Далее В. Спасович конкретизирует это положение указывая, что предметом преступления может быть только человеческое лицо с его правами, а не вещь, не животное, не отвлеченное понятие [21, с. 94]. Несложно заметить, что рассуждения В. Спасовича, как и рассуждения Н. С. Таганцева и Л. С. Белогриц-Котляревского, основываются на анализе человека не как вида «органического существования», а как некоего социального продукта, проще говоря, как субъекта определенных социальных отношений.

«Право, — продолжает В. Спасович, — может принадлежать как лицам единичным, физическим, так и лицам собирательным, юридическим, то есть целым группам и сочетаниям, состоящим из лиц физических, различной величины, назначения, размеров.

Таким образом, предметом преступления может быть частное лицо, семья, сословие, церковь, совокупность лиц, находящихся в известной местности, или публика, государство и его правительство, со всеми органами этого правительства. Собственно говоря, государство, как организм поддерживающий совокупность всех юридических отношений между членами общества, не бывает никогда в целом своем объеме

прямым и непосредственным предметом преступления; преступление касается его только посредственно, через отрицание какого-нибудь отдельного, особенного права. Но, с другой стороны, характеристическую черту в каждом уголовном преступлении составляет то обстоятельство, что его вредные последствия идут дальше того права, которое нарушено, и потрясают весь общественный порядок. Таким образом можно сказать, что всякое уголовное преступление против лица юридического — государства и что непосредственным его объектом есть чье-нибудь определенное право, а посредственным — целое правосостояние, то есть быт государственный» [21, с. 96].

В рассуждениях Н. Д. Сергиевского также присутствует весьма отчетливое понимание двойственности объекта преступного воздействия, неизбежно заключающего в себе моменты вреда отдельным лицам и всему обществу, в силу чего всякое преступное деяние, заключая в себе вред или опасность известным конкретным благам или интересам — непосредственным предметам посягательства, в то же время является посягательством на отвлеченный интерес всего общества [22, с. 233–234].

Анализ приведенных положений позволяет сделать, по крайней мере, один недвусмысленный вывод — отечественная уголовно-правовая доктрина досоветского периода настаивала на признании в качестве объекта правоохраны не каждого интереса индивида или группы, а только такого, который может иметь общественное значение [23, с. 34–35].

«Уголовно-наказуемымъ, — писал Н. С. Таганцев, — почитается дѣяніе, посягающее на такой охраненный нормою интересъ жизни, который въ данной странѣ, въ данное время, признается столь существеннымъ, что государство, въ виду недостаточности другихъ мѣръ охраны, угрожаетъ посягательству на него наказаніемъ» [24, с. 647].

Таким образом, уже тогда криминалисты задумывались над тем, что за причинением преступником вреда потерпевшему (объекту) скрывается нечто большее — нарушение необходимых условий общества. Кстати сказать, сведение объекта преступного посягательства к чьему-либо праву, по-видимому, не совсем устраивало даже самого А. Фейербаха. «Кто преступает правомерные границы свободы, тот нарушает права, делает оскорбление, обиду, вред. Кто нарушает свободу, утвержденную гражданским договором и обеспеченную наказательными законами, тот делает преступление, которое по сему в дальнейшем смысле есть повреждение или нарушение под наказательным законом состоящее, или деяние по закону наказанием вперед угрожаемое и правам другого противоборствующее. Оскорбление, обиды даже и вне Государства возможны; преступления же только в Государстве» [25, с. 21].

«Поскольку сохранение прав вообще есть цель наказательных законов, то как права подданных, так и права, принадлежащие Государству (как нравственному лицу), составляют предмет защищающего их учреждения. И так, кто преступая наказательный закон, нарушает непосредственно права государства, тот делает публичное преступление (госу-

дарственное преступление): но ежели право подданного есть непосредственный предмет нарушения, то это значит приватное или частное преступление» [25, с. 23].

Неудивительно, потому что и западная уголовно-правовая доктрина тоже была нацелена на поиск объекта как чего-либо более «существенного», чем приватные интересы индивида. Так, по мнению Листа, «преступление может быть определено (по существу), какъ вмѣняемое, противоправное дѣйствіе, которое вслѣдствіе своей особой опасности для строя правовыхъ благъ обложено наказаніемъ» [24, с. 647].

Как здесь не согласиться с А. И. Бойцовым, который отмечает следующее: «Конечно по внешней видимости похититель вступает во взаимодействие с вещью, а убийца — с человеческим телом, которые таким образом вроде бы и становятся объектами уголовно-правовой охраны. Однако имущество охраняют сторожа, а людей — телохранители. Органы же уголовной юстиции стоят на страже правопорядка как такого порядка отношений между людьми, который основан на праве, т. е. в конечном счете охраняют нечто большее — господствующий порядок общественных отношений, системно структурирующих общество и не дающих ему сорваться в бездну хаоса и самоуничтожения. А посему оправдано ли возвращение к осмыслению проблемы на уровне пения об увиденном? Оправдано ли такое возвращение к «истокам», когда потрачено столько усилий, чтобы понять существо этой проблемы?» [26, с. 28–29].

Итак, отечественная уголовно-правовая доктрина (главным образом она, поскольку в доктрине западной учение об объекте дальнейшего развития так и не получило), хотя и не смогла преодолеть сковывающие ее рамки права (так или иначе преступление сводилось к нарушению норм положительного права, определяющих юридический строй общества, заключающийся в необходимости соблюдения установленных законом правил жизни и деятельности), все же на рубеже XIX–XX вв. вплотную подошла к решению проблемы объекта (который пока отождествлялся с предметом и не был структурирован) преступления. Очевидно и другое. Если отбросить целый ряд идеологических нюансов, которыми изобилвала советская наука уголовного права, то между «юридическими отношениями», «отношениями людей друг к другу или к юридическим установлениям», «правосостоянием как бытом государственным» и «порядком общественных отношений» вполне можно усмотреть параллели. А это значит, что уголовно-правовая теория советского периода не была столь уж независимой от дореволюционного уголовно-правового наследия и далеко не все ею было отвергнуто. Как раз наоборот, взятый за основу порядок социальных отношений сначала ассоциируется с порядком, соответствующим интересам трудящихся масс и обусловленным диктатурой пролетариата, а впоследствии с социалистическим социальным порядком, который должен был быть преобразован в коммунистический социальный порядок «товарищеского сотрудниче-

ства и взаимной поддержки» [27, с. 275]. По большому счету, советская доктрина никогда, по сути, не отвергала дореволюционную трактовку преступления как «констатированного законодательством вредоносного посягательства на жизненные условия общества» [28, с. 357]. Ее не устраивало представление об обществе как едином целом. Так, например, Н. Д. Дурманов отмечал следующее: «Социологи, а также и некоторые представители классической школы, говорят о преступлении как деянии, представляющем объективную опасность для общества, но попытки их определить характер этой опасности поражают своей беспомощностью, так как они стараются замаскировать классовую природу преступления» [29, с. 87].

Вот, собственно, и вся критика.

В современных условиях целиком понятно стремление многих ученых всячески откеститься от марксистско-ленинского наследия с его гипертрофированным пониманием роли общественного над личным и трактовкой личности как совокупности общественных отношений. Именно этим и была обусловлена излишняя отторженность от индивида в работах сторонников понимания объекта преступления как общественных отношений. Отсюда и интенсивный научный поиск нового «достойного» духу времени термина. Однако, как представляется, дело заключается не в терминологии, а в существе вопроса. Кстати говоря, это обстоятельство признается и приверженцами «новых» подходов к определению понятия преступления. Так, например, А. Э. Жалинский отмечает следующее: «Можно легко примириться с упорным употреблением бессодержательного понятия «общественные отношения», если кому-то употреблявшийся еще Н. С. Таганцевым термин «правовое благо» не нравится. Но защищаемое благо должно быть описано в законе, в решениях судов и в правовой доктрине так, чтобы можно было понять, в чем оно состоит, насколько оно ценно, требуя для охраны столь больших издержек, какова его уязвимость, как оно может быть умалено [30, с. 342].

Основное предназначение правовых предписаний — регламентировать жизнь социума, устанавливая границы дозволенного. Критерием деления права на отрасли, наряду с методом правового регулирования, выступают определенные сферы социальных отношений. «Совокупность общественных отношений, регулирование которых осуществляют правовые нормы, и поведение субъектов социальной активности, то есть участников таких отношений, составляют предмет правового регулирования. Правовые нормы направлены на установление и обеспечение устойчивости общественных отношений» [31, с. 130] — резонно замечают авторы учебного курса «Общетеоретическая юриспруденция» под редакцией Ю. Н. Оборотова. В процессе действия так называемых «созидательных» отраслей права (конституционного, гражданского, хозяйственного и т. д.) устанавливается определенный порядок сосуществования индивидов в пределах социума, который позволяет разрешать возникающие коллизии между субъектами теми способами, в которых за-

интересованы государство и общество в целом. Именно этот порядок и является объектом уголовно-правовой охраны и не столь важно при этом как его назвать: «общественные отношения», «социальная оболочка» или «сферы жизнедеятельности». Так, например, сферу хозяйственных отношений согласно ч. 4 ст. 3 Хозяйственного кодекса Украины составляют хозяйственно-производственные, организационно-хозяйственные и внутрихозяйственные отношения. В результате их регламентации хозяйственным законодательством устанавливается определенный порядок осуществления хозяйственной деятельности, то есть деятельности субъектов хозяйствования в сфере общественного производства, направленной на изготовление и реализацию продукции, выполнение работ либо оказание услуг стоимостного характера, имеющих ценовую определенность (ч. 1 ст. 3 Хозяйственного кодекса Украины). В этой связи вполне естественным является предписание законодателя, адресованное субъектам хозяйствования и другим участникам отношений в сфере хозяйствования, осуществлять свою деятельность в пределах установленного правового хозяйственного порядка, соблюдая требования законодательства (ч. 3 ст. 5 Хозяйственного кодекса Украины). Утверждение общественного хозяйственного порядка в экономической системе Украины провозглашается одной из основных целей Хозяйственного кодекса Украины (преамбула). И хотя «в теории и практике хозяйственного права, так же как в гражданском праве, традиционно не выделяется такой элемент состава, как объект, поскольку здесь нет ярко выраженного законодательного деления санкций в зависимости от области посягательства» [32, с. 251], логично предположить, что объектом любого правонарушения (том числе и преступления) в сфере хозяйствования является правовой хозяйственный порядок. Именно его, в определенных случаях, берет под охрану Уголовный кодекс Украины.

В соответствии с ч. 4 ст. 215 Хозяйственного кодекса Украины такие правонарушения в сфере хозяйствования, как сокрытие банкротства, фиктивное банкротство или умышленное доведение до банкротства, а также неправомерные действия в процедурах неплатежеспособности, связанные с распоряжением имуществом должника, которые причинили существенный ущерб интересам кредиторов и государства, влекут уголовную ответственность виновных лиц в соответствии с законом¹. Попытки определить родовый объект преступлений в сфере хозяйственной деятельности (раздел VII УК Украины) с иных позиций чреваты весьма серьезными негативными последствиями, вплоть до полной нивелировки объекта таких деяний, в том числе и на законодательном уровне. Так, например, в соответствии со ст. 164.2.12 действующего Налогового кодекса Украины в общий налогооблагаемый доход плательщика налога включаются также деньги либо имущество (нематериальные активы), полученные в виде взятки, похищенные либо найденные в качестве клада, не сданного государству в соответствии с законом, в сумме, определенной обвинительным приговором

суда независимо от назначенной меры наказания. Предписание взимать налоги с доходов, полученных преступным путем, по сути ставит знак равенства между законными источниками формирования доходов, что соответствует понятию правового хозяйственного порядка, и незаконными способами обогащения. Налогообложение доходов, полученных незаконным путем (хищение, получение неправомерной выгоды, киллерство, проституция, торговля людьми, органами, наркотиками, оружием и др.), полностью стирает грань между социальными (приемлемыми) общественными отношениями, выступающими объектом уголовно-правовой охраны и антисоциальными отношениями, таковыми не являющимися. Что же касается довольно распространенного в последнее время утверждения о том, что такие термины, как «правовое благо», «ценности» и др., являются более конкретными и менее расплывчатыми, чем термин «общественные отношения», то оно, мягко говоря, вызывает возражения. Стремление любой ценой предать забвению «идеологически запятнанные» общественные отношения приводит к тому, что ученые так или иначе пытаются поместить на их место другую социальную категорию, и как результат все сводится к тем же «многострадальным» общественным отношениям.

Так, например, С. С. Яценко определяет общественный порядок как социальную ценность, пребывающую под охраной закона. Однако, раскрывая понятие этой социальной ценности, автор отмечает, что общественный порядок характеризует такое состояние общественных отношений, которое обеспечивает спокойные условия общественно полезной деятельности, отдыха и быта людей, включая внешние условия нормального функционирования предприятий, учреждений и организаций, соблюдение общественной морали, а также принципов пользования материальными благами [33, с. 723]. В. В. Налуцишин, автор одной из монографических работ последних лет издания, полностью разделяя концепцию «объект — социальные ценности», констатирует: «В науке уголовного права под непосредственным объектом хулиганства понимается общественный порядок в части обеспечения спокойных условий общественно полезной деятельности, быта и отдыха людей. Иными словами, совокупность общественных отношений, которые обеспечивают общественное спокойствие, нормальные условия труда, быта и отдыха людей. С этим мы согласиться не можем» [34, с. 57]. Но уже через две страницы В. В. Налуцишин, поддерживая позицию С. Д. Шапченко, делает следующий вывод: «Общественный порядок — это состояние общественных отношений, связанное с соблюдением каждым гражданином условий, определенных правовыми нормами, традиционными моральными и обычными требованиями относительно уважения к власти, правопослушности, соблюдения правил общепринятого поведения в обществе, при котором каждый со своей стороны ведет себя так, как фактически ведут другие. Общественный порядок находится в единстве и взаимообусловленности с правопорядком» [34, с. 61].

Не вдаваясь в детали по поводу приведенных определений общественного порядка, заметим — все правильно, одно непонятно: почему в этих определениях претендующие на универсальность «социальные ценности» исчезают, а вместо них появляются «абстрактные», «расплывчатые», «искусственные» и т. д. общественные отношения? Не потому ли, что с позиции общества, как справедливо подчеркивает В. Белоконев, вред не может быть причинен ценностям путем изменения их свойств, поскольку пока они не находятся в системе общественных отношений, они для общества безразличны. Ценности только тогда становятся социально значимыми, когда входят в структуру общественных отношений, а люди становятся их субъектами, когда между людьми возникают конкретные связи по поводу этих ценностей. Поэтому уголовно-правовой охране подлежат не сами ценности, а ценности как элемент общественных отношений [35, с. 14].

В. М. Трубников, отталкиваясь от собственной же точки зрения о «двуобъектности» объекта преступления (основным первичным объектом, которому причиняется вред, выступает социальная оболочка личности, а вторичным — сформированные в данном обществе социальные, общественные отношения, которые и образуют эту оболочку), вдруг делает довольно неожиданный вывод о том, что новым универсальным понятием объекта должны признаваться права и свободы человека и гражданина [36, с. 325]. Свой вывод автор обосновывает ссылками на позицию В. Д. Спасовича, который рассматривал преступление как посягательство на чье-либо право. В этой связи нельзя не согласиться с Я. О. Шаппом, который отмечает: «Основная заповедь морали, касающаяся действительных взаимоотношений людей друг с другом, может быть сформулирована одним предложением: «уважай другого». Заповедь уважения человека человеком уже обуславливает общность с другим человеком, что и делает реальной эту заповедь. Связь с общностью выступает как результат исторического процесса, который объединяет людей в единый поток событий. Речь идет не об обязанности, порождающей связь, а о связи, которая делает возможной саму обязанность» [37, с. 89].

Иначе говоря, трактовка прав и свобод человека и гражданина как внесоциальной категории просто абсурдна. Ведь не случайно Конституция Украины признает человека, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность не просто наивысшей ценностью, а ценностью социальной. К тому же «универсальность» нового понятия объекта разбивается о первый же раздел Особенной части УК Украины — «Преступления против основ национальной безопасности Украины». Кстати, на это обращал внимание и сам В. Д. Спасович, логическим завершением позиции которого стал его собственный вывод о том, что в конечном итоге преступление причиняет вред «целому правосостоянию, то есть всему быту государственному». Впрочем, на весьма своеобразное цитирование классиков уже обращалось внимание.

Сама по себе номенклатура прав и свобод человека, как вообщем-то и любое иное нормативное предписание, объективно не может выступать в качестве объекта уголовно-правовой охраны. В противном случае последняя превращается в самоцель. Охране подлежит такой, складывающийся в результате реализации этих предписаний, порядок взаимоотношений между людьми, а также между человеком и государством, при котором все люди свободны и равны в своем достоинстве и правах, права и свободы человека неотчуждаемы и нерушимы и определяют содержание и направленность деятельности государства. М. М. Абраш-кович, еще в самом начале прошлого века, справедливо заметил: «Особенно важно понять нравственность не как отвлеченную норму, а как живую силу, которая проникает в борьбу интересов и страстей, чтобы примирить и облагородить ее. Что такое право, как не результат этого примирения, вызванный прикосновением нравственного начала к жизни? Мы представляем себе правовой порядок прежде всего как порядок реальных отношений, как практику жизни, как ту совокупность основных и элементарных требований, без которых самое существование в обществе было бы невымыслимо» [38, с. 618].

Выше уже подчеркивалось, что одна лишь нормативная приоритетность человека, его прав и свобод не более чем декларация, по сути ничего не меняющая с точки зрения складывающейся социальной практики. Специалисты в области конституционного права констатируют, что «права и свободы человека и гражданина еще не стали в Украине реальной ценностью, а каждый четвертый гражданин Украины живет за чертой бедности... Теория и практика безусловно подтверждают решающую роль в системе конституционализма механизмов части защиты прав человека по сравнению с определением прав, сведенных в законы государств и международные стандарты» [39, с. 15, 16].

Определяя понятие конституционализма, М. Ф. Орзих приходит к выводу, что это политико-правовая система теории, идеологии и практики, включающая в себя конституционное правосознание, конституционно-нормативные постулаты, конституционные правоотношения, предусматривающие признание и государственную защиту прав и свобод человека и ассоциаций людей, а также субъективные публичные права и свободы (которые могут быть направлены против государственной власти по исковой модели: гражданин А против государства) и конституционную законность [39, с. 24].

Таким образом, права и свободы человека — это не только и не столько их нормативная номенклатура, сколько фактическая реализация и эффективная защита, что, в свою очередь, возможно только в рамках соответствующего социального порядка.

Среди оппонентов концепции объекта как общественных отношений весьма распространенным является тезис о том, что уголовный закон о таком объекте не упоминает.

Так, например, С. Б. Гавриш отмечает следующее: «Законодатель

никогда не пользовался и не пользуется сейчас при перечислении в соответствующих статьях Уголовных кодексов объектов уголовно-правовой охраны или в каком-нибудь ином смысле термином «общественные отношения». Так, в соответствии с ч. 1 ст. 2 УК РФ перечень этих объектов следующий: «Права и свободы человека и гражданина, собственность, окружающая среда, конституционный строй Российской Федерации, мир и безопасность человечества» [17, с. 4].

С ним солидарен и В. П. Емельянов: «Что касается уголовно-правовых норм, то никогда, ни в каком Уголовном кодексе того или иного государства (даже социалистического) общественные отношения не назывались и не называются в качестве объекта уголовно-правовой охраны» [18, с. 64].

На это же обстоятельство обращает внимание и В. М. Трубников: «В общей части Уголовного кодекса Украины (ч. 1 ст. 2) приводится обобщенный перечень объектов уголовно-правовой охраны. К ним относятся права и свободы человека и гражданина, собственность, общественный порядок и общественная безопасность, окружающая среда, конституционный строй Украины» [36, с. 325]. В этом перечне В. М. Трубников сначала особо выделяет права и свободы человека и гражданина, а потом делает вывод о том, что это универсальное понятие объекта преступления. Правда, на каком основании автор абстрагируется от других составляющих им же приведенного перечня и почему «права и свободы человека» наделяются статусом универсального понятия объекта, остается только догадываться.

Прежде чем мы вернемся к аргументу сторонников «новых» подходов к определению объекта преступления, хотелось бы полностью разделить точку зрения Г. П. Новоселова и В. П. Емельянова, которые отмечают следующее: «Понятие объекта преступления нередко увязывается не только с правовыми благами, охраняемыми законом интересами, субъективными правами и т. п., но и с такими общественными отношениями, которые либо что-то регулируют (участие в предпринимательской деятельности, рынок ценных бумаг, внешнеэкономическую деятельность и т. д.), что-то обеспечивают (нормальное функционирование личности, половую неприкосновенность и половую свободу личности ... и т. д.), либо где-то складываются (скажем, в сфере государственного регулирования налогообложения, в сфере потребительского рынка). Подобного рода трактовка «непосредственного» объекта преступления породила конструкции, которые, хотя формально и не вступают в очевидное противоречие с исходным тезисом, явно имеют «налет» искусственности и схоластики и, самое главное, ничего не дают для практики уголовно-правовых норм» [18, с. 64].

Добавим, что такой подход особенно характерен для уголовно-правовой литературы последних лет издания, когда концепция «объект — общественные отношения» уже серьезно расшатана, а взамен, по сути, ничего не создано.

Так, например, авторы коллективной работы «Окружающая среда как объект уголовно-правовой охраны», поддерживая идею С. Б. Гавриша о необходимости перемещения ст. 268 УК Украины (незаконный ввоз на территорию Украины отходов и вторичного сырья) из раздела IX «Преступления против общественной безопасности» в раздел VIII «Преступления против окружающей среды» [40, с. 127], также приходят к выводу, что объектом этого преступления выступает окружающая среда как определенная ценность (благо) [41, с. 50]. Это благо, по представлению авторов, состоит из отдельных элементов или объектов, на которые посягают те или иные деяния, ответственность за которые предусмотрена разделом VIII Украины [41, с. 51]. Эти элементы определяются следующим образом: нарушение правил экологической безопасности (ст. 236 УК) посягает на общественные отношения по охране окружающей природной среды и экологическую безопасность населения [41, с. 56]; принятие мер по ликвидации последствий экологического загрязнения (ст. 237 УК) посягает на экологические права граждан и в первую очередь — право экологической безопасности [41, с. 58]; сокрытие или искажение сведений об экологическом состоянии или заболеваемости населения (ст. 238 УК) посягает на конституционное право граждан на экологическую информацию [41, с. 59]; незаконная порубка леса (ст. 246 УК) причиняет вред общественным отношениям по охране леса и лесных насаждений [41, с. 63], а незаконное занятие рыбным, звериными или иным водным добывающим промыслом (ст. 249 УК) — общественным отношениям по охране водных биологических ресурсов [41, с. 73]; общественные отношения по охране окружающей среды — основной непосредственный объект проектирования или эксплуатации сооружений без систем защиты окружающей среды (ст. 253 УК) [41, с. 62].

Авторов, пожалуй, нельзя упрекнуть только в том, что они не упомянули какую-либо из известных концепций объекта преступления.

Здесь действительно есть все: и правовое благо, и социальная ценность, и общественные отношения, и права и свободы человека, и сам человек. Создается впечатление, что для упомянутых авторов этот вопрос вообще не имеет принципиального значения. К сожалению, подобный подход характерен и для некоторых общетеоретических источников. Так, например, авторы учебного курса «Общетеоретическая юриспруденция» под редакцией Ю. Н. Оборотова констатируют следующее: «Объект правонарушения — общественные отношения, социальные блага, ценности, права и свободы личности, интересы государства, природная среда, на которые посягает правонарушитель. Выделяют общий и конкретный объект правонарушения. Общий объект — это совокупность всех общественных отношений и социальных ценностей, охраняемых правом. Конкретный объект — это определенные для каждого случая материальные и нематериальные блага и ценности (природная среда, собственность, жизнь, честь, достоинство), а также отношения, возникающие по поводу обладания ими» [31, с. 287].

В. Н. Киричко и А. И. Перепелица, авторы весьма солидного труда «Преступления в сфере хозяйственной деятельности по Уголовному кодексу Украины и в судебной практике», определяя понятие объекта легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем (ст. 209 УК Украины), в качестве такового называют общественные отношения в сфере занятия хозяйственной деятельностью и борьбы с легализацией (отмыванием) доходов, полученных преступным путем [42, с. 116].

При всем уважении к авторам, представить себе объект этого преступления как «общественные отношения в сфере борьбы...» (то есть ведется какая-то борьба с легализацией доходов и в рамках этой борьбы есть сфера, охраняемая уголовным законом) довольно сложно. Объект незаконного изготовления, хранения, сбыта либо транспортировки с целью сбыта подакцизных товаров (ст. 204 УК). В. Н. Киричко и А. И. Перепелица трактуют следующим образом: это «общественные отношения в сфере хозяйственной деятельности с подакцизными товарами, которые обеспечивают: по ч. 1 и ч. 2 — соблюдение установленного порядка производства и оборота подакцизных товаров и обязательную уплату акцизного сбора; по ч. 3 — охрану жизни и здоровья потребителей подакцизных товаров и их законные интересы» [42, с. 78]. Определение основного непосредственного объекта деяния, предусмотренного ч. 3 ст. 204 УК, как жизни и здоровья человека абсолютно необоснованно, поскольку в целом речь идет о преступлении в сфере хозяйственной деятельности. Изготовление подакцизных товаров из недоброкачественного сырья основной направленности этого преступления не меняет. Жизнь и здоровье людей ч. 3 ст. 204 УК охраняет в качестве дополнительного непосредственного объекта, что авторами попросту игнорируется.

Безусловно, общественные отношения ничего не регулируют (они сами нуждаются в регламентации), ничего не обеспечивают (наоборот, обеспечение их нормального функционирования достигается за счет правовой и неправовой регламентации) и не могут где-то складываться (общественные отношения неотъемлемы от человеческой деятельности, создаются в процессе этой деятельности, а потому не могут ни существовать, ни изменяться независимо от нее. В свою очередь, деятельность человека неминуемо включается в систему общественных отношений. Общественные отношения и человеческая деятельность сами по себе (автономно) существовать не могут). Подход к объекту преступления как к общественным отношениям, которые что-то регулируют, обеспечивают или где-то складываются, действительно отрывает это понятие от реальной действительности и создает иллюзию того, что существует еще что-то, что они регулируют, обеспечивают или ради чего складываются. Именно эта искусственно созданная двойственность и породила самые различные, порой просто абсурдные, трактовки непосредственных объектов тех или иных преступных деяний.

Теперь вернемся к приведенному выше исходному тезису оппонентов теории объекта преступления как общественных отношений. Действительно, действующее уголовное законодательство Украины, как и законодательство других постсоветских республик, термином «общественные отношения» не оперирует. Однако, что представляют из себя упомянутые в ч. 1 ст. 1 УК Украины права и свободы человека и гражданина, собственность, общественный порядок и общественная безопасность, окружающая среда, конституционный строй, мир и безопасность человечества? Это не что иное, как урегулированные иными отраслями права, нравственными предписаниями и обычаями различные сферы социальных отношений.

Выше уже обращалось внимание на то, что права и свободы человека реализуются посредством определения прав и обязанностей иных лиц, общества, государства по их обеспечению. Каждый человек имеет право на свободное развитие своей личности, если при этом не нарушаются права и свободы других людей, и имеет обязанности перед обществом, в котором обеспечивается свободное и всестороннее развитие его личности, — гласит ст. 23 Конституции Украины. Поэтому посягательство на права и свободы человека и гражданина является посягательством на одноименные общественные отношения. Так, например, ст. 27 Конституции Украины провозглашает право на жизнь неотъемлемым правом каждого человека, параллельно возлагая на государство обязанности по его защите. Указание в ч. 1 ст. 115 УК Украины на причинение смерти другому человеку свидетельствует о том, что убийца вступает во взаимодействие не с белковым телом (поскольку жизнь есть способ существования белковых тел) или «формой биологического существования» (вспомним позицию Н. С. Таганцева и Л. С. Белогриц-Котляревского относительно критериев разграничения убийства от иных посягательств), а в отношении между людьми по поводу неприкосновенности человеческой жизни. Следовательно, уголовный закон охраняет не жизнь конкретного человека (иначе к уголовной ответственности необходимо было бы привлекать любые источники угроз жизни человека — от болезней и эпидемий до несчастных случаев и стихийных бедствий и нельзя было бы обосновать ненаказуемость самоубийства, лишение жизни другого человека в военное время или боевой обстановке, в состоянии необходимой обороны, при правомерном применении специальными субъектами оружия при задержании преступника, при приведении в исполнение приговоров к смертной казни), а отношения между людьми, основанные на признании неприкосновенности жизни.

Аналогичным образом обстоит дело и с другим, упомянутым в ч. 1 ст. 1 УК Украины, объектом, — собственностью «Собственность характеризуется наличием такой власти лица над вещью, которое признано обществом и регламентировано социальными нормами. Собственник распоряжается вещью своей властью и в своих интересах. Для него вещь — своя, для несобственников, соответственно — чужая.

Поскольку власть лица (собственника) над вещью невозможна без того, чтобы другие лица (которые не являются собственниками вещи) относились к ней как к чужой, собственность означает отношения между людьми по поводу вещей. На одном полюсе этого отношения — собственник, который относится к вещи как к своей, на другом — не собственники, то есть все другие лица, которые обязаны относиться к ней как к чужой. Это означает, что они обязаны воздерживаться от любых посягательств на чужую вещь, а следовательно, и на волю собственника иметь эту вещь.

Таким образом, собственность — это общественное отношение, которое характеризуется двумя основными признаками: 1) оно возникает по поводу вещей (имущества); 2) оно имеет волевое содержание. Из первого признака следует, что собственность — это всегда имущественное отношение. Наличие второго признака предопределяет необходимость учета значения такой категории, как «воля собственника», установление пределов волеизъявления собственника — констатируют авторы научно-практического комментария Гражданского кодекса Украины под редакцией Е. О. Харитонова [43, с. 342–343]. Как справедливо отмечает А. И. Бойцов, «указание закона на изъятие и обращение в пользу виновного или других лиц чужого имущества недвусмысленно говорит о том, что, совершая хищение, виновный вступает во взаимодействие не с вещью, а с ее собственником и нарушает не отношение последнего к вещи, а существующие между людьми отношения собственности, покоящиеся на различии своего и чужого. Уголовный закон охраняет не вещи сами по себе, а отношения между людьми, основанные на признании собственности. Именно в указании на понимаемый таким образом объект находит свое отражение социально-разрушительная сущность приведенных в УК деяний [26, с. 21–22]. Взгляд на общественные отношения собственности в качестве объекта преступления позволяет понять, почему опасность каждого из посягательств этой группы не может измеряться только размером причиненного индивиду материального ущерба, почему наказуемо покушение на хищение, вовсе не влекущее материального ущерба, а также ответить на ряд других вопросов, решение которых «непосредственно зависит от того, что понимается под объектом преступления, каков механизм воздействия деяния человека на объект преступления и в чем заключается ущерб, причиненный объекту» [26, с. 22].

Вытекающий отсюда вывод, в соответствии с которым объектом преступлений против собственности выступают отношения собственности, а предметом — имущество, является абсолютно логичным и вполне обоснованным. Подвергнуть его конструктивной критике довольно сложно, если только не представить преступления против собственности в качестве уголовно-правовой фикции. Так, например, В. В. Векленко предлагает заменить нынешнее наименование главы 21 УК РФ, как не соответствующее ее действительному содержанию, на «Преступле-

ния против чужого имущества» и тем самым более точно определить объект и предмет рассматриваемых преступлений», поскольку «зафиксированные в ней составы в большей части обращены к охране отношений по поводу имущества» [44, с. 16].

Эту же позицию отстаивает и В. П. Емельянов: «В первую очередь неточным является само название главы «Преступления против собственности». Эта глава включает в себя лишь незначительную часть преступлений, затрагивающих интересы собственников, а именно, имущественные преступления, и то в основном в отношении движимого имущества. За рамками этой главы остаются преступления против интеллектуальной собственности, собственности на землю и многие другие, поэтому более точным для данной главы было бы название «Имущественные преступления» [18, с. 68].

Такой подход, по мнению В. П. Емельянова, «представляется совершенно правильным, поскольку вред в данных случаях причиняется действительно имуществу, а не праву собственности на это имущество, ибо в результате похищения имущества собственник не утрачивает права собственности на него и может в любой момент истребовать свое имущество от любого незаконного владельца, а виновное лицо никогда не сможет обрести права собственности на находящееся в незаконном пользовании имущество, т. к. в соответствии с гражданским законодательством право собственности возникает на законных основаниях» [18, с. 69].

Свой вывод В. П. Емельянов аргументирует ссылками на положения УК РСФСР (1922 и 1926 г.г.) и других республик, где соответствующие главы назывались «Имущественные преступления» и «не возникало вопроса о том, что является объектом, а что — предметом, все было едино», уголовно-правовую литературу 30–50-х годов XX века, где тоже ставился знак равенства между собственностью и имуществом, а также ссылками на положения зарубежного уголовного законодательства, где речь идет о «Преступных деяниях против имущества» (УК Швейцарии), «Преступлениях против имущества» (УК КНР), «О краже, разбое и других преступлениях, связанных с похищением имущества» (УК Швеции) и др. [18, с. 68–69].

Как уже отмечалось, положения зарубежного уголовного законодательства в этой части вряд ли могут претендовать на роль универсальных стандартов². Еще раз подчеркнем — учение об объекте преступления в западной уголовно-правовой доктрине особого развития не получило.

Так, английская доктрина уголовного права в ее классическом варианте рассматривает преступление в целом как единство двух элементов: *actus reus* (запрещенного поведения в самом широком, общем смысле слова) и *mens rea* (сопутствующего такому поведению психического настроения). Согласно представлениям французских юристов преступление — это действие или бездействие, предусмотренное и наказуемое

уголовным законом, вменяемое в вину его исполнителю и не оправданное осуществлением какого-либо права. По мнению Ж. Левассера, А. Шавана и Ж. Монтрея, преступное деяние включает четыре признака: материальный, уголовной противоправности (или «легальный»), моральный (психологический) и признак «неоправданности».

Последний означает, что отсутствуют причины для оправдания совершенного деяния: лицо не действовало в условиях необходимой обороны или крайней необходимости, не исполняло приказ вышестоящего начальника, не действовало под принуждением или в результате ошибки в праве [45, с. 153]. В более позднем труде Ф. Конта и П. Мэстра дю Шамбона к основным признакам преступного деяния отнесены два: материальный и моральный. При этом авторы полагают, что названные признаки — это элементы, совокупность которых обуславливает наличие состава преступного деяния. Что касается «легального» элемента, то его следует считать «компонентом», а не «составляющим» элементом преступного деяния [45, с. 153]. «Таким образом, — как отмечают Г. А. Есаков, Н. Е. Крылова и А. В. Серебренникова, — в теории французского уголовного права не выработано не только какого-либо единого понятия преступного деяния, но и единого мнения по поводу того, что следует считать его основными признаками и структурными элементами» [45, с. 153].

В немецкой уголовно-правовой доктрине преступным деянием признается противоправное, виновное, соответствующее признакам «состава закона» деяние, находящееся под угрозой наказания [45, с. 189]. Специалисты отмечают, что в современном немецком уголовном праве понятие противоправности существенно расширилось. Она не сводится к противоречию только уголовному закону, а понимается в более широком смысле слова: противоречие деяния правопорядку в целом, т. е. соответствующее деяние содержит признаки «состава закона» преступного деяния или нарушения общественного порядка. Такое деяние только тогда не является противоправным, когда у лица отсутствует понимание того, что оно действует противоправно, если оно не могло избежать этой ошибки (§ 17 УК). Поэтому ошибка в запрете (т. е. ошибка лица относительно того, что оно действует противоправно), как правило, влечет за собой признание невиновности лица. Если же лицо заблуждается в фактических обстоятельствах дела (т. е. его заблуждение относится к определенным признакам конкретного «состава закона»), то считается, что такая ошибка исключает совершение умышленного деяния и лицо может быть наказано только за совершение деяния по неосторожности (абз. 1 § 16 УК) [44, с. 190]. «Соответствие составу закона» понимается как выполнение конкретным деянием законодательно определенных признаков состава закона, т. е. признаков, определенных в соответствующей норме. О соответствии преступного деяния составу закона или о выполнении состава закона речь может идти только тогда, когда его признаки соответствуют всем признакам состава закона. В бо-

лее узком смысле слова «состав закона» понимаются как законодательное определение объективных и субъективных предпосылок поведения, находящегося под угрозой наказания, необходимых для признания его преступным деянием. Составы закона детально регламентируются в Особенной части УК.

Существенной особенностью германского уголовного права является то, что вина не рассматривается как элемент состава закона [45, с. 19].

Как видим, в западной уголовно-правовой доктрине объект преступления не фигурирует в качестве необходимого элемента преступного деяния (состава деяния). Поэтому его установление при привлечении лица к уголовной ответственности не требуется. Отсюда и довольно произвольное построение системы Особенной части УК. Отечественная же уголовно-правовая доктрина в этом вопросе стоит на принципиально иных позициях, рассматривая объект преступления в качестве обязательного элемента состава и провозглашая основанием уголовной ответственности совершение лицом общественно опасного деяния, содержащего состав преступления, предусмотренный УК (ч. 1 ст. 2 УК Украины).

Такое положение вещей позволяет усомниться в состоятельности позиции, касающейся необходимости переименования раздела VI УК Украины «Преступления против собственности» в «Имущественные преступления», аргументированной ссылками на зарубежное уголовное законодательство, как, впрочем, и ссылками на собственный исторический опыт, поскольку за основу берется период, когда целостное учение об объекте преступления еще не сложилось.

Статья 177 ГК Украины вещи, имущество и имущественные права не отождествляет, рассматривая их в качестве самостоятельных объектов гражданских прав. Вещью является предмет материального мира, относительно которого могут возникать гражданские права и обязанности (ст. 179 ГК), а имуществом как особым объектом считаются отдельная вещь, совокупность вещей, а также имущественные права и обязанности (ст. 190 ГК). Вполне очевидно, что ни «имущественные права», ни «имущественные права и обязанности» не могут быть отнесены к «предметам материального мира», как на то ориентирует определение вещи, содержащееся в ст. 179 ГК.

Выход из положения цивилисты усматривают в делении вещей на телесные (имеющие материальный субстрат) и бестелесные (не имеющие материального субстрата) [46, с. 202].

Что же касается права собственности, то таковым в соответствии с ч. 1 ст. 316 ГК Украины является право лица на вещь (имущество) как телесный объект. Юридическая принадлежность вещи определенному лицу означает, что все другие лица обязаны признавать эту принадлежность и не нарушать ее. Поэтому вещно-правовую защиту еще называют абсолютной, подчеркивая этим, что собственник вещного права может получить защиту от нарушений со стороны «всех и каждого»

[46, с. 312]. Имущественные права и обязанности (бестелесные объекты) гражданское право относит к сфере обязательственных отношений (книга V ГК Украины).

Если права на вещи опосредуют статику общественных отношений (состояние принадлежности вещей) в сфере гражданского оборота, то обязательства прежде всего обеспечивают его динамику, регулируя обязанности по передаче вещей от одного лица другому, выполнению действий, предоставлению услуг.

Обязательства являются одним из видов гражданских правоотношений и обладают всеми признаками последних. Вместе с тем они имеют и специфические черты, которые позволяют выделить их из общей совокупности гражданских правоотношений и, в частности, отделить от вещных отношений:

1) сторонами обязательства являются конкретно определенные лица: кредитор — лицо, которому принадлежит право требования, и должник (дебитор) — лицо, которое несет обязанность, соответствующую праву требования кредитора. Этим обязательства (относительные правоотношения) отличаются от абсолютных правоотношений (правоотношений собственности и т. п.), в которых управомоченному лицу противопоставлен не конкретный круг обязанных лиц, а «все и каждый»;

2) объектами обязательственных правоотношений могут быть действия, связанные с передачей имущества, выполнением работ и т. п., или воздержание от совершения действий, в то время как объектами вещных правоотношений являются вещи;

3) осуществление субъективного права кредитора в обязательственных правоотношениях возможно только в случае совершения должником действий, которые составляют его обязанность, тогда как в вещных правоотношениях уполномоченное лицо может осуществлять свои субъективные права самостоятельно, не обращаясь за помощью к другим лицам;

4) обязательства опосредуют динамику гражданского оборота. Вещные права — это его статика.

С учетом этих признаков обязательства в цивилистической литературе чаще всего определяют как гражданские правоотношения (или «закрепленные гражданским законом общественные отношения»), связанные с перемещением имущественных и других результатов труда, в результате которых одно лицо (кредитор) имеет право требовать от другого лица (должника) совершения или воздержания от совершения определенных действий [46, с. 442].

Практически так же выглядит и легальное определение обязательства, содержащееся в ст. 509 ГК, согласно которому обязательством является правоотношение, в котором одна сторона (должник) обязана совершить в интересах второй стороны (кредитора) определенное действие (передать имущество, выполнить работу, предоставить услугу, уплатить деньги и т. п.) или воздержаться от определенного действия,

а кредитор имеет право требовать от должника выполнения его обязанности.

Следует отметить и то обстоятельство, что указание законодателя на односторонний характер обязательства (одна сторона имеет права, а другая — обязанности), в гражданско-правовой литературе признается некорректным, поскольку такая простая правовая связь в практике встречается достаточно редко (в договорах простого дарения, безвозмездной ссуды, займа, пожизненного содержания, а также в обязательствах о возмещении вреда). Чаще всего речь идет о взаимосвязи прав и обязанностей сторон обязательства. Например, в договоре купли-продажи продавец обязан передать покупателю определенную вещь, и в этом отношении он является должником. Также он имеет право требовать от покупателя уплаты покупной цены, в этом отношении является кредитором. Покупатель, в свою очередь, выступает как кредитор, требуя передачи вещи, и как должник — выполняя обязанность заплатить за покупку.

Выяснение того, действует ли сторона в конкретной ситуации как должник или как кредитор, имеет большое значение для правильного применения других норм (например, тех, которые устанавливают последствия просрочки должника или просрочки кредитора). Следовательно, такое обстоятельство должно быть учтено при определении понятия этой категории. С учетом этого гражданско-правовое обязательство определяется как гражданское правоотношение, участники которого имеют права и обязанности, направленные на опосредование динамики гражданских отношений; передачу имущества, выполнение работы, предоставление услуги, уплату денег и т. п. [46, с. 443]. В свою очередь, любое правоотношение есть не что иное, как «специфический вид общественных отношений» [31, с. 143].

Таким образом, гражданское право четко разграничивает абсолютные правоотношения (собственность) и правоотношения относительные (обязательства). ГК Украины посвящает этим вопросы две самостоятельные книги: книгу третью — праву собственности и другим вещным правам, книгу пятую — обязательственному праву. Именно с этих позиций подходит к охране обозначенных выше «специфических видов общественных отношений» и уголовное законодательство, предусматривая охрану собственности в VI разделе, а хозяйственной деятельности в VII разделе УК Украины. Отказ от понятия «преступления против собственности» и замена его понятием «имущественные преступления» неизбежно приведут к полному смешению этих понятий и невозможности разграничения преступлений против собственности и преступлений в сфере хозяйственной деятельности. То обстоятельство, что УК Украины в соответствующих статьях оперирует понятием «чужое имущество», а не «чужая собственность», с нашей точки зрения, абсолютно обоснованно, поскольку завладение отношением по природе своей невозможно. К тому же имущество при краже, грабеже, разбое, мошен-

ничестве, вымогательстве как раз и не страдает. Если предположить, что имущество, а не собственность является объектом этих преступлений, придется признать одно — они безобъектны, поскольку деяний, ничему не причиняющих вреда, объективно не существует. Предвидя такую ситуацию, В. П. Емельянов отмечает: «Нередко в качестве контраргумента используется тезис, что при похищении имущества похищенной вещи никакого вреда не причиняется, а значит, имущество не является объектом преступления. Однако этот тезис тоже есть не что иное, как результат смешения понятий. Действительно, конкретной вещи, которая похищена, никакого ущерба не причиняется и причинено быть не может, ибо не для того данная вещь похищается, чтобы причинить ей вред, а для того, чтобы извлечь из этого какую-то пользу. Ущерб причиняется имуществу собственника как совокупности имущественных благ, как некоей имущественной массе, наличному имущественному фонду, который реально уменьшается за счет похищения той или иной вещи. Именно в этом смысле имущество выступает в качестве объекта (предмета) преступления» [18, с. 69].

Следует согласиться с В. П. Емельяновым, что имущество в этом смысле выступает в качестве объекта, только в этом смысле оно и есть не что иное, как собственность. Оприходование (попадание в фонды активы) имущественной массы и означает ее присвоение и установление над ней права собственности. К выводу об отождествлении имущества и собственности в конце концов приходит и В. В. Векленко.

При этом, вначале не ставя знак равенства между собственностью и имуществом, «поскольку имущество — значительно более широкое понятие», становящееся собственностью лишь «при установлении над ним законного права владения, пользования и распоряжения», автор ставит под сомнение мысль о том, что в гл. 21 УК РФ собственность трактуется как объект», поскольку «в большинстве статей данной главы законодатель применительно к предмету преступлений использует понятие «имущество», что не вызывает у В. В. Векленко «никаких претензий, так как собственность граждан, юридических лиц, государственная и муниципальная в ст. ст. 212–215 ГК РФ определяется посредством указания на имущество, а в ряде случаев и прямо отождествляется с ним» [44, с. 16].

Таким образом, попытки подменить понятие собственности понятием имущества и представить последнее в качестве объекта преступлений, предусмотренных разделом VI УК Украины, с нашей точки зрения, абсолютно несостоятельны.

Конституционный строй Украины, при всей сложности и многозначительности этого понятия, в теории конституционного права определяется как реально существующий общественный и государственный строй. «Его основу составляют те объективно существующие общественные отношения, которые определяют наиболее существенные экономические, политические, социальные и иные характеристики общества. Таким

образом, по своему содержанию, конституционный строй включает в себя ряд составляющих. Основными среди них являются: основы социальных отношений, основы политических отношений, основы экономических отношений, основы духовной жизни, основы правового статуса личности» [47, с. 78]. «Конституционный строй, — справедливо замечает А. А. Майданник, — это официальный общественный и государственный строй и официальная система иных общественных отношений, предусмотренных и гарантированных Конституцией и законами, принятыми на ее основе и в соответствии с ней» [47, с. 79].

Упомянутые в ч. 1 ст. 1 УК Украины общественный порядок и общественная безопасность говорят сами за себя. Что же касается мира и безопасности человечества, относительно нового для уголовного законодательства Украины объекта уголовно-правовой охраны, то на характеристике этого понятия следует остановиться подробнее.

Международно-правовые акты понятие «мир и безопасность человечества» не раскрывают, констатируя лишь, что посягающие на них деяния относятся к самым тяжким (преамбула к Конвенции о неприменяемости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества от 26 ноября 1968 г.). В литературе это понятие трактуется неоднозначно. Так, по мнению Ю. В. Николаевой, объектом преступлений против мира и безопасности человечества являются общественные отношения по обеспечению всеобщего мира и всеобщей безопасности [48, с. 5]. Выше уже обращалось внимание на необоснованность такого подхода к определению объекта преступления, поскольку общественные отношения ничего не обеспечивают (регламентируют) и где-то там не складываются.

Н. Ф. Кузнецова называет непосредственными объектами ряда преступлений против мира и безопасности человечества «основы мира, т. е. мирного взаимодействия государств при решении любых проблем, исключаящего какое-либо насилие», «международные правоотношения в сфере соблюдения правил ведения войны или разрешения вооруженных конфликтов», «основы человечества и человечности, т. е. международного обеспечения безопасности национальных, этнических, расовых, религиозных групп» [49, с. 353, 366, 383].

Г. В. Матусевич отмечает, что преступления против мира и безопасности человечества «способны причинить невосполнимый ущерб самим основам существования жизни на земле, так как объектом их посягательства являются не отдельные общественные отношения в той или иной сфере жизни и деятельности человека, общества, государства, а сама жизнь на земле, существование человечества или значительной его части» [50, с. 485].

А. Г. Кибальник и И. Г. Соломоненко, посвятившие характеристике преступлений против мира и безопасности человечества специальное монографическое исследование, вслед за А. В. Наумовым приходят к выводу, что теория объекта как общественного отношения «не срабаты-

вает» в целом ряде случаев. С их точки зрения, в уголовно-правовой теории наметился своеобразный поворот к пониманию объекта правовой охраны не только как общественного отношения в узком смысле этого слова, но и как реального блага, интереса [51, с. 19].

«Такое понимание объекта преступления, — отмечают авторы, — в большей мере соответствует новой иерархии объектов уголовно-правовой охраны, переоценка которых произошла в УК РФ 1996 г. Как известно, буква Уголовного закона гласит, что под охрану взяты «права и свободы человека и гражданина ... мир и безопасность человечества» (ч. 1 ст. 2 УК РФ) как самостоятельные ценности, без обязательной их реализации в общественных отношениях как таковых, т. е. в отношениях нескольких (минимум — двух) субъектов уголовного правоотношения [51, с. 19].

По всей вероятности, А. Г. Кибальник и И. Г. Соломоненко не разграничивают общественные отношения как объект уголовно-правовой охраны и общественные отношения, составляющие предмет уголовно-правового регулирования. Непонятно к тому же, каким образом охраняемые законом ценности могут быть реализованы в уголовном правоотношении. «Непосредственным объектом преступления должен считаться тот юридический интерес, которому изначально причиняется вред конкретным преступлением либо создается угроза причинения такого вреда [51, с. 19].

Руководствуясь этим тезисом, А. Г. Кибальник и И. Г. Соломоненко приводят такие дефиниции. «Безопасность человечества как охраняемый уголовным правом интерес (объект) представляет собой состояние защищенности человечества в целом либо демографических групп от угроз их физическому существованию, исходящих от субъектов уголовного права» [51, с. 20].

«Непосредственным объектом преступлений против мира признаются охраняемые общепризнанными принципами международного права и международным правом интересы соблюдения всеобщего мира и правил мирного урегулирования межгосударственных споров» [51, с. 21].

«Основным непосредственным объектом военных преступлений признаются охраняемые общепризнанными принципами международного права и международным гуманитарным правом интересы, соблюдение правил ведения вооруженных конфликтов международного и немеждународного характера» [51, с. 24].

«На основе приведенных рассуждений, полагаем, — продолжают упомянутые авторы, — что под интересами мира и безопасности человечества как родовым объектом национальной уголовно-правовой охраны надо понимать:

— интересы обеспечения мирного сосуществования государств и мирного разрешения межгосударственных споров;

— интересы обеспечения физического существования неопределенного круга лиц (человечества в целом либо демографических групп) от любых угроз, источником которых является человеческий фактор;

— интересы соблюдения правил ведения вооруженных конфликтов международного и немеждународного характера» [51, с. 24].

Итак, попытка вырвать мир и безопасность человечества из «отношенческой» плоскости и представить их в виде самостоятельной ценности, витающей в некоем асоциальном вакууме, явно не удалась, поскольку обеспечение равновесия между интересами различных государств, равно как и состояние защищенности человечества в целом либо отдельных демографических групп, возможно только в условиях определенного социального порядка.

Иначе говоря, мир и безопасность человечества — это состояние упорядоченности социальными нормами (нормами права, морали, нормами-обычаями) одноименных общественных отношений. Антиподом порядка является хаос и беспорядок, произвол и беззаконие. Ведь не случайно сами же авторы приходят к выводу, что «юридическое понимание мира и безопасности человечества можно определить исходя из анализа противоположных состояний человеческого общества, что мир — это состояние, характеризующиеся отсутствием войны» и т. д. [51, с. 19]. Характеризуя военные преступления, А. Г. Кибальник и И. Г. Соломоненко в конце концов констатируют, что «они посягают на установленный в международном гуманитарном праве порядок ведения вооруженных конфликтов международного и немеждународного характера. Данный регламентированный порядок ведения военных действий в вооруженных конфликтах является составной частью интересов мира и безопасности человечества» [51, с. 23].

А далее следует вполне закономерный, с нашей точки зрения, вывод: «Предупреждение преступлений против мира и безопасности человечества должно расцениваться в контексте поддержания мирового правопорядка (как совокупности всех интересов, взятых под защиту всеми отраслями права) в целом» [51, с. 27].

Мировой правопорядок рассматривается в качестве объекта тягчайших международных преступлений (геноцид, подготовка и ведение агрессивной войны, нарушение законов и обычаев войны и т. п.) и в общей теории права [31, с. 286].

Таким образом, перечисленные в ч. 1 ст. 1 УК Украины (ч. 1 ст. 2 УК РФ) объекты уголовно-правовой охраны есть не что иное, как «специфические виды общественных отношений», находящиеся в состоянии социальной (посредством норм морали, традиций, обычаев) и правовой (посредством норм права) упорядоченности.

Выше уже отмечалось, что уголовно-правовая доктрина досоветского периода, подходя к определению объекта преступления с принципиально верных методологических позиций, все же не смогла преодолеть нормативных рамок («сковывающих рамок права»), сводя это понятие к «норме права», «правосостоянию» и т. д. Использование категории общественных отношений, упорядоченных с помощью как правовых, так и неправовых регуляторов, эту проблему, как представляется, полностью

разрешило. В то же время нельзя не отметить то обстоятельство, что Конституционный Суд Украины в своем решении от 2 ноября 2004 г. (дело о назначении судом более мягкого наказания), определяя принцип верховенства права, указывает, что «верховенство права — это господство права в обществе. Одним из проявлений этого принципа является то, что право не ограничивается только законодательством как одной из его форм, а включает и иные социальные регуляторы, в частности, нормы морали, традиции, обычаи и т. д., легитимированные обществом и обусловленные исторически достигнутым культурным уровнем общества. Все эти элементы права объединяются качеством, соответствующим идеологии справедливости, идее права, которая в значительной степени нашла отражение в Конституции Украины» [52, с. 40]. Понятно, что в своем решении Конституционный Суд Украины не преследовал цели отождествить право и иные социальные регуляторы, а лишь предпринял попытку разграничить право и закон. Не случайно здесь же отмечается, что «такое понимание права не дает оснований для его отождествления с законом, который иногда может быть и несправедливым, в том числе ограничивающим свободу и равенство личности» [52, с. 40]. Поддерживая в целом идею Конституционного Суда Украины о необходимости разграничения права и закона, используемую им аргументацию вряд ли можно считать удачной, поскольку в своем логическом завершении такой подход приводит к отождествлению общественного порядка как состояния упорядоченности социальными нормами (нормами права, морали, обычаями) системы общественных отношений и правопорядка — стабильного состояния правовой упорядоченности системы общественных отношений, складывающегося в условиях реализации правовых норм, принципов и требований законности, — что абсолютно необоснованно. Эти понятия четко разграничиваются как в общей теории права [53, с. 718–719], так и в теории конституционного права [54, с. 64]. Да и Конституция Украины устанавливает в ч. 1 ст. 19 положение о том, что правовой порядок в Украине основывается на принципах, в соответствии с которыми никто не может быть принужден делать то, что не предусмотрено законодательством. «В таком ракурсе, — отмечает В. Е. Телипко, — правовой порядок представляет собой состояние упорядоченности, урегулированности, организованности общественных отношений, которое формируется, существует и функционирует вследствие реализации норм права в соответствии с принципом законности» [54, с. 64]. Отождествление общественного порядка (в широком значении) и правопорядка, складывающегося только на основе правовых норм и вследствие этого охраняемого специальными государственно-правовыми средствами, так или иначе вернет уголовно-правовую доктрину при определении понятия объекта преступления в «сковывающие рамки права», лишив многие деяния, не связанные с посягательством на «норму права» (например, преступления против половой свободы, поскольку сфера интимных отношений не урегулирована нормативными предписаниями) своего объекта.

Примечания

1. Законом Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно гуманизации ответственности за правонарушения в сфере хозяйственной деятельности» от 15 ноября 2011 г. такие преступления, как фиктивное банкротство (ст. 218 УК Украины) и незаконные действия при банкротстве (ст. 221 УК), были декриминализованы и переведены в разряд административных правонарушений (ст. 166¹⁶ и 166¹⁷ Кодекса Украины об административных правонарушениях). Декриминализовано также и сокрытие устойчивой финансовой несостоятельности (ст. 220 УК), Однако в интересующем нас аспекте эта новелла ровным счетом ничего не меняет.
2. Так, например, раздел VI УК Австрии «Преступные деяния против чужого имущества» не только полностью отождествляет вещи и имущество, но и объявляет наказуемыми по статьям этого раздела такие деяния, как повреждение данных (§ 126 a), нарушение работоспособности компьютерной системы (§ 126 b), посягательство на чужие права охоты и рыболовства (§ 137), применение силы браконьером (§ 140) и др. Такая система, с нашей точки зрения, не может избежать упрека в полном смешении понятий. Более того, трактовка вещи (имущества) как объекта посягательств этой группы приводит к конструированию весьма специфических положений, вызывающих некоторые недоумения. Часть 2 § 144 УК Австрии (вымогательство) гласит: «Деяние не является противоправным, если применение насилия или угроза не противоречат добрым нравам как средство для достижения поставленной цели». Таким образом, применение насилия может быть оправдано целью возвращения долга или своего имущества из чужого владения. Не трудно себе представить, как заимствование подобных положений (в условиях украинской реальности, когда действия государственных институтов зачастую неэффективны) скажется на активизации «добрых нравов» лиц, специализирующихся на «выбивании» чужих долгов.

Литература

1. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / В. І. Борисов, В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін [та ін.]; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. — 5-те вид., переробл. і допов. — Х.: Право, 2015. — 528 с.
2. Гавриш С. Б. Уголовно-правовая охрана природной среды Украины. Проблемы теории и развития законодательства / С. Б. Гавриш. — Х.: Основа, 1994. — 640 с.
3. Трубников В. М. Новый взгляд на объект преступления / В. М. Трубников // Право і безпека. — 2002. — № 1. — С. 84–87.
4. Туляков В. А. Виктемологические проблемы применения нового Уголовного кодекса / В. А. Туляков // Новий Кримінальний кодекс України: питання застосування і вивчення: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. [Харків], 25–26 жовт. 2001 р. / редкол.: В. В. Сташиса [та ін.]. — К.; Х., 2002. — С. 234–237.
5. Емельянов В. П. Понятие объекта преступлений в уголовно-правовой науке / В. П. Емельянов // Право і безпека. — 2002. — № 4. — С. 7–11.
6. Наумов А. В. Уголовное право. Общая часть: курс лекций / А. В. Наумов. — М.: НОРМА, 1996. — 547 с.
7. Уголовное право: учеб. для вузов. Т. 1. Общая часть / под ред. А. Н. Игнатова, Ю. А. Красикова. — М., 1998. — 484 с.
8. Расторопов С. Понятие объекта преступления: история, состояние, перспектива / С. Расторопов // Уголовное право. — 2002. — № 1. — С. 37–40.
9. Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления: методологические аспекты / Г. П. Новоселов. — М.: НОРМА, 2001. — 160 с.
10. Фесенко Є. В. Злочини проти здоров'я населення та система заходів з його охорони: монографія / Є. В. Фесенко. — К.: Атіка, 2004. — 280 с.

11. Андрушко П. П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: кримінально-правова характеристика / П. П. Андрушко. — К.: КНТ, 2007. — 328 с.
12. Андрушко П. П. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика: навч. посіб. / П. П. Андрушко, А. А. Стрижевська. — К.: Юрисконсульт, 2006. — 342 с.
13. Дзюба В. Т. Потерпілий від злочину в сфері господарської діяльності: його види та юридичні ознаки / В. Т. Дзюба // Відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності: матеріали наук.-практ. конф. 5–6 жовт. 2005 р. / редкол.: В. В. Сташис [та ін.]; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, Ін-т вивчення проблем злочинності Акад. правових наук. — Х.: Кроссруд, 2006. — С. 54–61.
14. Лихова С. Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (Розділ V Особливої частини КК України): монографія / С. Я. Лихова. — К.: Вид. полігр. центр «Київ. ун-т», 2006. — 573 с.
15. Загородников Н. И. Объект преступления: от идеологизации содержания к естественному понятию / Н. И. Загородников // Проблемы уголовной политики и уголовного права: межвуз. сб. науч. тр. / МВШМ МВД РФ. — М., 1994. — С. 5–22.
16. Энциклопедия уголовного права. Т. 4. Состав преступления. — СПб.: Изд. проф. Малинина, 2005. — 797 с.
17. Гавриш С. Б. Теоретические предпосылки исследования объекта преступлений / С. Б. Гавриш // Право и политика. — 2000. — № 11. — С. 4–15.
18. Емельянов В. П. Концептуальные аспекты исследования объекта преступления / В. П. Емельянов // Право и политика. — 2002. — № 10. — С. 61–72.
19. Таганцев Н. С. О преступлениях против жизни по русскому праву / Н. С. Таганцев. — СПб.: Тип. Н. А. Неклюдова, 1870. — 461 с.
20. Белогриц-Котляревский Л. С. Учебник русского уголовного права. Общая и Особенная части / Л. С. Белогриц-Котляревский. — К.; Петербург; Х.: Юж.-Рус. книгоизд-во Ф. А. Иогансона, 1903. — 618 с.
21. Спасович В. Учебник уголовного права. Т. 1 / В. Спасович. — СПб.: Тип. Иосафата: Огризко, 1863. — 428 с.
22. Сергиевский Н. Д. Русское уголовное право. Часть общая: пособие к лекциям / Н. Д. Сергиевский. — СПб., 1911. — VIII, 397 с.
23. Таганцев Н. С. Русское уголовное право: лекции. Часть общая. Т. 1 / Н. С. Таганцев. — М., 1994. — 380 с.
24. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права / Г. Ф. Шершеневич. — М.: Изд. бр. Башмановых, 1911. — 805 с.
25. Фейербах П. А. Уголовное право. Кн. 1. Философская или всеобщая часть уголовного права / П. А. Фейербах. — СПб.: Мед. тип., 1810. — С. 11–142.
26. Бойцов А. И. Преступления против собственности / А. И. Бойцов. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. — 775 с.
27. Курс советского уголовного права. Часть общая. Т. 1. — Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1968. — 645 с.
28. Иеринг Р. Цель в праве. Т. 1 / Р. Иеринг; под ред. В. Р. Личко; пер.: Н. Ф. Дерюжинский, Н. В. Муравьев. — СПб., 1881.
29. Дурманов Н. Д. Понятие преступления / Н. Д. Дурманов. — М.: Изд-во Акад. наук СССР, 1948. — 311 с.
30. Жалинский А. Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ / А. Э. Жалинский. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Проспект, 2009. — 400 с.
31. Общетеоретическая юрисдикция: учеб. курс: учебник / под ред. Ю. Н. Оборотова. — О.: Феникс, 2011. — 436 с.
32. Хозяйственное право Украины: учебник / под ред. А. С. Васильева, О. П. Подцерковного. — 3-е изд., перераб. и доп. — Х.: Одиссей, 2008. — 488 с.

33. Кримінальне право України. Особлива частина : підруч. для студ. юрид. вузів і ф-тів / Г. В. Андрусів, П. П. Андрушко В. В. Беньківський [та ін.]; за ред. П. С. Матишевського [та ін.]. — К.: Юрінком інтер, 1997. — 896 с.
34. Налуцишин В. В. Кримінальна відповідальність за хуліганство (ст. 296 КК України) : монографія / В. В. Налуцишин. — Х.: Харків юрид., 2009. — 252 с.
35. Білоконев В. Чому злочин заподіює шкоду? Спірні питання кримінального права / В. Білоконев // Закон і бізнес. — 1999. — № 32. — С. 14.
36. Трубников В. М. Кримінальна відповідальність за злісну непокору вимогам адміністрації виправної установи : монографія / В. М. Трубников, Ю. В. Орел. — Х.: Харків юрид., 2009. — 356 с.
37. Шапп Я. О. О свободе, морали и праве / Я. О. Шапп // Государство и право. — 2002. — № 5. — С. 85–92.
38. Абрашкевич М. М. Прелюбодеяние с точки зрения уголовного права: историко-догматическое исследование / М. М. Абрашкевич. — О.: Экон. тип., 1904. — 640 с.
39. Проблеми сучасної конституціоналістики : навч. посіб. / М. П. Орзіх, М. В. Афанасьєва, В. Р. Барський [та ін.]; за ред. М. П. Орзіха. — К.: Юрінком інтер, 2011. — 272 с.
40. Гавриш С. Б. Кримінально-правова охорона довкілля в Україні. Проблеми теорії, застосування і розвитку кримінального законодавства / С. Б. Гавриш. — К., 2002. — 634 с.
41. Довкілля як об'єкт кримінально-правової охорони : навч. посіб. / С. В. Діденко, С. В. Крючек, Г. С. Поліщук, Ю. В. Біла, В. О. Миронова. — Х.: Харків юрид., 2009. — 184 с.
42. Киричко В. М. Злочини у сфері господарської діяльності за кримінальним кодексом України та в судовій практиці : наук.-практ. комент. / В. М. Киричко, О. І. Перепелиця ; за заг. ред. В. Я. Тація. — Х.: Право, 2010. — 784 с.
43. Гражданский кодекс Украины : науч.-практ. комент. / под ред. Е. О. Харитоновна. — Изд. 4-е, доп. и перераб. — Х.: Одиссей, 2007. — 1280 с.
44. Векленко В. В. Преступления против собственности как уголовно-правовая фикция / В. В. Векленко // Российский юридический журнал. — 2000. — № 3. — С. 12–17.
45. Есаков Г. А. Уголовное право зарубежных стран / Г. А. Есаков, Н. Е. Крылова, А. В. Серебренникова. — М.: Проспект, 2009. — 336 с.
46. Харитонов Е. О. Гражданское право Украины : учебник / Е. О. Харитонов, А. В. Старцев, Е. И. Харитоновна. — Изд. 3-е, перераб. и доп. — Х.: Одиссей, 2007. — 920 с.
47. Майданник О. О. Конституційне право України : навч. посіб. / О. О. Майданник. — К.: Алетра, 2011. — 380 с.
48. Николаева Ю. В. Преступления против мира и безопасности человечества / Ю. В. Николаева. — М.: Наука, 1999. — 364 с.
49. Курс уголовного права. В 5 т. Т. 5. Особенная часть / под ред. Г. Н. Борзенкова, В. С. Комиссарова. — М.: Зерцало, 2002. — 512 с.
50. Уголовное право. Особенная часть. Т. 2 / Под ред. Л. Д. Гаухмана, С. В. Максимова. — М., 1999.
51. Кибальник А. Г. Преступления против мира и безопасности человечества / А. Г. Кибальник, И. Г. Соломоненко ; под ред. А. В. Наумова. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — 385 с.
52. Вісник Конституційного Суду України. — 2004. — № 5. — С. 38–45.
53. Скакун О. В. Теория государства и права (энциклопедический курс) : учебник / О. В. Скакун. — Х.: Эспада, 2007. — 840 с.
54. Теліпко В. Є. Науково-практичний коментар Конституції України / В. Є. Теліпко ; за ред. В. Л. Мусіяки. — К.: Центр учб. л-ри, 2011. — 544 с.

А н н о т а ц и я

Чугуников И. И. Объект преступления в современной уголовно-правовой науке: традиции и новации. — Статья.

В статье анализируется современный этап развития уголовно-правового учения об объекте преступления, характеризующийся масштабной ревизией традиционных представлений об этом элементе состава преступления как охраняемых законом об уголовной ответственности общественных отношениях. Рассматриваются предложенные в современной науке трактовки объекта как правового блага, социальной ценности, человека, его прав и свобод. Делается вывод о том, что вне определенного социального порядка эти категории лишены какой-либо функциональной нагрузки, а предположения, связанные с отказом от использования в уголовно-правовой теории понятия «общественные отношения», чаще всего продиктованы соображениями сугубо идеологического, а порою и конъюнктурного характера. На основе действующего уголовного законодательства Украины предпринимается попытка доказать жизнеспособность традиционного для отечественной уголовно-правовой науки подхода к определению понятия объекта преступления.

Ключевые слова: объект преступления, общественные отношения, правовое благо, социальная ценность, человек, права и свободы человека.

А н н о т а ц і я

Чугуников І. І. Об'єкт злочину у сучасній кримінально-правовій науці: традиції та новачії. — Стаття.

У статті аналізується сучасний етап розвитку кримінально-правового вчення про об'єкт злочину, який характеризується масштабною ревізією традиційних уявлень щодо цього елемента складу злочину як охоронюваних законом про кримінальну відповідальність суспільних відносинах. Розглядаються запропоновані у сучасній науці трактовки об'єкта як правового блага, соціальної цінності, людини, її прав та свобод. Робиться висновок про те, що поза певним соціальним порядком ці категорії позбавлені будь-якого функціонального навантаження, а пропозиції, пов'язані з відмовою від використання у кримінально-правовій теорії поняття «суспільні відносини», найчастіше за все обумовлені міркуваннями суто ідеологічного, а подекуди й кон'юнктурного характеру. На підставі діючого кримінального законодавства України робиться спроба довести життєздатність традиційного для вітчизняної кримінально-правової науки підходу до визначення поняття об'єкта злочину.

Ключові слова: об'єкт злочину, суспільні відносини, правове благо, соціальна цінність, людина, права і свободи людини.

S u m m a r y

Chugunnikov I. I. Object of crime in modern criminal and legal science: traditions and innovations. — Article.

Modern stage of development of criminal and legal doctrine on object of crime, characterized by extensive revision of traditional notions on this element of crime components as protected by law on criminal responsibility in social relations, has been analyzed in the article. Offered in modern science representations of the object as legal benefit, social value of a human, human rights and freedoms, have been examined. It has been concluded that outside specific social order these categories lack any functional load, and offers connected with refusal from use of notion «social relations» in criminal and legal theory are more often caused by considerations of absolutely ideological and sometimes even conjuncture nature. On the ground of effective criminal legislation of Ukraine an attempt to prove feasibility of traditional for native criminal and legal science approach to defining the notion of object of crime has been made.

Keywords: object of crime, social relations, legal benefit, social value, human, human rights and freedoms.

УДК 343.01

*Н. А. Савинова***СОЦИАЛЬНАЯ И ПЕРСОНАЛЬНАЯ ЗНАЧИМОСТЬ
УГОЛОВНОГО ПРАВОНАРУШЕНИЯ:
К ВОПРОСУ О СПРАВЕДЛИВОСТИ**

Портфолио современных правовых дефиниций феномена справедливости различных школ права и парадигм, равно как и отображения ее в уголовном праве, пронизаны положениями, стремящимися к гуманизации уголовной ответственности, обеспечению надлежащего уголовно-правового обращения, обеспечения уголовно-правовой регламентацией надлежащей защиты прав человека [всех поколений]. Все подобные определения и подходы объединяются, по сути, декларативностью принципа справедливости, утрачивающим свое первоначальное значение в силу подавления принципа Верховенства Права принципом Верховенства Закона, сводя реализацию уголовно-правовых норм к технологическим конструкциям. Общая декларация принципа справедливости при таких условиях утрачивает первоначальное значение, принуждая международную и внутреннюю уголовно-правовую политику искать пути внедрения «справедливости» на уровне дерогации и ситуативного вливания новых конструкций в существующие уголовно-правовые нормы.

Революционная смена ведущих парадигм и изменение концепций уголовного права навряд ли могут привести к справедливому обращению или реализации принципа справедливости в целом для каждого случая применения уголовной ответственности [1], в особенности при условии отказа от социальной оценки значимости уголовно-правового нарушения на определенном этапе времени в определенном месте его совершения.

Основываясь на оценке и определении «объективной» установки внешнего проявления деяния в законе, а также самого лица и «субъективного» его отношения к содеянному, не только применяются, но и конструируются нормы большинства современных уголовных кодексов Европы и постсоветского пространства.

Существует ряд ситуаций, при которых оценка одного и того же деяния, совершенного по отношению к неоднородным жертвам неодинаковыми по социальному и интеллектуальному уровню преступниками, в различной по значимости криминогенной обстановке и т. д., влияют на социальную значимость такого деяния, а также персональную значимость содеянного для потерпевшего и виновного.

К примеру, лишение имущества одинаковой стоимости магната и пенсионера, с учетом лишь объективных и субъективных элементов состава деяния, приведет к одной и той же квалификации и, как следствие, необходимости назначения наказания в рамках соответствующей санкции. То есть ограбление беспомощного старика и миллионера фактически приравниваются, оцениваясь не по значимости, а по объему, к примеру, предмета хищения, что в полной мере и демонстрируется одинаковостью квалификации. Аналогично идентичные деяния человека, загнанного в угол низким уровнем жизни и бесчинствующего селебрити также получают идентичную квалификацию и, следовательно, повлекут одинаковое наказание.

Стоит ли скрывать, что еще более циничным будет выглядеть пример сравнения и неодинаковых оценок идентичных действий по отношению к разнородным [условно невиктимным] жертвам убийства. Так, лишение жизни одинокого человека и альтернативно кормильца многодетной семьи также имеет неодинаковое социальное значение. И хотя, безусловно, жизнь человека независимо от статуса и имущественного уровня всегда равно важна и посягательство на нее требует наказания, социальные последствия для семьи убитого многодетного отца и, следовательно, общества намного болезненнее, нежели принудительный уход человека, от которого не зависят выживание и развитие детей.

Однако тут слеп сам Закон, а не Правосудие. Не осуществляется ли в данном случае подмена понятий? Справедливо ли это? Отражает ли бездушная оценка реальную роль деяния в обществе и на индивидуальном уровне?

Значение любого деяния отображается в реальности и влияет на общество на микро-, мезо- и макроуровне. Наряду с объективными и субъективными элементами уголовного правонарушения, некоторые элементы значимости деяния для общества и личности влияют на оценку деяния, однако далеко не все, а лишь те, что отражены в нормативных формулировках. В основном, буквально они относятся к смягчающим или отягощающим наказание обстоятельствам. К примеру, совершение лицом преступления в отношении беременной женщины или малолетнего отягощает наказание, а стечение тяжелых семейных обстоятельств, вследствие которых виновный преступление совершил, наказание смягчает. Некоторые из подобных обстоятельств прямо отнесены к основаниям освобождения от уголовной ответственности: действия в условиях крайней необходимости, необходимой обороны и т. д., а виктимность поведения жертвы, выраженная в УК через, к примеру, эмо-

циональные состояния виновного, есть квалифицирующим признаком привилегированных составов убийства и телесных повреждений. Значимость деяния минимизируется с изменением обстановки, примирением виновного с потерпевшим.

Навряд ли найдется адвокат как со стороны виновного, так и со стороны потерпевшего, который согласится с тем, что все возможные обстоятельства социальной и персональной значимости содеянного могут быть институционализированы по отдельности. Ведь спектр обстоятельств, влияющих на значимость деяния, неисчерпаем — от обстоятельств семейного кризиса до революционных событий в государстве. Они зависят от ряда внешних и внутренних факторов, которые обуславливают изменчивость значимости при различных обстоятельствах окружающей обстановки, криминальности ситуации, виктимности [2].

Попытаемся выделить два уровня значимости уголовного правонарушения:

1) социальной значимости — объективной значимости деяния в обществе;

2) персональной значимости — субъективной значимости деяния для потерпевшего и виновного.

Социальная значимость уголовного правонарушения. Говоря о социальной роли уголовного права, следует напомнить слова А. Э. Жалинского об острой необходимости социального анализа в уголовном праве, предмет которого должен включать «опасности, связанные с выходом уголовного права за пределы социальных потребностей» [3, с. 14]. И в то же время, напоминая слова Э. Гидденса: «Что считать отклонением, зависит от времени и места; поведение «нормальное» при одном наборе культурных установок будет расценено как «отклоняющееся» при другом» [4, с. 150].

Следовательно, акцентируя внимание на социальной значимости, определим ее как измеряемое в негативных и позитивных (а в дальнейшем, возможно, балльных) значениях общественное отношение к совершенному деянию. *Социальная значимость представляет собой отражение в сознании общества, общественном мнении воздействия деяния и его последствий на социальные установки общества в определенном пространственно-временном отрезке.*

Градация социальной значимости может быть положительной и отрицательной. Базируясь на утверждениях П. А. Сорокина [5] и его последователей, заметим, и подвиг, и преступление есть девиации, с единственной разностью в знаке оценки обществом: в «+» или в «-», и оценка такой полярности и отмечается обществом — наградой или наказанием. Собственно, социальная значимость может выступать мериллом добра и зла в обществе и, следовательно, критерием определения преступного и героического, наказуемого и похвального.

Негатив и позитив противоправного поведения объективно может отразить фактически лишь его социальное значение, поскольку лишь

оно может продемонстрировать влияние деяния на социальные установки общества на определенном пространственно-временном отрезке. К примеру, деяние по сопротивлению полиции в стабильном состоянии общества есть преступным. Но в условиях народной революции сопротивление полиции, защищающей диктатора от народного гнева, обретает позитивную значимость и оценивается как подвиг.

Данная категория может соотноситься с объективными элементами состава правонарушения, поскольку характеризует влияние деяния на социальные установки общества, соответственно, отображаясь в нем, вызывая неприятие или признание общества.

Критерий социальной значимости деяния может выполнять одну из важнейших в уголовном праве доктринальную миссию, поскольку именно оно может стать дорогой определения соотношения категорий законности и справедливости — соответствия воздаяния деянию.

Говоря о социальной значимости деяния, следует предполагать, что данное понятие, как уже указывалось, соотносится с объективными характеристиками состава уголовного правонарушения. В системе объективных элементов состава правонарушения и, следовательно, в формуле квалификации социальное значение деяния может корреспондировать к объекту и объективной стороне правонарушения.

Возникает логичный вопрос: не может ли социальное значение включаться в систему элементов объективной стороны правонарушения? Ответ на данный вопрос кроется в сопоставлении функциональной нагрузки понятия «объективная сторона правонарушения» и, соответственно, понятия «социальное значение». Последнее может быть сопоставимо с такими категориями, как «общественная опасность», «вред», «ущерб» и т.д., в некотором роде вытекает из таких категорий. Ведь сами опасность, ущерб и вред есть «точки отсчета» социальной значимости: считаясь с серьезностью опасности, вреда общество и формирует свое отношение к определенной девиации. Однако категория социальной значимости не может подменять характеристики деяния и его последствий в конструкции объективной стороны, поскольку не определяет буквально критерии преступного, а может отображать суть реакции на такое деяние со стороны социума.

Позволим себе также предположить, что социальная значимость, в частности, может выступать критерием не лишь определений преступного и не преступного, а и разграничения уголовных правонарушений и преступлений. Собственно, именно она может быть мерилем неприятия, отторжения или, наоборот, приемлемости и похвальности в определенном обществе тех или иных девиаций [6, с. 223].

Следовательно, *социальная значимость для конструкций любого неправового действия несет функцию «определения знака» — определения противоправного деяния позитивным или негативным, вредным или полезным для общества в заданном месте и в заданное время.*

К тому же негативная оценка обществом определенных девиаций может иметь шкалу градации. Такая шкала предполагает наполнение ее объективными социально значащими критериями оценки деяния обществом по ряду параметров, определяющих отношение девиации к категориям уголовных правонарушений или преступлений, или позитивных девиаций — девиаций развития, как позитивной динамики.

Стоит предположить, что при таких условиях социальная значимость деяния при условии установления системной позитивной социальной оценки определенной криминализованной девиации должна приводить к декриминализации, освобождая уголовное законодательство посттоталитарных государств от инквизиционных норм уголовного права или норм, узурпирующих права граждан эгоистичной волей законодателя.

Персональная значимость уголовного правонарушения. Иной стороной оценки деяния есть персональная значимость правонарушения. Прямо или косвенно об этом неоднократно говорили наши коллеги [7; 8, с. 27]. Можно было бы говорить, что, как отражающая отношение лица, она должна была бы быть соотнесена с субъективными элементами состава правонарушения. Однако рассмотрим основные варианты персональной значимости деяния для участников уголовного правоотношения: потерпевшего и виновного.

Персональная значимость деяния для потерпевшего есть отображение отношения жертвы, а в случае ее гибели или утраты способности изъявлять свое отношение — лиц, признанных потерпевшими от определенного уголовного правонарушения, к совершенному деянию.

В современной доктрине уголовного права содержится ряд институтов, демонстрирующих, с той или иной степенью объективности, роль персональной значимости деяния для потерпевшего при применении уголовной ответственности. Преимущественно их описание осуществляется опосредованно — через отношение потерпевшего к посткриминальному поведению виновного. К таким стоит отнести примирение виновного с потерпевшим как основание освобождения от уголовной ответственности, поскольку оно в данном случае наиболее демонстративно: решение потерпевшего о прощении виновного является, по сути, отражением позитивного отношения к его посткриминальному поведению: компенсации, раскаянию и т. д. Но полна ли картина персональной значимости при таком подходе? Ведь, к примеру, умышленное уголовное правонарушение предполагает наличие ряда стадий его совершения, и, очевидно, что картина преступления, которую наблюдает потерпевший, отнюдь не ограничивается получением извинения и компенсациями причиненного вреда. Неосторожное преступление также существует в пространственно-временных координатах, в которых оно «живет», и потерпевший проходит эти координаты вместе с виновным.

Следовательно, *персональная значимость деяния для потерпевшего должна отражать все стадии деяния, а также до- и посткриминальное поведение виновного*. Но и этим она не может ограничиваться.

Обратим внимание, что в объем персональной значимости для потерпевшего от уголовного правонарушения необходимо включать и фактор виктимности поведения потерпевшего. Так, *провокационные, аморальные или противоправные действия потерпевшего должны учитываться в качестве элементов персональной значимости для потерпевшего от правонарушения наряду с оценкой самого деяния и посткриминального поведения виновного, поскольку лишь их совокупность демонстрирует полную картину отношения потерпевшего к деянию*.

Критерии виктимности должны соотноситься с объективными элементами состава преступления и влиять не только на определение персональной значимости, а и отражаться в характеристиках потерпевшего при установлении объекта и объективной стороны. Очевидно, что и *персональная значимость деяния для потерпевшего должна рассматриваться наряду с объектом, объективной стороной и социальной значимостью деяния как самостоятельная категория, включающая те элементы виктимности, которые влияли на совершение уголовного правонарушения*.

Персональная значимость деяния для виновного в свою очередь не может рассматриваться отдельно от вопросов вменяемости и виновности. И, следовательно, она соотносима с категориями субъективных элементов состава преступления. Однако она непосредственно связана с осознанием виновным реальной социальной значимости (и, соответственно, оценки его деяния социумом), как и персональной значимости содеянного для потерпевшего. Именно это отношение виновного к этим двум категориям дает возможность оптимизировать ответы на вопросы «почему такое правонарушение было совершено [виновным]?» и «а преступление ли это [в сознании виновного]?».

Под персональной значимостью деяния для виновного целесообразно понимать осознанное отношение виновного при совершении уголовного правонарушения к социальной значимости такого деяния и его персональной значимости для потерпевшего.

Л и т е р а т у р а и п р и м е ч а н и я

1. Tulyakov V. A. Criminal law and development [Электронный ресурс] / Vyacheslav A. Tulyakov // Сборник трудов по итогам Международной научно-практической конференции «Международное право развития: современные тенденции и перспективы» (Одесса, 17 июня 2015 г.). — О., 2015. — С. 14–19 — Режим доступа: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=b251YS51ZHUudWF8aW50bGF3fGd4OjVmZjYxY2Q0NDZmZGQ4MGQ>.
2. Очевидно, что такая невозможность институционализации и обуславливает неисключительность списка обстоятельств, смягчающих наказание.

3. Жалинский А. Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ / А. Э. Жалинский. — 2-е изд. перераб. и доп. — М.: Проспект, 2015.
4. Гидденс Э. Социология / Э. Гидденс. — М.: Эдиториал УРСС, 1999.
5. Сорокинъ Питиримъ. Преступление и кара, подвигъ и награда. Социологический этюдъ объ основныхъ формахъ общественнаго поведения и морали / П. Сорокинъ; съ предисловіемъ проф. М. М. Ковалевскаго. — СПб.: Изд. Я. Г. Долбышева, 1914.
6. Уместно в данном случае напомнить позицию Я. И. Гилинского, фактически демонстрирующую грань допустимости преступности как девиации и одновременно социального феномена в определенном обществе: «Каждое общество имеет ту преступность (виды преступлений, их качественное своеобразие), «которую оно заслуживает», а корректнее — которая соответствует культуре данного общества, является ее элементом» (Гилинский Я. И. Девиантология: социология преступности, наркотизма, проституции, самоубийств и других «отклонений»: монография / Я. И. Гилинский. — 3-е изд., испр. и доп. — СПб.: Изд. дом «Алеф-Пресс», 2013. — С. 223).
7. Баулин Ю. В. Значение общественного мнения и интересов потерпевшего при моделировании современной уголовной политики / Ю. В. Баулин // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели: материалы VII Рос. конгр. уголов. права (31 мая — 1 июня 2012 г.). — М., 2012. — С. 581–584.
8. Туляков В. О. Кримінальне право сьогодення: ренесанс ідей Ч. Беккарія / В. О. Туляков // Про злочини та покарання: еволюція кримінально-правової доктрини: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 250-річчю трактату Чезаре Беккарія (м. Одеса, 13 черв. 2014 р.) / МОН України, НУ ОЮА, ПРЦ НА ПрН України, Одес. від. ГО «Всеукр. асоц. крим. права». — О., 2014. — С. 13–28.

А н н о т а ц и я

Савинова Н. А. Социальная и персональная значимость уголовного правонарушения: к вопросу о справедливости. — Стаття.

В статье приводятся аргументы в пользу рассмотрения принципа справедливости с объективных позиций общества и субъективных позиций личности. Предлагается в оценочные категории справедливости, как гарантии прав человека и тренда уголовной юстиции, включать две составляющие: социальную и персональную значимость уголовного правонарушения при законодательной регламентации и практике применения.

Социальную значимость уголовного правонарушения, по мнению автора, следует рассматривать с позиций социальных ожиданий и социального запроса общества, как гаранта принципа справедливости при криминализации. Социальная значимость зависит от уровня общей, социальной и правовой культуры общества, в котором осуществляется оценка деяния как уголовного правонарушения и криминализация. Персональную значимость уголовного правонарушения предлагается оценивать как двуединство значимости деяния для жертвы преступления и виновного и соотносить их с объективными и субъективными элементами состава уголовного правонарушения.

Ключевые слова: справедливость, уголовное правонарушение, социальная значимость, персональная значимость, значимость для потерпевшего, значимость для виновного.

А н о т а ц і я

Савінова Н. А. Соціальна і персональна значимість кримінального правопорушення: до питання про справедливість. — Стаття.

У статті наводяться аргументи на користь розгляду принципу справедливості з об'єктивних позицій суспільства і суб'єктивних позицій особистості. Пропонується в оціночні категорії справедливості, як гарантії прав людини і тренда кримінальної юстиції,

включати дві складові: соціальну та персональну значимість кримінального правопорушення при законодавчій регламентації та практиці застосування.

Соціальну значимість кримінального правопорушення, на думку автора, слід розглядати з позицій соціальних очікувань і соціального запиту суспільства як гаранта принципу справедливості при криміналізації. Соціальна значимість залежить від рівня загальної, соціальної і правової культури суспільства, в якому здійснюється оцінка діяння як кримінального правопорушення і криміналізації. Персональну значимість кримінального правопорушення пропонується оцінювати як двоєдність значимості діяння для жертви злочину і винного та співвідносити їх з об'єктивними і суб'єктивними елементами складу кримінального правопорушення.

Ключові слова: справедливість, кримінальне правопорушення, соціальна значимість, персональна значимість, значимість для потерпілого, значимість для винного.

S u m m a r y

Savinova N. A. Social and Personal Significance of Criminal Offence: to the Issue about Fairness. — Article.

The article makes the case for considering fairness principle from the objective standpoint of the society and subjective positions of personality. The author suggests that social and personal significance of criminal offence in their legislative regulation and enforcement practice are included as components in such evaluative categories of fairness as the guarantee of human rights and the trend of criminal justice.

The article argues that social significance of a criminal offence should be considered from the viewpoint of social expectations and demand of the society as the guarantor of the fairness principle in criminalization. Social significance depends on the level of general, social and legal culture of the society in which considering of an act as a criminal offence and criminalization take place. It is suggested in the article that personal significance of a criminal offence should be viewed as the double unity of significance of offence for the victim and the perpetrator. Personal significance of an act directly affects corpus delicti.

Keywords: fairness, criminal offence, social significance, personal significance, significance for victim, significance for perpetrator.

УДК 343.01:343.35

Д. Г. Михайленко

**ОБМЕЖЕННЯ ПРИНЦИПУ ПРЕЗУМПЦІЇ НЕВИНУВАТОСТІ
НОРМОЮ ПРО НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ В УКРАЇНІ:
СОЦІАЛЬНА ОБУМОВЛЕНІСТЬ
ТА ТЕСТ НА ПРОПОРЦІЙНІСТЬ**

**1. Соціальна обумовленість модернізації загально визнаних
принципів права при конструюванні ефективного механізму
кримінально-правової протидії корупції в Україні**

Національною антикорупційною стратегією на 2011–2015 роки [7] визнана необхідність приведення антикорупційної політики України у відповідність із міжнародними стандартами у сфері запобігання і протидії корупції та впровадження в Україні найкращих практик іноземних держав у сфері запобігання і протидії корупції. Водночас очевидно, що на сьогодні цей процес не завершився і національна антикорупційна система об'єктивно не може ефективно виконувати свою основну функцію. Більш того, згідно із Засадами державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки [12] попередня стратегія від 21 жовтня 2011 року визнана неефективним інструментом антикорупційної політики та такою, що не враховувала гостроту проблеми та актуальність ситуації, а норма про незаконне збагачення (ст. 368-2 КК України) — такою, що не відповідає Конвенції ООН проти корупції [3] (далі також — Конвенція). Разом із тим Антикорупційна стратегія до 2017 року відводить цій нормі достатньо обмежену роль — бути ефективним механізмом позбавлення злочинців незаконно набутого майна, а не ефективним засобом, у тому числі, притягнення корупціонерів до кримінальної відповідальності. Така оцінка потенціалу цього правового інструменту перш за все пов'язується із неконституційністю часткового обмеження дії принципу презумпції невинуватості з метою протидії корупції та фактично є компромісним рішенням щодо введення норми про незаконне збагачення в Україні.

Проте, як зазначається у самій Антикорупційній стратегії до 2017 року, розв'язання проблеми корупції є одним із пріоритетів для українського суспільства на сьогоднішньому етапі розвитку держави. Разом із тим офіційна статистика щодо результатів протидії корупції значно відрізняється від даних щодо характеристик корупції, які одержуються іншими способами, і показує скоріше можливість й бажання правоохоронних органів фіксувати корупційні злочини, а стабільність основних показників корупції, взятих як із офіційних, так і із неофіційних джерел, свідчить, що реформа антикорупційного законодавства, яка проводиться в Україні з 2009 року, не обмежує реальні корупційні практики. Крім того, ситуація, за якої згідно з офіційною статистикою група злочинів займає невелику долю в структурі злочинності, а їх проблематиці присвячується значна увага у наукових розробках, є додатковим підтвердженням високого рівня латентності корупційної злочинності в Україні та значного її поширення.

Із урахуванням цього застосовуваним корупціонерами заходам конспірації, зусиллям, спрямованим на приховування своєї злочинної діяльності, необхідно протиставити нові підходи до конструювання кримінально-правових заборон. Тут, на думку деяких вчених, завдання полягає у виявленні ознак, які б неспростовно свідчили про корумпованість чиновника, про ступінь зради ним інтересів служби, що характерно для злочинної поведінки [49]. Також слушно зазначається, що традиційний підхід, при якому корупціонера притягають до кримінальної відповідальності переважно за окремі факти одержання службовою особою неправомірної вигоди (раніше — хабара), а не через наявність незаконних доходів, повинен поступово відійти у минуле [80, с. 166]. Кримінологічний підхід до вивчення корупції передбачає чітке позначення її контурів як злочинного феномена та виявлення її структури як злочинного акту. Антикорупційна діяльність відповідно до нього орієнтується, перш за все, на припинення корупції по «факту» корупційного діяння. Однак більшість проявів корупції вислизає від кримінологічного аналізу, оскільки контури корупції як соціального явища набагато ширші. У зв'язку із цим слід погодитися, що латентний характер корупції перешкоджає виявленню та реєстрації її за фактом злочину [40].

Таким чином, високий рівень латентності корупційних злочинів істотно ускладнює функціонування існуючого механізму кримінально-правового регулювання. Так, за деякими оцінками у Росії, що виходячи із близькості кримінальних практик та оцінок міжнародних організацій справедливо і для України, питома вага врахованої корупції у структурі реальної корупційної злочинності коливається у межах 1–5 % [84, с. 106]. За результатами інших досліджень встановлюється, що корупційні злочини виявляються у межах 0,1–2 %, відповідно реальне число цих злочинів вище зареєстрованої кількості в 50–1000 разів [62, с. 35]. Такі дані підтверджуються і українськими дослідниками. Зокрема, встановлюється, що корупційні злочини відносяться до числа

злочинів з високим ступенем латентності, ступінь якої складає від 90 до 99 %. Латентність корупційної злочинності має складний характер і зумовлюється низкою об'єктивних і суб'єктивних факторів, сукупність яких вказує на специфіку корупційних злочинів, що за способом їхнього вчинення передбачає підвищену прихованість (зокрема, хабарництво), що й призводить до труднощів його виявлення [109, с. 9]. Враховуючи зазначене, закономірним є віднесення корупційної злочинності до категорії особливо високо латентних злочинів [105, с. 105]. Разом із тим латентність корупційних злочинів, окрім іншого, також залежить і від того, які конструкції складів корупційних злочинів законодавець передбачає в якості інструментів включення кримінального переслідування. У разі коли встановлені такі склади злочинів, які передбачають значну кількість об'єктивних та суб'єктивних ознак і потребують значних зусиль щодо доказування останніх, то природно, що такі корупційні злочини будуть більшою мірою латентними. Зазначене показує один із напрямків усунення латентності корупційних злочинів, який полягає у формулюванні таких підстав кримінальної відповідальності за них, які передбачають встановлення якомога меншого (проте достатнього для констатації суспільної небезпеки конкретного діяння) кола юридично значимих ознак, що становить одне із завдань цього дослідження.

При цьому слід враховувати, що поширення особливого різновиду масової соціальної поведінки — кримінальної практики є одним із механізмів криміналізації суспільства та призводить до деформації базових соціальних інститутів [68, с. 103]. У тому числі зазначене зумовлює необхідність нових правових інструментів, які б не ґрунтувалися, як раніше, на уявленні, що корупція є нетиповою девіантною поведінкою суб'єктів. Крім того, необхідно також взяти до уваги, що злочинність у цілому, у всьому своєму якісному різноманітті, не може бути охарактеризована як єдиний соціальний інститут і фактично не є таким. Причиною цього є різнохарактерність кримінальних практик (вбивства, комп'ютерні, статеві, військові злочини та ін.), а також суттєві відмінності у регламентації неформальних правил поведінки всередині відповідних кримінальних субкультур. При цьому у кримінології вже визнається інституціоналізація корупції, організованої та економічної злочинності [67, с. 314].

З цієї методологічної посилки закономірним є висновок, що механізм кримінально-правового впливу на корупційні злочини не може ґрунтуватися на абсолютно тих же загальних принципах і моделях, які є ефективними чи прийнятними для протидії іншим видам злочинів, і повинен мати деяку специфіку, оскільки КК України не може ігнорувати реальну структуру фактичних суспільних відносин. У зв'язку із цим існуючі принципи кримінального права, а також конституційні принципи повинні знайти свою трансформацію при побудові моделі кримінально-правового реагування на корупцію як окрему соціальну (кримінальну) практику. Обґрунтування останнього є основною метою цієї роботи.

Кримінально-правовим проблемам корупційних злочинів присвячена значна кількість наукових робіт. Перерахувати всіх науковців, а також практичних працівників, які досліджували корупцію в Україні та публікували результати таких досліджень, саме по собі є справою складною з-за надзвичайно великої їх кількості. Ситуація ж, за якої згідно з офіційною статистикою група злочинів займає невелику долю у структурі злочинності, проте їх проблематиці присвячується значна увага у наукових розробках, є додатковим підтвердженням високого рівня латентності корупційної злочинності в Україні та значного її поширення. Разом із тим той значний матеріал та знання, що одержані у результаті таких досліджень, не тільки не вплинули на рівень корупції в Україні, що часто не можна поставити у вину науці, але, більш того, не змогли допомогти законодавцю створити зрозумілий та несуперечливий правовий механізм протидії корупції. При цьому законотворча активність у цій сфері фактично відмежувалася від ідей та положень, які обґрунтовані у науковому середовищі. Зазначене є прикладом нераціонального використання ресурсів суспільства, адже держава прямо чи опосередковано витрачає бюджетні кошти для забезпечення наукових досліджень у цій сфері, які у подальшому ніяким чином не використовуються і згодом втрачають актуальність.

Разом із тим відсутні роботи, в яких детально розглядалася б проблема співвідношення принципу презумпції невинуватості та норми про незаконне збагачення, зокрема, із застосуванням тесту на пропорційність. Технологія цього тесту дозволяє визначити чи є можливим втручання (обмеження) відповідного права чи законного інтересу визначеним заходом за відомих обставин. Проте, як було виявлено, використання ресурсів тесту на пропорційність у наукових дослідженнях українських вчених не практикується. При цьому загальні теоретичні уявлення щодо ходу його проведення описуються у вітчизняних наукових роботах. Враховуючи те, що постановка проблеми у цій роботі (можливість обмеження принципу презумпції невинуватості нормою про незаконне збагачення) та метод її вирішення (застосування тесту на пропорційність) є новими для науки кримінального права України, то теоретичну базу цього дослідження становлять роботи, метою яких було розв'язати таку ж проблему, проте іншими методами. Такі роботи використовуються по ходу цього дослідження із урахуванням їх змісту.

2. Основа та стан діючого механізму кримінально-правової протидії корупції в Україні

Із врахуванням зазначеного вище звертає на себе увагу, що звичні механізми кримінально-правової протидії корупційним злочинам виникли, довгий час зводилися і зводяться нині до наявності одного рубежу — встановлення заборони конкретних корупційних діянь, що є сус-

пільно небезпечними. При цьому така система підстав кримінальної відповідальності за корупційні злочини, яка була прийнята також і КК України у 2001 році, фактично виникла ще за часів становлення СРСР і у незмінному, по суті, вигляді існувала до масштабної реформи антикорупційного законодавства, яка стартувала відповідним пакетом законів від 11 червня 2009 року, але почала вводити до правової системи принципово нові інструменти протидії корупції тільки з 2013 року.

Так, до прийняття КК УРСР 1923 року у законодавчих актах того періоду детально регламентувалася лише кримінальна відповідальність за хабарництво (давання та одержання хабара), інші ж корупційні злочини не були систематизовані та консолідовані. За дослідженнями Б. В. Волженкіна вперше використано поняття «посадові злочини» у Декреті РНК РРФСР від 21 жовтня 1919 року «Про боротьбу із спекуляцією, розкраданнями в державних складах, підлогами і іншими зловживаннями за посадою в господарських і розподільчих органах». До числа таких злочинів були віднесені розкрадання, підлоги, неправильна видача нарядів, участь у спекуляції у тій чи іншій формі, отримання хабара [54, с. 29–30]. В. М. Борков вважає, що існуюча система норм про посадові злочини в основному була сформована понад п'ятдесят років тому [47, с. 21] (при цьому мається на увазі формування такої системи норм саме із прийняттям КК РСФСР 1960 року). Проте, на думку О. А. Герцензона, у період 1917–1920 років радянська влада у своїх декретах і постановах вже дала основні поняття і принципи посадових злочинів, а до 1920–1921 років вже склалася струнка система посадових злочинів, яка була прийнята в наступні роки кримінальними кодексами [60, с. 58]. Тут слід погодитися, що такий висновок був передчасним та не повною мірою відповідав стану та якості законодавства того періоду. Так, у перших декретах радянської влади згадувалося лише про окремі види посадових зловживань, також у декретах не було єдності поглядів і з приводу суб'єктів посадових злочинів [92, с. 21].

У зв'язку цим слід вести мову про формування системи посадових злочинів, які на сьогодні відносяться до загальних корупційних злочинів, саме із моменту прийняття КК УРСР 1922 року, який був прийнятий на основі КК РРФСР 1922 року зі збереженням нумерації та змісту статей. Так, КК УРСР 1922 року у главі другій Особливої частини містив, зокрема, такі склади посадових (службових) злочинів, які сьогодні слід розглядати як корупційні: зловживання владою (ст. 105), перевищення влади (ст. 106), бездіяльність влади (ст. 107), дискредитування влади (ст. 109), постановлення неправосудного рішення (ст. 111), привласнення грошей чи інших цінностей (ст. 113), отримання хабара (ст. 114), провокація хабара (ст. 115), службове підроблення (ст. 116) тощо. Окрім наведених злочинів у цьому розділі також були розміщені деякі злочини проти правосуддя.

КК УРСР 1927 року [20] включав ті ж самі посадові (службові) злочини, що і КК УРСР 1922 року, тільки з деякими корекціями їх

складів. Змінена була також і нумерація статей. Така група злочинів була поміщена у главі III Особливої частини КК (ст. ст. 97–109 КК УРСР 1927 року) і не містила складів злочинів проти правосуддя, окрім винесення суддями з корисливих чи інших особистих спонукань неправосудного вироку, рішення і інших постанов (ст. 102 КК УРСР 1927 року) та незаконного затримання чи приводу, а також примушування до дачі показань (ст. 103 КК УРСР 1927 року).

Наведене показує, що система корупційних злочинів, яка закріплена у КК України 2001 року, була і значною мірою залишається аналогічною по суті тій, яка виникла та консолідувалася у Кримінальному законі ще у далекому 1922 році. При цьому не слід забувати, що система управління, кримінологічні властивості корупції, правові засоби некримінального характеру та неправові засоби стримування та протидії корупції у ті часи значною мірою відрізнялися від існуючих сьогодні.

Розгалужена диференціація підстав кримінальної відповідальності за корупційні злочини, яка була реалізовано в Україні з 1 липня 2011 року, принципово не змінила сам інститут корупційних злочинів, який, як видається, залишився у моделі, виробленій за років СРСР. У тому числі цим слід пояснювати низькі показники застосовуваності КК України у ситуації значного поширення корупції.

Практично завжди і скрізь кожен черговий крок у боротьбі з різного роду корупційними злочинами пов'язується з необхідністю посилення покарання за такі діяння. На думку Г. В. Дашкова, до цього є чимало підстав. У всякому разі, як зазначає цей вчений, правотворча і правозастосовна практика всіх часів і народів показує, що при всьому різноманітті шляхів і засобів протидії хабарництву кращих ліків від цієї хвороби, ніж жорсткі заходи кримінального покарання винних, поки не знайдено [65, с. 915]. Очевидно, що наведений підхід показав свою неспроможність і виходячи із характеристик сучасної корупції не може суттєвим чином обмежити її розповсюдження.

Трансформація КК України у частині регламентації кримінальної відповідальності за злочини у сфері службової діяльності фактично відбулася з 1 липня 2011 року, адже пакет антикорупційних законів від 11 червня 2009 року у цьому сенсі не можна враховувати, оскільки вони діяли лише п'ять днів. При цьому єдиними принципово новими рисами такої трансформації було те, що:

1) було диференційовано підстави кримінальної відповідальності за загальні корупційні злочини (лише у межах складів злочинів з розділу XVII Особливої частини КК України) на дві групи: корупційні злочини у публічній сфері управління та корупційні злочини у приватній сфері управління. Зазначене дозволило враховувати різний ступінь суспільної небезпеки таких груп діянь при застосуванні заходів кримінально-правового впливу;

2) виділено у системі корупційних злочинів окрему групу за ознаками спеціального суб'єкта — корупційні злочини осіб, які надають публічні

послуги, що стало винаходом українського законодавця і несподіванкою для науки кримінального права, оскільки виокремлення такого суб'єкта відбулося вперше в Україні та до того не обговорювалося у науці кримінального права.

У подальшому сутнісні зміни введеного з 1 липня 2011 року механізму кримінально-правової протидії корупційним злочинам почали запроваджуватися лише з 2013 року і їх на сьогодні нараховується не так багато як це може здатися із значної кількості законодавчих корекцій КК України у сфері протидії корупції. Реально нові кримінально-правові інструменти протидії корупції фактично можна звести лише до такого (без оцінки доцільності таких змін, їх соціальної обумовленості та якості з точки зору законодавчої техніки):

1) викладення у новій редакції ст. 354 КК України [11], чим сконструйовано склад цього злочину по типу норм про підкуп і розширено поле антикорупційної дії КК України за рахунок збільшення кола спеціальних суб'єктів пасивного підкупу, і подальше розростання дії цієї норми на приватний сектор у зв'язку із змінами [8], за якими суб'єктами цього злочину на сьогодні є особи, які працюють на користь будь-якої юридичної особи, та працівники такої юридичної особи, які не є службовими особами;

2) запровадження [9] та введення у дію з 27 квітня 2014 року інституту відповідальності юридичних осіб у тому числі за вчинення корупційних злочинів, а також подальше значне розширення підстав застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру [8] за рахунок передбачення у п. 2 ч. 1 ст. 96-3 КК України у якості такої підстави — незабезпечення виконання покладених на уповноважену особу юридичної особи законом або установчими документами обов'язків щодо вжиття заходів із запобігання корупції, що призвело до вчинення визначеного корупційного злочину, що у сумі з нормами розділу X Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 року вже сьогодні надає правоохоронній системі значні правові інструменти для впливу на великий приватний бізнес за допомогою ресурсів кримінальної юстиції та формує новий напрямок юриспруденції — антикорупційна безпека господарської діяльності;

3) наближення (але не необхідна для ефективної дії відповідність) норми про незаконне збагачення до моделі ст. 20 Конвенції ООН проти корупції у зв'язку із змінами, внесеними 14 жовтня 2014 року [13] та 12 лютого 2015 року [10].

Інші зміни Кримінального закону у частині протидії корупційним злочинам, виходячи із їхнього рівня та можливості вплинути на реальну ситуацію у цій сфері охорони правовідносин від злочинних посягань, не мають того масштабу, щоб вести мову про те, що вони суттєво трансформували механізм кримінально-правового впливу на корупційні злочини.

3. Гіпотеза щодо необхідної трансформації механізму кримінально-правової протидії корупції в Україні та його місце у системі антикорупційних правових норм

Разом із тим реалії корупційних відносин сьогодення, інституціоналізація корупції в Україні [69] вже давно потребують принципово нових рішень, у тому числі і в площині кримінального права. При цьому слід враховувати, що однією із універсальних властивостей соціальних систем виступає постійне відтворення базових елементів структури. Кожен елемент (суб'єкт) у структурі корупційних зв'язків, втрачаючи партнера у результаті успішної антикримінальної діяльності правоохоронних органів, не просто відтворює колишню схему корупційних відносин з новим партнером, але й привертає все більшу їх кількість, мультиплікуючи цю девіантну соціальну практику, переводячи в схему корупційної гри якомога більше число своїх партнерів [40]. Означене соціологічне знання не тільки показує необхідність комплексної протидії корупції шляхом трансформації багатьох інститутів сучасного суспільства, а й викриває неспроможність існуючого уже довгий час однорубежевого механізму кримінально-правового впливу на корупцію, який, враховуючи значну латентність визначених у його рамках злочинних діянь, як априорі, так і апостеріорі, не міг бути і не є ефективним. Зазначене показує необхідність більш ґрунтовного та всеохоплюючого підходу до конструювання механізму кримінально-правової протидії корупційним злочинам, який повинен характеризуватися значно нижчою латентністю діянь, на які поширюється його дія.

Викладене дозволяє сформулювати гіпотезу, що нова модель кримінально-правової протидії корупції повинна зосереджуватися не на жорсткості покарання, а на удосконаленні та ефективізації підстав кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Таку модель слід будувати за принципом «багаторубіжності», коли кримінально-правові заборони будуть реалізовуватися не тільки щодо конкретних корупційних діянь (основний рубіж), а й щодо поведінки, яка ще не є корупційним діянням, але формує визначений корупційний ризик, наявність якого вже є суспільно небезпечним (попередній рубіж), а також щодо подальших об'єктивних виявів вчинених у минулому актів корупції, які залишилися латентними (завершальний рубіж).

Схожою із означеною є модель ешелонування кримінально-правової протидії корупції, яка окреслена лише у загальних рисах у літературі [50] і відрізняється від зазначеної вище змістом рубежів. Так, зазначається, що Кримінальний закон повинен враховувати наслідки корупційної діяльності. Окрема криміналізація незаконного збагачення сприяла б формуванню трьох етапів кримінально-правової протидії корупції, тобто її ешелонуванню. *Перша лінія* протидії передбачає недопущення виникнення корупційних відносин. Вона може бути виражена у кримінальній забороні шляхом окремої криміналізації корупційної змови чи

новника з іншою особою. У необхідних випадках законодавець формулює усічені склади злочинів, визнаючи закінченим злочином посягання на об'єкт кримінально-правової охорони. *Другу лінію* протидії корупції утворюють норми про корупційні злочини. *Третю (останню)* — забезпечує встановлення кримінальної відповідальності за незаконне (корупційне) збагачення, тобто перевищення службовою особою своїх активів, а так само активів близьких родичів над законними доходами в значному розмірі. Подібну норму прийнято розглядати як вимушену реакцію держави на підвищену латентність і небезпеку корупційних службових злочинів [50]. Проте тут слід зауважити, що корупційна змова є по суті однією з форм підготовки до злочину і тягне відповідальність за ч. 1 ст. 14 КК України, а тому такі злочини складно відносити до якісно іншої лінії протидії корупції (першої лінії), як це пропонує автор.

Конструювання багаторубіжної моделі кримінально-правової протидії корупції передбачає послідовну розробку окремих її складових, зокрема, такого інструменту, як кримінальна відповідальність за незаконне збагачення як елемент завершального рубежу, що демонструє актуальність цього дослідження.

Згідно зі ст. 20 Конвенції ООН проти корупції за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати.

Попередньо проведене наукове дослідження [87] співвідношення норми про незаконне збагачення та положень кримінально-правової доктрини України показало, що слід відкинути всі аргументи, які наводяться у юридичній літературі проти реалізації в Україні норми про незаконне збагачення у моделі ст. 20 Конвенції, крім одного. Мається на увазі основна перепона введення до правової системи України зазначеного вище антикорупційного інструменту — принцип презумпції невинуватості. Такий висновок сформував необхідність вивчити можливість та доцільність часткового обмеження дії принципу презумпції невинуватості нормою про незаконне збагачення з метою протидії корупції в Україні, що конкретизує раніше означену мету цієї роботи.

Окрім наведеного, наукове дослідження норми про незаконне збагачення є важливим у світлі обґрунтованого у науці кримінального права положення про дієвість методу доктринальної інтерпозиції, який є важливим інструментом імплементації здобутків іноземної правової думки (саме таким здобутком є норма про незаконне збагачення). Так, слід погодитися, що трансплантація чи транспозиція іноземного права не ефективні за умов відсутності попереднього «доктринального підґрунтя», яке може бути створене шляхом упровадження в «доктринальний обіг» певної ідеї, яка модифікована та пристосована до реалій системи,

і лише потім ця ідея може знайти своє відображення в законодавстві, у чому і полягає сутність доктринальної інтерпозиції [96]. У тому числі із врахуванням зазначеного необхідним є наукове обґрунтування доцільності та можливості реалізації норми про незаконне збагачення у моделі ст. 20 Конвенції у межах правової системи України.

Разом із тим не слід ідеалізувати кримінально-правові засоби протидії корупції і оцінювати їх як первинний та основний елемент антикорупційної політики держави. Тут слід погодитися із висновком С. Роуз-Аккерман, що основною метою антикорупційної політики слід вважати зниження головних стимулів для корупційної практики, а не посилення системи виявлення та покарання корупціонерів. Останнє також необхідне, але воно у перспективі не буде мати надто великого значення, якщо не обмежувати системні умови, що заохочують корупцію. Якщо ж ці стимули залишаються, то викорінення одного стада «паршивих овець» призведе до виникнення нового поголів'я корумпованих чиновників і хабародавців [98, с. 6]. У зв'язку із цим слід адекватно оцінювати здатність кримінально-правових механізмів у довготривалій перспективі успішно протидіяти корупційним злочинам, які не можуть показати значних результатів у цьому напрямку без відповідних реформ у інших сферах.

Такий прогноз повною мірою узгоджується із розумінням кримінального права як субсидіарного правового масиву. Зокрема, слід погодитися, що кримінальне право займає у системі права будь-якої країни завідомо підпорядковане становище; не тільки виконує конституційні директиви, а й забезпечує своїми примусовими можливостями так звані «створюючі» галузі права [46, с. 10]. При цьому у боротьбі з корупцією завданням зазначеного правового масиву є створення максимально можливого ризику для корупціонерів втратити переваги, які їм належать у разі здійснення добросовісного управління (очевидно, що створення таких переваг є завданням інших галузей знань). Зазначений ризик повинен створюватися не тільки необхідною та достатньою жорсткістю кримінальної відповідальності, а й впровадженням таких інструментів, які суттєвим чином підвищували б можливості викриття корупційного діяння, доказування підстави кримінальної відповідальності за їх вчинення та невідворотність такої відповідальності. У цьому контексті звертає на себе увагу, що традиційний однорубіжний механізм кримінально-правової протидії корупції на практиці показав свою нездатність виконувати означене вище завдання і є більшою мірою знаряддям для вибіркового правосуддя, оскільки його задіяння значною мірою пов'язане із наявністю політичної волі вищого керівництва держави реально протистояти корупційним практикам.

Проте не слід також недооцінювати засоби кримінального права, оскільки у разі їх неефективності будуть нівелюватися несприятливі наслідки вчинення корупційного діяння, що значним чином знижуватиме ризик понести значні особисті втрати за допущену недобросовісність. За

таких умов не підкріплена каральною силою кримінального права антикорупційна трансформація інших сфер та регуляторів поведінки людини не буде показувати значних результатів у обмеженні корупційних практик.

Таким чином, кримінально-правовий механізм протидії корупції не є ізольованою та самодостатньою системою і може ефективно діяти виключно за умов паралельного провадження інших антикорупційних механізмів, виконуючи роль охоронного субсидіарного інструменту. Такий висновок показує необхідність синхронізації кримінально-правових заходів боротьби з корупцією з іншими. Інакше може скластися ситуація, за якої антикорупційний механізм держави не буде цілісним та системним. Означене показує спрямування кримінально-правових досліджень у цій сфері, які повинні на підставі вивчення впроваджуваних у державі ефективних антикорупційних інструментів визначити архітектуру та елементи їх субсидіарної надбудови у вигляді кримінально-правового механізму протидії корупції.

4. Принцип презумпції невинуватості та норма про незаконне збагачення

Результат пошуку моделі норми про незаконне збагачення в Україні та його недоліки

При вирішенні проблеми конструювання формули складу незаконного збагачення у контексті її взаємодії із принципом презумпції невинуватості слід звернути особливу увагу, що при складанні остаточного варіанта нинішньої редакції ст. 20 Конвенції ООН проти корупції зазначене питання мало декілька варіантів вирішення. Зокрема, Колумбія ще на першій сесії (Відень, 21 січня — 1 лютого 2002 року) міжурядового Спеціального комітету відкритого складу з розробки Конвенції проти корупції (заснований Генеральною Асамблеєю в її резолюції 55/61 від 4 грудня 2000 року) пропонувала викласти статтю про незаконне збагачення у редакції по суті аналогічній тій, що пізніше також була запропонована В. М. Борковим, а саме: «...визнати як кримінально каране, коли воно вчинюється умисно, невинуватого збільшення багатства державного службовця в період його перебування на державній службі або протягом двох років після завершення цього періоду» [5, с. 213]. Схожою у цьому контексті була пропозиція Алжиру, висловлена в рамках третьої сесії Спеціального комітету (Відень, 30 вересня — 11 жовтня 2002 року): «...визнати в якості кримінально караного незаконне збагачення або необґрунтоване збільшення майна, активів і доходів будь-якої публічної посадової особи, яке не відповідає її законному заробітку від виконання її обов'язків або з інших законних джерел» [5, с. 214].

У зв'язку із наведеними редакціями норми про незаконне збагачення, від яких відмовилися при формулюванні кінцевого варіанта ст. 20

Конвенції ООН проти корупції, звертають на себе увагу законодавчі ініціативи щодо зміни діючої редакції ст. 368-2 КК України, які у 2014 році виносилися на розгляд Верховної Ради України. Так, згідно із проектами законів України № 4573 від 26 березня 2014 року [14] (не включено у порядок денний 17 квітня 2014 року), № 4780 від 24 квітня 2014 року [15] (відхилено 16 вересня 2014 року), пропонувалося привести КК України у відповідність до ст. 20 Конвенції шляхом викладення складу незаконного збагачення у такій редакції: «Набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність (користування) майна, вартість якого значно перевищує її доходи, отримання яких підтверджено законними джерелами, або передача нею такого майна близьким родичам...», а за проектом Закону України № 5085 від 16 вересня 2014 року [17] наведену формулу складу доопрацьовано і запропоновано у такому вигляді: «Набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність майна, вартість якого значно перевищує доходи особи, отримані із законних джерел, або передача нею такого майна близьким родичам...». У такій же редакції була викладена ст. 368-2 КК України згідно із Законом України від 14 жовтня 2014 року [13]. У подальшому ч. 1 ст. 368-2 КК України було знову вкладено у новій редакції Законом України від 12 лютого 2015 року [10]: «*Набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі*». При цьому була врахована пропозиція народних депутатів Т. М. Чорновол та Г. В. Логвинського [22] про виключення із кола суб'єктів, значне та необґрунтоване збільшення активів яких становить склад незаконного збагачення, близьких осіб публічного службовця, що не дало можливості необхідним чином розширити дію цього антикорупційного інструменту. Крім того, вже у залі для голосування була підтримана поправка народного депутата Т. М. Чорновол про збільшення суми, яка утворює значний розмір активів, з 300 НМДГ до 1000 НМДГ [25]. У зв'язку із цим, якщо врахувати, що з 1 січня 2015 року один НМДГ дорівнює 609 грн, а 1000 НМДГ відповідно — 609 000 грн, а з 1 січня 2016 року один НМДГ повинен бути у розмірі 100 % прожиткового мінімуму для працездатних громадян, що більш ніж у двічі підвищить значний розмір активів, необхідний для застосування ст. 368-2 КК України, то за незаконне збагачення буде можливість притягнути до кримінальної відповідальності тільки найбільших корупціонерів.

Саме у зазначеному вище вигляді була викладена редакція ч. 1 ст. 368-2 КК України згідно із Законом України від 12 лютого 2015 року [10], який набирав у цій частині чинності з 5 березня 2015 року та діє на цей момент.

Хоча наведені вище формулювання статті про незаконне збагачення не є аналогічними, проте спільним для них є те, що в їх основі лежить прагнення відсторонитися від прямої вказівки у конструкції норми на обов'язок суб'єкта раціонально обґрунтувати походження активів, які перевищують задекларовані ним легальні доходи, чим обійти чи завуальювати проблему перенесення тягаря доказування (обмеження принципу презумпції невинуватості) на суб'єкта корупційного злочину та порушення права не свідчити проти себе.

Таким чином, чинна редакція норми про незаконне збагачення зберегла основні недоліки, які були притаманні пропонованим у законопроектах від 27 грудня 2014 року, від 9 січня 2015 року та від 30 січня 2015 року варіантам ст. 368-2 КК України, а саме:

1) фактичне запровадження складом цього злочину обмеження дії принципу презумпції невинуватості без прямої нормативної регламентації цього як у КК України, так і в інших законах України, а також без наукового обґрунтування такого обмеження та незважаючи на зауваження експертів Верховної Ради України;

2) виключення із суб'єктів, значне необґрунтоване збільшення активів яких утворюватиме склад незаконного збагачення, близьких осіб публічного службовця;

3) встановлення необхідності для обвинуваченого підтверджувати законність набуття своїх активів виключно доказами, що ставить його у значно жорсткіші рамки, ніж це передбачається у ст. 20 Конвенції, за якою достатнім є раціонально обґрунтувати суттєве збільшення активів без обов'язкового підтвердження цього доказами.

Крім того, незаконне збагачення за ст. 20 Конвенції не передбачає, як ст. 368-2 КК України, необхідності підтвердження саме законності походження майнових активів, які перевищують законні доходи. У Конвенції йдеться про необхідність надання публічним службовцем раціонального обґрунтування значного збільшення своїх активів, яке перевищує його законні доходи. Звичайно таке обґрунтування може будуватися на тому, що особа вчинила інший корисливий злочин, наприклад, один із злочинів проти власності, що повинно також виключати дію норми про незаконне збагачення, оскільки остання призначена для боротьби із корупцією і характеризується відповідними об'єктами кримінально-правової охорони.

У зв'язку із цим за чинною редакцією ст. 368-2 КК України, якщо особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, надасть докази отримання активів у значному розмірі від вчинення злочину, який не є корупційним, чи навіть корупційного злочину (наприклад, підкупу), то все одно слід буде застосовувати ст. 368-2 КК України, оскільки не будуть надані докази саме законності підстав набуття зазначених активів. При цьому очевидно, що обвинуваченому вигідно надавати лише докази набуття майнових активів від злочину, санкція якого є більш м'якою, ніж санкція незаконного збагачення.

Таким чином, норма про незаконне збагачення, передбачена у ст. 368-2 КК України, у порівнянні із однойменним інструментом, передбаченим ст. 20 Конвенції, має ряд суттєвих недоліків, які підривають ефективність та справедливість її застосування в Україні і які слід усунути шляхом зміни КК України у цій частині.

Важливо звернути увагу, що щодо перерахованих вище законопроектів подавалося обґрунтування, за яким пряма вимога у пропонованій редакції ст. 368-2 КК України надати пояснення з тим, щоб спростувати встановлене органом досудового розслідування припущення щодо незаконності майна, яке не відповідає законним джерелам доходів, не передбачена свідомо, а особа при цьому зберігає право, але не зобов'язана надати пояснення щодо джерел таких нез'ясованих доходів та їхньої законності. При цьому відсутність такого пояснення може враховуватися судом при прийнятті рішення як одна з обставин, яка має значення для прийняття рішення по суті. Так, як вже зазначалося вище, у рішенні у справі *John Murray v. United Kingdom* [27] Європейський суд з прав людини визнав, що суд може робити негативні висновки з мовчання обвинуваченого, коли фактичні обставини справи явно вимагають від особи надати пояснення, якщо при цьому таке мовчання не є основною підставою для обвинувального вироку [23; 24]. За задумом авторів законопроектів таке формулювання злочину (незаконного збагачення) не передбачає перекладення тягаря доведення на обвинуваченого — орган державного обвинувачення повинен навести докази всіх елементів відповідного складу злочину (суб'єкт злочину — особа, яка виконує функції держави або місцевого самоврядування; набуття у власність чи користування особою певного майна; законні джерела доходів цієї особи, наявність різниці між доходами, отриманими з таких джерел, та майном, яке знаходиться у власності чи користуванні особи, відсутність інших законних джерел, які можуть пояснити таку різницю, тощо).

Разом із тим наведене вище посилання у пояснювальних записках на рішення по справі *John Murray v. United Kingdom* щодо можливості суду робити негативні висновки з мовчання обвинуваченого у досліджуваній ситуації є некоректним, оскільки можливість негативно для обвинуваченого тлумачити його мовчання по справі, що розглядалась Судом, детально врегульована Наказом про докази у кримінальних справах 1988 року (Північна Ірландія). У рішенні Європейського суду з прав людини зазначено, що виведення висновків на підставі зазначеного Наказу відрізняється тим, що, окрім існування конкретних зазначених у ньому гарантій, така процедура становить формалізовану систему, яка б дозволяла відкрито керуватися здоровим глуздом в оцінюванні доказів (п. 27 та п. 54 рішення ЄСПЛ [27]). Як відомо, в Україні відсутні нормативні акти, які б регламентували порядок і можливості виведення судом висновків із відмови пояснювати певні обставини справи, що свідчить про відсутність такої ознаки допустимого обмеження права, як його передбачення законом. Означена ознака закріплена у пунктах 5

(всі обмеження визнаних прав повинні бути закріплені відповідно до національного закону) та 15 (жодне обмеження здійснення прав людини не вводить інакше як відповідно до національного закону загального застосування) Сіракузьких принципів [100], а також ґрунтується на підході, відображеному в ст. ст. 8, 9, 10, 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, за яким обмеження відповідних прав повинні встановлюватися виключно законом.

Дискусія щодо компонентів складу незаконного збагачення у контексті принципу презумпції невинуватості

Враховуючи існування категоричних висновків щодо неможливості виключень із існуючого підходу про розподіл тягаря доказування [77; 113; 108], у науковій літературі пропонується при доказуванні незаконного збагачення доводити лише відсутність законних підстав для значного збільшення активів службової особи над офіційними доходами, що цілком може зняти зі службової особи обов'язок обґрунтування легітимності її майнових активів, що значно зросло. Так, з метою імплементації досліджуваної норми у національне законодавство та водночас обходу встановлення презумпції вини В. М. Борков пропонує передбачити відповідальність за «корупційне збагачення», тобто перевищення посадовими особами своїх активів, а так само активів близьких родичів над законними доходами в значному розмірі [51, с. 31]. Наявність негативної ознаки стосовно незаконного збагачення посадової особи, на думку цього автора, можна встановлювати шляхом виключення з її активів, законність яких поставлена під сумнів, грошового утримання та інших офіційних доходів. При цьому зазначається, що презумпція невинуватості не повинна перешкоджати притягненню до кримінальної відповідальності небезпечних осіб [51, с. 29, 30]. Очевидно, завдання цієї презумпції полягає у іншому — вона повинна перешкоджати притягненню до кримінальної відповідальності осіб, які не вчинили злочину, збалансувати можливості сторін обвинувачення та захисту. Разом із тим Я. І. Гилянський зазначає, що протиріччя норми про незаконне збагачення та конституційного принципу презумпції невинуватості є надуманим приводом не здійснювати ефективний вплив на корупцію [61]. Проте допустимість та межі відступу від цього принципу щодо деяких ситуацій потребують більш глибокої аргументації, ніж вказівка, що корупціонери прикриваються презумпцією невинуватості чи що це надуманий привід.

По суті така ж модель норми про незаконне збагачення, як пропонував В. М. Борков, була реалізована у ст. 368-2 КК України, яка діяла з 26 січня 2015 року по 4 березня 2015 року. Тут варто зазначити, що не викликає сумнівів, що можна встановити офіційні доходи службовця, проте майнові активи підозрюваного в незаконному збагаченні можуть бути сформовані не тільки офіційними доходами, а й за рахунок інших законних джерел, спектр яких (як впливає із п. 164.2 ст. 164 ПКУ України) є надто широким для повного встановлення стороною обвинувачення і виходить за межі об'єктивних можливостей та повноважень пра-

воохоронних органів. Наприклад, незрозуміло, яким чином встановити чи були за відповідний проміжок часу суб'єкту корупційного злочину передані кошти у вигляді відшкодування моральної шкоди (у позасудовому добровільному порядку), одержання майнових активів у результаті правочинів, які не підлягають реєстрації тощо. У зв'язку із цим, при всій зовнішній привабливості та формальній конституційності викладеного вище рішення проблеми, реалізувати цю ідею буде неможливо, оскільки можливості правоохоронної системи довести відсутність законних підстав є вкрай незначні, оскільки необхідно буде спростовувати всі захисні версії підозрюваної службової особи, що часто є неможливим і буде породжувати сумніви, які не можна усунути [тут маються на увазі версії, не підкріплені доказами (наприклад, посилення на одержання позики від вже померлої особи тощо), так як в іншому разі вже службовець буде доказувати свою невинуватість і законність походження активів, що повертає справу в конструкцію незаконного збагачення, яка пропонується Конвенцією]. Разом із тим до підстав кримінально-правової заборони, що служать об'єктивними передумовами її встановлення, відноситься, зокрема, врахування можливостей системи кримінальної юстиції у протидії тим або іншим формам антигромадської поведінки [42]. Застосування ж у розглядуваному випадку загального правила щодо тягаря доказування робило завдання сторони обвинувачення надскладним, що вступало у протиріччя із зазначеним принципом криміналізації. У будь-якому випадку доведення значного збільшення активів службової особи над офіційними доходами буде або неможливим, або дуже складним завданням, що значно знизить можливості норми про відповідальність за незаконне збагачення чи взагалі виключить її дію.

Більш того, видається, що надвисокий рівень латентності корупційних злочинів, реальність практики викриття та доказування ознак таких злочинів свідчать, що протидія цим діям за допомогою існуючих у КК України правових інструментів (наприклад, ст. ст. 191, 364, 368, 369 КК України) вступає у суперечність із об'єктивними можливостями правоохоронної системи, що ставить питання про відповідність таких складів злочинів наведеній підставі криміналізації, а також актуалізує пошук таких правових інструментів, які б більшою мірою відповідали цій підставі.

Повертаючись до чинної редакції ст. 368-2 КК України, слід звернути увагу, що вона піддавалася критиці експертами Головного юридичного управління. Так, було зазначено, що за такої редакції суб'єкт цього злочину повинен буде доказувати факт законності набуття активів у «значному розмірі» задля того, щоб його не звинуватили у вчиненні такого злочину, як незаконне збагачення. Такий законодавчий підхід не враховує приписи ст. 62 Конституції України щодо гарантії презумпції невинуватості особи у вчиненні злочину [21]. Як уже аргументувалося вище, діюча норма про незаконне збагачення без прямого передбачення перекладення тягаря доказування законності набутих майнових активів,

які не узгоджуються із задекларованими доходами публічного службовця, фактично завуалювала це під ознаками складу цього злочину.

Таким чином, введення такого інструменту, як кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (у моделі ст. 20 Конвенції) та його ефективна дія, неминуче пов'язані із необхідністю обмеження деяких прав людини (принципу презумпції невинуватості, права не свідчити проти себе тощо) та законодавчого закріплення можливості та умов такого обмеження. Пропоновані способи обійти чи завуалювати означені втручання в основоположні права людини були відкинуті при затвердженні чинної редакції ст. 20 Конвенції ООН проти корупції та приречені вихолощувати суть і дієву силу норми про незаконне збагачення.

У цьому аспекті звертає на себе увагу позиція Управління ООН з наркотиків і злочинності, за якою у нормі про незаконне збагачення ясно дається зрозуміти, що презумпція винності відсутня і що тягар доказування як і раніше лежить на стороні обвинувачення, оскільки саме вона зобов'язана продемонструвати, що масштаби збагачення перевищують законні доходи особи. Отже, це може розглядатися як спростована презумпція, так як після пред'явлення відповідних доказів обвинувачений може представити розумне або таке, що заслуговує на довіру, пояснення [6, с. 100]. Як видається, наведене зауваження слід розуміти так, що норма про незаконне збагачення у ст. 20 Конвенції, передбачаючи обов'язок суб'єкта обґрунтувати законність непропорційного збільшення своїх майнових активів, не перекладає на останнього весь тягар доказування, а лише його незначну частину, оскільки перед цим сторона обвинувачення зобов'язана довести, що майнові активи значно зросли і що це не відповідає офіційним доходам суб'єкта.

Підтримуючи критикований вище підхід, за яким нібито формулюється конструкція складу незаконного збагачення без порушення презумпції невинуватості і який був реалізований у КК України Законом від 14 жовтня 2014 року, деякі вчені одночасно зауважують, що будь-який принцип, положення можуть містити певні винятки (коли на обвинуваченому в певних категоріях справ лежить обов'язок доводити свою невинуватість) [79, с. 32–33]. Зазначене додатково підтверджує висновок, що при впровадженні відповідальності за незаконне збагачення повністю усунути перекладення тягаря доказування на обвинуваченого неможливо і потрібно шукати компроміс. Та й сам В. М. Борков у подальшому пропонує інший спосіб встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, який ґрунтується на тезі, що презумпцію невинності не можна розглядати в якості перепони для притягнення до кримінальної відповідальності осіб, що становлять підвищену небезпеку для суспільства [48, с. 164].

На користь позитивного вирішення питання про формулювання статті про незаконне збагачення у такому вигляді, як це пропонується Конвенцією ООН проти корупції, свідчить вже помічена в юридичній літературі криза ліберального підходу до сучасної правової системи.

Так, у кримінальній політиці держави ліберальний напрямок домінує в умовах зростання злочинності, у тому числі корупційної [74], що, як видається, є одним із чинників перебування сучасного кримінального права у стані системної кризи.

Згідно із науковими дослідженнями тенденції сучасної російської злочинності настільки несприятливі, що вона створює загрозу національній безпеці і що сама Росія поступово перетворюється на кримінальну державу. У зв'язку із цим окремої уваги заслуговує твердження, що реформування кримінального та кримінально-процесуального законодавства у бік лібералізації, що спостерігається особливо останнім часом, а також повсюдна лібералізація правозастосовчої практики без диференційованого підходу до різних категорій злочинів і злочинців не співвідносяться з кримінологічними реаліями [93]. На підставі цього робиться висновок, що російська кримінальна політика у сфері протидії корупції є вкрай ліберальною, абсолютно необґрунтованою з кримінологічних та кримінально-правових позицій [52, с. 42]. Як видається, наведене вище тією чи іншою мірою притаманне і кримінальній ситуації в Україні, особливо у частині вітчизняної корупційної злочинності.

Так, ліберально-демократична система (яка ґрунтується на збереженні або й навіть розширенні прав обвинуваченого) виявляється мало-ефективною у боротьбі з наркобізнесом, службовими злочинами, торгівлею людьми, глобальним тероризмом тощо. Адже за подібних демократичних тенденцій законодавець неповною мірою враховує ту ціну, яку за них платить суспільство — зростання кількості нерозкритих злочинів, і, відповідно, зріст злочинності у цілому [88, с. 132]. У зв'язку із цим кримінальна політика не може і не повинна бути «сліпо» ліберальною під час тотального поширення корупції, оскільки у такому разі підривається інституційна безпека держави, що загрожує національній безпеці України.

На думку деяких вчених, настала пора переосмислити деякі аспекти доктрини прав і свобод людини і громадянина з метою переходу від доктрини індивідуалізму і встановлення гарантій для окремого індивіда до доктрини громадської безпеки та забезпечення прав більшості населення, без чого неможливо гарантувати права кожної окремої людини [93]. Слід ретельно вивчити наведений заклик у контексті протидії корупційним злочинам, оскільки засоби існуючої кримінально-правової політики не можуть знизити корупцію у країні. У зв'язку із цим варто погодитися, що час диктує необхідність забезпечити використання юридичного інструментарію у конструктивних цілях, а не для захисту інтересів корупціонерів [73]. Такий висновок узгоджується із міркуваннями проф. В. О. Навроцького щодо парадоксів застосування антикорупційного законодавства в Україні. Зокрема, одним із таких парадоксів, на його думку, є те, що у той час коли корупція ставить себе понад законом, мораллю, порядністю, протидіяти їй дозволено виключно із дотриманням засад законності. При цьому свідомо чи несвідомо викривлене поняття

презумпції невинуватості, таємниці особистого життя, інших правових гарантій є чи не найкращим захистом корупціонерів [90, с. 265–266].

Разом із тим зазначене вище не слід сприймати як засудження положення про те, що індивідуальні свободи людини є правовим базисом суспільства та економічного ладу. Як видається, наведені вище критичні міркування щодо лібералізації зумовлені тим, що в Україні, як і в багатьох інших державах, відсутній досвід та належна нормативна основа щодо допустимого, пропорційного обмеження прав людини. За такої ситуації актуальним та необхідним є вироблення науково обґрунтованої нормативної основи допустимої межі втручання в основоположні права людини, а не відмова від лібералізму взагалі.

Слушним у цьому контексті є висновок В. Т. Маляренка [86], за яким захоплення як забезпеченням прав і свобод людини, так і їх обмеженням може потягнути небезпечні наслідки, й тому треба шукати таку «золоту середину», за якої і права людини, передбачені Конвенцією про захист прав і основних свобод людини, були б в Україні забезпечені, і злочинність не збільшувалась, а відповідні правоохоронні органи та суд мали б змогу в розумних межах контролювати правопорядок у країні. При цьому в означеній науковій роботі зазначений вчений у 2004 році зробив прогноз, що зростання злочинних проявів, особливо таких, як терористичні акти, наркоманія, корупція та ряд інших надзвичайно небезпечних злочинів, які створюють загрозу національній безпеці держави і суспільства, існуванню держави, спонукатиме і до певних обмежень прав та свобод людини, тобто проявів публічності. Тенденції розвитку кримінального законодавства щодо протидії корупційним злочинам сьогодні повною мірою підтвердили зазначений прогноз В. Т. Маляренка, проте сформований нормативний масив не набув правової визначеності, що ускладнює розуміння і застосування правових інструментів, які вписалися у такий прогноз.

Таким чином, слід погодитися, що при вивченні проблеми відповідальності за незаконне збагачення у центрі дискусії постає питання про співвідношення презумпції невинуватості особи та законних інтересів суспільства у забезпеченні безпеки держави [55, с. 36]. Разом із тим при вирішенні означеного питання не слід зміщувати правові проблеми, які виникають при реалізації ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, з дискусії про баланс у доказуванні, який встановлюється системою тягара доказування, і переносити їх в площину безпосереднього порушення презумпції невинуватості. Адже встановлення того, що ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість, є лише одним із правових наслідків дії презумпції невинуватості, а не нею самою, і разом із іншими її наслідками утворює принцип презумпції невинуватості, який є комплексним правовим явищем. Тут також необхідно зазначити, що розгляд питань про презумпцію невинуватості та тягар доказування у межах кримінально-правового дослідження не ставить за мету вирішити проблеми процесуального характеру. Враховуючи те,

що конструювання підстави кримінальної відповідальності за незаконне збагачення по типу ст. 20 Конвенції ООН проти корупції передбачає відоме втручання в основоположні гарантії прав та свобод людини, такі питання у подальшому будуть розглянуті виключно у контексті доцільності та правової можливості введення відповідних ознак цього складу злочину в Україні.

5. Щодо необхідності та доцільності використання тесту на пропорційність у правовій системі України та його методика

У контексті наведеного вище в юридичній літературі резюмується, що подібна норма (мається на увазі норма про незаконне збагачення) не цілком узгоджується з положеннями про презумпцію невинності і вводить у кримінальне право елементи об'єктивного ставлення у вину, а криміналізація незаконного збагачення неможлива без порушення концептуальних основ кримінального права [45; 72, с. 215].

Так, принцип презумпції невинуватості проголошений у п. 1 ст. 11 Загальної декларації прав людини, у п. 2 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод, у п. 2 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, у п. 2 ст. 6 Конвенції Співдружності Незалежних Держав про права та основні свободи людини, у ст. 62 Конституції України і у ст. 17 КПК України, що зайвий раз підкреслює високу значимість цього положення для демократичної і правової держави. Проте, на відміну від інших актів, відповідно до ч. 2 ст. 62 Конституції України та ч. 2 ст. 17 КПК України, зазначений принцип розширюється шляхом вказівки на те, що ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення. Крім того, згідно з ч. 1 ст. 10 КПК України не може бути привілеїв чи обмежень у процесуальних правах, передбачених цим Кодексом, в тому числі за ознаками роду занять або іншими ознаками. Разом із тим теза про порушення конструкцією незаконного збагачення концептуальних основ кримінального права є значним перебільшенням, яке стримує правоохоронну систему у протидії сучасній корупції та використовується особами, які не бажають проводити модернізацію існуючого неефективного антикорупційного правового механізму.

У цьому контексті звертає на себе увагу поширеність у науковій літературі ставлення до основоположних прав та свобод людини, до яких також відноситься і презумпція невинуватості, за якого ці права оцінюються як абсолютні, тобто такі, що не підлягають будь-яким обмеженням. Проте таке судження є хибним, оскільки об'єктивний стан судової практики свідчить, що більшість основоположних прав і свобод людини, які одночасно також відіграють роль принципів права, при реалізації суб'єктами права можуть вступати в протиріччя не тільки із незаконними інтересами, а й з правами чи законними інтересами окремих

індивідів, суспільства чи держави. Означена можливість зумовлює необхідність у кожному випадку такого протиріччя віддавати пріоритет тому чи іншому праву чи законному інтересу, що є невід'ємною складовою концепції прав людини. Усвідомлення зазначеної проблеми було присутнім на початкових етапах формалізації цієї концепції. Так, відповідно до ст. 3 Декларації прав людини і громадянина 1789 року [1] свобода полягає у можливості робити все, що не завдає шкоди іншому: таким чином, здійснення природних прав кожної людини обмежено лише тими межами, які забезпечують іншим членам суспільства користування тими ж правами.

У зв'язку із зазначеним слід підтримати тезу, за якою науці прийшов час визнати, що користування основними правами та свободами може породжувати зло, завдаючи шкоди соціальним ідеалам і деформуючи культурні цінності. Питання про допустимість такої поведінки повинно бути поставлене в один ряд із найбільш актуальними проблемами правознавства [78]. Також слід погодитися, що необхідність постійного забезпечення та охорони прав особи не повинно перешкоджати державі виконувати свої функції, у тому числі і примусового характеру, які можуть обмежувати права особи [102, с. 53]. У цьому контексті заслуговує також на увагу зауваження, за яким у разі застосування норми права, що передбачає обов'язок особи надати пояснення щодо походження своїх активів, що перевищують її законні доходи, а саме ст. 20 Конвенції, теоретично виникає протиріччя двох правових принципів — презумпції невинуватості та здорового глузду. Загальносвітова практика це протиріччя вирішує на користь здорового глузду [64, с. 44].

Разом із тим такого обґрунтування для впровадження ст. 20 Конвенції до КК України недостатньо. Проблема у цьому випадку полягає, як зазначають деякі вчені, у незастосовності або спірній застосовності самої теорії балансу цінностей до такого порядку, в якому порядок зі «звичайними» цінностями формально констатується цінність вища, тому що не можна побудувати баланс, рівновагу там, де а ріорі (та й ще на конституційному рівні) закладено конфлікт, вирішення якого, його результат заздалегідь конституційно-логічно вирішений наперед. Тому всі зазначені красиві і справедливі теорії розбиваються об імператив про вищість такої цінності, як людина, її права і свободи [111, с. 13]. Так, згідно зі ст. 3 Конституції України людина і, зокрема, її недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Відповідно до ч. 2 ст. 64 Конституції України не може бути, поряд із іншим, обмежено право, передбачене нею у ст. 62. За ст. 5 Закону України «Про основи національної безпеки України» одним із основних принципів забезпечення національної безпеки є пріоритет прав і свобод людини і громадянина, а згідно зі ст. 6 цього Закону одним із пріоритетів національних інтересів України є гарантування конституційних прав і свобод людини і громадянина. У зв'язку із цим виникає питання про правову можливість проводити балансування при конфлікті ціннос-

тей у випадку, коли це стосується, з однієї сторони, такого права людини, як не доводити свою невинуватість у вчиненні злочину.

При дослідженні теоретико-правових передумов вирішення цього питання неминуче виявляється, що у правовій реальності (як України, так і Європи у цілому) одночасно існують паралельні аксіологічні системи: юридична і фактична. У такій ситуації слід погодитися із висновком Д. Г. Шустрова, що правозастосовець знаходиться в умовах аксіологічного дуалізму: формальної конституційної аксіології (юридичної) і реальної конституційної аксіології, «живої» (фактичної), причому друга коригує першу [111, с. 15]. Останнє легко підтверджується аналізом судової практики і констатується в юридичній літературі. Так, незважаючи на відсутність нормативної основи прямо застосовувати принцип пропорційності, зазначається, що без його реалізації неможливими є побудова соціальної, правової держави та досягнення громадянського суспільства, тому що саме за допомогою цього принципу здійснюється розв'язання проблеми збалансування публічного та приватного інтересів, відшукання оптимальних поступок і компромісів [97, с. 47]. Також констатується, що у національному законодавстві принцип пропорційності прямо не передбачений (у Конституції України), проте його елементи часто використовуються у практиці Конституційного Суду України [44, с. 55; 70], а також в адміністративному судочинстві під час розгляду та вирішення справ стосовно реалізації права на мирні зібрання [66]. У зв'язку із цим слушним є Висновок Венеціанської комісії щодо Конституції України [4], у загальних коментарях до розділу II якого рекомендується в Основному законі України передбачити принцип пропорційності тоді, коли йдеться про можливість обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина.

Таким чином, відсутність правової основи для реалізації принципу пропорційності в Україні є недоліком. Оскільки це питання (застосування принципу пропорційності) явно входить у сферу правового регулювання і має вирішуватися на підставі правових норм, які в Україні відсутні, то слід констатувати, що має місце прогалина у праві. Важливість законодавчого усунення такої прогалини шляхом передбачення можливості та критеріїв обмеження конституційних прав і свобод не викликає сумнівів, оскільки наявність відповідної норми у Конституції України на найвищому рівні упорядкує і так здійснювані в Україні зазначені обмеження, усунувши тим самим правову невизначеність і фактично необмежену судову дискрецію. Крім того, наявність названої вище норми у Конституції України зумовить більш активну наукову розробку проблематики щодо обмеження прав людини і активізує конституційне правосуддя у цьому напрямку.

У контексті зазначеного звертає на себе увагу, що у Конституції РФ міститься ст. 55, за ч. 2 та ч. 3 якої у Російській Федерації не повинні видаватися закони, що скасовують або применшують права і свободи людини і громадянина. Права і свободи людини і громадянина можуть

бути обмежені федеральним законом тільки у тій мірі, в якій це необхідно з метою захисту основ конституційного ладу, моральності, здоров'я, прав і законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони країни і безпеки держави. На підставі цієї норми Конституційний Суд РФ прийняв ряд рішень, які сприяють упорядкуванню юридичної конструкції критеріїв обмеження прав людини в Конституції РФ.

В Україні наукові розробки щодо критеріїв та меж втручання у права людини не знайшли свого належного розвитку. Разом із тим звертає на себе увагу, що ідея щодо пропорційності заходів, які застосовуються владою, в Україні починає формалізуватися. Так, згідно із ч. 2 ст. 29 Закону України «Про Національну поліцію» [16] обраний поліцейський захід має бути законним, необхідним, пропорційним та ефективним. При цьому за ч. 5 ст. 29 зазначеного Закону застосований поліцейський захід визнається пропорційним, якщо шкода, заподіяна охоронюваним законом правам і свободам людини або інтересам суспільства чи держави, не перевищує блага, для захисту якого він застосований, або створеної загрози заподіяння шкоди.

У зв'язку із зазначеним, як базове слід враховувати положення, за яким проводиться розмежування між такими двома елементами: з однієї сторони, визначенням об'єму основних прав, а з іншої — правомірністю їх обмеження [59, с. 37]. При цьому слід погодитися, що критерії обмеження основних прав свідчать про те, що сучасна концепція основних прав і свобод не може тлумачитися у межах вузьких рамок лібералізму [99]. У цьому контексті слушною є думка проф. В. О. Тулякова, за якою при забезпеченні охорони громадського порядку й суспільної безпеки в сучасних умовах обов'язком кожної демократичної держави є визначення меж між процесом реалізації політичних прав та свобод, законних інтересів громадян і порушеннями громадського порядку, у тому числі при проведенні масових заходів суспільно-політичними силами й окремими групами громадян [104, с.10]. Зазначене показує необхідність застосування тесту на пропорційність на полі дії кримінального права України.

Концептуальна різниця між об'ємом права і правомірністю його обмеження є вкрай важливою для застосування такого права, що у повній мірі стосується і презумпції невинуватості. Враховуючи наведене, необхідно виробити критерії правомірності обмеження відповідного права, у тому числі наслідків із презумпції невинуватості, і на підставі цього резюмувати про можливість чи неможливість реалізації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в редакції Конвенції, а не обмежуватись у такому разі загальною вказівкою про порушення презумпції невинуватості.

Досліджуючи питання контролю за допустимим обмеженням прав людини, Дж. Я. Гараджаєв обґрунтовує тезу, що баланс інтересів особистості та держави в першу чергу ґрунтується на конституційній легітимності (законності) інтересів, а наступним важливим критерієм є про-

порційність між оспорюваним заходом і переслідуваною ним метою, яка повинна бути законною і допустимою в демократичній державі [56, с. 281]. Очевидно, що у наведеному вище міркуванні в усіченому вигляді представлений тест на пропорційність, який на сьогодні в Європі є найбільш прийнятним методом визначення міри обмеження тих чи інших прав людини. Зазначений тест складається із трьох компонентів (критеріїв), які структуровані як етапи. Так, тест на пропорційність проводиться шляхом дослідження таких питань: про мету оспорюваного заходу (перший компонент), про зв'язок між цим заходом і обмеженням права, про пристосованість даного заходу для досягнення визначеної мети (другий компонент), а також про співвідношення між тим благом, яке досягається за допомогою застосування заходу, і тим збитком, який настає у зв'язку з обмеженням права (третій компонент (тест на пропорційність в строгому сенсі)) [75, с. 59]. Дещо відрізняється, але не змінює суті тесту на пропорційність підхід, за яким цей тест має двоетапну структуру (на першому етапі слід встановити, що діями уряду виявилось обмежене деяке право, а на другому уряд повинен показати, що він переслідував деяку легітимну мету і що обмеження було пропорційно цій меті) і включає в себе три критерії: по-перше, засіб, призначений для досягнення мети уряду, повинен підходити для досягнення цієї мети (доречність); по-друге, з усіх підходящих повинно бути вибрано той засіб, який в найменшій мірі обмежує право приватної особи (необхідність); по-третє, збиток приватній особі від обмеження її права повинен бути пропорційний вигоді уряду відносно досягнення поставленої мети (пропорційність у вузькому сенсі) [76, с. 61]. Положення означених підходів варто використовувати у комплексі. Тут також слід зазначити, що в США аналогом тесту на пропорційність, що має німецькі корені, є метод зважування інтересів. Розуміючи різні історичні умови виникнення означених тестів, первинні їх функції і ролі у правових системах, для мети цього дослідження особливого сенсу їх розрізняти не має, оскільки на сучасному етапі у юриспруденції зазначені методики настільки зблизилися, що їх часто ототожнюють. При цьому за основу у цій роботі взятий саме тест на пропорційність лише із-за того, що його структура є більш конкретною і апробованою Європейським судом з прав людини.

Повертаючись до предмета цього дослідження, очевидно, що втручання в один із елементів презумпції невинуватості (правило щодо тягаря доказування) шляхом передбачення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення потребує розгорнутого тесту на пропорційність (далі також — тест). Проведення цього тесту буде ґрунтуватися на методиці, описаній М. Коен-Елія та І. Поратом (у співавторстві) [76], Б. Шлинком [110] і С. П. Погребняком [95], з урахуванням результатів публічної дискусії [75; 106] між М. Кослою та С. Цакіракісом, беручи до уваги юридичні конструкції, обґрунтовані В. В. Лапаєвою [82, с. 470–512], а також з огляду на положення Сіракузьких принципів тлумачення

обмежень та відхилень від положень Міжнародного пакту про громадянські та політичні права [100], які у цьому випадку можуть бути застосовані, у тому числі, за аналогією.

6. Технологія тесту на пропорційність обмеження принципу презумпції невинуватості нормою про незаконне збагачення

Щодо легітимності мети обмеження права

Легітимність має впливати з конституції і законів [110, с. 61]. Врховуючи закріплення можливості досліджуваного втручання у кримінально-процесуальне правило щодо тягаря доказування на рівні Конвенції ООН проти корупції 2003 року (ст. 20) та Міжамериканської конвенції проти корупції 1996 року (ст. 9), особливого обґрунтування того, що таке обмеження переслідує легітимну мету, як видається, наводити не потрібно. Метою впровадження такого інструменту, як відповідальність за незаконне збагачення, який є елементом ратифікованого Україною антикорупційного механізму, згідно із Національною антикорупційною стратегією на 2011–2015 роки було, зокрема, зменшення рівня корупції в Україні, зміцнення режиму законності та досягнення невідворотності юридичної відповідальності за вчинення корупційного правопорушення. Згідно із пунктом 2 розділу 4 (Покарання за корупцію) Зasad державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки [12] приведення ст. 368-2 КК України у відповідність із ст. 20 Конвенції ООН проти корупції є заходом, що спрямований на створення системи інструментів, які дадуть змогу ефективно виявляти та розслідувати корупційні злочини, конфісковувати майно, яке було предметом злочинної діяльності або набуто внаслідок такої діяльності, притягувати до відповідальності осіб, причетних до вчинення корупційних злочинів. Виходячи із положень ст. 1 Конвенції ООН проти корупції ціллю, зокрема, норми про незаконне збагачення є більш ефективне й дієве запобігання корупції та боротьба з нею, а беручи до уваги мету заходів проти корупції, які передбачаються Міжамериканською конвенцією проти корупції (ст. 2), що у тому числі стосується незаконного збагачування, цілями впровадження відповідальності за останнє є відвертати, викривати, карати і викорінювати корупцію.

Таким чином, цілями, які у першу чергу досягаються при реалізації норми про незаконне збагачення, є викривати і карати корупцію, чим зменшувати її рівень та більшою мірою наблизитися до реалізації невідворотності кримінальної відповідальності, тобто уникати безкарності корупції в умовах її надмірного поширення. Згідно з практикою Європейського суду з прав людини «захист публічного порядку» і «попередження злочинів» при запровадженні заходів, що передбачають обмеження прав людини, є цілями, які повною мірою сумісні з Конвенцією

про захист прав людини і основоположних свобод (п. 70 рішення ЄСПЛ по справі Бельджуді проти Франції від 26 березня 1992 року [33]). Із означеного очевидно, що мета, яка переслідується обмеженням принципу презумпції невинуватості із-за впровадженням відповідальності за незаконне збагачення, є легітимною.

Щодо доречності заходу

Вивчення розглядуваного обмеження елемента принципу презумпції невинуватості таким заходом, як встановлення відповідальності за незаконне збагачення, на предмет того, чи здатен означений захід досягти описаної вище мети є досить складним, оскільки останній правовій системі України раніше не був відомий і будь-які емпіричні дані по його ефективності (чи неефективності) щодо української корупції відсутні.

Разом із тим Н. Ф. Кузнєцова, яка по суті своєю тезою сформулювала підґрунтя для подальшої побудови наукових уявлень у Росії у цьому напрямку, зазначила, що ряд держав зробили для таких тяжких злочинів, як тероризм, корупція, легалізація злочинних доходів, організована злочинність, виключення із названого конституційного припису і успіх від такого виключення з правил перевершив всі найсприятливіші прогнози, а тому слід законодавчо обумовити винятки з правила про тягар доказування. На її думку, виключення у законі обґрунтовані, якщо вони інтенсифікують боротьбу із злочинністю, коли правила цьому не дуже сприяють [81, с. 13–14]. Означена магістральна ідея була висунута більше у якості орієнтиру для подальших наукових розробок і не підкріплювалася конкретними пропозиціями по її реалізації, проте у цьому випадку наведене вище спостереження цінне тим, що показує явну придатність норми про незаконне збагачення для досягнення такої мети, як значно ефективніше викривати і карати корупцію, чим суттєво зменшувати її рівень.

Підкріпити наведений висновок дозволяє також виявлене Д. О. Гарбадзеї [57, с. 214; 58, с. 89] спостереження Л. Музіли, М. Моралеса, М. Матіса та Т. Бергера, які зазначають, що ефект від введення норми про незаконне збагачення відзначався у тих країнах, де був високий рівень корупції, корумпованості чиновників і низькі доходи. Введення цієї норми посприяло зниженню корумпованості, що поступово призвело до зменшення застосування даного інституту. Очевидно, що Україна відноситься саме до категорії окреслених вище країн.

Так, в Аргентині при існуванні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення спостерігається поступове зниження рівня корупції [за Індексом сприйняття корупції (Corruption Perceptions Index, CPI) згідно із даними Transparency International — з 25 балів у 2003 році до 34 у 2013 році [39]]. При цьому ст. 268/2 КК Аргентини [18] прямо передбачає обмеження принципу презумпції невинуватості (Карається... той, хто у відповідь на законну вимогу не надав виправдання походженню свого значного за розмірами майнового збагачення або збагачення, що використовувалося ним у цілях прикриття підставної особи,

здійснених під час перебування на державній посаді і в період до двох років після відходу із зазначеної посади).

Схожою є ситуація у КНР, де є значні успіхи у протидії корупції в окремих регіонах. При цьому ст. 395 КК КНР [19] також прямо передбачає перекладення тягаря доказування законності походження активів на обвинуваченого (Державні службовці, вартість майна яких або витрати яких помітно перевищують величину законних доходів, і це перевищення складає значну суму, можуть бути зобов'язані пояснити джерело доходів. При неможливості підтвердження законності доходів сума, яка складає різницю, вважається незаконно отриманою. У цьому випадку такі особи караються позбавленням волі на строк до 5 років або короткостроковим арештом, а надлишки майна підлягають стягненню). Зокрема, у Сінгапурі на першому етапі протидії корупції основна зміна у законі давала можливість судам трактувати той факт, що підозрюваний жив не відповідно своїм офіційним доходам чи володів благами, яких він не міг придбати за свій дохід — як підтвердження того, що підозрюваний отримував хабарі. У тому числі зазначений захід дав можливість Сінгапуру стати у 1997 році найменш корумпованою країною Азії [103].

Тут варто звернути увагу, що такий інструмент, як кримінальна відповідальність за незаконне збагачення, не можна зводити лише до наявності відповідної норми в Кримінальному законі. Така спрощена реалізація положення ст. 20 Конвенції, як видається, приречена на фактичну неієвність, а отже на невідповідність критерію доречності заходу. Впровадження норми про незаконне збагачення у КК передбачає утворення підсистеми приписів, які будуть мати і не кримінально-правовий характер. Так, мова йде про такі компоненти, як декларування доходів і розходів, спеціальні перевірки по встановленню істинного майнового стану суб'єкта і його близьких родичів, встановлення обмежень щодо джерел доходу та способів здійснення витрат таких суб'єктів тощо. Як видається, такий комплексний механізм суттєво полегшить фіксацію корупції, доказування підстави кримінальної відповідальності (за рахунок суттєвого спрощення складу злочину) і притягнення до відповідальності корупціонерів, значним чином ускладнить реалізацію ними майнових активів, одержаних у результаті корупційних дій, що у кінцевому рахунку суттєвим чином вплине на зниження рівня останніх в Україні.

Щодо необхідності заходу

В основі цього критерію знаходиться теза про те, що захід чи дія, які є доречними для досягнення певної легітимної мети, необов'язково свідчить про те, що вони є єдиноможливими. Якщо існують інші, менш обтяжливі засоби, то у держави немає розумних причин використовувати засоби, що передбачають більше втручання: більш м'які засоби є оптимальними; вони краще відповідають інтересам громадян, при цьому в рівній мірі відповідаючи інтересам держави [95, с. 8]. У цьому контексті важливо продемонструвати, що втручання у принцип презумпції невинуватості при встановленні кримінальної відповідальності за неза-

конне збагачення є незначним, що покаже низький рівень обтяження права людини розглядуваним заходом. Зазначене у свою чергу стане основою для застосування пропорційності у вузькому сенсі (оцінки згідно третього критерію тесту), оскільки покаже реальний рівень обмеження права (принципу презумпції невинуватості), що буде співвідноситися із благом, яке досягається застосуванням норми про незаконне збагачення. Із зазначеним вище пов'язана необхідність також показати, що обов'язок підтвердити законність примноження майнових активів є доступним для виконання відповідним суб'єктом, що додатково підтвердить незначність вимушених обмежень права. Останнє окрім цього пов'язане із демонстрацією того, що при реалізації ст. 20 Конвенції не встановлюються обов'язки, які неможливо виконати, адже у протилежному випадку, як зазначається у науковій літературі [94, с. 52], захід буде недоречним.

Для вирішення означених завдань необхідно розкрити причини існування діючого балансу, встановленого системою тягаря доказування. Так, підхід щодо розподілу тягаря доказування при кримінальному переслідуванні, закріплений в аналізованому правилі (наслідку) презумпції невинуватості, має гуманістичну основу і обумовлений тим, що сторона обвинувачення за своїми матеріальними, організаційними й процесуальними можливостями набагато сильніша у формуванні доказової бази (на її боці знаходиться вся організаційно-матеріальна сила держави, що забезпечує її фактичну перевагу), аніж її опонент — сторона захисту. Завдяки цьому обставини, які їй належать доказати, для неї об'єктивно більш доступні [91, с. 14]. Положення про презумпцію невинуватості обвинуваченого покликане допомагати йому відстоювати свої права у протистоянні органам влади і врівноважити нерівні сили особи і держави в доведенні обставин скоєного злочину [113, с. 4]. Зазначене демонструє основні цілі існуючого балансу при розподілі тягаря доказування і дає можливість проводити переоцінку цієї системи щодо окремих правових ситуацій із покладенням у основу тієї тези, що будь-які її зміни не повинні перешкоджати виконанню функції по врівноваженню можливостей сторін кримінального провадження.

Не ставлячи під сумнів, а, навпаки, підтримуючи наведену вище аргументацію на користь існування такого балансу у розподілі тягаря доказування у кримінально-правових відносинах, коли ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення, проте має право на це, видається, що у ситуації із формулою незаконного збагачення такі аргументи можуть привести до іншого висновку. Так, законність походження значних майнових активів, які не відповідають легальному доходу службової особи, при надзвичайно високій латентності корупційних злочинів, набагато простіше підтвердити особі, яка обвинувачується у корупції, ніж обвинуваченню довести незаконний спосіб одержання таких активів (навіть враховуючи всю організаційно-матеріальну силу держави у цьому випадку).

Таким чином, у справах по доказуванню ознак корупційних правопорушень органи кримінального переслідування мають об'єктивно незначні можливості по реалізації принципу невідворотності кримінальної відповідальності, що обумовлюється тотальним поширенням корупції в Україні, її латентністю, значною кількістю осіб, які вчинюють корупційні злочини, відношенням судової системи України до прав цих осіб як до таких, що не підлягають будь-яким обмеженням, і підтверджується реальним станом протидії корупції у нашій державі.

На підставі аналізу ефективної правозастосовної практики низки країн В. В. Навроцька висловила сумніви щодо існуючого підходу до розподілу тягаря доказування і встановила, що у світі спостерігається тенденція до поступового відходу від традиційного розуміння тягаря доказування (передусім це стосується злочинів у сфері економіки, діянь терористичної спрямованості тощо). Варто підтримати висловлений нею в алегоричній формі основний критерій зміщення тягаря доказування на обвинуваченого: «...злочинність іноді досягає такої критичної межі, коли, згідно з народною приказкою «втративши голову, за волоссям [у даному випадку — демократичними цінностями] не плачуть» (тим більше, що таке «волосся» з корінням виривати й не пропонують) [89, с. 324, 327]. Таким чином, можна вивести узагальнення, що в окремих випадках і щодо окремих проявів злочинності (особливо небезпечні злочини, протидія яким існуючими правовими засобами не приводить до відчутного зниження негативного їх впливу на суспільство) доцільним і необхідним є не відмова, а трансформація визнаних основ правової системи.

Продовжуючи міркування у цьому напрямку, варто погодитися, що при здійсненні кримінального переслідування у деяких випадках в особливо вигідному становищі опиняється сторона захисту, а сторона обвинувачення стикається з фактичною неспростовністю презумпції невинуватості. У таких ситуаціях, теоретично, дія презумпції невинуватості має бути обмежена і на обвинуваченого може бути частково покладено тягар доказування фактів, що мають кримінально-правове значення [101]. Зазвичай це буває, коли обвинувачу доводиться спростовувати так званий негативний факт, на який посилається сторона захисту, особливо якщо цей факт одночасно є і головним фактом у справі [71]. Щоправда автор зазначеного висновку не мав на увазі випадки, пов'язані із дією норми про незаконне збагачення, і сформулював його у загальному вигляді, але, як видається, саме ситуація, яка складається при доказуванні непропорційного по відношенню до законних доходів збільшення активів службової особи, підпадає під описане обмеження дії правила про розподіл тягаря доказування.

Так, тягар доказування в інтересах збереження процесуальної рівності покладається на сторону за таких умов: а) за своїми матеріальними і організаційними можливостями дана сторона фактично набагато сильніша в доказуванні, ніж її опонент; б) обставини, які належить довести даною стороною, для неї об'єктивно досяжні [71]. Близьким до

цих критеріїв є загальне правило, що існує в англійському доказовому праві, за яким на обвинуваченого покладається обов'язок доведення таких обставин, які особисто йому відомі [83, с. 40; 112, с. 113]. Тут звертає на себе увагу, що при власній оцінці доказів по справі Європейський суд керується критерієм доведеності «за відсутності обгрунтованого сумніву». Така доведеність може бути при наявності як досить вагомих, явних і узгоджених між собою доказів, так і не спростованих припущень щодо наявності певних фактів [41, с. 136; 53, с. 112]. Крім того слід мати на увазі, що у світлі вимог п. 2 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод Європейський суду з прав людини допускає існування у національному законодавстві презумпцій, що переносять тягар доведення невинуватості на обвинуваченого, якщо це обмежено розумними лімітами, які враховують важливість того, що поставлено на карту для обвинуваченого, та забезпечують його право на захист. У таких справах увага приділяється тому, чи була у обвинуваченого можливість ефективно захищатися та спростовувати існування інкримінованих фактів, які презюмуються [114, с. 22].

У випадку доказування збільшення активів службової особи незаконним (корупційним) способом ситуація є дещо схожою, адже конкретних шляхів законного примноження активів службовця є дуже велика кількість і, щоб довести невідповідність його майнового стану офіційним доходам, обвинуваченню необхідно перевірити і довести відсутність всієї множини можливих законних способів набуття такого майна, що фактично здійснити надзвичайно складно, а часто — неможливо. Навпаки, у сторони захисту є можливість вказати на конкретний спосіб примноження майна обвинуваченого і обгрунтувати, що він є законним. Тобто обвинувачення повинно перевірити дуже велику кількість фактів, а захист може обгрунтувати лише один. Це пов'язано із тим, що факт відсутності законності походження майнових активів є негативним фактом, який у силу цього обвинуваченню дуже складно довести.

Таким чином, видається, що у справах про незаконне збагачення, у тому контексті як воно розуміється Конвенцією ООН проти корупції, обвинуваченому обставина щодо законності походження його активів об'єктивно та явно є більш доступною для обгрунтованого підтвердження чи спростування, а тому він за своїми можливостями у кримінальному процесі є набагато сильнішим у доказуванні цієї обставин, ніж держава, і за ним зберігається можливість ефективно захистити себе шляхом спростування презюмованого факту — незаконності походження активів у випадку їх невідповідності встановленим джерелам доходу. Отже, у ситуації із незаконним збагаченням, яка завжди характеризується тим, що події по збільшенню майнових активів знаходилися повністю чи у великій мірі під контролем обвинуваченого, за його участю і він має об'єктивну можливість підтвердити законність походження таких активів достатньо простим способом, то доцільно і справедливо покладати тягар доведення щодо таких подій на сторону захисту.

У зв'язку із наведеним у справах про незаконне збагачення перенесення тягаря доказування на суб'єкта злочину не може розцінюватися як серйозне порушення гарантій, що випливають із презумпції невинуватості. Зазначене дозволяє дійти висновку про наявність незначної глибини обмеження права людини (принципу презумпції невинуватості) встановленням кримінальної відповідальності за незаконне збагачення у форматі ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, що у свою чергу свідчить про додержання критерію тесту щодо необхідності заходу.

Такий висновок, окрім іншого, дозволяє продовжити обґрунтування можливості обмеження принципу презумпції невинуватості, якого вимагає норма про незаконне збагачення, адже на його підставі можна встановити ту обставину, що у досліджуваному випадку зберігається основний зміст означеного принципу. Зазначена обставина є важливою у контексті тесту на пропорційність, адже якщо у результаті обмеження права воно втрачає свій зміст, то вести мову власне про обмеження уже не можна, оскільки має місце скасування чи применшення права, які не можуть допускатися за жодних умов.

Вимога про збереження сутності та основного змісту права при його обмеженні вироблена, зокрема, Конституційним Судом РФ, у п.3 рішення [38] якого зазначено, що у тих випадках, коли конституційні норми дозволяють законодавцю встановити обмеження закріплених ними прав, він не може здійснювати таке регулювання, яке посягало б на саму сутність того чи іншого права, обмежувало б межі і застосування основного змісту відповідних конституційних норм і призводило б до втрати його реального змісту. Останні твердження узгоджуються із підходом, за яком на рівні Конституції РФ розмежовуються такі види втручання у права людини, як применшення права (ч. 2 ст. 55 Конституції РФ) та його обмеження (ч. 3 ст. 55 Конституції РФ). Різниця між применшенням і обмеженням права визначається тим, чи відбувається при цьому вторгнення у сам зміст права або мова йде лише про регламентацію зовнішніх способів прояву цього змісту. Для з'ясування цієї різниці важливо мати на увазі, що під обмеженням прав людини розуміється не обмеження свободи як змісту того чи іншого права, а обмеження умов і меж реалізації цієї свободи у відповідній сфері суспільного життя [82, с. 494]. Тобто обмежується не саме благо (його обсяг, повнота і цілісність, якісна визначеність та ін.), а умови, тривалість, повнота і якість користування цим благом. Таким чином, категорія теорії права «обмеження права» — це законодавче санкціоноване обмеження умов і можливостей претендувати на благо, а не зменшення самого блага, обсяг і якість якого представляють величину у достатній мірі постійну [43, с. 11].

Отже, враховуючи те, що при реалізації норми про незаконне збагачення перенесення тягаря доказування на суб'єкта злочину не може розцінюватися як серйозне обмеження принципу презумпції невинуватості, вимога про необхідність збереження сутності та основного змісту

обмежуваного права також дотримується. Останнє дозволяє перейти до наступного етапу тесту на пропорційність.

Тест на пропорційність у вузькому розумінні

Тут відразу слід застерегти, що тест на пропорційність у третьому критерії (пропорційності у вузькому сенсі) не вимагає порівняння двох несумірних цінностей [у випадку, що аналізується — це цінність принципу презумпції невинуватості, з одного боку, і національної безпеки чи громадського порядку (*ordre public*) у розумінні Сіракузьких принципів [100] (сукупність норм, що забезпечують життєдіяльність суспільства або як ряд основних принципів, на яких побудоване суспільство), з іншого].

Тест на пропорційність розглядає кожну цінність з точки зору її власних критеріїв, не потребуючи зіставлення несумірного, і лише потім ставить запитання по кожному з них, якою мірою порушення правила зачіпало сутність цієї цінності [76, с. 63]. Очевидно, що вага конституційних прав людини, у тому числі тих, що пов'язані із принципом презумпції невинуватості, надзвичайно висока (найвища у демократичному суспільстві), і тому загальний інтерес також повинен мати серйозну вагу, щоб можливо було допустити відповідне обмеження зазначеного права. У зв'язку із цим варто погодитися, що чим більше обмежується право або чим більш суттєвий аспект права, порушений обмеженням, тим більш суттєвими і переконливими повинні бути легітимні цілі, для досягнення яких це обмеження накладається [107, с. 52].

Таким чином, при оцінці заходу по третьому критерію тесту на пропорційність слід порівнювати не цінності (принцип презумпції невинуватості і національну безпеку), оскільки це порушить їх конституційну ієрархію, а потрібно порівнювати глибину порушення кожної із них у випадку застосування і у випадку незастосування обмежень права. Якщо порушення презумпції буде непропорційно більшим при застосуванні обмеження права, чим порушення національної безпеки у випадку його незастосування, то таке обмеження слід відхилити, а якщо навпаки — то визнати, що воно є допустимим і необхідним у демократичному суспільстві.

При цьому беруться до уваги правові та моральні цінності суспільства, відбуваються порівняння, зважування та балансування прав, інтересів та цілей сторін. Баланс можна вважати справедливим (оптимальним) лише за умови, що обмеження, яке запроваджується, не посягає на саму сутність того чи іншого права та не призводить до втрати його реального змісту [95, с. 9]. Разом із тим, як було аргументовано вище, при втраті сутності права, його реального змісту у результаті застосування обмеження останнє не може вважатися несправедливим чи неоптимальним, оскільки воно є власне обмеженням і повинно визнаватися недопустимим. Про справедливість та оптимальність, як критерії тесту на пропорційність у вузькому смислі, можна вести мову виключно у випадку, коли вже констатовано, що суть права після обмеження збе-

рігається, так як тільки в останньому випадку таке обмеження може бути несправедливим чи неоптимальним.

У розглядуваному випадку метою обмеження одного із елементів принципу презумпції невинуватості є протидія корупції (якщо точніше, то уникнення безкарності корупції через значне підвищення ефективності при її викритті і покаранні, для суттєвого зменшення рівня цього явища в умовах її надмірного поширення), розповсюдження якої згідно із ст. 7 Закону України «Про основи національної безпеки України» визнається однією із основних загроз національній безпеці України, стабільності в суспільстві. Тут варто звернути увагу, що у науковій літературі панує точка зору, згідно з якою для сучасної України корупція, внаслідок надзвичайної її поширеності, набула характеру реальної загрози національній безпеці, яка перешкоджає проведенню соціально-економічних перетворень, дискредитує публічні інститути в очах населення України. Особливо небезпечний високий ступінь враження суспільства корупцією виявився у період настійливих прагнень України прискорити євроінтеграційні процеси: як з'ясувалося, кризові явища, зумовлені руйнівним впливом корупційного фактора, спотворили всі системи соціального управління не лише у публічній, але й у недержавній сфері, що знижує авторитет держави у міжнародних відносинах та вимагає більш ніж значних зусиль для реального приведення її до рівня сучасної, демократичної й правової [63, с. 12].

При цьому, як було встановлено вище, обмеження одного із елементів принципу презумпції невинуватості при запровадженні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення не може розцінюватися як серйозне порушення гарантій, що впливають із презумпції невинуватості, а сутність положення про тягар доказування, виходячи із призначення цього механізму та враховуючи глибину його порушення, у такій ситуації не втрачається.

Для прикладу допустимості перенесення тягаря доказування шляхом встановлення презумпції певного факту, яка пропорційна законній меті, приводиться правова ситуація, в якій з метою ефективного забезпечення безпеки руху, для уникнення безкарності порушення правил дорожнього руху у тих випадках, коли неможливо встановити особу, що керувала автомобілем, встановлюється відповідальність власника автомобіля [114, с. 24]. Щодо цієї ситуації необхідно враховувати, що у 2008 році в КУпАП була введена ст. 14-1, яка давала можливість притягувати до адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху власників (співвласників) транспортних засобів у разі їх фіксації працюючими в автоматичному режимі спеціальними технічними засобами без попереднього встановлення особи водія. Конституційний Суд України визнав цю статтю неконституційною, проте акцентував увагу лише на створенні її дією правової невизначеності щодо суб'єкта правопорушення та можливості притягнення до адміністративної відповідальності юридичної особи, що суперечило суті цього

виду відповідальності. Особливої аргументації щодо можливості порушення статтею 14-1 КУпАП презумпції невинуватості наведено не було, Суд обмежився лише вказівкою на ст. 62 Конституції України у переліку статей, яким не відповідає таке положення КУпАП [35].

Підходи Європейського суду з прав людини щодо перенесення тягара доказування консолідовані Д. Макбрайдом [85, с. 271–278]. Так, при приблизно такій же (як і у випадку з незаконним збагаченням) глибині порушення принципу презумпції невинуватості (шляхом перенесення тягара доказування щодо окремих обставин на обвинуваченого) метою таких правових приписів та ситуацією їх застосування було:

1) уникнення безкарності порушення правил дорожнього руху шляхом встановлення відповідальності його власника у ситуації, коли неможливо встановити особу, що керувала автомобілем (якщо обвинувачений не доведе, що його автомобілем керувала інша особа проти його волі) («Фалк проти Нідерландів» [32]);

2) уникнення безкарності контрабанди заборонених товарів шляхом встановлення відповідальності за такий злочин особи, яка володіє відповідними предметами (вони знаходяться при ній) (якщо обвинувачений не зможе довести обставини *force majeure*) («Салабіаку проти Франції» [30], «Фам Гванг проти Франції» [29]);

3) попередження вчинення правопорушень компанією шляхом вимоги до керівника компанії належним чином виконувати свої обов'язки по контролю над її діяльністю через встановлення відповідальності директора такої компанії за будь-яке її правопорушення (якщо останній не доведе, що правопорушення було скоєно без його відома і що він вжив всіх заходів для його попередження) («А.Г. проти Мальти» [31]);

4) уникнення легалізації коштів, одержаних у результаті торгівлі наркотиками та ухилення від конфіскації майна за такі дії, шляхом застосування конфіскації активів, одержаних протягом шести років, які передували зазначеному злочині (якщо обвинувачений не зможе довести законність джерела їх походження) («Грейсон і Барнем проти Сполученого Королівства» [26]). Тут ще раз варто звернути увагу, що за п. 7 ст. 5 Конвенції ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин від 20 грудня 1988 року [2] необхідно розглянути можливість забезпечення перенесення тягара доказування законного походження передбачуваних доходів або іншої власності, що підлягають конфіскації, в тій мірі, в якій такий захід відповідає принципам її національного законодавства і характеру судового та іншого розгляду.

У всіх описаних ситуаціях Європейський суд з прав людини не визнавав, що перенос тягара доказування суперечить п. 2 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. У контексті дослідження правових проблем інструменту, передбаченого ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, описані випадки та їх вирішення Європейським судом з прав людини цінні тим, що у кожному із них мета, яка переслідува-

лася обмеженням презумпції невинуватості, як видається, є менш важливою для демократичного функціонування українського суспільства, ніж мета встановлення відповідальності за незаконне збагачення.

У цьому аспекті також слід звернути увагу, що у правових системах усіх країн, які ратифікували Конвенцію ООН проти корупції та передбачили кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, існує презумпція невинуватості у тому ж вигляді, як і в Україні, що повною мірою відповідає міжнародним стандартам кримінального переслідування. Разом із цим у зазначених країнах визнається, що принцип презумпції невинуватості щодо суб'єктів корупційних правопорушень має особливості та діє із визначеними обмеженнями. Така ситуація не оцінюється як порушення принципів правової держави та основоположних прав людини. На користь викладеного положення також свідчить позиція Конституційного Суду України, викладена у абз. 1 п. 3.3 його рішення від 20 січня 2012 року по справі № 1-9/2012 [34], за якою перебування особи на посаді, пов'язаній зі здійсненням функцій держави або органів місцевого самоврядування, передбачає не тільки гарантії захисту прав цієї особи, а й додаткові правові обтяження. Наведена позиція є більш розгорнутою у рішеннях Конституційного Суду Російської Федерації [36], за якими заборони і обмеження, обумовлені специфічним статусом, який набуває особа, не можуть розглядатися як неправомірне обмеження конституційних прав цієї особи, оскільки громадянин, який побажав реалізувати своє конституційне право, добровільно приймає умови, обмеження та переваги, з якими пов'язується набуття ним публічно-правового статусу.

7. Результати застосування тесту на пропорційність та їх значення

Таким чином, застосування тесту на пропорційність дозволяє дійти висновку, що обмеження принципу презумпції невинуватості шляхом перенесення тягаря доказування щодо такої обставини, як законність примноження активів, із сторони обвинувачення на сторону захисту (суб'єкта корупційного злочину) за умови попереднього доведення державою значного збільшення активів суб'єкта і невідповідності такого збільшення задекларованим законним доходам при встановленні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення є пропорційним з огляду на мету, яка досягається дією цього заходу.

Отже, перенос тягаря доказування нормою про незаконне збагачення з метою протидії корупції не суперечить п. 2 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та узгоджується із приписами ст. 62 Конституції України і ст. 17 КПК України.

Разом із тим видається, що не може бути пропорційним та суперечить принципу презумпції невинуватості формула незаконного збагачен-

ня, яка запропонована у ст. 1 Конвенція Африканського союзу про недопущення корупції та боротьбу з нею 2003 року, за якою караним незаконним збагаченням визнається значне збільшення активів як державної посадової особи, яке вона не може раціонально обґрунтувати по відношенню до її доходу, так і будь-якої іншої особи (загального суб'єкта). Очевидно, що у випадку встановлення відповідальності за незаконне збагачення загальних суб'єктів, які не пов'язані із службовцем, який підозрюється у корупції, тягар доказування перекладається на сторону захисту уже не з метою протидії корупції. Більш того, непропорційне офіційним доходам збільшення активів загального суб'єкта взагалі може бути не пов'язане із злочинною діяльністю. У зв'язку із викладеним мета, яка реально буде досягатися при поширенні норми про незаконне збагачення на зазначених загальних суб'єктів, буде непропорційною обмеженню принципу презумпції невинуватості, яке передбачається у цьому випадку.

Крім того, слід звернути увагу, що застосування тесту на пропорційність щодо обмеження принципу презумпції невинуватості, передбаченого ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, буде давати різні результати у залежності від країни, у відношенні до якої досліджується можливість введення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, а наведений вище результат цього тесту стосується виключно держав із суттєвим поширенням корупції, де це явище вже реально підриває основи національної безпеки (як видається, до переліку таких країн відноситься Україна). При цьому щодо найменш корумпованих країн світу тест на пропорційність скоріше за все буде показувати, що норма про незаконне збагачення передбачає непропорційне втручання в принцип презумпції невинуватості з огляду на мету, яка буде досягатися її дією. Зазначене ніякою мірою не ставить під сумнів об'єктивність тесту, а демонструє необхідність уважного відношення до всіх його елементів. Зокрема, у випадку країн із низьким рівнем корупції слід враховувати, що цілі, для досягнення яких це обмеження буде накладатися, не будуть такими значимими, як щодо України, оскільки корупція у таких країнах не є загрозою національній безпеці і з врахуванням її рівня доречними будуть інші, більш м'які заходи.

Із врахуванням зазначеного вуалювання у складі незаконного збагачення, яке закладене ст. 368-2 КК України, переносу тягаря доказування законності походження майнових активів на обвинуваченого, що обмежує принцип презумпції невинуватості, є недопустимим і непотрібним. Такий прийом з точки зору існуючих вимог регламентації обмеження прав людини ставить під загрозу дію норми про незаконне збагачення у редакції ст. 368-2 КК України, оскільки обмеження принципу презумпції невинуватості потребує прямої вказівки на це у законі, а не приховування цього під ознаками складу злочину.

Таким чином, необхідно ч. 1 ст. 368-2 КК України викласти у редакції максимально наближеній до ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, з пря-

мою вказівкою на те, що службова особа зобов'язана розумним чином обґрунтувати законність значного збільшення своїх майнових активів, яке не відповідає її задекларованим доходам.

Враховуючи те, що склад незаконного збагачення за КК України містить не тільки виявлений вище недолік, запропонувати редакцію ст. 368-2 КК України лише за результатами цього дослідження буде передчасно. У зв'язку із цим на підставі обґрунтованого у цьому дослідженні наукового результату у подальшому будуть опрацьовані інші проблемні аспекти складу незаконного збагачення з метою конструювання ефективного кримінально-правового інструменту протидії корупції в Україні.

Л і т е р а т у р а

Міжнародні нормативно-правові акти та пов'язані із ними матеріали

1. Декларация прав человека и гражданина 1789 года [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://1789-fr.ru/declaration.html>.
2. Конвенція ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин від 20.12.1988 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_096.
3. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_c16.
4. Opinion on the Constitution of Ukraine, adopted by the Commission at its 30th plenary meeting in Venice, on 7–8 March 1997 (CDL-INF(1997)002-e) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-INF\(1997\)002-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-INF(1997)002-e)
5. Подготовительные материалы (переговоры о разработке Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции) [Електронний ресурс]. — Нью-Йорк : ООН, 2010. — 716 с. — Режим доступу: <http://www.unodc.org>.
6. Руководство для законодательных органов по осуществлению Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции [Електронний ресурс]. — 2-е изд., испр. и доп. — Нью-Йорк : ООН, 2012. — 283 с. — Режим доступу: <http://www.unodc.org>.

Нормативно-правові акти України та зарубіжних країн, їх проекти та пов'язані із ними документи

7. Національна антикорупційна стратегія на 2011–2015 роки [Електронний ресурс]: схвалена Указом Президента України від 21 жовт. 2011 р. № 1001/2011. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1001/2011>.
8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України [Електронний ресурс]: Закон України від 13 трав. 2014 р. № 1261-VII. — Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=1261-18>.
9. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб [Електронний ресурс]: Закон України від 23 трав. 2013 р. № 314-VII. — Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1204.48.2&pbreak=1>.
10. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з

- питань запобігання корупції [Електронний ресурс]: Закон України від 12 лют. 2015 р. № 198-VIII. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/198-19>.
11. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією [Електронний ресурс]: Закон України від 18 квіт. 2013 р. № 221-VII. — Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=221-18>.
 12. Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014—2017 роки [Електронний ресурс]: Закон України від 14 жовт. 2014 р. № 1699-VII. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1699-18>.
 13. Про Національне антикорупційне бюро України [Електронний ресурс]: Закон України від 14 жовт. 2014 р. № 1698-VII. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1698-18>.
 14. Про Національне бюро антикорупційних розслідувань [Електронний ресурс]: проект Закону України № 4573 від 26 берез. 2014 р. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50428.
 15. Про Національне бюро антикорупційних розслідувань [Електронний ресурс]: проект Закону України № 4780 від 24 квіт. 2014 р. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50785.
 16. Про Національну поліцію [Електронний ресурс]: Закон України від 2 лип. 2015 р. № 580-VIII. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/580-19>.
 17. Про систему спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції [Електронний ресурс]: проект Закону України № 5085 від 16 верес. 2014 р. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52186.
 18. Уголовный кодекс Аргентины [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://crimpravo.ru/page/zar-uk>.
 19. Уголовный кодекс КНР [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://crimpravo.ru/page/zar-uk>.
 20. Уголовный кодекс УССР 1927 года (с изменениями по 1-е июня 1928 года). — 3-е офиц. изд. — Х.: Юрид. изд-во Наркомюста УССР, 1928. — 120 с.
 21. Зауваження Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» (реєстраційний № 1660-д) від 11.02.2015 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53755.
 22. Порівняльна таблиця до проекту Закону України № 1660-д від 11.02.2015 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро та Національного агентства з питань запобігання корупції» (друге читання) (Розгляд у Комітеті з питань запобігання і протидії корупції 11.02.2015 року) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=1660-%D0%B4&skl=9.
 23. Пояснювальна записка до проекту Закону України № 4780 від 24.04.2014 року «Про Національне бюро антикорупційних розслідувань» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50785.
 24. Пояснювальна записка до проекту Закону України № 4573 від 26.03.2014 року «Про Національне бюро антикорупційних розслідувань» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50428.
 25. Стенограма десятого пленарного засідання Верховної Ради України від 12.02.2015 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://iportal.rada.gov.ua/meeting/stenogr/show/5796.html>.

Рішення Європейського суду з прав людини

26. Case of Grayson and Barnham v United Kingdom (Application № 19955/05 and № 15085/06), judgment, 23 September 2008 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.coe.int>.
27. Case of John Murray v. The United Kingdom (Application № 18731/91), judgment, 8 February 1996 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57980#{itemid}:\[«001-57980»\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57980#{itemid}:[«001-57980»]).
28. Case of John Murray v. The United Kingdom (Application № 18731/91), judgment, 8 February 1996 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57980#{itemid}:\[«001-57980»\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57980#{itemid}:[«001-57980»]).
29. Case of Pham Hoang v France (Application №13191/87), judgment, 25 September 1992 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int>.
30. Case of Salabiaku v France (Application №10519/83), judgment, 07 October 1988 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.coe.int>.
31. Decision as to the admissibility of Application no. 16641/90 by A.G. against Malta, 10 December 1991 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://caselaw.echr.globe24h.com/0/0/malta/1991/12/10/a-g-v-malte-1226-16641-90.shtml>.
32. Decision as to the admissibility of Application no. 66273/01 by Joost Falk against the Netherlands, 19 October 2004 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int>.
33. Бельджуди против Франции (Beldjoudi v. France) [Електронний ресурс]: постановление Европейского Суда по правам человека от 26 марта 1992 г. (жалоба № 12083/86). — Режим доступу: <http://europeancourt.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/beldzhudi-protiv-francii-postanovlenie-evropejskogo-suda>.

Рішення конституційних судів

34. Рішення Конституційного Суду України від 20 січня 2012 року у справі № 1-9/2012 за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-12/para51#n51>.
35. Рішення Конституційного Суду України від 22 грудня 2010 року у справі № 1-34/2010 за конституційним зверненням громадянина Багінського Артема Олександровича щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 14-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-10>.
36. Определение Конституционного Суда Российской Федерации об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Жириновского Владимира Вольфовича на нарушение его конституционных прав положениями пункта 2 статьи 43 и пункта 8 статьи 52 Федерального закона «О выборах Президента Российской Федерации» от 30.09.2004 года № 299-О/2004 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.ksrf.ru>.
37. Определение Конституционного Суда Российской Федерации об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Нечаева Владимира Михайловича на нарушение его конституционных прав положениями статей 3 и 13 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации», статей 19 и 21 Федерального закона «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации» от 20.03.2007 года № 169-О-О/2007 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.ksrf.ru>.
38. Постановление Конституционного Суда РФ по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» в связи с

запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С. А. Бутмана, К. А. Катаняна и К. С. Рожкова от 30 октября 2003 г. № 15-П/2003 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.ksrf.ru>.

Наукова література та інші джерела

39. CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2013 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.transparency.org/cpi2013/results>.
40. Алексеев С. В. Коррупция в переходном обществе: социологический анализ : автореф. дис. ... д-ра социол. наук : 22.00.04 / С. В. Алексеев. — Новочеркасск, 2008. — 49 с.
41. Аллахвердиев В. Бремя доказывания в практике Европейского суда по правам человека в аспекте доказательственного права Украины, Азербайджанской Республики и Российской Федерации / Вусал Аллахвердиев // Судова апеляція. — 2011. — № 1. — С. 133–139.
42. Балобанова Д. О. Теорія криміналізації : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Д. О. Балобанова ; Одес. нац. юрид. акад. — О., 2007. — 17 с.
43. Беломестных Л. Л. Ограничение прав и свобод человека и гражданина: теоретический аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Л. Л. Беломестных. — М., 2003. — 20 с.
44. Білецька Н. Принцип пропорційності у практиці Європейського суду з прав людини / Н. Білецька // Збірник наукових праць Львівського державного інституту новітніх технологій та управління ім. В. Чорновола. Серія «Юридичні науки». — 2010. — Вип. 4. — С. 49–55.
45. Богуш Г. И. Конвенция ООН против коррупции 2003 г.: общая характеристика и проблемы имплементации [Электронный ресурс] / Г. И. Богуш. — Режим доступа: [http://sartraccs.ru/print.php?print_file=Pub/bogush\(2-11-06\).htm](http://sartraccs.ru/print.php?print_file=Pub/bogush(2-11-06).htm).
46. Бойко А. И. Системная среда уголовного права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / А. И. Бойко. — М., 2008. — 59 с.
47. Борков В. Н. Модернизация норм о коррупционных преступлениях с учетом изменившейся сущности государства / В. Н. Борков // Диалектика противодействия коррупции : материалы II Всерос. науч.-практ. конф., 7 дек. 2012 г. — Казань : Изд-во «Познание» Ин-та экономики, управления и права, 2012. — С. 19–24.
48. Борков В. Н. Незаконное обогащение: преступление без деяния? / В. Н. Борков // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 2011. — № 6. — С. 161–169.
49. Борков В. Н. О новых подходах к конструированию запретов на совершение коррупционных преступлений [Электронный ресурс] / В. Н. Борков // «Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». — 2010. — № 1. — Режим доступа: <http://electronic.ruzh.org/?q=ru/node/183>.
50. Борков В. Н. Предпосылки формирования трех рубежей уголовно-правового предупреждения коррупции / В. Н. Борков // Научный вестник Омской академии МВД России. — 2009. — № 4 (35). — С. 18–19.
51. Борков В. Н. Проблемы криминализации коррупционного обогащения в России / В. Н. Борков // Уголовное право. — 2007. — № 2. — С. 27–31.
52. Босхолов С. С. Актуальные проблемы уголовной политики в сфере противодействия коррупции [Электронный ресурс] / С. С. Босхолов // Пролог. — 2013. — № 1. — С. 40–48. — Режим доступа: http://www.гра38.ru/data/1122/40_48.pdf.
53. Брэйди Н. Установление фактов: следственные мероприятия Европейского Суда по правам человека / Н. Брэйди, М. О'Бойл // Конституционное право: восточноевропейское обозрение (Сравнительное конституционное обозрение). — 2012. — № 5. — С. 110–126.
54. Волженкин Б. В. Служебные преступления / Б. В. Волженкин. — М. : Юристъ, 2000. — 368 с.

55. Волков А. Н. Актуальные вопросы законодательного обеспечения ответственности государственных служащих за незаконное обогащение / *А. Н. Волков, О. В. Дамаскин* // Современное право. — 2012. — № 4. — С. 32–38.
56. Гараджаев Дж. Я. Судебный контроль по обеспечению предела ограничения прав человека / *Дж. Я. Гараджаев* // Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського Суду з прав людини : матеріали 2-ї міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 20–21 верес. 2013 р.) / за ред. С. В. Ківалова ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». — О., 2013. — С. 278–282.
57. Гарбазей Д. О. Незаконне збагачення: міжнародно-правовий аспект / *Д. О. Гарбазей* // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. — 2013. — № 6-1, т. 2. — С. 212–217.
58. Гарбазей Д. О. Незаконне збагачення: міжнародно-правовий аспект / *Д. О. Гарбазей* // Альманах міжнародного права. — 2014. — № 4. — С. 84–94.
59. Герардс Я. Структура основных прав и Европейский Суд по правам человека / *Я. Герардс, Х. Сенден* // Конституционное право: восточноевропейское обозрение (Сравнительное конституционное обозрение). — 2010. — № 3. — С. 36–63.
60. Герцензон А. А. Развитие социалистического уголовного законодательства до его кодификации / *А. А. Герцензон* // Проблемы социалистического права. — 1938. — № 4.
61. Гишинский Я. Нечестно нажитое имущество защищено / *Я. Гишинский* ; ред. О. Филина // Огонек. — 2013. — № 35. — С. 22.
62. Гончарова М. В. Преступность в России: аспекты латентности / *М. В. Гончарова* // Российский следователь. — 2005. — № 11.
63. Гусаров С. М. Кримінально-правовий вимір протидії корупції: доцільність, ефективність, досконалість / *С. М. Гусаров* // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції : зб. матеріалів III Міжнар. наук.-практ. конф. [Харків, 3 квіт. 2015 р.] / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ, Кримінол. асоц. України. — Х., 2015. — С. 12–17.
64. Давиденко М. Л. Протидія корупції. Застосування норми міжнародного права в Україні / *М. Л. Давиденко* // Профілактика корупційних правопорушень : наук.-практ. конф., Харків, 7 квіт. 2015 р. : зб. тез доп. / ХНУ ім. В. Н. Каразіна. — Х., 2015. — С. 41–45.
65. Дашков Г. В. Проблемы организации и проведения научных исследований и разработок в области борьбы с преступлениями коррупционной направленности / *Г. В. Дашков* // Lex Russica (Научные труды МГЮА). — 2009. — № 4. — С. 901–916.
66. Довідка Вищого адміністративного суду України щодо вивчення та узагальнення практики застосування адміністративними судами законодавства під час розгляду та вирішення впродовж 2010–2011 років справ стосовно реалізації права на мирні зібрання (збори, мітинги, походи, демонстрації тощо) від 01.04.2012 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0002760-12>.
67. Дрёмин В. Н. Институциональные механизмы противодействия преступности / *В. Н. Дрёмин* // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О., 2010. — Вип. 54. — С. 312–317.
68. Дрёмин В. Н. Методологические вопросы формирования институциональной криминологии / *В. Н. Дрёмин* // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». — 2013. — Т. XIII. — С. 103–114.
69. Дрьомін В. М. Інституціональна концепція злочинності [Електронний ресурс] / *В. М. Дрьомін* // Вісник Асоціації кримінального права України. — 2013. — № 1. — Режим доступу: http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/visnik_yg/1/23.pdf.
70. Євтошук Ю. Принцип пропорційності у практиці Конституційного Суду України / *Ю. Євтошук* // Вісник Конституційного Суду України. — 2011. — № 1. — С. 90–101.
71. Калиновский К. Б. Презумпции в уголовном процессе [Електронний ресурс] / *К. Б. Калиновский, А. В. Смирнов* // Российское правосудие. — 2008. — № 4. — С. 68–74. — Режим доступу: <http://kalinovsky-k.narod.ru/p/2008-1.htm>.

72. Карпович О. Г. Коррупция в современной России / *Олег Геннадьевич Карпович*. — М.: Юристъ, 2007. — 243 с.
73. Клейменов И. М. Международно-правовые стандарты противодействия коррупции, их реализация в антикоррупционном законодательстве России / *И. М. Клейменов* // Актуальные проблемы экономики и права. — 2010. — № 4. — С. 74–82.
74. Кленова Т. В. О недостатках идеологического подхода к определению норм уголовного закона [Электронный ресурс] / *Т. В. Кленова* // Уголовно-правовой запрет и его эффективность в борьбе с современной преступностью: сб. науч. тр. / под ред. Н. А. Лопашенко; Саратов. центр по исслед. проблем организованной преступности и коррупции. — Саратов: Сателлит, 2008. — С. 60–67. — Режим доступа: [http://sartraccs.ru/i.php?op=read_file&filename=Pub/klenova\(11-07-2008\).htm](http://sartraccs.ru/i.php?op=read_file&filename=Pub/klenova(11-07-2008).htm).
75. Косла М. Пропорциональность: посягательство на права человека? Ответ Ставросу Чакиракису / *М. Косла* // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 5. — С. 58–66.
76. Коэн-Элия М. Американский метод взвешивания интересов и неметкий тест на пропорциональность: исторические корни / *М. Коэн-Элия, И. Порат* // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 3. — С. 59–81.
77. Крижанівський В. В. Принцип презумпції невинуватості у кримінальному процесі (порівняльно-правове дослідження): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / *В. В. Крижанівський*; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2007. — 20 с.
78. Крусс В. И. Актуальные аспекты проблемы злоупотребления правами и свободами человека / *В. И. Крусс* // Государство и право. — 2002. — № 7. — С. 46–53.
79. Кубальський В. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в контексті принципу презумпції невинуватості / *В. Кубальський* // Вісник Національної академії прокуратури України. — 2013. — № 3. — С. 30–34.
80. Кубальський В. Н. Проблеми кримінальної відповідальності за незаконне збагачення / *В. Н. Кубальський* // Протидія злочинам у сфері службової діяльності (кримінологічні, кримінально-правові і кримінально-процесуальні проблеми). — К.: Наук. думка, 2014. — 318 с.
81. Кузнецова Н. Ф. О совершенствовании уголовного закона / *Н. Ф. Кузнецова* // Российская юстиция. — 2009. — № 5. — С. 12–16.
82. Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: монография / *В. В. Лапаева*. — М.: Рос. акад. правосудия, 2012. — 579 с.
83. Лубенский А. И. Предварительное расследование по законодательству капиталистических государств / *А. И. Лубенский*. — М.: Юрид. лит., 1977. — 160 с.
84. Лунеев В. В. Настоящей борьбы с коррупцией в России нет / *В. Лунеев* // Уголовное право. — 2007. — № 5. — С. 104–108.
85. Макбрайд Д. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес / *Д. Макбрайд*. — К.: К.І.С., 2010 — 576 с.
86. Маляренко В. Т. Про публічність і диспозитивність у кримінальному судочинстві України та їх значення / *В. Т. Маляренко* // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 7. — С. 2–11.
87. Михайленко Д. Г. Норма про незаконне збагачення як елемент завершального рубежу протидії корупції в Україні / *Д. Г. Михайленко* // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»: зб. наук. пр. / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.]. — О., 2015. — Т. XV / відп. за вип. М. В. Афанасьєва. — С. 244–256.
88. Навроцька В. В. Класичний підхід Беккарія до тягаря доказування та необхідність його перегляду за сучасних умов боротьби зі злочинністю / *В. В. Навроцька* // Еволюція уявлень про злочини і покарання у суспільно-правовій думці (до 250-річчя праці Чезаре Беккарія «Про злочини та покарання»): зб. матеріалів Міжнар. наук.-практ. конф. [Харків, 24 черв. 2014 р.] / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ, Кримінол. асоц. України. — Х., 2014. — С. 132–137.

89. Навроцька В. В. Тягар доказування у кримінальному процесі: необхідність перегляду традиційного підходу / *В. В. Навроцька* // Вісник Львівського університету. Серія юридична. — 2013. — Вип. 58. — С. 322–327.
90. Навроцький В. О. Парадокси вітчизняної «боротьби» з корупцією / *В. О. Навроцький* // Актуальні проблеми держави та права. — 2010. — Вип. 54. — С. 263–266.
91. Нор В. Т. Презумпція невинуватості як конституційна засада кримінального судочинства та її застосування в практиці Європейського Суду з прав людини [Електронний ресурс] / *В. Т. Нор* // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». — 2011. — № 1 (3). — С. 1–24. — Режим доступу: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2011/n1/11nvtzpl.pdf>.
92. Плехова О. А. Уголовная ответственность за совершение должностных злоупотреблений по уголовному законодательству РСФСР / *О. А. Плехова* // Уголовное право в эволюционирующем обществе: проблемы и перспективы : сб. науч. ст. / редкол.: С. Г. Емельянов [и др.]; Юго-Запад. гос. ун-т. — Курск, 2011. — С. 20–25.
93. Побегайло Э. Ф. Кризис современной российской уголовной политики / *Э. Ф. Побегайло* // Преступность и уголовное законодательство: реалии, тенденции, взаимовлияние : сб. науч. тр. [Електронний ресурс] / Саратов. центр по исслед. проблем организованной преступности и коррупции. — Саратов : Сателлит, 2004. — Режим доступу: [http://sartraccs.ru/print.php?print_file=Pub/pobegailo-1\(20-09-04\).htm](http://sartraccs.ru/print.php?print_file=Pub/pobegailo-1(20-09-04).htm).
94. Погребняк С. Принцип пропорційності у судовій діяльності / *С. Погребняк* // Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 2. — С. 49–55.
95. Погребняк С. П. Тест на пропорційність / *С. П. Погребняк* // Юрист України. — 2013. — № 2. — С. 5–10.
96. Полянський Є. Ю. Кримінально-правова доктрина США: генезис, обґрунтування, перспективи : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / *Полянський Євген Юрійович*. — О., 2015. — 36 с.
97. Прийма С. Пропорційність як принцип тлумачення права / *С. Прийма* // Вісник Національної академії правових наук України. — 2013. — № 4 (75). — С. 42–48.
98. Роуз-Аккерман С. Коррупция и государство. Причины, следствия, реформы / *С. Роуз-Аккерман*; пер с англ. О. А. Алякринского. — 2-е изд. — М.: Логос, 2010. — 356 с.
99. Савчин М. Основні конституційні критерії обмеження прав людини й основоположних свобод / *М. Савчин* // Вибори та демократія. — 2008. — № 2. — С. 21–28.
100. Сиракузские принципы толкования ограниченный и отступлений от положений Международного пакта о гражданских и политических правах (Документ ООН E/CN.4/1985/4, Приложение (1985)) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://legislationline.org/gu/documents/action/popup/id/14624>.
101. Смирнов А. В. Презумпции и распределение бремени доказывания в уголовном процессе / *А. В. Смирнов* // Государство и право. — 2008. — № 1. — С. 60–68.
102. Стрельцов Є. Л. Державний суверенітет і суверенітет особистості: проблеми взаємовідносин / *Є. Л. Стрельцов* // Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського Суду з прав людини : матеріали 2-ї міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 20–21 верес. 2013 р.) / за ред. С. В. Ківалова; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». — О., 2013. — С. 48–60.
103. Ткачук Д. Досвід боротьби з корупцією. Сінгапур [Електронний ресурс] / *Д. Ткачук* // Українська правда. — Режим доступу: <http://www.pravda.com.ua/columns/2014/12/5/7046467>.
104. Туляков В. О. Кримінальне право сьогодення: ренесанс моделі сталого розвитку / *В. О. Туляков* // Вісник Асоціації кримінального права України. — 2014. — № 2 (3). — С. 1–19.
105. Храмов С. М. Латентная преступность: методология познания и основные направления противодействия : монография / *С. М. Храмов*; Брест. гос. ун-т им. А. С. Пушкина. — Брест : БрГУ, 2010. — 169 с.

106. Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? В ответ на статью Мадхава Кослы / С. Цакиракис // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 5. — С. 67–70.
107. Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? / С. Цакиракис // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 2. — С. 47–66.
108. Шамардин А. А. К вопросу об обязанности доказывания в уголовном судопроизводстве [Электронный ресурс] / А. А. Шамардин // Труды Оренбургского института (филиала) МГЮА. — Оренбург, 2005. — Вып. 8. — С. 393–406. — Режим доступа: <http://artshamardin.narod.ru>.
109. Шевченко О. В. Кримінологічна характеристика та запобігання корупційній злочинності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / О. В. Шевченко; МВС України, Нац. акад. внутр. справ. — К., 2012. — 19 с.
110. Шлинк Б. Пропорциональность: к проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей / Б. Шлинк // Сравнительное конституционное обозрение. — 2012. — № 2. — С. 56–76.
111. Шустров Д. Г. Иерархия конституционных ценностей / Д. Г. Шустров // Конституционное и муниципальное право. — 2013. — № 6. — С. 6–15.
112. Щербаков С. В. Бремя доказывания по английскому и американскому уголовному доказательственному праву / С. В. Щербаков // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 2007. — № 5. — С. 112–117.
113. Эсаулов С. В. Реализация принципа презумпции невиновности в доказывании на досудебных стадиях уголовного судопроизводства [Электронный ресурс]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / С. В. Эсаулов. — М., 2013. — 24 с. — Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1511761>.
114. Юдківська Г. Ю. Законність переносу тягаря доведення на обвинуваченого в кримінальному процесі з погляду міжнародних стандартів / Г. Ю. Юдківська // Адвокат. — 2007. — № 2. — С. 22–26.

А н о т а ц і я

Михайленко Д. Г. Обмеження принципу презумпції невинуватості нормою про незаконне збагачення в Україні: соціальна обумовленість та тест на пропорційність. — Стаття.

У статті досліджується соціальна обумовленість модернізації загальноєвропейських принципів права при конструюванні ефективного механізму кримінально-правової протидії корупції в Україні і розкриваються основи та стан останнього.

Висувається і описується гіпотеза щодо необхідної трансформації Кримінального закону у частині регламентації відповідальності за корупційні злочини. Визначається місце механізму кримінально-правової протидії корупції у системі антикорупційних правових норм.

Описується те, яким чином принцип презумпції невинуватості вплинув на вироблення моделі норми про незаконне збагачення у КК України та її недоліки. Обґрунтовується необхідність та доцільність використання тесту на пропорційність у правовій системі України та розкривається його методика.

Проводиться розгорнутий тест на пропорційність обмеження принципу презумпції невинуватості нормою про незаконне збагачення, у результаті якого одержується висновок про необхідність викладення норми про незаконне збагачення у КК України у редакції, максимально наближеній до ст.20 Конвенції ООН проти корупції, з прямою вказівкою на те, що службова особа зобов'язана розумним чином обґрунтувати законність значного збільшення своїх майнових активів, яке не відповідає її задекларованим доходам.

Ключові слова: корупція, механізм кримінально-правової протидії корупції, корупційні злочини, незаконне збагачення, принцип презумпції невинуватості, тест на пропорційність.

А н н о т а ц и я

Михайленко Д. Г. Ограничение принципа презумпции невиновности нормой о незаконном обогащении в Украине: социальная обусловленность и тест на пропорциональность. — Статья.

В статье исследуется социальная обусловленность модернизации общепризнанных принципов права при конструировании эффективного механизма уголовно-правового противодействия коррупции в Украине и раскрываются основы и состояние последнего.

Выдвигается и описывается гипотеза о необходимой трансформации Уголовного закона в части регламентации ответственности за коррупционные преступления. Определяется место механизма уголовно-правового противодействия коррупции в системе антикоррупционных правовых норм.

Описывается то, каким образом принцип презумпции невиновности повлиял на выработку модели нормы о незаконном обогащении в УК Украины и ее недостатки. Обосновывается необходимость и целесообразность использования теста на пропорциональность в правовой системе Украины и раскрывается его методика.

Проводится развернутый тест на пропорциональность ограничения принципа презумпции невиновности нормой о незаконном обогащении, в результате которого получается вывод о необходимости изложения нормы о незаконном обогащении в УК Украины в редакции, максимально приближенной к ст.20 Конвенции ООН против коррупции, с прямым указанием на то, что должностное лицо обязано разумным образом обосновать законность значительного увеличения своих имущественных активов, которое не соответствует его задекларированным доходам.

Ключевые слова: коррупция, механизм уголовно-правового противодействия коррупции, коррупционные преступления, незаконное обогащение, принцип презумпции невиновности, тест на пропорциональность.

S u m m a r y

Mykhaýlenko D. H. The Restriction of the Presumption of Innocence Principle by the Norm on Illicit Enrichment in Ukraine: Social Conditionality and Proportionality Test. — Article.

Social conditionality of modernization of the generally accepted principles of law in the design of an effective mechanism for criminal and legal counteraction to corruption in Ukraine is studied in the article. Fundamentals and state of this mechanism are disclosed.

The hypothesis about the necessary transformation of Criminal law in a sphere of responsibility for corruption is put forward and described. The place of mechanism for criminal and legal counteraction to corruption in the system of anti-corruption legal norms is determined.

The way in which the presumption of innocence principle has affected the production of the model of the norm on illicit enrichment in the Criminal Code of Ukraine is described together with its disadvantages. The necessity and feasibility of the proportionality test applying in the legal system of Ukraine is proved and its technology is explained.

A detailed proportionality test of the restriction of the presumption of innocence principle by the norm on illicit enrichment is conducted. The result of the test is a conclusion about the necessity of presentation of the norm on illicit enrichment in the Criminal Code of Ukraine with the wording close to Article 20 of the UN Convention against corruption with a direct indication that the officials must reasonably justify the legality of a significant increase of their property assets, which does not conform to declared incomes.

Keywords: corruption, mechanism of criminal-legal counteraction to corruption, corruption crimes, illicit enrichment, the presumption of innocence principle, the proportionality test.

УДК 343.241:343.162

А. С. Макаренко

**СПІВВІДНОШЕННЯ ФОРМАЛЬНИХ
ТА ДИСКРЕЦІЙНИХ ЗАСАД НА РІЗНИХ РІВНЯХ
ПЕНАЛІЗАЦІЇ ЗЛОЧИННИХ ДІЯНЬ**

Останнім часом у науці кримінального права все більше вчених звертають увагу на той факт, що стрижневим питанням сьогодення є проблема якості та ефективності кримінального закону. При цьому задача аналізу соціальної обумовленості та ефективності кримінального закону стає все більш гострою внаслідок необхідності глибинного пізнання процесів криміналізації і пеналізації суспільства, закономірностей контролю над злочинністю, прогнозування ефективності превентивних функцій кримінального закону. Більше того, як зауважує В. О. Туляков, відбувається віртуалізація правової норми, за якої формальна наявність заборони нейтралізується не обов'язковістю або неможливістю (матеріальною або процесуальною) його виконання [1, с. 5]. В ідеалі застосування кримінально-правової норми є її незастосуванням. Але саме ця остаточність заходів кримінально-правового примусу, їх адитивність, зорієнтованість на правозастосувачів та їх правосвідомість, а не на пересічних громадян, поруч з іншими системними недоліками публічно-правового регулювання, призвели до формування значної кількості суперечливих явищ та процесів, які у сумі дають можливість говорити про припинення розвитку кримінально-правової доктрини, знаходження кримінального законодавства та правозастосування у стані системної кризи [2, с. 43]. Усе це зумовлює нагальну потребу у науковому та професійно-практичному осмисленні закономірностей криміналізації і пеналізації.

У загальному вигляді видається, що пеналізація злочинів — це процес визначення караності діянь, передбачених Кримінальним кодексом України (далі — КК України). Однак зрозумілим є те, що процес реалізації кримінальної заборони передбачає, з одного боку, закріплення потенційно тих мір реагування держави на девіантні прояви поведінкових актів, які можуть бути застосовані, а з іншого боку, — діяльність

конкретну, що має місце при застосуванні тих заходів кримінально-правового характеру, що закріплені на теоретично-законодавчому рівні. У зв'язку з цим можливим є розгляд питання про виділення видів пеналізації злочинів у залежності від суб'єкта (рівня) її здійснення.

Власне термін «пеналізація» (від лат. *poena* — «покарання» і *action* — «дія») вживається у науковому обігу і не є законодавчим. Це і зумовлює відсутність єдності у підходах до його визначення. На думку, зокрема, Ю. А. Пономаренка та ще деяких науковців, пеналізацією є визначення видів і розмірів покарань, що можуть бути застосовані за їх вчинення [3, с. 60; 4, с. 137; 5, с. 123]. Деякі вчені до цього ще й включають процес призначення покарання [6, с. 7–8; 7, с. 309; 8, с. 94]. А тому в науці визначення того, які саме органи здійснюють пеналізацію злочинів, є дискусійним.

Одні вчені вважають, що пеналізація здійснюється виключно законодавцем, інші ж вважають, що її здійснює ще й суд, призначаючи покарання. Так, Ю. А. Пономаренко дотримується першої позиції. Підкреслюючи відмінні ознаки процесу пеналізації і процесу призначення покарання, вчений зазначає, що результатом пеналізації є потенційна кримінальна відповідальність, результатом же призначення покарання — реальна кримінальна відповідальність. Потенційна кримінальна відповідальність традиційно визначається з допущенням судової дискреції, яскравим свідченням чого є відносна визначеність покарань практично у всіх санкціях статей Особливої частини КК України. Реальна ж кримінальна відповідальність, яка визначається судом вже з використанням його дискретних можливостей, завжди чітко конкретизована за видами та розмірами покарань [9, с. 71].

На нашу думку, з наведених слів ученого саме і підтверджується, що суд, призначаючи покарання, і забезпечує реалізацію пеналізації, визначеної законодавцем, у житті. Право як таке оперує абстрактними поняттями, такі норми без застосування їх до реальної дійсності є лише потенцією. Суд як правозастосувальний орган забезпечує застосування кримінального законодавства у конкретних випадках призначення покарання. Тому ми вважаємо, що питання суб'єктів процесу пеналізації можна розглядати у вузькому сенсі — законодавець як єдиний суб'єкт, та широкому — законодавчий та судові органи. При цьому ми ніяким чином не абсолютизуємо роль суду при встановленні конкретної міри покарання.

Дійсно, як таке встановлення злочинності (криміналізації) і караності (пеналізації) діянь належить законодавцю, суд при призначенні покарань не має права виходити за встановлені законодавцем межі (наприклад, призначити покарання у вигляді позбавлення волі, якщо воно не передбачено санкцією, або вийти за максимальні межі покарання, встановлені санкцією Особливої частини КК, коли немає підстав для застосування ст. ст. 70, 71 КК тощо). Однак діяльність судді з застосування санкції при визначенні конкретної міри покарання особі, визнаній вин-

ною у вчиненні злочину, не можна назвати не чим іншим, як пеналізаційним процесом. Суд не створює нових законодавчих приписів, він лише забезпечує перетворення потенційної відповідальності у реальну персоніфіковану.

Більше того, таку позицію можна підтвердити і приписами кримінального закону. На обґрунтування своєї позиції той же Ю. А. Пономаренко відзначає, що пеналізація є діяльністю законодавця через те, що полягає у «передбаченні» (ч. 1 ст. 50 КК) або «визначенні» (ч. 3 ст. 3 КК) покарання у законі, в тому плані, що законодавець передбачає (визначає) як у цілому систему і окремі види покарань, так і караність окремих злочинів зокрема [9, с. 75]. Ми можемо до цієї пари приписів «передбачає» — «визначає» доповнити ще «встановлює» (призначає). Суд встановлює (призначає) караність конкретного злочину конкретній особі (ст. 65 КК) і таким чином забезпечує або реалізує пеналізацію у тих межах, яка встановлена законодавцем. Законодавець, закріплюючи види покарань у певних розмірах (строках), закладає ймовірну наперед встановлену караність діянь. Проте конкретну караність діяння, вчиненого певною особою, суд встановлює на власний розсуд при призначенні покарання, враховуючи конкретні обставини справи.

У цьому зв'язку правильно відзначає О. В. Наден: «Правозастосовчий рівень кримінально-правового регулювання — це діяльність держави по реалізації кримінально-правових норм щодо конкретних осіб, які вчинили злочини. Така реалізація здійснюється виключно судом у формі застосування таких норм. Застосування норми кримінального права полягає у послідовному застосуванні спочатку її гіпотези, потім — диспозиції (традиційної або альтернативної). Тому кримінально-правове регулювання на правозастосовчому рівні розпадається на дві юридично-значимі дії (які, проте, оформлюються одним правозастосовчим актом):

а) кримінально-правову кваліфікацію юридичного факту. Такимим юридичними фактами є злочин, позитивна посткримінальна поведінка, а в окремих випадках — події (що, на нашу думку, не завжди обґрунтовано);

б) визначення кримінально-правових наслідків появи такого юридичного факту — покладення кримінальної відповідальності; повне чи часткове звільнення від неї» [10, с. 32].

Виходячи з цього, ми дотримуємося позиції, що необхідно пеналізацію злочинів розглядати у вузькому та широкому значеннях та виділяти два рівні її здійснення, власне з відповідними суб'єктами на кожному з них. А тому залежно від суб'єктного складу (або рівня здійснення) пеналізація злочинів поділяється на:

1) законодавчу/теоретичну/потенційну — визначення характеру караності злочину законодавцем;

2) судову/практичну/фактичну — визначення обґрунтованості і доцільності застосування покарання певного виду і розміру за вчинення конкретного злочину.

З метою переосмислення вітчизняного кримінально-правового механізму видається доцільним дослідити і проаналізувати особливості встановлення кримінально-правового примусу на різних пеналізаційних рівнях крізь призму типів правового регулювання.

Законодавча пеналізація кримінальних правопорушень. Якість і стабільність кримінального закону визначається його науковою обґрунтованістю і логічно витриманою концептуальною основою [11, с. 342]. Зміни, що вносяться до КК України та які направлені на підвищення якості останнього, не повинні порушувати систему кримінального закону. Однак вони є закономірним результатом міждисциплінарної взаємодії права, відносної сталості виокремлення предмета вивчення окремої науки та у цілому направлені на оптимізацію всього механізму правового регулювання суспільних відносин. На думку М. Н. Марченко, системність права забезпечується зусиллями юридично грамотного, високо професійного законодавця, який у своїй правотворчій діяльності у максимальній мірі намагається відобразити і «трансформувати» системність суспільства, зокрема, суспільних відносин, що регулюються за допомогою правових норм, у системність актів, які ним приймаються, і, у кінцевому рахунку, — у системність всього права [12, с. 13]. При цьому системність кримінального права є його якісною характеристикою і невід'ємним атрибутом, притаманна за своєю сутністю і природою даній галузі права. Системність полягає у внутрішній єдності структурних елементів кримінального права як цілого, наявності між ними відносин і зв'язків, що характеризуються упорядкованістю, логічною узгодженістю і несуперечністю [13, с. 314].

19 листопада 2012 року набрав чинності новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі — КПК України), яким законодавець ввів певну новизну до сталих механізмів кримінально-правового регулювання. Так, новими кримінально-процесуальними нормами визначається не тільки поняття закону про кримінальну відповідальність (п. 7 ч. 1 ст. 3 КПК України), а й напрями розвитку кримінального права, якими є введення до кримінального права інституту кримінальних проступків.

Розробка, наукова апробація та введення виду такого забороненого діяння, як проступок, до кримінально-правової матерії є віддзеркаленням динамічної міждисциплінарної взаємодії галузей права, зокрема, кримінального права та адміністративного, а безпосередньо при впровадженні механізму реалізації ще й кримінального процесу. Як відмічає В. О. Туляков, відомою є позиція, що кримінальна заборона сьогодення, яка реалізується у правозастосуванні, знаходиться в постійному розвитку. Водночас і стабільна заборона минулого, що пов'язана із позитивним кримінальним правом, так само знаходиться у розвитку. У першому випадку мова йде про необхідність постійної корекції законодавства та практики його застосування відносно нових заборон (комп'ютерні злочини, наприклад), нових колізійних ситуацій, що зумовлено політичними процесами, прийняттям та ратифікацією відповідних міжнародних дого-

ворів та конвенцій, рішеннями Європейського суду з прав людини тощо. У другому випадку маються на увазі інтерпретаційні процеси у достатньо інерційному кримінальному законодавстві, які дозволяють, використовуючи аналогію права *suī generis* (призначення заходів безпеки та соціального захисту в КК, звужене чи поширене тлумачення кримінально-правової норми Верховним Судом України чи Вищим касаційним судом з розгляду цивільних та кримінальних справ), розповсюджувати дію старих норм на нові види відносин [14].

Питання передбачення адекватних заходів реагування на вчинення кримінального проступку, напевно, на даному етапі законодавчих нововведень складає чи не найбільшу проблему. З метою створення оптимального механізму регулювання девіантних проявів у вигляді кримінальних правопорушень, необхідно розробити таку систему мір кримінально-правового впливу, яка максимально враховуватиме особливості діяння та діяча, тобто сприятиме реалізації принципів диференціації кримінальної відповідальності та індивідуалізації покарання. При цьому зрозумілим є те, що таким чином законодавець здійснює теоретичну (потенційну) пеналізацію кримінальних правопорушень. Звідси визначається певний об'єм дискреційних повноважень для вирішення питань прикладного характеру «з поправкою» на суддівський розсуд, що забезпечує гнучкість кримінально-правової матерії. З іншого боку, певні дослідження законодавства зарубіжних країн свідчать про те, що законодавець вдається до застосування системи типових санкцій, як за моделлю градування видів злочинних діянь, так і закріпленням багатоступінчатої моделі видів заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються за їх вчинення [15, с. 108–112]. Це має наслідком формалізацію правозастосовочого процесу, конкретизацію виду і «об'єму» примусу на рівні закону, елімінацію розсудового елемента, а отже, і подолання суб'єктивізму в праві, недопущення зловживання правом і, в цілому, запобігання корупційних практик.

Відповідно до норм кримінального законодавства європейських країн виділяється три системи покарань, в основі яких лежить свій особливий критерій класифікації заходів кримінально-правового примусу [16, с. 36]. У результаті дослідження такого законодавства (КК Італії, КК Литви, КК Польщі, КК Франції, КК ФРН, КК Швейцарії), яке може слугувати підґрунтям для новелізації вітчизняного, можемо зробити такі висновки:

1) кримінальному законодавству європейських країн може бути характерна як одна система покарань, так і декілька підсистем заходів кримінального впливу (покарань основних та додаткових, так і покарань та інших кримінально-правових мір);

2) такі системи кримінально-правових заходів, їхня структура перебувають у діалектичному зв'язку з класифікацією кримінально караних діянь у цілому та, поряд з виокремленням поняття кримінального проступку, класифікацією самих злочинів зокрема. Особливо специфіка мір кримінально-правового характеру простежується при визначенні зако-

нодавчого підходу до правової природи кримінально караних діянь. Так, якщо законодавець виділяє кримінальний проступок та злочин, не проводячи класифікацію останнього, покарання за кримінальний проступок, крім іншого, полягає й у позбавленні волі. При наведенні поряд з кримінальним проступком ще й класифікації злочинів, при якій виділяються менш тяжкі злочини (фактично злочини невеликої тяжкості за українським кримінальним законодавством), покарання за кримінальний проступок будуть складати менш тяжкі його види, в деяких випадках максимальним покаранням буде арешт. При цьому покарання за кримінальні проступки в основному полягають в інших мірах кримінально-правового характеру. Як видається, такою закономірністю потрібно озброїтися при вирішенні питань введення інституту кримінального проступку до КК України;

3) фактично інші міри кримінально-правового впливу, які існують поряд з покаранням у КК європейських країн, є аналогом додаткових покарань за КК України.

У цьому зв'язку О. В. Юношев відмічає, що роль додаткових покарань у кримінальному праві України полягає у тому ж, у чому полягає роль більшості «заходів безпеки» у кримінальному праві держав Західної Європи — передусім, у запобіганні вчиненню нових злочинів засудженими. Разом з тим головна мета основних покарань — це кара і загальна превенція, а індивідуальна превенція і виправлення засуджених — це другорядна роль основних покарань. Тому, наприклад, позбавлення (обмеження) права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю не повинно бути як додатковим, так і основним покаранням. Його слід застосовувати тільки як додаткове [16, с. 37].

У проекті Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків» № 10126 від 28 лютого 2012 року, внесеного народними депутатами України, запропоновано доповнити ст. 51 КК України частиною другою такого змісту: «2. До осіб, визнаних винними у вчиненні кримінального проступку, судом можуть бути застосовані такі види покарань: 1) штраф; 2) позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; 3) громадські роботи». Також у цьому проекті ст. 52-1 «Основні та додаткові покарання за вчинення кримінальних проступків» встановлює, що: 1. Основним покаранням за вчинення кримінальних проступків є штраф. 2. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, громадські роботи можуть застосовуватися як основні, так і як додаткові покарання.

Необхідно відмітити, що єдиної позиції на рахунок того, яка форма відповідальності повинна наступати за вчинення кримінального проступку, серед законодавчих проектів та у наукових колах немає. На нашу думку, слухним є зауваження О. П. Рябчинської, що пропозиція, щоб до осіб, визнаних винними у вчиненні кримінального проступку, судом застосовувались покарання, буде суперечити положенням ч. 1 ст. 50,

згідно з якою покарання застосовується тільки до осіб, визнаних винними у вчиненні злочину, і має на меті «запобігання вчиненню нових злочинів», рівно як і іншим положенням чинного Кримінального кодексу, в яких регламентуються підстави притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення злочинів (готування та замах на злочин, співучасть у злочині та множинність злочинів тощо). В разі врахування подібної пропозиції порушиться системність кримінального права, яка виявляється у несуперечливості понять і термінів (понятійного апарату) [17, с. 214–215].

Динаміка кримінального права, що пов'язана з оперуванням поняттям «кримінальне правопорушення», вимагає нормативного розширення кола заходів кримінально-правового характеру, що забезпечить адекватність кримінальної заборони. Тому ми дотримуємося позиції, що відповідальність за кримінально карані діяння необхідно реалізовувати у формі таких заходів впливу, як покарання за вчинення злочинів, яке має тягти за собою судимість, та стягнення за вчинення кримінальних проступків без наслідку у вигляді судимості. Такі наслідки вчинення кримінальних правопорушень повинні мати структурований характер та перебувати у системному зв'язку з класифікацією правопорушень на проступки і злочини і категоризацією самих злочинів на злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі.

При цьому, зберігаючи категорію злочинів невеликої тяжкості, для підкреслення відмежування їхнього ступеня суспільної небезпеки від ступеня суспільної небезпеки кримінального проступку, за вчинення злочинів невеликої тяжкості може бути призначене покарання у вигляді обмеження або позбавлення волі строком до двох років або більш м'який вид покарання, передбачений у системі покарань, яка може бути застосована лише за вчинення злочинів.

За вчинення кримінального проступку може бути накладене стягнення, яке не пов'язане з обмеженням або позбавленням волі. Стягнення можуть відрізнитись від покарань за злочини за розмірами, якщо вести мову про штраф та позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Однак за своєю суттю система стягнень має бути відмінна від системи покарань.

Існуюча система покарань, передбачена у ст. 51 КК України, повинна зазнати змін в аспекті закріплення різних підсистем покарань залежно від порядку призначення покарань — основні чи додаткові. На нашу думку, не можуть складати одну систему покарання різної юридичної сили (за порядком призначення), це порушує логічне правило побудови системних норм. До речі, інший алгоритм побудови системи покарань знаходить відображення у багатьох кодексах європейських держав, у яких дуже часто, як ми вже відзначали, роль додаткових покарань репрезентують інші заходи кримінального впливу, які тим більше закріплюються у вигляді окремої системи. Ще одним чинником, що дає право дотримуватися такого підходу, є намагання чітко підкреслити різні за

ступенем «жорсткості» системи заходів державного примусу — основних покарань за злочини та стягнень за проступки. В останній системі всі міри пропонується закріпити одного порядку.

При цьому такий вид покарання, як тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, необхідно виключити. Для забезпечення виконання покарання цього виду держава залучає таку кількість працівників, що в декілька разів перевищує число осіб, до яких застосовується покарання у вигляді тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців. Відтак, вбачається неефективним та недоцільним функціонування такої установи виконання покарань, як дисциплінарний батальйон у Збройних Силах України. Усі інші покарання, передбачені для засуджених військовослужбовців, слід визнати ефективними у випадку їх трансформації у стягнення за кримінальні проступки [18, с. 117]. Службові обмеження для військовослужбовців за своїм змістом являють виправні роботи, які застосовуються з урахуванням того, що засуджений є військовослужбовцем. А тому дана міра примусу може не фігурувати як окремий вид покарання (стягнення), а бути прописаний у статті про виправні роботи.

За своєю природою кримінальний проступок є кримінальним правопорушенням пониженого ступеня суспільної небезпеки у порівнянні зі злочинами невеликої тяжкості. Їх вчинення своїм наслідком мають порушення прав та інтересів людини та громадянина, юридичної особи тощо. У такому випадку є доцільним вести мову про відновлення таких порушених прав. Як видається, така ревіталізація об'єкта кримінально-правової охорони повинна здійснюватися саме в передбаченому кримінальним законом порядку. А тому закономірним є віднайдення мір кримінально-правового характеру (у пропонованому нами варіанті мова йде про стягнення), яке буде володіти ретрибутивним характером. Тим більше це кореспондуватиме із законодавчо взятим курсом на гуманізацію кримінальної відповідальності, що втілюється у переорієнтації правотворчої та правозастосовчої дійсності на застосування альтернативних компенсаційних видів покарання (штраф, виправні роботи тощо). Саме такою мірою повинен стати обов'язок відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди, який, як умова застосування деяких інститутів (звільнення від кримінальної відповідальності, призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання), не є зовсім новим для вітчизняної доктрини, законодавства і практики.

Так, у 1996 р. побачив світ Проект Кримінального кодексу України, внесений на обговорення народним депутатом України О. Матковським. Специфічною ознакою цього Проекту було окреме виділення системи покарань, які можуть застосовуватись до фізичних та до юридичних осіб [19, с. 581]. Частина 1 ст. 55 перелічувала 9 покарань, які могли застосовуватись до фізичних осіб, які вчинили карані діяння. Серед останніх згадувались і ті, які відносяться до майнових, а саме: а) кримінальна реституція; ...в) штраф; г) конфіскація майна, знарядь і засобів вчинення зло-

чину [20, с. 25]. Передбачались майнові покарання і щодо юридичних осіб, які вчинили особливо тяжкий злочин, а саме: а) кримінальна реституція; б) штраф; в) конфіскація знарядь і засобів вчинення злочину (ч. 2 ст. 55).

Кримінальна реституція, тобто обов'язок відшкодування збитку, передбачалася ст. 56 Проекту. Варто зазначити, що пропозиція запровадження цього виду покарання, незважаючи на здавалося б усю свою оригінальність, не була винаходом автора досліджуваного законопроекту. Про потребу запровадження кримінальної реституції згадував ще Проект Кримінального кодексу України 1993 р., авторський колектив якого очолював В. Смітєнко [21, с. 28]. Відповідно до ч. 1 зазначеної статті, кримінальна реституція полягає у примусовому та обов'язковому відшкодуванні засудженим завданої потерпілому матеріальної і моральної шкоди [21, с. 25]. Передбачалось, що питання про застосування кримінальної реституції підлягатиме обов'язковому розглядові судом у будь-якій кримінальній справі. Незастосування цього виду покарання повинно було бути мотивовано у вироку з повідомленням про це потерпілого (ч. 2 ст. 56) [21, с. 25].

Як видається, такі міри кримінально-правового впливу мають право на нормативну регламентацію. Тим більше у наукових колах уже давно доведена необхідність і підкреслена «зрілість» концепції поділу кримінально-правових мір не лише на покарання, а й на інші заходи, що знаходиться у корелятивному зв'язку з проведеною таксономією кримінально караних діянь (правопорушень) з вичлененням серед останніх відмінного від злочину видового елемента (кримінального проступку). Так, В. О. Туляков зазначає, що при стабільному зростанні злочинності сучасне кримінальне право вимушене бути у постійному пошуку заходів реагування: здебільшого це пов'язано із диспозитивністю відносин (зростання ролі потерпілого, компенсація та реституція) та пошуком альтернативних заходів реагування на кримінальні конфлікти [2, с. 42]. І далі вчений пише, що заходи безпеки, інші кримінально-правові заходи — вид державного реагування на менш небезпечні, ніж злочини, девіації (кримінальні проступки) чи на кримінальний статус особистості з профілактичними, некаральними цілями [2, с. 44].

Якщо говорити про законодавство зарубіжних країн, то міри компенсаційного характеру вже давно закріплені законодавчо і апробовані практикою. Ми вже зазначали, що роль таких мір репрезентують інші, відмінні від покарання, заходи кримінально-правового характеру, що застосовуються за вчинення незначних кримінальних правопорушень. Так, за КК Польщі до кримінально-правових заходів, крім іншого, відносяться: 1) обов'язок відшкодувати шкоду; 2) грошова компенсація (pawiazka); 3) грошова виплата (swiadczenie pieniezne). Відповідно до § 1 ст. 46 цього Кодексу у випадку засудження за злочин, який призвів до смерті, тяжкого розладу здоров'я, порушення органів тіла або розлад здоров'я, за злочини проти безпеки руху або злочини проти навколишнього середовища, власності або господарського обігу суд за заявою

потерпілого або іншої уповноваженої особи зобов'язує відшкодувати шкоду повністю або частково; положення цивільного права про спливу строку давності за претензіями, а також можливості призначення платежів не застосовуються.

Як відомо, КК Російської Федерації (далі — КК РФ) нормативно закріплює інститут інших кримінально-правових заходів, що зі змінами від 18 квітня 2013 р. Законом України № 222-VII знайшли відображення і в КК України у частині спеціальної конфіскації. Так розділ VI КК РФ йменується як «Інші міри кримінально-правового характеру», до останніх відносяться примусові заходи медичного характеру» (глава 15) та конфіскація майна (глава 15.1). Крім цього, у даному розділі російський законодавець регламентує ще один кримінально-правовий захід — відшкодування завданого збитку. Відповідно до ч. 1 ст. 104.3 КК РФ при вирішенні питання про конфіскацію майна відповідно до ст. ст. 104.1 та 104.2 цього Кодексу у першу чергу повинно бути вирішене питання про відшкодування збитку, завданого законному власнику. А згідно з ч. 2 цієї ж статті при відсутності у винного іншого майна, на яке може бути звернене стягнення, крім указанного у ч. 1 та 2 ст. 104.1 цього Кодексу, з його вартості відшкодовується шкода, завдана законному власникові, а частина, що залишилася, звертається у дохід держави. Отже, за КК РФ, така міра, як відшкодування завданого збитку, при вирішенні певних питань набуває обов'язкового характеру і є не чим іншим, як мірою стягнення, про що йде мова у тексті закону.

Таким чином, як бачимо, такий вид кримінально-правової міри, як обов'язок відшкодування шкоди, направлений на компенсацію результатів вчинення кримінально караного діяння та відновлення порушеного стану об'єкта. Такий захід безпеки існує поряд із грошовими компенсаціями та виплатами (аналог штрафу за українським законодавством), конфіскацією майна, що підкреслює відмінність правової природи таких мір кримінально-правового характеру та доцільність їхнього нормативного регламентування.

Як видається, стягнення, що будуть застосовуватися за вчинення кримінальних проступків, повинні володіти певним каральним зарядом, оскільки знаходяться в кримінально-правовій площині і є наслідком скоєння кримінально караного діяння. Такі заходи спрямовані на обмеження прав і свобод засудженого і покликані відновити попередній стан порушених суспільних відносин. Тому мета покарання, передбачена у ст. 50 КК України, застосовна і до стягнень. Враховуючи зазначене, пропонуємо внести до КК України такі зміни.

Розділ X «Покарання та його види» перейменувати у «Покарання і стягнення. Їхні види».

Статті 50, 51 та 52 КК України викласти в таких редакціях:

«Стаття 50. Поняття покарання і стягнення та їхня мета

2. Стягнення є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні кримінального

проступку, і полягають у передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого.

3. Покарання і стягнення мають на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових кримінальних правопорушень як засудженими, так і іншими особами, а також відновлення соціальної справедливості».

Частину 3 ст. 50 визнати відповідно частиною четвертою.

«Стаття 51. Види покарань

1. До осіб, визнаних винними у вчиненні злочину, судом можуть бути застосовані такі основні види покарань:

- 1) штраф;
- 2) громадські роботи;
- 3) виправні роботи;
- 4) арешт;
- 5) обмеження волі;
- 6) позбавлення волі;
- 7) довічне позбавлення волі.

2. До осіб, визнаних винними у вчиненні злочину, судом можуть бути застосовані такі додаткові види покарань:

- 1) штраф;
- 2) позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу;
- 3) позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю;
- 4) конфіскація майна.

3. За один злочин може бути призначено лише одне основне покарання, передбачене в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу. До основного покарання може бути приєднане одне чи декілька додаткових покарань у випадках та порядку, передбачених цим Кодексом.

4. Ухилення від покарання, призначеного вироком суду, має наслідком відповідальність, передбачену статтями 389 та 390 цього Кодексу».

«Стаття 52. Види стягнень

1. До осіб, визнаних винними у вчиненні кримінального проступку, судом можуть бути застосовані такі види стягнень:

- 1) обов'язок відшкодування збитку або усунення заподіяної шкоди;
- 2) штраф;
- 3) позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю;
- 4) громадські роботи;
- 5) виправні роботи.

2. За один проступок може бути призначено одне чи кілька (але не більше двох) стягнень у випадках та порядку, передбачених цим Кодексом.

3. Стягнення у виді громадських та виправних робіт не можуть призначатися у сукупності одне з одним».

Система заходів реагування на вчинення кримінального проступку могла би бути іншою. Вирішення питання караності цього виду кримінального правопорушення залежить, по-перше, як від класифікації як кримінальних правопорушень у цілому, так і категоризації самих злочинів, а звідси, по-друге, від того, чи буде у класифікації самих злочинів збережені злочини невеликої тяжкості. У законодавчих проектах пропонується все-таки за вчинення кримінальних проступків призначати покарання. Такий підхід, на нашу думку, не узгоджується з самою ідеєю чіткого відмежування категорії кримінального проступку від злочинів у цілому та злочинів невеликої тяжкості зокрема. Якщо виключити злочини невеликої тяжкості із таксономії самих злочинів, або якщо навіть не проводити категоризацію злочинів, як це зроблено у КК Франції, за вчинення кримінальних проступків можна було б призначити покарання навіть у вигляді короткострокового позбавлення волі. Кримінальний проступок як вид кримінального правопорушення володіє пониженим ступенем суспільної небезпеки. Такий матеріальний критерій повинен бути екстрапольований на формальну ознаку. При цьому доцільно говорити не лише про менші розміри (строки) покарання, а й про інші кримінально-правові міри, що максимально чітко будуть виокремлювати кримінальний проступок від злочину та забезпечуватиме збереження категоризації злочинів залежно від ступеня тяжкості, проведеної у кримінальному законі. Хоча сама ст. 12 КК України з введенням кримінального проступку повинна зазнати змін.

Звичайно імплантація певного концепту до усталеної кримінально-правової традиції вимагає значної наукової апробації. Однак динамічність суспільних процесів, яка не може обходити стороною і законодавчі практики, у т. ч. кримінально-правові, ставить на новий щабель усвідомлене і своєчасне реагування на інтернаціоналізацію, що зумовлює закономірну інтегративність вітчизняного кримінального законодавства.

Як видається, ідея введення кримінального проступку до кримінального закону України є достатньо зрілою, що підтверджують наявні підстави її імплементації, що на даний час вимагає єдності доктринальної думки та її толерантності у негайному вирішенні вказаного завдання. Питання категоризації кримінальних правопорушень, а також внесення змін до суміжних інститутів, зокрема інституту покарання, що направлено на забезпечення системності кримінального права, матиме наслідком оптимізування кримінально-правового регулювання, елімінацію розсудового елемента, недопущення колізійності кримінально-правової матерії та усталення нової парадигми криміналізації суспільства у рамках вже існуючої кримінально-правової традиції.

Судова пеналізація злочинних діянь. Парадигмально, при вирішенні питань пеналізаційного характеру, вітчизняна доктрина апелює до дискреційного методу, широке застосування останнього є так звану «ге-

нетичною» рисою у розвитку кримінального законодавства України. Однак практика застосування закону на фоні відсутності/недостатності (а й інколи об'єктивної неможливості) чіткої регламентації правових реалій диктує скоректування законодавчого дискурсу щодо превалювання формального методу у пеналізації кримінальних правопорушень. Крім цього, динаміка кримінального права в аспекті ретрибутивної орієнтації законодавчих практик має наслідком новелізацію вітчизняного характеру з утвердженням позиції потерпілого як обов'язкового фактора у вирішенні питань публічного кримінально-правового характеру.

Суддівський розсуд — це об'єктивна реальність, яку визнає юридична доктрина і практика, визначення цього поняття в законодавстві не існує. Більше того, видається цікавим той факт, що слово «розсуд» у КК України не вживається. Воно зустрічається двічі і лише у двох статтях КПК України 2012 р. Це — ч. 1 ст. 354 (особливості допиту малолітнього або неповнолітнього свідка чи потерпілого) і ч. 2 ст. 364 (судові дебати). Причому у першому випадку йдеться про судовий розсуд, а в останньому — розсуд прокурорів. У наш час зацікавленість проблемою суддівського розсуду зростає. Це пов'язано з системною кризою у регулюванні суспільних відносин, необхідністю упорядкування процесів криміналізації і пеналізації суспільства, належним здійсненням процедури застосування норм кримінального права. Дійсно, категорія суддівського розсуду є багатоаспектною, неоднозначною, складною. При цьому в існуючих наукових дослідженнях виділяються процесуальна та матеріальна складові цього феномена. Так, якщо вести мову про процесуальну складову зазначеної проблематики, то наукові пошуки вчених зводяться до дослідження проблеми суддівського переконання у кримінальному процесі (Ю. М. Грошевой та ін.). Однак, як видається, саме у багатогранній (матеріально-процесуальній об'єктивно-суб'єктивній) природі необхідно розглядати феномен суддівського розсуду з тим, щоб виділити його змістовно-конструктивні властивості.

На нашу думку, **суддівський розсуд у кримінальному праві** — це правозастосовча інтелектуально-вольова діяльність судді, яка є передбаченою кримінальним законом мірою свободи вибору одного із варіантів рішення у кримінальному провадженні (матеріальний аспект визначення). Існуючі дослідження науковців свідчать, що поряд з терміном «суддівський розсуд» в юридичній літературі вживається і такий термін, як «судовий розсуд» (як правило, вченими-процесуалістами, що виправдано сферою дослідження). Видається, що в цьому зв'язку можна погодитися з Ю. В. Грачовою: у тих випадках, коли мова йде про розсуд суду як інституту судової влади, використання терміна «судовий розсуд» обґрунтовано. У тих же випадках, коли мається на увазі та важлива частина судової діяльності, яка здійснюється тільки суддями, повинен вживатися термін «суддівський розсуд» [22, с. 14–15].

Так, судова діяльність у кримінальному провадженні носить свідомий характер і здійснюється у певних умовах. Реалізація дискреційних по-

вноважень суддів являє собою складний процес, який включає відразу дві складові: вольову, яка означає «вільний» розсуд і готовність та можливість вчинити згідно з власним переконанням, та інтелектуальну, що являє собою свідому розумову діяльність і полягає у роздумуванні, зіставленні, зважуванні можливих моделей вирішення справи, всебічній самокритиці потенційного рішення. Переконання, засноване на правосвідомості, і лежить в основі суддівського розсуду. Однак, як зазначає Ю. М. Грошевой, не можна гіперболізувати роль суддівського переконання у прийнятті рішення, так як в основі прийняття рішення лежить не тільки переконання, а й значима роль закону, професійної правосвідомості, соціальної позиції тощо [23, с. 68]. Тому, ми вважаємо, що **суддівський розсуд у кримінальному провадженні** можна визначити як правозастосовчу інтелектуально-вольову діяльність судді, що є мірою свободи вибору одного з варіантів рішення або здійснення процесуальної дії відповідно до меж та порядку, встановлених кримінальним та кримінальним процесуальним законами. Звичайно, необхідним є з'ясування проблеми суддівського розсуду як комплексної міждисциплінарної категорії. Однак у цьому дослідженні ми будемо вивчати суддівський розсуд та його межі у матеріально-правовому сенсі, обмежуючись предметом нашого дослідження.

Проблема меж суддівського розсуду зводиться до пошуку оптимального співвідношення зв'язаності правозастосувача жорсткими рамками закону зі свободою оцінок і вибору мір кримінально-правового характеру. А тому необхідною є розробка конкретних правил, критеріїв призначення покарання, що встановлюватимуть чіткі межі суддівського розсуду. Такий встановлений законодавцем юридичний «оптимум» повинен сприяти досягненню розумного балансу між свободою судді і формальністю кримінального закону, підвищенню авторитету судового рішення, недопущенню зловживання правом, а також боротьбі з корупцією.

Видається необхідним дотримуватися ідеї оптимізації суддівського розсуду при призначенні покарання — знаходженні розумного оптимуму співвідношення формальних і дискреційних засад при введенні певних обмежень (конкретизація кримінального закону, чітка диференціація кримінальної відповідальності, а інколи інтеграція останньої, формалізація правил призначення покарання тощо). Запропонована ідея оптимізації суддівського розсуду повинна проявитися у такому:

1) зміна алгоритму конструкції відносно-визначених санкцій шляхом звуження їх меж з прив'язкою до певної категорії злочинів;

2) нормативне удосконалення приписів ч. 1 ст. 65 КК України в аспекті більш чіткої регламентації підстав суддівського розсуду;

3) закріплення критеріїв призначення покарання: критеріїв оцінки тяжкості вчиненого злочину, критеріїв оцінки особи винного, критеріїв оцінки особи потерпілого;

4) введення спеціальних правил призначення покарання, у т. ч. правил призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують та

обтяжують покарання, правил призначення покарання за наявності обтяжуючих обставин з метою реструктуризації Особливої частини КК України у світлі кваліфікованих і особливо кваліфікованих складів злочинів тощо та уточнення існуючих.

Як такі спеціальні правила призначення покарання є законодавчим способом формалізації етапу призначення покарання, конкретизації впливу певних обставин, лімітування суддівського розсуду у порівнянні з типовими (загальними) правилами. Однак співвідношення власне формальних і дискреційних засад у кожному спеціальному правилі призначення покарання є різним. Це зумовлює потребу у дослідженні таких спеціальних норм з метою з'ясування коефіцієнта концентрації «формального заряду», «ступеня» обмеження розсуду правозастосувача з тим, щоб запропонувати певні концептуальні підходи до удосконалення діючих норм.

До спеціальних правил призначення покарання, зокрема, можливо віднести: правила призначення покарання за незакінчений злочин (ч. 2, 3 ст. 68 КК України), правила призначення покарання за злочин, вчинений у співучасті (ч. 4 ст. 68 КК), призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (ст. 69 КК), призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання (ст. 69¹). Нами пропонується введення й інших спеціальних правил призначення покарання, наприклад, за наявності угоди про примирення або про визнання вини (що відрізнятиметься від існуючого у ч. 5 ст. 65 КК України припису щодо призначення покарання за наявності угоди про примирення) та ін.

Однак, ведучи мову власне про спеціальні правила призначення покарання як способу формалізації закону і обмеження суддівського розсуду, необхідно з'ясувати, як співвідносяться між собою поняття «формалізація призначення покарання» та «обмеження суддівського розсуду при призначенні покарання». «Обмежити» у Тлумачному словнику С. І. Ожегова та Н. Ю. Шведової визначається «як поставити в якісь рамки, межі, визначити якимись умовами, а також зробити менше, скоротити, звузити обхват чого-небудь» [24, с. 578]. Тобто «обмеження суддівського розсуду — це завжди його звуження певними рамками». «Формалізувати» означає зводити сутність чого-небудь до певної форми, формального вираження; представити змістовну сторону явища у виді формальної системи або обчислення [24, с. 820].

Формалізацію призначення покарання, як видається, можна розуміти «як підпорядкування вибору виду і розміру покарання за вчинений злочин системі встановлених у кримінальному законі правил, вимог, критеріїв, які обмежують можливість довільного визначення покарання». У цьому зв'язку повністю формалізованим процес призначення покарання можна вважати тоді, коли встановлені в законі правила у кожному конкретному випадку чітко передбачають вибір виду і розміру призначення покарання за вчинений злочин. Як нами частково було досліджено, процес формалізації призначення покарання по-різному вирішується

у різних країнах. Так, щодо країн романо-германської системи процес призначення покарання у значній мірі формалізований, що пов'язано зі встановленням різноманітних спеціальних правил призначення покарання, конструкціями санкцій і т. п.

Щодо кримінального законодавства України, то, незважаючи на те, що КК України містить норму, присвячену загальним засадам призначення покарання, ряд норм, які закріплюють спеціальні правила призначення покарання і т. п., навряд чи можна стверджувати, що формалізація призначення покарання за КК України є достатньо високою, оскільки суддівський розсуд все ще залишається достатньо широким, чому у невеликій мірі сприяють широкі рамки відносно-визначених санкцій, недостатня розробка норм зі спеціальними правилами призначення покарання і т. п. Існуючі спеціальні правила призначення покарання направлені на диференціацію та індивідуалізацію призначення покарання головним чином шляхом коректування меж санкцій статей Особливої частини КК України. Але у той же час необхідним є уточнення спеціальних правил призначення покарання. У цьому зв'язку щодо співвідношення понять «формалізація призначення покарання» і «обмеження суддівського розсуду» можна сказати, що, як правило, формалізація призначення покарання передбачає обмеження (звуження) рамок суддівського розсуду, але не будь-яке обмеження суддівського розсуду становить собою формалізовану модель врахування обставин справи.

Так, до прикладу, Законом України № 4652-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» у КК України стаття 65 доповнена частиною п'ятою такого змісту: «У випадку затвердження вироком угоди про примирення або про визнання вини суд призначає покарання, узгоджене сторонами угоди». Крім цього, були внесені зміни і до ст. 75 КК України. Відповідно до ч. 1 якщо суд, крім випадків засудження за корупційний злочин, при призначенні покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше п'яти років, враховуючи тяжкість злочину, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, він може прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням. Частина друга цієї статті передбачає, що суд приймає рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини, якщо сторонами угоди узгоджено покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років, а також узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням.

Законом України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 р. № 1698-VII, який набрав чинності 25 січня 2015 р., внесено зміни до низки статей КК України, якими до осіб, що вчинили

корупційні злочини або були засуджені за їх вчинення, встановлено обмеження при звільненні від кримінальної відповідальності, призначенні більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, звільненні від покарання та його відбування, знятті судимості тощо (ст. ст. 45—48, 69, 74, 75, 79, 81, 82, 86, 87, 91 КК України). Внесення таких новел до кримінального законодавства зумовлює необхідність дослідження правил призначення покарання у передбачених випадках.

Відповідно до ч. 5 ст. 65 КК України та ч. 1 ст. 475 КПК України за наявності угоди про примирення суд призначає узгоджену сторонами міру покарання. При цьому виникає питання про межі такого покарання. Як впливає з ч. 2 ст. 469 КПК України, єдиним обмеженням є можливість укладення таких угод у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості та у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення. Відповідно до ч. 4 ст. 469 КПК угода про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена у провадженні щодо: 1) кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості, тяжких злочинів; 2) особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності Національного антикорупційного бюро України за умови викриття підозрюваним чи обвинуваченим іншої особи у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності Національного антикорупційного бюро України, якщо інформація щодо вчинення такою особою злочину буде підтверджена доказами.

Певне тлумачення механізму призначення покарання та звільнення від покарання за наявності угод про примирення або про визнання вини міститься в інформаційному листі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі — ВССУ) № 223-1679/0/4-12 від 15 листопада 2012 р. «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод». Зокрема, у п. 3 цього інформаційного листа вказано, що аналіз ст. ст. 65 і 75 КК свідчить, що домовленості сторін угоди при узгодженні покарання не мають виходити за межі загальних засад призначення покарання, встановлених законом України про кримінальну відповідальність. Тобто це означає, що при вирішенні питання про врахування таких засад мова йде як про санкцію статті Особливої частини (п. 1 ч. 1 ст. 65), так і про положення Загальної частини КК України (п. 2 ч. 1 ст. 65).

Як відмічає В. І. Тютюгін, приписи ч. 5 ст. 65 КК про призначення покарання за згодою сторін розміщені услід за ч. 3 і 4 цієї статті, в яких сформульовані виключення із загальних засад про призначення покарання у межах, встановлених санкцією статті Особливої частини (п. 1 ч. 1 ст. 65 КК), за вчинений злочин. Така структура (побудова) ст. 65 КК дає підстави передбачати, що приписи ч. 5 цієї статті також не можуть, мабуть, розглядатися в якості окремої (самостійної) загальної засади призначення покарання, а є (як і положення ч. 3 і 4 ст. 65 КК) тільки своєрідним виключенням із загального правила (вимоги), сформульованого у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК [25, с. 84]. Однак, виходячи із тлумачення,

наданого у вищезазначеному інформаційному листі, про необхідність відповідності узгодженого сторонами покарання загальним засадам призначення покарання (до такої позиції ми власне і приєднуємося), стає зрозумілим, що розміщення правила про призначення покарання за наявності угоди про примирення у ч. 5 ст. 65 не відповідає логіці архітектури кримінального закону. А тому ця норма повинна бути виведена зі ст. 65 КК України.

Відповідно до ч. 1 ст. 469 КПК України угода про примирення може бути укладена за ініціативою потерпілого, підозрюваного або обвинуваченого. Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником або за допомогою іншої особи, погодженої сторонами кримінального провадження (крім слідчого, прокурора або судді). У такому випадку ми зіштовхуємося з так званим «делегованим правосуддям», коли традиційно публічну функцію з вирішення суспільних конфліктів у формі відправлення правосуддя, що пов'язана з існуванням судової складової державної влади, передано на розсуд особам, які професійно не наділені такими повноваженнями. Зокрема, розглядаючи проблематику визначення міри кримінально-правового впливу, виникає питання, як сторони можуть дійти згоди щодо певного виду і розміру (строку) покарання без прокурора та судді, особливо в тих випадках, коли вони не мають своїх захисників? Як можуть сторони, наприклад, призначити покарання відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України, що передбачає врахування ступеня тяжкості вчиненого злочину (у даному випадку необхідно вести мову про індивідуальний ступінь тяжкості вчиненого злочину), особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання? Такі обставини не просто повинні бути перераховані у кримінальному провадженні, а повинна бути зрозуміла їх оцінка, тобто чітко відображено, яким чином такі обставини впливають на вид і розмір (строк) покарання.

Призначення покарання, узгодженого сторонами, є обов'язковим для суду. Тобто імперативність норми, передбаченої ч. 5 ст. 65 КК України, має наслідком обмеження дискреційних повноважень суддів. При цьому, відповідно до роз'яснень, наданих ВССУ, суд зобов'язаний призначити узгоджене сторонами покарання... лише після перевірки угоди на відповідність діючому законодавству та за відсутності визначених КПК (п. 1–6 ч. 7 ст. 474 КПК) підстав для відмови, переконавшись, що угода може бути затверджена. Наприклад, у випадку «зловживання» сторонами угоди положеннями ст. 69 КК, тобто у разі узгодження ними покарання, яке за своїм видом та/або розміром не відповідає характеру, тяжкості вчиненого діяння та особі винного, суд має визнати умови цієї угоди такими, що не відповідають інтересам суспільства, та відмовити в її затвердженні.

Аналогічне рішення має прийняти суд у випадку неврахування прокурором при укладенні угоди про визнання винуватості наявності обста-

вин, що обтяжують покарання, наприклад незнятої або непогашеної судимості у обвинуваченого, що утворює рецидив злочинів, тощо. З такого тлумачення випливає, що, якщо узгоджене сторонами покарання не відповідатиме вимогам закону, як видається, у першу чергу мова повинна йти про загальні засади призначення покарання, передбачені ч. 1 ст. 65 КК України, суд не призначає той вид і міру покарання, які зазначені в угоді про примирення. Ми вже висловлювали свій сумнів у здатності сторін примирення надати правильну правову оцінку всім обставинам справи і узгодити покарання, яке буде відповідати вимогам закону. Виходячи з цього стає зрозумілим, що правило про обов'язковість призначення покарання, вказаного в угоді про примирення, спростовується повноваженням суддів здійснювати правовий аналіз консенсуального рішення і можливістю не затверджувати угоду у зазначених випадках. З іншого боку, інститут призначення покарання за наявності угоди про примирення не є формалізованим. За задумом законодавця право сторін на узгодження міри покарання повинно обмежувати дискреційні повноваження суддів, однак не ставить сам пеналізаційний процес у певні рамки. Склалася ситуація, коли правозастосовний розсуд змінив свого суб'єкта. А саме обмеження суддівського розсудового елемента не становить собою формалізованої системи врахування обставин справи. Хоча, як уже було з'ясовано раніше, приватний інтерес, будучи домінантою у концепції угод про примирення, врешті не елімінував дискреційність повноважень суддів у виборі міри кримінально-правового впливу. Сама норма ч. 5 ст. 65 КК України, як було проаналізовано, не становить собою виключення із загальних засад призначення покарання, а перебуває в їх рамках, розміщення такого правила у ст. 65 КК України не відповідає змістовному наповненню текстуального формулювання ч. 5 цієї статті.

Виходячи з цього та з системного тлумачення норм інституту угод про примирення, стає зрозумілим, що ч. 5 ст. 65 КК формулює загальне правило, просто перекладаючи функцію з призначення покарання з публічного органу на приватних суб'єктів. Видається раціональним внести у правозастосовний процес конкретний законодавчий припис, що відповідатиме ідеї законодавця про презумпцію правового інтересу у пеналізаційній практиці та законодавчій техніці.

Певна непослідовність допущена законодавцем при внесенні змін до ч. 2 ст. 75 КК України, що викликає проблеми у застосуванні положень цієї статті на практиці. Так, у цьому ж інформаційному листі ВССУ зазначено, якщо ж сторони узгодили покарання та досягли домовленості щодо звільнення підозрюваного (обвинуваченого) від його відбування з випробуванням, відповідно до ч. 2, 3 ст. 75 КК у редакції Закону України від 13 квітня 2012 р. № 4652-VI, суд зобов'язаний прийняти рішення про таке звільнення у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання винуватості за наявності сукупності таких умов: 1) сторонами угоди узгоджено покарання у виді виправних робіт, службового обмежен-

ня для військовослужбовців, обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років; 2) узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням. При цьому використане законодавцем у доповненнях до ст. ст. 65 та 75 КК України формулювання «у випадку затвердження угоди» при вказівці на прийняття рішення судом свідчить, що суд зобов'язаний призначити узгоджене сторонами покарання або звільнити від його відбування з випробуванням із визначенням тривалості іспитового строку лише після перевірки угоди на відповідність діючому законодавству та за відсутності визначених КПК (п. 1–6 ч. 7 ст. 474 КПК) підстав для відмови, переконавшись, що угода може бути затверджена. Однак, враховуючи зміни до КК України від 2015 року, у всіх зазначених вище тлумаченнях щодо застосування ст. 75 КК України при врахуванні вимог законодавства повинні бути забезпечені обмеження щодо корупційних злочинів, що і регламентовано ч. 1 ст. 75 КК України.

Звичайно, ситуація, відповідно до якої ч. 2 ст. 75 КК України не містить таких обмежень, є недоліком нині діючого законодавства. Однак, здійснюючи не лише догматичне, а й системне тлумачення положень КК України у частині затвердження угод про примирення або про визнання вини, можна дійти таких висновків. Приписи ч. 5 ст. 65 КК про призначення покарання за згодою сторін розміщені услід за ч. 3 і 4 цієї статті, в яких сформульовані виключення із загальних засад про призначення у межах, встановлених санкцією статті Особливої частини (п. 1 ч. 1 ст. 65 КК), за вчинений злочин. Таким же чином і в ст. 75 положення щодо угод про примирення регламентовані у ч. 2. Загальні підстави щодо звільнення від відбування покарання з випробуванням закріплені у ч. 1 цієї статті. Така структура (побудова) ст. 65 та ст. 75 КК дає підстави передбачати, що приписи ч. 5 ст. 65 та ч. 2 ст. 75 не можуть, мабуть, розглядатися в якості окремого (самостійного) правила призначення покарання, а є (як і положення 3 і 4 ст. 65 КК) тільки своєрідним виключенням із загального правила (вимоги), сформульованого у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК та ч. 1 ст. 75 КК України. Виходячи із тлумачення, наданого у вищезазначеному інформаційному листі, про необхідність відповідності узгодженого сторонами покарання або рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням загальним засадам призначення покарання, стає зрозумілим, що суд затверджує такі угоди лише тоді, коли будуть дотримані «загальні» підстави, сформульовані у відповідних частинах щодо особливостей застосування відповідного інституту.

Затвердження угоди про примирення, в якій узгоджені відповідні види покарань та звільнення від них з випробуванням, є обов'язковим для суду. Тобто імперативність норми, передбаченої ч. 2 ст. 75 КК України, має наслідком обмеження дискреційних повноважень суддів. При цьому, відповідно до роз'яснень, наданих ВССУ, суд зобов'язаний призначити узгоджене сторонами покарання... лише після перевірки угоди на відповідність діючому законодавству та за відсутності визначених КПК (п. 1–6 ч. 7 ст. 474 КПК) підстав для відмови, переконавшись, що угода

може бути затверджена. З цього тлумачення випливає, що, якщо узгоджене сторонами покарання не відповідатиме вимогам закону, як видається, у першу чергу мова повинна йти про підстави, передбачені ч. 1 ст. 75 КК України, суд не затверджує угоду про примирення або про визнання вини, в якій сторонами узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням. Виходячи з цього, стає зрозумілим, що правило про обов'язковість рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням, вказаного в угоді про примирення або про визнання вини, спростовується повноваженням суддів здійснювати правовий аналіз консенсуального рішення і можливістю не затверджувати угоду у зазначених випадках.

Таким чином, застосування ч. 2 ст. 75 щодо можливості звільнення особи від відбування покарання з випробуванням у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини є неможливим при вчиненні корупційних злочинів (за винятком випадків, передбачених п. 2 ч. 4 ст. 469 КПК України). Якщо сторонами угоди дотримані положення ч. 1 ст. 75 КК України, то затвердження угоди, в якій сторони домовилися про звільнення від відбування покарання з випробуванням, є обов'язковим для суду.

Отже, як видається, при врахуванні позиції потерпілого законодавцем повинна бути створена спеціальна норма, що матиме своїм наслідком збереження публічного характеру здійснення правосуддя при вирішенні питання щодо міри покарання, формалізацію призначення покарання за наявності угод про примирення або про визнання вини, недопущення не обґрунтованого застосування кримінального закону, а також раціонального забезпечення прав та інтересів потерпілої особи. Законодавче закріплення механізму врахування позиції потерпілого щодо міри покарання як продовження розвитку інституту «згоди» потерпілого у кримінальному праві сприятиме практизації наукових ідей і поглядів в аспекті пошуку нових форм кримінально-правового реагування на вчинення кримінальних правопорушень, способів оптимізації суддівського розсуду.

Аксіомою є те, що саме кримінальний закон і встановлює межі суддівського розсуду, що в який раз підкреслює правовий характер останнього. Розсуд не є безмежним. Закріплення законом відносно-визначених норм, оціночні поняття і терміни, цілі, які переслідує кримінальне законодавство, — своєрідний спосіб вираження волі законодавця, спрямований на досягнення балансу у регулюванні суспільних відносин при здійсненні суддівської розсудової діяльності. Але чи дійсно є безспірним твердження, що лише кримінальний закон встановлює межі вибору рішення у кримінальному провадженні? Звичайно, у пошуках відповіді на це запитання, ми у принципі зіштовхуємося з проблематикою визначення джерел кримінального законодавства.

Справедливим є твердження О. С. Кузембаєва про те, що можна з жalem констатувати, що в кримінальному праві не повною мірою вико-

ристовуються досягнення загальної теорії права, в якій проблемі джерел права приділяється куди більша увага. Все це породжує необхідність вирішення проблемних ситуацій, які полягають у невизначеності характеру і кола джерел кримінально-правової інформації, неповному або невірному її використанні і, відповідно, в ухваленні невірних кримінально-правових рішень. Одним із способів цього є розробка на галузевому рівні теорії джерел кримінального права, виходячи за кордони вивчення кримінального закону, нарівні з теорією злочину і покарання [26, с. 360].

Так, значення тлумачення права істотно зростає, коли виникають ситуації нетипового застосування права, тобто при конкретизації права, при значному допущенні розсуду правозастосовчого суб'єкта, а також в інших складних правових ситуаціях. При призначенні покарання ситуації нетипового застосування права зумовлені формулюванням законодавцем кримінально-правових норм з «поправкою» на суддівський розсуд — уповноважуючі норми (ст. 69 КК, ст. 75 КК, ст. 93 КК, ч. 1 ст. 97 КК, ч. 1 ст. 105 КК та ін.), оціночні поняття («інші обставини» п. 5 ч. 1 ст. 66 КК, «аморальні дії потерпілого» п. 7 ч. 1 ст. 66 КК, «тяжкі наслідки» п. 5 ч. 1 ст. 67 КК та ін.) — та певними недоліками законодавчої техніки — неоднозначні терміни («щире каяття», «сильне душевне хвилювання» та ін.) і поняття («особа винного», «тяжкість вчиненого злочину» та ін.). При цьому, як правило, такі питання роз'яснюються актами вищих судових інстанцій. Дійсно, важливу роль у формуванні судової практики у країнах континентального права відіграють рішення вищих судів, що можуть слугувати аналогом переконливих прецедентів. В Україні таку роль можуть відігравати рішення Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів — Вищого адміністративного, Вищого господарського і Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ. Кожний суддя, якому відома правова позиція вищої судової інстанції з того чи іншого питання, не може не брати її до уваги, виходячи з авторитетності вищої судової інстанції і з огляду на можливе оскарження та скасування його рішення [27, с. 179]. Водночас ситуація, за якої суддя, наприклад, першої інстанції, не погоджується із позицією ВСУ, приймає своє рішення всупереч цій позиції, ризикуючи наступним скасуванням свого рішення, не суперечить чинному законодавству [28, с. 38].

Судова практика як джерело права є тією частиною соціально-правового досвіду і результатів діяльності вищих судових органів та іноді нижчих судів, що виражається в офіційних актах органів судової влади (рішеннях, постановах, ухвалах, що набрали чинності і не були скасовані), які містять важливі й актуальні правові позиції обов'язкового чи переконливого характеру (судові прецеденти, усталена судова практика та роз'яснення вищих судових органів), а також обов'язкові до виконання приписи нормативного характеру, що містяться в рішеннях Конституційного Суду та судів загальної юрисдикції та мають наслідком втрату чинності нормативно-правових актів або їх окремих положень у зв'язку

з визнанням їх неконституційними чи незаконними [29, с. 496]. Дійсно, відповідна роль судової практики поступово визнається, оскільки кримінальний закон регулює суспільні відносини в узагальненій, абстрактній формі. Застосовуючи закон, суд часто не знаходить правової норми для вирішення даної справи. Тому судам потрібно так витлумачити подібну чинну норму, щоб поширити її на даний випадок і покласти в основу свого рішення, це тлумачення застосовується в практиці іншими судами, отримуючи обов'язкову силу і стаючи судовим прецедентом.

Формами прояву судової практики в Україні є:

1. Згідно з ч. 2 ст. 150 Конституції України, Конституційний Суд України має виключне право на надання офіційного тлумачення Конституції та законів України. Рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення мають обов'язковий характер для всіх фізичних та юридичних осіб, а також для державної влади та місцевого самоврядування на території України. Окрім резолютивної частини такого рішення, прецедент тлумачення можна знайти у мотивувальній частині як цього рішення, так і рішення про відповідність Конституції України законів та інших визначених законом правових актів.

2. Згідно зі ст. 111-23 Господарського процесуального кодексу, ст. 458 Кримінального процесуального кодексу, ст. 360-7 Цивільного процесуального кодексу України, рішення Верховного Суду України, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, та для всіх судів України. Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із рішеннями Верховного Суду України. Невиконання судових рішень Верховного Суду України тягне за собою відповідальність, установлену законом.

3. У чинному законодавстві України відсутня норма, яка б надавала право Пленуму Верховного Суду України давати рекомендаційні роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства, проте деякі роз'яснення Пленуму використовуються судами й нині. Наприклад, Постанова Пленуму № 6 від 4 червня 2010 р. «Про деякі питання, що виникають під час розгляду судами України скарг на постанови органів дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи».

4. Окрім того, у системі судів загальної юрисдикції судова практика вищих судових інстанцій виступає орієнтиром як для нижчих судів, так і для інших правозастосовних органів. Згідно зі ст. 38 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» Верховний Суд України забезпечує єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом.

5. Згідно зі ст. 36 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» Пленуми вищих спеціалізованих судів з метою забезпечення однакового застосуван-

ня норм права при вирішенні окремих категорій справ відповідної судової спеціалізації узагальнюють практику застосування матеріального і процесуального законів, систематизують та забезпечують оприлюднення правових позицій вищого спеціалізованого суду з посиланням на судові рішення, в яких вони були сформульовані.

6. Згідно зі ст. 17 ЗУ «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди України зобов'язані застосовувати Конвенцію та практику Суду як джерело права. З моменту набуття чинності рішення Суду стають джерелом судової практики Європейського суду з прав людини. Ця судова практика визнається джерелом загальноєвропейських стандартів прав людини і повинна враховуватися органами всіх держав — учасниць конвенції.

Так, правоположення, які вироблені внутрішньодержавною усталеною судовою практикою, є засобом самообмеження національної судової системи від довільності судового розсуду при винесенні рішень з аналогічним складом юридичних фактів судовими інстанціями. Прецедентна практика Європейського суду з прав людини є засобом наддержавного обмеження судового розсуду національних юрисдикційних органів, оскільки судові рішення Європейського суду з прав людини стають обов'язковими для держав, які ратифікували Європейську конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод [30, с. 3].

У цьому зв'язку важливим є зауваження В. В. Дудченко, яка зазначає, що феномен дискреційних повноважень суддів є виразом проблеми «букви» і «духу» права як герменевтичної проблеми. Під «буквою» права розуміють метод екзегез у тлумаченні, а під «духом» права — телеологічний метод. Метод екзегез означає буквализм, дотримання букви, тоді як телеологічний метод віддає перевагу призначенню законодавчого акта або правила. Метод екзегез є віддзеркаленням позитивного права, а телеологічний метод — природного права. Практичне значення проблеми полягає в тому, що телеологічне тлумачення є джерелом права. Виражається воно у правотворчій ролі судової практики. Очевидно, що плюралістична теорія джерел права значно розширює сферу юридичного досвіду; вона показує все багатство правового життя, заперечує будь-яке догматичне і статистичне упередження, відкриваючи широкі перспективи цілком динамічній концепції, яка здатна служити як загальна філософська основа для позитивної науки про право (яка таким чином уникає зашкарублості своїх концепцій) [31, с. 123, 259–266].

Таким чином, можна констатувати, що межами суддівського розсуду у кримінальному провадженні є кордони вибору того чи іншого рішення, які визначаються положеннями КК України, Конституції України, загальноновизнаними принципами і нормами міжнародного права, рішеннями Європейського суду з прав людини, правовими позиціями, сформульованими Конституційним Судом України, і роз'ясненнями Пленуму Верховного Суду України і Вищого спеціалізованого суду України з розгляду

цивільних і кримінальних справ, що дозволяє відмежувати законні дії судді від свавілля.

Отже, резюмуючи все вище зазначене, можемо відмітити таке.

Необхідно **пеналізацію злочинів** розглядати у вузькому та широкому значеннях та виділяти два рівні її здійснення, власне з відповідними суб'єктами на кожному з них: **законодавчу/теоретичну/потенційну** (визначення характеру караності злочину законодавцем) та **судову/практичну/фактичну** (визначення обґрунтованості і доцільності застосування покарання певного виду і розміру за вчинення конкретного злочину). З метою переосмислення вітчизняного кримінально-правового механізму видається доцільним дослідження і аналіз особливостей встановлення кримінально-правового примусу на різних пеналізаційних рівнях крізь призму типів правового регулювання (співвідношення формального та дискреційного методів).

Питання передбачення адекватних заходів реагування на вчинення **кримінального проступку** складає чи не найбільшу проблему. Пропонується відповідальність за кримінально карані діяння реалізовувати у формі таких заходів впливу, як **покарання** за вчинення злочинів, яке має тягти за собою судимість, та **стягнення** за вчинення кримінальних проступків, що не тягнуть судимості. Запропоновані **підсистеми заходів кримінально-правового впливу**, що будуть діаметральним відображенням концепції поділу кримінальних правопорушень на **проступки і злочини** зі збереженням класифікації злочинів, яка, у свою чергу, безпосередньо визначає види таких заходів, сприятиме забезпеченню системності кримінального права та оптимізації правозастосовчої практики. Передбачення багатокільності заходів реагування на кримінальні девіації із закріпленням арсеналу кримінально-правових мір як щодо проступку, так і злочину, конкретизації таких мір на рівні закону сприятиме раціоналізації суддівського розсуду та недопущенню його зловживанням.

Видається необхідним дотримуватися ідеї **оптимізації суддівського розсуду при призначенні покарання** — знаходженні розумного оптимуму співвідношення формальних і дискреційних засад при введенні певних обмежень (конкретизація кримінального закону, чітка диференціація кримінальної відповідальності, а інколи інтеграція останньої, формалізація правил призначення покарання тощо). Незважаючи на те, що КК України містить норму, присвячену **загальним засадам призначення покарання**, ряд норм, які закріплюють **спеціальні правила призначення покарання** і т. п., навряд чи можна стверджувати, що **формалізація призначення покарання** за КК України є достатньо високою, оскільки **суддівський розсуд** все ще залишається достатньо широким, чому у невеликій мірі сприяють широкі рамки відносно-визначених санкцій, недостатня розробка норм зі спеціальними правилами призначення покарання і т. п. Існуючі спеціальні правила призначення покарання направлені на диференціацію та індивідуалізацію призначення покарання головним

чином шляхом коректування меж санкцій статей Особливої частини КК України. Але у той же час необхідним є уточнення спеціальних правил призначення покарання.

З метою переходу вітчизняної системи правосуддя на модель відново-компенсаційного правосуддя вбачається необхідним скоректувати механізм урахування **позиції потерпілого** як засіб оптимізації суддівського розсуду.

Тенденцією розвитку романо-германського права є розвиток і утвердження **судового права**, яке постає причиною існування суддівського розсуду як основи юридичного мислення. Традиційно ситуація, за якої прецедент є результатом правотворчої діяльності судів формально не визнається, але фактично існує. При цьому своєрідним варіантом юридичного прецеденту на континенті є **судова практика**, яка слугує засобом інтерпретації законів, що дає підставу говорити про судовий прецедент тлумачення. Створення в Україні Конституційного Суду і визнання юрисдикції Європейського суду з прав людини спричинило утвердження судового прецеденту у правовій системі України.

Звичайно, імплантація певного концепту до усталеної кримінально-правової традиції вимагає значної наукової апробації та дотримання системного підходу у законодавчих ініціативах, проте це сприятиме недопущенню колізійності кримінально-правової матерії та усталенню нової **парадигми криміналізації та пеналізації** суспільства у рамках вже існуючої кримінально-правової практики.

Л і т е р а т у р а

1. Туляков В. А. Виртуальність уголовного права: постановка проблемы / В. А. Туляков // Генезис публічного права: від становлення до сучасності: зб. наук. пр. / за ред. С. В. Ківалова, В. О. Тулякова, О. В. Козаченка. — Миколаїв: Іліон, 2011. — С. 5–6.
2. Туляков В. О. Кримінальне право сучасності: криза доктрини чи криза юрисдикцій / В. О. Туляков // Право України. — 2010. — № 9. — С. 40–46.
3. Дагель П. С. Проблемы советской уголовной политики / П. С. Дагель. — Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1982. — 124 с.
4. Коробеев А. И. Советская уголовно-правовая политика: проблемы криминализации и пенализации / А. И. Коробеев. — Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1987. — 268 с.
5. Панченко П. Н. Советская уголовная политика. Общетеоретическая концепция борьбы с преступностью: ее становление и предмет / П. Н. Панченко. — Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1988. — 198 с.
6. Антонов И. М. Пенализация преступлений, причиняющих вред здоровью: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / И. М. Антонов; Дальневост. гос. ун-т. — Владивосток, 2004. — 30 с.
7. Лопашенко Н. А. Основы уголовного-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика / Н. А. Лопашенко. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — 339 с.
8. Митрофанов А. А. Основні напрямки кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація / А. А. Митрофанов. — О.: Вид-во Одес. юрид. ін-ту НУВС, 2004. — 134 с.

9. Пономаренко Ю. А. Поняття пеналізації злочинів / Ю. А. Пономаренко // Питання боротьби зі злочинністю. — 2009. — Вип. 17. — С. 65–77.
10. Наден О. В. Теоретичні основи кримінально-правового регулювання суспільних відносин в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / О. В. Наден. — Х., 2013. — 40 с.
11. Рарог А. И. Уголовно-правовая наука и качество уголовного закона / А. И. Рарог // Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань : тези доп. та повідомл. учасників Міжнар. симп., 23–24 верес. 2011 р. / Львів. держ. ун-т внутр. справ. — Л., 2011. — С. 339–345.
12. Марченко М. Н. «Система» системный характер права / М. Н. Марченко // Системность в уголовном праве : материалы II Российского конгресса уголовного права. — М., 2007. — С. 13.
13. Панов М. І. Системність кримінального права і проблеми удосконалення кримінального законодавства / М. І. Панов // Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань : тези доп. та повідомл. учасників Міжнар. симп., 23–24 верес. 2011 р. / Львів. держ. ун-т внутр. справ. — Л., 2011. — С. 311–317.
14. Туляков В. О. Кримінальне право сьогодення: ренесанс моделі сталого розвитку [Електронний ресурс] / В. О. Туляков // Вісник Асоціації кримінального права України. — 2014. — № 2 (3). — Режим доступу: http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/visnik_yg/3/1.pdf.
15. Макаренко А. С. Суддівський розсуд при призначенні покарання в Україні : монографія / А. С. Макаренко. — О. : Юрид. л-ра, 2013. — 272 с.
16. Юношев О. В. Особливості системи покарань за кримінальними кодексами європейських країн (на прикладі Швейцарії, Литви та Італії) / О. В. Юношев // Адвокат. — 2009. — № 9 (108). — С. 36–38.
17. Рябчинська О. П. Теоретичні та практичні питання встановлення адекватних заходів державного примусу за кримінальні проступки / О. П. Рябчинська // Держава та регіони. Сер. Право. — 2012. — Вип. 2. — С. 211–217.
18. Овчаренко А. Перспективи запровадження військових кримінальних проступків та стягнень за їх вчинення / А. Овчаренко // Вісник Національної академії прокуратури України. — 2012. — № 3. — С. 115–118.
19. Марисюк К. Б. Система майнових покарань у чинному Кримінальному кодексі України могла би бути іншою (до 15-річчя одного з проектів КК України) [Електронний ресурс] / К. Б. Марисюк // Форум права. — 2011. — № 2. — С. 581–584.
20. Проект Кримінального кодексу України (від 04.11.1996 р., реєстр. № 0041/1) : вноситься нар. депутатом України Матковським О. Б. — К. : Верх. Рада України, 1996. — 187 с.
21. Проект Кримінального кодексу України (від 10.06.1993 р.) : вноситься Комісією Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби із злочинністю / В. Смітійенко, В. Криволапов, О. Дубовик [та ін.]. — К., 1993. — 181 с.
22. Грачева Ю. В. Судейское усмотрение в уголовном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Ю. В. Грачева. — М., 2002. — 22 с.
23. Грошевой Ю. М. Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве / Ю. М. Грошевой. — Х. : Вища шк., 1975. — 144 с.
24. Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка : 80 000 слов и фразеол. выражений / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова. — 4-е изд. — М. : Азъ, 1997. — 944 с.
25. Тютюгин В. И. Некоторые вопросы назначения наказания по соглашению сторон в связи с принятием нового Уголовного процессуального кодекса Украины / В. И. Тютюгин // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовт. 2012 р. /редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) [та ін.]. — Х. : Право, 2012. — С. 81–86.
26. Кузембаев О. С. Значення судової практики як джерела кримінального права / О. С. Кузембаев // Правове життя сучасної України : тези доп. Всеукр. наук. конф., Одеса, 18–19 квіт. 2008 р. / ОНЮА. — О. : Фенікс, 2008. — С. 359–361.

27. Москаленко В. Специфіка прецедентного права Суду Європейського Співтовариства / В. Москаленко // Актуальні проблеми державного управління. — Х., 2005. — № 3 (26). — С. 179–186.
28. Дашковська О. Судовий прецедент і судова практика як джерела права / О. Дашковська // Вісник Академії правових наук України. — 2011. — № 1 (64). — С. 34–41.
29. Мазур М. В. Судова практика як джерело права: проблема визначення поняття / М. В. Мазур // Форму права. — 2011. — № 3. — С. 493–497.
30. Берг Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Л. Н. Берг. — Екатеринбург, 2008. — 21 с.
31. Дудченко В. В. Традиція правового розвитку: плюралізм правових вчень / В. В. Дудченко. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — 302 с.

А н о т а ц і я

Макаренко А. С. Співвідношення формальних та дискреційних засад на різних рівнях пеналізації злочинних діянь. — Стаття.

У статті розглядається проблема «караності» кримінальних правопорушень. Здійснюється спроба оптимізації вітчизняного законодавства у сфері призначення заходів кримінально-правового характеру. Доводиться, що відповідальність за кримінально карані діяння необхідно реалізовувати у формі таких заходів впливу, як покарання за вчинення злочинів, яке має тягти за собою судимість, та стягнення за вчинення кримінальних проступків без наслідку у вигляді судимості. Пропонується система стягнень за вчинення кримінальних проступків.

З'ясовується місце судової практики у системі джерел кримінального права. Встановлюються прояви судової практики в Україні та розглядаються тенденції щодо її визнання та утвердження в європейських країнах.

Особливу увагу приділено дослідженню співвідношення формальних і дискреційних засад на різних рівнях пеналізації кримінальних правопорушень. Досліджено питання обмеження суддівського розсуду. На підставі ґрунтовного аналізу кримінального закону та його доктрини запропоновано власні пропозиції щодо внесення змін до чинного КК України.

Ключові слова: пеналізація злочинів, формальний метод, суддівський розсуд, кримінальний проступок, система стягнень, система покарань, судова практика.

А н н о т а ц и я

Макаренко А. С. Соотношение формальных и дискреционных начал на разных уровнях пенализации преступных деяний. — Статья.

В статье рассматривается проблема «наказуемости» уголовных правонарушений. Осуществляется попытка оптимизации отечественного законодательства в сфере назначения мер уголовно-правового характера. Представляется, что ответственность за уголовно наказуемые деяния необходимо реализовывать в форме таких мер воздействия, как наказание за совершение преступлений, которое должно повлечь за собой судимость, и взыскание за совершение уголовных проступков без последствий в виде судимости. Предлагается система взысканий за совершение уголовных проступков.

Выясняется место судебной практики в системе источников уголовного права. Устанавливаются проявления судебной практики в Украине и рассматриваются тенденции относительно ее признания и утверждения в европейских странах.

Особое внимание уделено исследованию соотношения формальных и дискреционных начал на разных уровнях пенализации уголовных правонарушений. Исследованы вопросы ограничения судебного усмотрения. На основании детального анализа уголовного

закона и его доктрины представлены собственные предложения относительно внесения изменений в действующий УК Украины.

Ключевые слова: пенализация преступлений, формальный метод, судебское усмотрение, уголовный проступок, система взысканий, система наказаний, судебная практика.

S u m m a r y

Makarenko A. S. The correlation of formal and discretionary principles at different levels of penalization of criminal acts. — Article.

The article points up the problem of «punishability» of criminal offences. The attempt is made to optimization of domestic legislation in the sphere of setting of criminal law measures. It is proved, that responsibility for criminal acts must be realized in the form of such measures, as punishment for crimes, that should entail a previous conviction, and penalties for criminal misdemeanors without a consequence as previous conviction. The system of penalties for the criminal misdemeanors is offered.

It turns out the place of the judicial practice in the system of sources of criminal law. The author determines the models the judicial practice in Ukraine is developed in and also the tendencies of its recognition and approval in Europe.

Special attention is paid to the study of the relationship between formal and discretionary principles at different levels of penalization of criminal offences. The author investigates the issue of limiting of judicial discretion. On the basis of a detailed analysis of the criminal law and its doctrine their own proposals for amending the current criminal code of Ukraine are offered.

Keywords: the penalization of crimes, formal method, judicial discretion, criminal misdemeanor, the system of recoveries, the system of penalties, the judicial practice.

УДК 343.253(477)

*О. Л. Гуртовенко***ПИТАННЯ ЗВОРотної дії у часі українських
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ПОЛОЖЕНЬ СТОСОВНО
ВІДМОВИ УКРАЇНИ ВІД СМЕРТНОЇ КАРИ**

Кримінальний кодекс України (УРСР) від 28 грудня 1960 р. [1] (далі — КК України 1960 р.) свого часу передбачав таке кримінальне покарання, як смертна кара. Згодом Україна відмовилась від реалізації цього покарання, а за злочини, вчинення яких тягнуло за собою можливість призначення смертної кари як кримінального покарання, на випадок їх вчинення було запроваджено можливість призначення довічного позбавлення волі як кримінального покарання. У цьому відношенні Конституційний Суд України (далі — КСУ) у Рішенні від 26 січня 2011 р. № 1-рп/20 (справа про заміну смертної кари довічним позбавленням волі) [2] (далі — Рішення-2011) вирішив, що «положення Кримінального кодексу України 1960 р., якими смертну кару як вид кримінального покарання було замінено довічним позбавленням волі, поширюються на осіб, засуджених до смертної кари, вироки щодо яких... не було виконано».

Щоб сформувавши ставлення до Рішення-2011, треба з'ясувати, яким чином на місці положень КК України 1960 р., що передбачали можливість призначення такого покарання, як смертна кара, з'явилися положення, які стали передбачати можливість призначення такого покарання, як довічне позбавлення волі.

Ось хронологія подій, яка включає факти, що стали чинниками розгляду КСУ зазначеної справи:

1. КК України 1960 р. свого часу передбачав таке кримінальне покарання, як смертна кара. На цих підставах стосовно ряду людей було винесено вироки, що передбачали засудження до смертної кари, які держава не встигла виконати у зв'язку із викладеною нижче в цій хронології ситуацією.

2. Було прийнято Конституцію України від 28 червня 1996 року [3], яка набрала чинності з дня її прийняття.

3. На той час було чинним Положення про порядок здійснення помилювання осіб, засуджених судами України, затверджене Указом Президента України від 31 грудня 1991 р. № 22 «Про порядок здійснення помилювання осіб, засуджених судами України» [4]. Згідно із п. 7, 15 і 21 зазначеного Положення у випадку засудження особи до смертної кари Президент України приймав укази про помилювання засуджених (це дозволялося і тоді, коли засуджений своєчасно не подавав клопотання про помилювання або заявляв про своє небажання звертатися з таким клопотанням), про відхилення клопотань про помилювання засуджених, незастосування акта помилювання. У листопаді Президент України припинив прийняття указів, передбачених п. 7, 15 і 21 зазначеного Положення, стосовно вироків, якими осіб було засуджено до смертної кари. У цьому зв'язку в Україні в другій декаді березня 1997 р. припинилося виконання вироків про засудження до смертної кари, оскільки, як засвідчує зазначене Положення, виконання вироків щодо осіб, засуджених до смертної кари, зупиняється до прийняття Президентом України того чи іншого указу з цього питання. Висвітлене блокування процедури дістало неофіційну назву «мораторій» на реалізацію смертної кари.

4. Було ухвалено Рішення Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 р. № 11-рп/99 (справа про смертну кару) (далі Рішення-1999) [5], в резолютивній частині якого зазначено, що положення ст. 24 Загальної частини та положення санкцій статей Особливої частини КК України 1960 р., які передбачають смертну кару як вид покарання, визнаються такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними) (а отже, вони стали неконституційними, юридично нікчемними з моменту набрання чинності Конституцією України. — О. Г.), при цьому положення КК України 1960 р., що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення КСУ цього Рішення.

5. Було прийнято Закон України «Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудоного кодексів України» від 22 лютого 2000 р. № 1483-III (далі — Закон № 1483-III) [6], яким, зокрема, з КК України 1960 р. було виключено таке покарання, як смертна кара, в КК України 1960 р. запроваджено покарання, яке до того не було передбачено в КК України 1960 р., — довічне позбавлення волі, всюди в КК України 1960 р. замість слів «смертна кара» у будь-яких відмінках було передбачено слова «довічне позбавлення волі» у відповідних відмінках, що формулювалося з використанням слів «замінити словами».

6. Після набрання чинності Законом № 1483-III з'явилося неоднозначне застосування положень Конституції України і положень кримінального законодавства України. Наведу приклад стосовно положень про умисне вбивство. За вчинення цього злочину у виді його конститутивного складу передбачалося і передбачається таке покарання, як позбавлення волі на строк від семи до п'ятнадцяти років. За вчинення цього злочину у виді ряду його конститутивних складів раніше передбачалося

таке покарання, як смертна кара, у зв'язку же із набранням чинності Законом № 1483-III, що збереглося при набранні чинності Кримінальним кодексом України від 5 квітня 2001 р. (далі — КК України) [7], за їх вчинення натомість було передбачено такий вид покарання, як довічне позбавлення волі.

У цьому зв'язку одні суди у вирокх, які не було виконано, замість покарання у виді смертної кари стали передбачати покарання у виді позбавлення волі до п'ятнадцяти років, а інші — покарання у виді довічного позбавлення волі. І. С. Яковець [8] і Д. Гройсман [9] підтримали перший із зазначених підходів.

7. Було ухвалено Рішення-2011.

В обґрунтування зазначеного висновку, який КСУ виклав в Рішенні-2011, КСУ використав такі аргументи:

1. В положеннях законодавства України, які стосуються кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, мова йде тільки про закони. Тобто КСУ намагається пов'язати питання, які стосуються регулювання кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, тільки із законами. При цьому КСУ посилається на такі положення законодавства: а) згідно із п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України [3] виключно законами України визначаються, зокрема, діяння, які є злочинами, та відповідальність за них (абз. 4 підп. 3.1 п. 3 тексту Рішення-2011); б) згідно із ч. 1 ст. 58 Конституції України закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи (абз. 3 підп. 3.1 п. 3 тексту Рішення-2011); в) згідно із ч. 3 ст. 3 КК України злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки КК України (абз. 5 підп. 3.1 п. 3 тексту Рішення-2011).

В абз. 7 п. 4 тексту Рішення-2011 КСУ пише, що в ч. 4 ст. 5 КК України йдеться про можливість його зміни тільки іншим законом про кримінальну відповідальність, а не Рішенням КСУ (а саме не Рішенням-1999), який повноважний лише визнавати неконституційними положення закону про кримінальну відповідальність. Тут, по-перше, КСУ пише, що не можна змінити положення КК України Рішенням-1999. Звичайно, не можна, оскільки положення, визнане у відповідному рішенні неконституційним, втратило чинність з дня ухвалення Рішення-1999, тобто у 1999 р., а КК України набрав чинності в 2001 р. Про певну зміну конкретного положення КК України, який від самого початку не передбачав такого покарання, як смертна кара (це покарання було вилучено ще з КК України 1960 р.), на підставі резолютивної частини Рішення-1999 також не можна казати. По-друге, зазначена зміна здійснюється не шляхом волевиявлення КСУ, а в силу закону (про що детальніше йтиметься нижче) як невідворотний наслідок такого волевиявлення, про що КСУ просто зазначає у своїх відповідних актах.

По-третє, як легко зрозуміти із зазначеного, КСУ пише, що його попереднє рішення (Рішення-1999) в частині, де йдеться про втрату

внаслідок висновків КСУ чинності положень КК України 1960 р. про смертну кару, було неправомірним (але, як зазначалося, це було просто відтворення в рішенні положень законодавства). І це при тому, що рішення КСУ є загальнообов'язковими, в тому числі вони є обов'язковими для самого КСУ. Крім того, при ухваленні Рішення-2011 КСУ порушив ще одне своє рішення, яке є прецедентом тлумачення, а саме Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 (справа про призначення судом більш м'якого покарання) [10] (далі — Рішення-2004). В Рішенні-2004 визнано таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), положення ч. 1 ст. 69 КК України в частині, яка унеможливує призначення особам, які вчинили злочини невеликої тяжкості, більш м'якого покарання, ніж передбачено законом; при цьому, як зазначається в резолютивній частині Рішення-2004, положення ч. 1 ст. 69 КК України, визнане неконституційним, втрачає чинність з дня ухвалення КСУ цього Рішення-2004 (в зазначеному положенні було вказано, що за ряду умов суд може, спрощено кажучи, призначити більш м'яке покарання за особливо тяжкий, тяжкий злочин або злочин середньої тяжкості. Положення же, згідно з яким за ряду тих самих умов суд не може, спрощено кажучи, призначити більш м'яке покарання за злочини невеликої тяжкості (яке і було визнане неконституційним, внаслідок чого втратило чинність), впливало із прямо написаного в ч. 1 ст. 69 КК України, тобто було тлумаченням зазначеного положення КК України, а отже, частиною самого такого положення). Так, після ухвалення Рішення-2004 відразу нічого не змінилось, але його ухвалення привело до прийняття Верховною Радою України іншого положення.

Отже, в Рішенні-2004 стосовно вказаного неконституційного положення, а це було положення про кримінальну відповідальність, при цьому діяло воно вже за часів дії положення, наведеного вище у п. «в», КСУ зазначив, відтворивши положення законодавства, що відповідне положення втрачає чинність з дня ухвалення Рішення-2004, і тут у КСУ не було складностей із питанням про втрату чинності положення такого виду. Рішення-2004 в контексті розглядуваного питання містить тлумачення Конституції України, а її тлумачення, надане КСУ, є самою Конституцією України, оскільки воно є змістом Конституції України, закладеним в неї іманентно, імпліцитно, а отже, це тлумачення відіграє роль компонента найвищого з позицій юридичної сили закону України і є обов'язковим, в тому числі для КСУ.

По-четверте, в одному і тому самому рішенні Конституційний Суд України суперечить сам собі. Справа в тому, що в абз. 3 підп. 3.2 п. 3 Рішення-2011 КСУ пише: «Положення Кодексу 1960 року щодо смертної кари як виду покарання з дня ухвалення Конституційним Судом України Рішення від 29 грудня 1999 року не підлягали застосуванню судами, а органи виконавчої влади не повноважні виконувати вироки стосовно осіб, засуджених до смертної кари, вироки щодо яких не були

виконані на день ухвалення зазначеного рішення. Проте до дня ухвалення цього рішення (Рішення-1999. — *О. Г.*) положення Кодексу 1960 року щодо смертної кари мали юридичну силу і підлягали застосуванню судами при призначенні покарання особам, які вчинили відповідні злочини». Тобто тут КСУ не заперечує зазначених наслідків визнання КСУ неконституційним положення акта. Варто зробити застереження: тлумачення певних юридичних положень іманентно, імпліцитно є компонентом таких положень, тому смертна кара як кримінально-правове покарання не підлягала реалізації вже з моменту набуття чинності Конституцією України, але навряд чи можна було очікувати, що такий підхід (неконституційність положень про смертну кару та її непризначення і нереалізація) буде взято на озброєння в українській юриспруденції одночасно із набуттям чинності Конституції України.

По-п'яте, хоча в абз. 7 п. 4 тексту Рішення-2011 КСУ зіставив Рішення-1999 і КК України, зрозуміло, що КСУ вважає: визнання КСУ положення закону про кримінальну відповідальність неконституційним і зараз не тягне за собою втрату чинності таким положенням. Але викладена в Рішенні-2011 точка зору КСУ, згідно з якою КСУ повноважний лише визнавати неконституційними положення закону про кримінальну відповідальність, і таке визнання не тягне за собою втрату чинності положень такого виду, суперечить положенню, передбаченому ч. 2 ст. 152 Конституції України, згідно з яким закони, інші правові акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність. А у ч. 2 ст. 73 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 р. № 422/96-ВР [11] написано так: у разі якщо відповідні акти або їх окремі положення визнаються такими, що не відповідають Конституції України (неконституційними), вони оголошуються нечинними і втрачають чинність від дня прийняття Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність. З цього приводу зазначу таке.

При аналізі Рішення-2011 можна припустити таке: 1) може бути, КСУ вважає, що між, з одного боку, положеннями законодавства, передбаченими п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України (виключно законами України визначаються, зокрема, діяння, які є злочинами, та відповідальність за них) і ч. 3 ст. 3 КК України (злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки КК України), і, з іншого боку, положенням, передбаченим ч. 2 ст. 152 Конституції України і ч. 2 ст. 73 Закону України «Про Конституційний Суд України», мається колізія, і вона вирішується на користь двох положень, наведених спочатку; 2) може бути, КСУ вважає, що положення, передбачене ч. 2 ст. 152 Конституції України і ч. 2 ст. 73 Закону України «Про Конституційний Суд України», є загальним, а наведені спочатку два положення є спеціальними, тобто мається конкуренція положень, а конкуренція вирішується на користь спеціальних поло-

жень; 3) може бути, КСУ вважає щось інше, що наштовхує його на відповідні висновки.

Як би там не було, положення, передбачене ч. 2 ст. 152 Конституції України і ч. 2 ст. 73 Закону України «Про Конституційний Суд України», розповсюджується і на визнані КСУ неконституційними положення законодавства України, які стосуються кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, не тільки дослівно, а й по суті. Ось як це обгрунтовується.

Так, положення, передбачені п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України і ч. 3 ст. 3 КК України, є положеннями про, так би мовити, акт-монополіст: кримінально-правові наслідки вчинення злочинів, в тому числі кримінально-правову відповідальність, може бути визначено тільки у КК України. Але тут варто подивитися на ситуацію з позицій історичного і цільового тлумачення положень законодавства. Це тлумачення ґрунтується на тому, що раніше принцип кодифікації в кримінальному праві України (особливо за радянських часів) погано втілювався в життя (втім і зараз він не повністю втілений в життя). Воно ґрунтується також на тому, що створювачі відповідних, так би мовити, актів-монополістів, положень-монополістів при такому створенні явно не тримали в умі те, що положення, передбачене ч. 2 ст. 152 Конституції України і ч. 2 ст. 73 Закону України «Про Конституційний Суд України», розповсюджуються на положення-монополісти, оскільки ідея про положення-монополісти та ідея про положення, передбачене ч. 2 ст. 152 Конституції України і ч. 2 ст. 73 Закону України «Про Конституційний Суд України», є різними історіями, хоча другі і застосовуються стосовно перших.

Зрозуміло, що викладений підхід про акти-монополісти, положення-монополісти стосується лише власне діяльності органів публічної влади України, які уповноважені на прийняття нормативно-правових актів. Це той сенс, який закладається в зазначені положення. Їх Верховна Рада України адресувала органам, які приймають нормативно-правові акти, зокрема собі. Про можливість саме перетворень, які підпадають під таку діяльність, тут йде мова. Ось в якому сенсі тут підлягають розумінню слова «визначено тільки КК України». При цьому бувають випадки, коли виражену в законі волю Верховної Ради України може бути прямо змінено іншими органами державної влади України.

З цих питань існує Рішення Конституційного Суду України від 17 жовтня 2002 р. № 17-рп/2002 (щодо повноважності Верховної Ради України) [12] (далі — Рішення-2002). В Рішенні-2002 зазначається, що народні депутати України звернулися до КСУ з клопотанням роз'яснити, зокрема, наведене далі: «Що таке Верховна Рада України як орган (законодавчої) влади (ст. 75)? В чому полягає юридичний зміст категорії «орган» (в даному випадку — для Верховної Ради України)?»

КСУ надав таку відповідь. Визначення Верховної Ради України єдиним органом законодавчої влади означає, що жоден інший орган державної влади не уповноважений приймати закони. Верховна Рада України

здійснює законодавчу владу самостійно, без участі інших органів. З Рішення-2002 можна почерпнути позицію КСУ, згідно з якою реалізація, скажімо, прав на кшталт повноваження у виді так званого накладання вето означає лише участь відповідних органів у здійсненні власне парламентської функції законотворчості. Звідси зрозуміло, що реалізація КСУ повноваження, передбаченого ч. 2 ст. 152 Конституції України і ч. 2 ст. 73 Закону України «Про Конституційний Суд України», є не законотворчістю, а участю у здійсненні власне парламентської функції законотворчості.

Все це означає, що інститут законотворчості треба розуміти так. Перше слово у прийнятті закону мається тільки у Верховній Раді України, а змінити її волю можуть й інші органи (як-от Президент України шляхом реалізації повноваження у виді накладання вето, КСУ шляхом ухвалення акта), і це буде їх участь у здійсненні парламентської функції законотворчості. Без Верховної Ради України прийняття законів (сутностей із певним змістом), яких раніше не було, не станеться. Верховна Рада України і тільки вона уповноважена сама приймати закони (Президент України закони підписує). Інші органи державної влади України не можуть одноособово, колективно, шляхом спільного з Верховною Радою України голосування приймати закони. При цьому інші органи державної влади України можуть брати участь у законотворчості, зокрема шляхом зміни волі Верховної Ради України. Так, коли до КК України вносяться зміни з питань кримінальної відповідальності, Президент України може змінити волю Верховної Ради України, реалізувавши повноваження у виді накладання вето, так само наслідком акта КСУ може бути зміна волі Верховної Ради України. Тому відповідні повноваження КСУ, які стосуються втрати чинності законом, положенням закону, — це ще не законотворчість в тому сенсі, що це не голосування народних депутатів України під час сесій на пленарних засіданнях. Отже, положення про аналізовані повноваження КСУ є правомірними. Аналізований конституційний контроль спрямовано на реалізацію принципу конституційності кримінального права.

2. У Рішенні-2011 КСУ використовує і такий аргумент: «Висновок про те, що скасування або пом'якшення кримінальної відповідальності особи здійснюється саме законами, ґрунтується, зокрема, на положеннях Кримінального кодексу України, відповідно до якого поліпшення правового становища особи, яка вчинила злочин, здійснюється згідно із законом, що пом'якшує покарання, нововиданим законом (частина 2 статті 6, частина 3 статті 54 Кодексу 1960 року), законом про кримінальну відповідальність, що скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, санкцією нового закону (частина 1 статті 5, частина 3 статті 74 Кодексу 2001 року)» (абз. 8 п. 4 тексту Рішення-2011). Цей аргумент є аргументом такого ж виду, що і наведені вище. Відповідно, контраргументи є аналогічними наведеним вище.

3. У Рішенні-2011 КСУ також пише: «Зворотна дія в часі реалізується через кримінальні закони у випадках, коли вони скасовують або пом'якшують відповідальність особи» (абз. 2 п. 3 мотивувальної частини Рішення від 19 квітня 2000 р. № 6-рп/2000)» (абз. 8 п. 4 тексту Рішення-2011). Що стосується зазначеного Рішення КСУ № 6-рп/2000, то свою незгоду із висновками, яких дійшов КСУ в цьому Рішенні, я обґрунтував в публікації, яку розміщено в Інтернеті [13].

4. КСУ зазначає, що Рішення-1999 призвело до порушення принципу співмірності між злочином і покаранням за нього, порушення принципу справедливості (п. 4 тексту Рішення-2011). Це так. Але навіть колапс КК України, який може бути результатом дисбалансу між санкціями, запровадженими за різні злочини, не усуває узаконеного підходу про втрату чинності положеннями, визнаними неконституційними, і узаконеного підходу про зворотну дію у часі кримінально-правового положення, зокрема за наявності проміжного положення, який (підхід) останнім часом визнавався тлумаченням КК України 1960 р. і КК України до його прямого (щоправда, невдало сформульованого) закріплення в КК України. Крім того, якщо абстрагуватися від втрати чинності положень КК України 1960 р. про смертну кару, то все одно КСУ мав повноваження встановлювати наявність колізії між Конституцією України і КК України 1960 р., а колізії між Конституцією України і КК України вирішуються на користь Конституції України.

В українських кримінально-правових положеннях заміна смертної кари на довічне ув'язнення як покарання за злочини відбулась не шляхом, коли момент втрати чинності попереднім положенням і момент набуття чинності новим положенням збігаються, а іншим шляхом, соціальне значення якого в Україні часто плутають із наведеним вище видом законодавчих змін, називаючи «заміною» у значенні такого виду змін (саме застосування слова «заміна» стосовно зазначених подій стало чинником помилкового розуміння змін, що сталися; в аналізованій ситуації саме використання слова «заміна» вводить в оману). У зв'язку із тим, що в розглянутих ситуаціях необхідно було застосовувати положення про зворотну дію кримінально-правових положень в контексті проміжного (в зазначених ситуаціях найм'якшого) положення, Рішення-2011, як видається, є непослідовним, а відповідним засудженням залишається свого часу сподіватися на помилювання. Детальне обґрунтування застосування зворотної сили закону в зазначеній ситуації, якби не Рішення-2011, аналіз можливої юридичної і психологічної ролі Європейського суду з прав людини в аналізованому питанні є темою окремої публікації.

Л і т е р а т у р а

1. Кримінальний кодекс України від 28 грудня 1960 року // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1961. — № 2. — Ст. 14.

2. Рішення Конституційного Суду України від 26 січня 2011 року № 1-рп/2011 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України та за конституційним зверненням громадянина Савчука Миколи Миколайовича про офіційне тлумачення положень Кримінального кодексу України 1960 року із змінами, внесеними Законом України «Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудового кодексів України» від 22 лютого 2000 року № 1483-III, щодо їх дії в часі у взаємозв'язку із положеннями статті 8, частини першої статті 58, пункту 22 частини першої статті 92, частини другої статті 152, пункту 1 розділу XV «Перехідні положення» Конституції України, статті 73 Закону України «Про Конституційний Суд України», частини другої статті 4, частин першої, третьої, четвертої статті 5, частини третьої статті 74 Кримінального кодексу України 2001 року (справа про заміну смертної кари довічним позбавленням волі) // Офіційний вісник України. — 2011. — № 7. — С. 102. — Ст. 471.
3. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
4. Положення про порядок здійснення помилування осіб, засуджених судами України : Указ Президента України від 31 груд. 1991 р. № 22 // Збірник указів Президента України. — 1992. — № 1.
5. Рішення Конституційного Суду України від 29.12.1999 № 11-рп/99 у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190-1 Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару) // Офіційний вісник України. — 2000. — № 4. — С. 114. — Ст. 126.
6. Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудового кодексів України : Закон України від 22 лют. 2000 р. № 1483-III // Урядовий кур'єр. — 2000. — № 61.
7. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III // Офіційний вісник України. — 2001. — № 21. — С. 1. — Ст. 920.
8. Яковець І. С. Чи має зворотню дію закон щодо засуджених до смертної кари? [Електронний ресурс] / І. С. Яковець // Тюремний портал. — Режим доступу: <http://ukrprison.org.ua/expert/1244038568>. — Назва з екрану.
9. Гройсман Д. Рішення Конституційного Суду України у справі про смертну кару [Електронний ресурс] / Д. Гройсман // Права людини в Україні. — Режим доступу: <http://www.khpg.org/index.php?id=977860000>. — Назва з екрану.
10. Рішення Конституційного Суду України від 02.11.2004 № 15-рп/2004 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) // Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — С. 41. — Ст. 2975.
11. Про Конституційний Суд України : Закон України від 16 жовт. 1996 р. № 422/96-ВР // Урядовий кур'єр. — 1996. — № 200.
12. Рішення Конституційного Суду України від 17 жовтня 2002 року № 17-рп/2002 у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень статей 75, 82, 84, 91, 104 Конституції України (щодо повноважності Верховної Ради України) // Офіційний вісник України. — 2002. — № 44. — С. 190.— Ст. 2045.
13. Гуртовенко О. Л. Питання зворотної дії Кримінального кодексу України в часі у зв'язку із підвищенням розміру неоподаткованого мінімуму доходів громадян в Україні [Електронний ресурс] / О. Л. Гуртовенко // Часопис Академії адвокатури України. — 2011. — № 4. — С. 1—12. — Режим доступу: <http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/view/396>. — Назва з екрану.

А н о т а ц і я

Гуртовенко О. Л. Питання зворотної дії українських кримінально-правових положень у часі стосовно відмови України від смертної кари. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду Рішення Конституційного Суду України від 26 січня 2011 р. (справа про заміну смертної кари довічним позбавленням волі). В зазначеному Рішенні Конституційний Суд України дійшов висновку, згідно з яким на осіб, засуджених до смертної кари, вироки щодо яких не було виконано, поширюються положення про довічне позбавлення волі, а не про позбавлення волі строком до 15 років. Робиться висновок про те, що зазначена позиція є непослідовною.

Ключові слова: зворотна дія у часі кримінально-правових положень, Конституційний Суд України, смертна кара, довічне позбавлення волі, тлумачення законодавства.

А н н о т а ц и я

Гуртовенко О. Л. Вопросы обратного действия украинских уголовно-правовых положений во времени в отношении отказа Украины от смертной казни. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению Решения Конституционного Суда Украины от 26 января 2011 г. (дело о замене смертной казни пожизненным лишением свободы). В указанном Решении Конституционный Суд Украины пришёл к выводу, согласно которому на лиц, приговорённых к смертной казни, приговоры в отношении которых не были исполнены, распространяются положения о пожизненном лишении свободы, а не о лишении свободы сроком до 15 лет. Делается вывод, что указанная позиция является непоследовательной.

Ключевые слова: обратное действие во времени уголовно-правовых положений, Конституционный Суд Украины, смертная казнь, пожизненное лишение свободы, толкование законодательства.

S u m m a r y

Gurtovenko O. L. On retroactivity effect of Ukrainian criminal-law provisions concerning the rejection of the death penalty in Ukraine. — Article.

The article highlights Decision of the Constitutional Court of Ukraine, 26.01.2011 (replacing the death penalty with life imprisonment case). The Constitutional Court of Ukraine in Decision came to the conclusion that to persons sentenced to the death penalty, if sentences have not been fulfilled, the life imprisonment provision should be applied, but not the provisions of imprisonment up to 15 years. It is concluded that mentioned position is inconsistent.

Keywords: retroactivity effect of criminal-law provisions, the Constitutional Court of Ukraine, the death penalty, life imprisonment, construction.

ДОВІДКА ПРО АВТОРІВ

Аленін Ю. П., завідувач кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, член-кореспондент НАПрН України

Бааджи Н. П., доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Бакаянова Н. М., завідувач кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Брагарник О. О., фахівець науково-дослідної частини Національного університету «Одеська юридична академія»

Бурова Л. І., асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Вашук О. П., доцент кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Гловюк І. В., докторант кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Горобець К. В., доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Григор'янц Г. І., асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Гуртовенко О. Л., доцент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Долежан В. В., професор кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Драпайло Ю. З., доцент кафедри господарського права та процесу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Завальнюк В. В., ректор Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, професор, заслужений юрист України

Земляна О. А., аспірант кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія»

Кайтанський О. С., асистент кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Кирилюк А. В., доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Кібік О. М., завідувач кафедри національної економіки Національного університету «Одеська юридична академія», доктор економічних наук, професор

Ківалов С. В., президент Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заслужений юрист України

Козолуп М. С., фахівець науково-дослідної частини Національного університету «Одеська юридична академія»

Котлубай В. О., доцент кафедри національної економіки Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат економічних наук, доцент

Краснов Є. В., доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Лагутіна І. В., завідувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, доцент

Макаренко А. С., доцент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Мартинюк І. В., лаборант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Медвідь А. О., асистент кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія»

Мельничук О. С., науковий співробітник науково-дослідної частини Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Михайленко Д. Г., докторант кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Мурзановська А. В., старший викладач кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

Некіт К. Г., доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Немно Ю. М., асистент кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія»

Оборотов Ю. М., завідувач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, член-кореспондент НАПрН України

Панасюк А. О., асистент та аспірант кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія»

Подцерковний О. П., завідувач кафедри господарського права та процесу Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Позова Д. Д., асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Полянський Ю. Є., професор кафедри організації судових та правоохоронних органів, проректор з методичної та виховної роботи Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, професор

Постоленко Ю. П., асистент кафедри національної економіки Національного університету «Одеська юридична академія»

Римар Б. А., доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Савінова Н. А., завідувач наукового відділу правових проблем інформаційної безпеки Науково-дослідного інституту інформатики і права НАПрН України, старший науковий співробітник, доктор юридичних наук

Свида О. Г., доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Симонян Ю. Ю., доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Сорочишин М. В., доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Тіщенко В. В., завідувач кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

Торбас О. О., старший викладач кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Трюхан О. А., доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Ульянова Г. О., доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Чанишева Г. І., декан соціально-правового факультету Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки, член-кореспондент НАПрН України

Чугуников І. І., доцент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Хаймінова Ю. В., доцент кафедри національної економіки Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат економічних наук, доцент

Харитонов Є. О., завідувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

Харитонova О. І., завідувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Хижняк Ю. В., молодший науковий співробітник науково-дослідної частини Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Шкрибайло М. В., асистент кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія»

З М І С Т

<i>С. В. Ківалов, Ю. Є. Полянський, В. В. Долежан, Н. М. Бакаянова, О. Г. Свида</i> Проблеми конституційного і законодавчого регулювання процесів реформування судової влади та суміжних інститутів в Україні	5
<i>Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, О. С. Мельничук, К. В. Горобець, Ю. В. Хижняк</i> Міська правова система як відображення цілісності міського права (на прикладі деяких українських міст)	25
<i>О. М. Кібік, О. П. Подцерковний, В. О. Котлубай, Ю. В. Хаймінова, Ю. З. Драпайло, Ю. П. Постоленко, О. О. Брагарник, М. С. Козолуп</i> Організаційно-правові передумови інтенсифікації експортної діяльності в Україні	70
<i>В. В. Тіщенко, Ю. П. Аленін, О. П. Ващук, А. В. Мурзановська, О. О. Торбас, Ю. М. Немно, А. О. Панасюк, М. В. Шкрибайло, О. А. Земляна</i> Теоретичні та практичні проблеми забезпечення ефективності досудового провадження	106
<i>О. І. Харитонова, Г. О. Ульянова, А. В. Кирилюк, Ю. Ю. Симонян, Н. П. Бааджи, Д. Д. Позова, Г. І. Григор'яни, Л. І. Бурова, І. В. Мартинюк</i> Проблемні питання визначення правової природи і структури правовідносин інтелектуальної власності, що виникають у мережі Інтернет	159
<i>Г. І. Чанишева, І. В. Лагутіна, Є. В. Краснов, О. А. Трюхан, М. В. Сорочишин, Б. А. Римар, О. С. Кайтанський, А. О. Медвідь</i> Місце трудових та соціально-забезпечувальних прав у системі прав людини	201
<i>Є. О. Харитонов</i> Методологічні засади дослідження проблем правової адаптації України до внутрішнього ринку ЄС	232
<i>К. Г. Некіт</i> Трастовий фонд за Проектом загальної довідкової схеми (DCFR): до питання гармонізації законодавства України та ЄС	271
<i>І. В. Гловюк</i> Функціональна спрямованість діяльності прокурора у досудовому провадженні: проблеми визначення	278
<i>Є. Ю. Полянський</i> Правова доктрина як базисна концепція права: природа, структура, значення	297
<i>И. И. Чугуников</i> Объект преступления в современной уголовно-правовой науке: традиции и новации	314

<i>Н. А. Савинова</i>	
Социальная и персональная значимость уголовного правонарушения: к вопросу о справедливости	348
<i>Д. Г. Михайленко</i>	
Обмеження принципу презумпції невинуватості нормою про незаконне збагачення в Україні: соціальна обумовленість та тест на пропорційність	356
<i>А. С. Макаренко</i>	
Співвідношення формальних та дискреційних засад на різних рівнях пеналізації злочинних діянь	401
<i>О. Л. Гуртовенко</i>	
Питання зворотної дії у часі українських кримінально-правових положень стосовно відмови України від смертної кари	430
Довідка про авторів	440

Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Т. XVII / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.]; відп. за вип. М. В. Афанасьєва. — Одеса : Юридична література, 2015. — 448 с.

Укр., рос. та англ. мовами.

ISBN 978–966–419–238–2.

У збірнику наукових праць Національного університету «Одеська юридична академія» опубліковано статті провідних вчених університету, які відображають вагомі досягнення, здобуті у межах фундаментальних і прикладних наукових досліджень, що проводяться в університеті та фінансуються Міністерством освіти і науки України за рахунок коштів державного бюджету.

У збірнику також містяться статті відомих правників з інших закладів України, в яких розкриваються окремі аспекти зазначених вище фундаментальних і прикладних НДР, які виконуються в університеті.

Збірник розрахований на наукових працівників, викладачів, докторантів, аспірантів, студентів вищих навчальних закладів, а також юристів, які цікавляться тенденціями розвитку правового життя сучасного суспільства.

ББК 67(4Укр-2Од)я43
УДК 34(477-25Од)(082)

Наукове видання

НАУКОВІ ПРАЦІ

Національного університету
«Одеська юридична академія»

Том XVII

*Українською та російською
мовами*

Редактор-коректор *Н. І. Крилова*
Технічний редактор *Т. В. Іванова*

Підписано до друку 01.10.2015. Формат 70×100¹/₁₆. Папір офсетний.
Гарнітура Літературна. Друк офсетний. Ум. друк. арк. 36,4.
Тираж 150 прим. Зам. № 198.

Видавництво і друкарня «Юридична література»
65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 7. Тел. 777-48-79
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 4284 від 23.03.2012 р.

ДО УВАГИ АВТОРІВ!

До друку у збірнику приймаються наукові статті осіб, які мають науковий ступінь доктора наук, вчене звання професора, обіймають посаду професора, завідувача кафедри, докторантів, які раніше не були опубліковані в інших виданнях. Матеріали для опублікування можуть подаватися українською, російською і англійською мовами. При їх підготовці просимо додержуватися чинних стандартів для друкованих праць і вимог ВАК України.

Загальний обсяг публікації — до 15 сторінок. Шрифт: Times New Roman; кегль 14, інтервал — 1,5. Поля: ліве — 3 см, праве — 1,5 см, верхнє та нижнє — 2 см.

На початку рукопису необхідно зазначити дані про автора та назву статті.

Перелік використаних літературних джерел слід наводити в кінці статті у порядку появи відповідних посилань чи алфавітному порядку. При оформленні 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 у 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).

Зразок оформлення статті

І. І. Петренко,

професор кафедри... , доктор юридичних наук

НАЗВА СТАТТІ

Основний текст [1, с. 10]...

Л і т е р а т у р а

2. Автор А. А. Назва окремого видання / А. А. Автор, Б. Б. Автор. — Місто : Вид-во, рік. — 00 с.
3. Автор С. Назва статті / В. Автор, Г. Автор // Назва період. вид. — 2000. — № 0. — С. 0–00.
4. Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів : Указ Президента України від 10 травня 2006 р. // Офіційний вісник України. — 2006. — № 00. — Ст. 0000.
5. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 95 (І), 11 грудня 1946 р. «Про підтвердження принципів міжнародного права, які визнані Статутом Нюрнберзького трибуналу» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua/>

А н о т а ц і я

Петренко І. І. Назва статті. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду ...

Ключові слова:

А н н о т а ц и я

Петренко И. И. Название статьи. — Статья.

В статье рассматривается...

Ключевые слова:

С и м м а г у

Petrenko I. I. About the definition «legal conflict». — Article.

The article is devoted...

Keywords: