

LEGEA ȘI VIAȚA

Publicație științifico-practică
ISSN 1810-309X

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

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

Categoria C

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

Se editează din ianuarie 1991
Nr. 2/3 (266) 2014

Redactor-șef L. Arsene

Colegiul de redacție:

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

Adresa redacției:

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

E-mail: publicare@legeasiviata.in.ua

Index: RM 77030

© Legea și viața

Pagina web: www.legeazakon.md

www.legeasiviata.in.ua

СОДЕРЖАНИЕ

Карина ГАЛИНСКАЯ. Информационный правопорядок в Украине: правонарушения и ответственность.....	3
Сергей ГУЛА. Теоретические и правовые основы общественного контроля в сфере государственных закупок.....	6
Елена ДЖАФАРОВА. Правовое регулирование разрешительной деятельности в Украине и пути её усовершенствования.....	10
Евгения ДОДИНА. Особенности судебного рассмотрения дел о выдворении иностранного миссионера за пределы Украины по искам органов государственной пограничной службы.....	13
Андрей ДРИШЛЮК. Роль и значение гражданско-правовой доктрины для системы источников гражданского права Украины.....	17
Михаил КОЛОС. Литовский статут 1588 года: теоретическая сущность уголовно-правовых положений.....	21
Константин КОНЮШКО. К вопросу о финансово-правовой природе налоговых споров и роли административных судов в их рассмотрении в Украине.....	25
Юрий КОРОБКО. Руководство прокурора в служебном расследовании транспортных аварий, катастроф.....	30
Андрей КОТЛЯР. Двусторонние и многосторонние соглашения Украины с другими странами мира и СНГ относительно авторских прав.....	35
Николай КРАВЧУК. Особенности военного строительства в период гетманата П. Скоропадского: историко-правовое исследование.....	39
Максим КРИВОНОС. Тактические и организационные особенности участия специалиста в следственном осмотре при расследовании преступлений в сфере незаконного оборота наркотических средств.....	44
Сергей КУДИН. Сравнительно-исторические исследования в трудах С. Г. Борисенка.....	50
Татьяна КУЧЕР. Вывод эксперта и отчет оценщика как средства доказывания: сравнительный аспект и законодательные проблемы.....	54
Olha LABYAK. Fundamental principles of international law: aspects of natural law.....	57
Леонид ЛИЧМАН. Судейское усмотрение (теоретический и гражданско-процессуальный аспекты).....	60
Алексей ЛЮБЧЕНКО. Ответственность правительства перед парламентом как форма взаимодействия Кабинета Министров Украины с Верховной Радой Украины.....	64

Владимир МАКАРОВ. Общие начала построения санкций за преступления против нравственности.....	68
Олег МАРМУРА. Квалифицирующие признаки как средство дифференциации уголовной ответственности: основы понимания.....	72
Дарья МАСОЛ. Юридическое значение мотивов вражды (розни, нетерпимости) по уголовному праву государств-участников Содружества Независимых Государств.....	76
Василий МЕЛЬНИК. Европейский опыт правового регулирования медиации и необходимость его применения в Украине.....	79
Татьяна МЕЛЬНИКОВА. Научная мысль XIX века о причинах женской насильственной преступности....	83
Виталина НАГОРНАЯ. Теоретико-правовые вопросы определения, обеспечения и реализации прав детей с особыми потребностями в Украине.....	87
Аркадий НАЗАРКО. Городское самоуправление в системе публичной власти Украины.....	92
Сусанна НИМЕТУЛЛАЕВА. Деятельность сиротских судов Таврической губернии в условиях 1-й Мировой и гражданской войн.....	96
Виталий ОЛЮХА. Аутсорсинг, аутстаффинг: разграничение и использование в капитальном строительстве в Украине.....	100
Андрей ОНОФРЕЙЧУК. Распространение организованной преступности на современном этапе развития Украины.....	104
Елена ОПАНАСЕНКО. Существуют ли правовые основания для истребования арендатором имущества в аренду?.....	108
Сергей ПОЧТАРЕВ. Нотариальное удостоверение договоров дарения.....	112
Виктор ПРОКОПЕНКО. Понятие, содержание термина «таможенная процедура» в законодательстве стран-участниц Содружества Независимых Государств.....	116
Яна САЛМИНА. Правовое регулирование добычи минеральных ресурсов континентального шельфа Украины.....	121
Виктория СЕРГЕЙЧИК. Правовой режим Северного морского пути.....	126
Анна СИБИЛЕВА. Организация питания заключенных в тюрьмах Таврической губернии в конце XVIII – начале XX вв.....	131
Yaroslav SYDOROV. Effective legal guaranteeing of the quality of agricultural production as the condition of competition ability of agrarian sector of economy.....	137

Ольга СИМСОН. Правовая природа отношений в инновационной и научно-технической сфере.....	141
Лилиана СИЩУК. Особенности правопреемства в корпоративных отношениях при реорганизации хозяйственных обществ.....	145
Наталья СЛИПЕНЧУК. Перевод прав и обязанностей покупателя на акции (доли) общества как специальный способ защиты преимущественных прав.....	149
Андрей СМІТЮХ. Корпоративные и унитарные предприятия: de lege lata s. De lege ferenda.....	152
Ярослав СТОРОЖИК. Временная выдача как мера обеспечения уголовного производства при предоставлении международной правовой помощи....	157
Татьяна ТАРАСЮК. Система источников права социального обеспечения Украины: понятие и признаки.....	161
Яна ТРИНЕВА. «Презумпция несогласия» в трансплантологии как метод противодействия преступности в этой сфере.....	165
Елена ЧЕРНАЯ. Правовые основы механизма гармонизации таможенного законодательства Украины с международными стандартами.....	170
Ольга ЧЕРНУШЕНКО. Символы судебной власти....	174
Татьяна ЧОЛАН. Тайна усыновления в законодательстве Украины и зарубежных стран.....	176
Иванна ШЕВЧУК. Правотворческие ошибки в законодательстве Украины: теоретические и практические аспекты.....	180
Татьяна ШЛАПКО. Общеуниверсальные основы защиты права на пенсию по инвалидности....	184
Андрей ШУЛЬГА. Особенности предметного состава земельных преступлений в Украине.....	189
Анна ЯРМОЛА. Процессуальные кодексы: некоторые теоретические и сравнительно-правовые аспекты.....	193
Андрей ЯЩЕНКО. Общие начала назначения наказания: сравнительно-правовой анализ законодательства Украины, России и Молдовы	197



ИНФОРМАЦИОННЫЙ ПРАВОПОРЯДОК В УКРАИНЕ: ПРАВОНАРУШЕНИЯ И ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

Карина ГАЛИНСКАЯ,

соискатель кафедры административного права и административной деятельности
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Summary

The article is devoted research of category «informative law and order». The different constituents of informative law and order are in-process described. Also an author is select maintenance and essence of informative law and order. In the article grounds and principles of responsibility are considered for offences in the field of informative law and order in Ukraine.

Key words: informative law and order, informative legal relationships, informative interests, offences in the field of informative law and order, responsibility for breach of informative law and order.

Аннотация

Статья посвящена исследованию категории «информационный правовой порядок». В работе охарактеризованы различные составляющие информационного правового порядка. Также автором выделены содержание и сущность информационного правового порядка. В статье рассмотрены основания и принципы ответственности за правонарушения в сфере информационного правового порядка в Украине.

Ключевые слова: информационный правовой порядок, информационные правоотношения, информационные интересы, правонарушения в сфере информационного правового порядка, ответственность за нарушение информационного правового порядка.

Постановка проблемы. В современных условиях мирового развития значительно возрастает роль информации и информационных технологий. Это ведет к активизации деятельности в информационной сфере, а тем самым служит предпосылкой для правонарушений в информационной сфере. В этих условиях Украина обращает свое внимание на проблему правового регулирования и обеспечения информационного правового порядка, предупреждения нарушений информационного правового порядка и гарантирования информационных прав и свобод человека и гражданина. Поскольку информационно-телекоммуникационные технологии стали одним из ведущих факторов прогресса цивилизации, их повсеместное использование сформировало новую сферу общественных отношений.

В Украине развитие информационной сферы и эффективное использование информационных технологий является одним из приоритетных направлений государственной политики. Развитие и внедрение в повседневную жизнь информационно-телекоммуникационных технологий вовлекают в этот процесс все большее количество людей. И, в свою очередь, создают условия для расширения поля деятельности преступников. Отсутствие границ и возможность действовать анонимно в информационной среде является для правонарушителей «благодатной почвой». Поэтому наблюдается достаточно быстрое развитие новых форм

правонарушений в сфере информационного правового порядка.

Актуальность темы. Усовершенствование правового обеспечения и защиты информационного правового порядка без развития теоретического обоснования представляется слабо возможным, а также активное развитие информационных правоотношений ставит перед юридической наукой задачи, связанные со становлением и развитием новой правовой категории – нарушение информационного правового порядка. Особое внимание и ранее, и на данный момент уделяется следующим проблемам: свободе массовой информации, правовой защите конфиденциальной информации (персональных данных) в связи с использованием информационных технологий, защите правоотношений в сфере обеспечения информационной безопасности Украины, информационно-правовой политике государства, становлению теоретико-правовой концепции права на информацию, правовому регулированию деятельности субъектов информационной сферы, научно-информационному обеспечению законотворческой деятельности, информационно-телекоммуникативной функции государства и механизму ее реализации в современных условиях развития Украинского государства.

О необходимости научного анализа многообразных составляющих информационной сферы, а также разных аспектов информационно-правовых отношений свидетельствует интерес

многих ученых к этой проблематике. Среди них следует выделить таких, как И. Бачило, В. Копылов, В. Лопатин, М. Рассолов, Д. Сорокин, С. Чанов, И. Аристова, К. Беляков, В. Белевцева, В. Брижко, А. Дзевань, Л. Коваленко, В. Настюк, Б. Кормич, А. Марущак, В. Пилипчук, В. Цимбалюк, М. Швец, В. Шкарупа, В. Фурашев и др. Однако, при этом комплексных исследований по разработке правовых оснований для привлечения к юридической ответственности за правонарушения в сфере информационного правового порядка в Украине практически не существует.

Цель статьи. Таким образом, автор ставит перед собой задачу раскрыть в данной статье сущность и содержание категории «правонарушение в сфере информационного правового порядка», а также дать общетеоретическую характеристику привлечения к ответственности за эти правонарушения.

Изложение основного материала. Следует в самом начале исследования отметить, что нарушение информационного правового порядка является фактом реальной действительности, актом внешне объективированного общественно вредного, противоправного, административно наказуемого, волевого поведения определенного субъекта информационной сферы.

Рассмотрим сущность и содержание категории «информационный правовой порядок».

В первую очередь следует отметить, что информационный правово-



рядок – это один из видов административно-правовых отношений, то есть отношений, изначально урегулированных нормами информационного права. Это утверждение предопределяет тот факт, что к общим признакам информационного правопорядка относятся основные административно-правовые характеристики, присущие всем другим правоотношениям.

Среди таких признаков, в частности, можно выделить следующие [4]:

- информационный правопорядок является особенной разновидностью управленческих общественно-информационных отношений;

- информационный правопорядок является следствием действия в первую очередь административного права;

- информационный правопорядок (учитывая быструю современную информационную глобализацию и международное развитие информационного сообщества) возник значительно раньше, чем приобрел свою предметную правовую регламентацию. Следует отметить, что учреждение правовой регламентации информационного правопорядка базируется на соответствующих административно-правовых нормах;

- информационный правопорядок является сознательным выявлением властных полномочий субъектов административного права;

- информационный правопорядок представляет собой односторонние, двусторонние и многосторонние связи при непосредственном или опосредствованном участии субъектов информационной сферы;

- информационный правопорядок предопределен возможностью применения государственного принуждения, в том числе и административного.

Далее, раскрывая суть правонарушений в сфере информационного правопорядка, следует отметить, что любое правонарушение влечет за собой наступление юридической ответственности. Задачей юридической ответственности за правонарушения в сфере информационного правопорядка является конкретное проявление общих целей права, среди которых выделяют регулирование и охрану информационных отношений.

Правонарушения в информационной сфере являются разновидностью административных правонарушений,

публично правовыми, государственно-управленческими деликтами, составы которых устанавливаются в действующем информационном законодательстве для обеспечения организованного функционирования информационных правоотношений, информационного правопорядка, предотвращения совершения не столько общественно опасных, сколько таких, которые противоречат упорядоченной реализации государственного управления информационной сферой.

При этом представляется нужным выделить цели защиты информационного правопорядка и юридической ответственности за его нарушение [4; 5]:

- обеспечение нормального функционирования механизма правового регулирования информационных правоотношений путем гарантирования реализации субъектами информационной сферы их субъективных прав и юридических обязанностей, защита, утверждение законности информационного правопорядка;

- защита информационных прав и свобод граждан от незаконных нарушений; наказание виновного в совершении правонарушения; предупреждение совершения правонарушений в сфере информационного правопорядка в будущем.

Юридическая ответственность за правонарушения в сфере информационного правопорядка реализуется через ее соответствующие функции, которые отображают основные направления влияния юридической ответственности на информационные правоотношения. Именно в функциях института ответственности раскрывается ее роль и значение в обеспечении реализации, охраны и защиты информационного правопорядка государства.

Главными функциями юридической ответственности, в том числе и в сфере информационного правопорядка, которые органически выделяются из ее целей, выступают регулятивная и охранная. Производными от этих функций выступают штрафная (карательная), правовозобновительная, предупредительная, воспитательная и стимулирующая.

В общетеоретическом виде ответственность за правонарушения в сфере информационного правопорядка характеризуются такими признаками:

- фактическим основанием ее возникновения выступает правонарушение в сфере информационного правопорядка;

- привлечение правонарушителя к юридической ответственности осуществляется в определенном процессуальном порядке в результате осуществления правоприменительной деятельности;

- привлечение к юридической ответственности, как и другие виды правоприменительной деятельности, осуществляется уполномоченными государственными органами и их должностными лицами, ему присущий государственно-властный характер;

- четкая нормативная регламентация ее осуществления;

- привлечение к ответственности является неотделимым от государственного принуждения. Государственное принуждение за совершенное правонарушение четко регламентируется в санкциях правовых норм, которые определяют его вид и меру – количественные показатели. Это принуждение всегда обращено на правонарушителя – лицо, которое совершило противоправное деяние, и влечет за собой негативные для него последствия, которые оказываются в лишении его определенных благ, которые принадлежали ему до факта правонарушения;

- наличие определенных потерь для виновного лица, которые предусмотрены законом. Лишение правонарушителя определенных благ является необходимым условием ответственности. Эти потери являются реакцией государства на вред, причиненный правонарушителем обществу, государству или отдельной личности, и могут носить для правонарушителя личный, имущественный или организационный характер.

Социальное назначение юридической ответственности как средства охраны и защиты информационного правопорядка от любых незаконных нарушений реализуется в ее целях и функциях.

Основаниями привлечения к юридической ответственности за правонарушения в информационной сфере являются [1; 3]:

- факт совершения правонарушения;

- наличие в действиях лица состава правонарушения;



– наличие соответствующей правовой нормы, которая предусматривает привлечение к юридической ответственности за определенное правонарушение;

– акт применения права (приговор суда, решения административного органа и др.).

Далее необходимо рассмотреть принципы ответственности за правонарушения в информационной сфере.

Итак, ключевой принцип ответственности – принцип законности, суть которого заключается в суровом и точном следовании правовым предписаниям.

Это требование, во-первых, предусматривает, что привлечение к ответственности должно осуществляться лишь на основании закона за правонарушение (на момент совершения запрещено законом), который вступил в силу и был доведен до общего ведома; во-вторых, единственным фактическим основанием ответственности является правонарушение, то есть противоправное деяние, осуществленное деликтоспособным лицом; в-третьих, привлекать к административной ответственности могут лишь уполномоченные законом органы и только в установленном законом порядке; в-четвертых, мера наказания за совершенное правонарушение четко ограничивается санкцией правовой нормы и при реализации ответственности может быть смягчена, но в любом случае не должна превышать верхний предел санкции; в-пятых, реализация ответственности осуществляется в установленной законом процессуальной форме.

С принципом законности тесно связан принцип справедливости, суть которого заключается в соответствии между деянием и его социальным следствием. Справедливость ответственности оказывается в том, что вид и мера наказания или взыскания зависит от тяжести совершенного правонарушения, степени его общественной опасности и характера нанесенного вреда. Справедливость ответственности за правонарушения в сфере информационного правопорядка характеризуется невозможностью назначения уголовного наказания за преступление.

Следующим принципом является принцип гуманизма, основанный на признании приоритета общечеловеческих ценностей, среди которых веду-

щее место занимают права и свободы лица, которые носят естественный и неотъемлемый характер и признаются наивысшей социальной ценностью. Лица, привлеченные к ответственности, пользуются правами и свободами человека и гражданина за исключением установленных законом ограничений.

Целесообразность функционирования института ответственности за правонарушения в информационной сфере предусматривает соответствие избранных относительно правонарушителя средств наказания общим целям юридической ответственности – возобновлению нарушенных прав и свобод, наказанию и перевоспитанию правонарушителя, предотвращению совершения правонарушений в будущем.

Принцип неотвратимости занимает среди других принципов ответственности важное место, ведь установление наказания за нарушение норм права имеет значение только тогда, когда правонарушитель непременно привлекается к ответственности. Внедрение в общественное сознание представления о неизбежности наказания за нарушение норм права является важным воспитательным и предупредительным правонарушением фактором.

Суть принципа индивидуализации наказания заключается в том, что ответственность за содеянное правонарушитель должен нести сам. Недопустимым является переложение ответственности на другие лица лишь при наличии любой связи с правонарушителем.

Принцип недопустимости удвоения ответственности значит, что никто не должен дважды привлекаться к ответственности за одно и то же правонарушение.

Принцип обоснованности ответственности предусматривает, во-первых, объективное изучение обстоятельств дела, сбор и всестороннюю оценку доказательств, аргументированность вывода о том, было ли совершено правонарушение, виновато ли лицо, которое привлекается к ответственности, подлежит ли применению предусмотренная в законе санкция; во-вторых, определение конкретной меры наказания, взыскания, возмещения убытков, в точном соответствии с критериями, установленными законом.

К принципам ответственности можно также отнести общие принципы

правосудия: состязательность процесса как средство достижения объективной истины; право на защиту лица, которое привлекается к ответственности; презумпция невиновности; недопустимость ухудшения правового положения лица, которое обжалует принятое решение и т. д.

Важным фактором правонарушений в сфере информационного правопорядка является ответственность за так называемые «режимные правонарушения». Поскольку информационная сфера функционирует в определенном законодательством режиме. Здесь имеет место как открытая информация, так и информация с ограниченным доступом.

Выводы. Таким образом, проведенный теоретический анализ понятия и содержания категории «правонарушения в информационной сфере» позволяет сделать заключение, что нарушение информационного правопорядка является нарушением совокупности определенных информационных правоотношений, которые по своей сути являются однородными, но согласно определенным особенностям разделяются на открытые и закрытые (с ограниченным доступом). Последние обнаруживают себя как однородные связи между государством, юридическими и физическими лицами, носят охранительный характер по вопросам обеспечения надлежащего информационного правопорядка и административно-режимный характер относительно защиты и гарантирования соответствующего функционирования субъектов и объектов информационных правоотношений.

Отметим, что за правонарушения в сфере информационного правопорядка имеют место все виды юридической ответственности: административная, уголовная, дисциплинарная, гражданская.

Юридическая ответственность является важным элементом правового регулирования информационного правопорядка, сущность которой заключается в целенаправленном влиянии на поведение человека с помощью юридических средств с целью упорядочивания информационных правоотношений, предоставления им системности и стабильности, избегания резких обострений социальных конфликтов, воплощения принципов социальной справедливости и т. д. Именно суще-



ствование информационного права как регулятора информационных правоотношений обусловлено необходимостью поддерживать информационный порядок в неоднородном обществе, предупреждая любые отклонения от установленных правил и норм.

С помощью юридической ответственности устанавливаются механизмы охраны и защиты информационного правопорядка от неправомерных посягательств путем наказания деяний, которые нарушают условия нормального развития информационного общества, противоречат информационным интересам государства, общества и человека.

Современное информационное общество характеризуется высоким динамизмом развития информационных технологий, их сложностью и безграничной сферой использования. Это обуславливает недостаточную научно-теоретическую разработанность действующей законодательной базы Украины относительно установления и привлечения к ответственности за правонарушение в сфере информационного правопорядка, приводит к трудностям в практической деятельности компетентных, судебных органов, а также субъектов информационной сферы.

Список использованной литературы:

1. Бачило И.Л., Лопатин В.Н., Федотов М.А. Информационное право. Учебник для вузов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2005. – 725 с.
2. Дзьобань О.П. Філософія інформаційного права: світоглядні й загальнотеоретичні засади : монографія / О.П. Дзьобань. – Харків : Майдан, 2010. – 360 с.
3. Марущак А. Правові основи захисту інформації з обмеженим доступом : курс лекцій. – К. : КНТ, 2007. – С. 1–8.
4. Настюк В.Я., Белевцева В.В. Адміністративно-правовий захист інформації: проблеми та шляхи вирішення : монографія. – К. : Ред. журн. «Право України»; Х. : Право, 2013. – 128 с. – (Наук. зб. «Академічні правові дослідження». Дод. до юрид. журн. «Право України»; вип. 28.).
5. Савінова Н.А. Кримінально-правова політика та забезпечення інформаційного суспільства в Україні : монографія / Н. А. Савінова. – К. : Ред. журн. «Право України»; Х. : Право, 2013. – 292 с.

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ОБЩЕСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ В СФЕРЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ЗАКУПОК

Сергей ГУЛА,

аспирант кафедры конституционного и административного права
Киевского университета права Национальной академии наук Украины

Summary

The article is devoted to analysis of the theoretical and legal foundations of the public control in governmental procurements. Ukrainian legislation which regulates public relations of public control as well as relations in the sphere of public organizations and mass media on public control in governmental procurements is considered. It was justified the system of research methodology of public control in governmental procurement, which based on the use of scientific methods. The article also defines the principles of social control in governmental procurement, based on the norms of the current legislation of Ukraine.

Key words: public control, national legislations, governmental procurements, NGOs, media.

Аннотация

В статье осуществлен анализ теоретических и правовых основ общественного контроля в сфере государственных закупок. Рассмотрено украинское законодательство, регулирующее общественные отношения по осуществлению общественного контроля. Также обоснована система методологии исследования общественного контроля в сфере государственных закупок, которая базируется на использовании научных методов. В статье сформированы принципы общественного контроля в сфере государственных закупок, основанные на нормах действующего законодательства Украины. А также рассмотрены правоотношения в сфере деятельности общественных организаций и СМИ по осуществлению общественного контроля в государственных закупках.

Ключевые слова: общественный контроль, национальное законодательство, государственные закупки, общественные организации, средства массовой информации.

Постановка проблемы. Демократия – одно из главных достижений человечества в системе государственного правления. Именно демократическая форма правления как одна из наиболее эффективных форм управления государством призвана обеспечивать основные права и свободы граждан и предоставлять реальные механизмы реализации естественных прав человека.

Важной составляющей демократической формы правления является обеспечение участия граждан в управлении государственными делами и формировании обеспеченного, справедливого и эффективного общества. Именно Конституция Украины предусматривает как теоретическую, так и правовую основу осуществления народовластия и общественного контроля. В ст. 38 Конституции Украины сказано: «Граждане имеют право принимать участие в управлении государственными делами, во всеукраинском и местных референдумах, свободно

избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления» [1].

Теоретическую основу данного исследования необходимо выстраивать из научных понятий такого социального явления, как общественный контроль, а правовую основу необходимо формировать из всего массива действующего законодательства, особенно из главных нормативно-правовых актов – Конституции Украины, Закона Украины «Об осуществлении государственных закупок» и других законодательных актов.

Существует потребность в глубоком теоретическом осмыслении такого явления, как общественный контроль в сфере государственных закупок. Необходимо тщательный теоретический и правовой анализ современных методов деятельности и влияния общественных организаций и СМИ на эффективность осуществления государственных закупок, экономию государственных средств и борьбу с коррупцией. Это те вопросы, которые имеют потребность



в нахождении рациональных научных ответов и являются **целью этой статьи.**

Обоснованная система методологии исследования общественного контроля в сфере государственных закупок должна базироваться на использовании таких **научных методов:**

– диалектического. Учитывая особенности этого метода, общественный контроль в сфере государственных закупок за деятельностью государственных органов управления и органов местного самоуправления рассматривается в ракурсе теоретического и правового аспекта;

– системного. Согласно с сущностью этого метода, общественный контроль в системе государственных закупок необходимо исследовать как целостную систему, со своими элементами, взаимодействующими в соответствии с действующим законодательством и общественным опытом;

– структурно-функционального, рассматриваемого в плоскости осуществления общественного контроля над государственными закупками через развитие и взаимодействие различных общественных институтов (общественные организации, СМИ, ассоциации и т. д.);

– феноменологического метода, предполагающего исследование повседневной практики контрольной деятельности в сфере государственных закупок и представляющего собой основную источник знаний об общественном контроле в этой сфере, о его структуре, деятельности и влиянии как на государственные, так и на общественные процессы.

В этом ракурсе следует отметить, что в условиях существования многих научных методов важно использовать наиболее характерные методы для объекта исследования. Методы изучения общественного контроля в сфере государственных закупок должны основываться на принципах структурности и комплементарности.

Изложение основного материала.

Важные исследования в области теории общественного контроля были осуществлены такими учеными, как Н.Л. Бойко, В.В. Костылев, А.И. Сушинский, Т.В. Наливайченко, А.П. Мукшенко и другие. Так, в основу авторской концепции контроля публичной власти А.И. Сушинского положено гипотезу властного состояния как объективно

детерминированного явления, которое достигается в результате осуществления комплекса общественно значимых (властных) функций, прежде всего контрольной. Согласно аксиоматическому значению любая деятельность социального характера всегда идеологически обусловлена. А.И. Сушинский утверждает, что эта деятельность не может происходить без контроля как имманентного явления. То есть здесь четко интерпретируется контроль и как первичная, и как вторичная (производная) деятельность или функция. Деятельность социального субъекта всегда идеологически мотивирована. Мотивация действий дееспособного субъекта обусловлена контролем фактов, событий, явлений и т. п., поэтому контроль в трактовке А.И. Сушинского, в отличие от распространенного мнения, является прежде всего первичной, а не только вторичной деятельностью [2, с. 29].

Ученый Н.Л. Бойко анализирует особенности трансформации общественного контроля в современном украинском обществе и обоснованно подает трактовку общественного контроля как фактора не только внешней директивности, но и как внешне-внутреннего ценностного процесса – нормативной социализации, результатом которой является не только интериоризация, то есть внутреннее формирование норм и ценностей, но и усвоение определенной стратегии социального поведения на уровне личностных диспозиций [3, с. 6].

Рассмотрением вопроса существования института общественного контроля занимался ученый В.М. Мартыненко. Он отмечает, что в условиях демократизации механизмов государственного управления государственная политика отличается от традиционной тем, что предполагает не только анализ социально-экономических процессов нынешнего, но и прошлых периодов общественного развития. Это, как правило, заключается в выполнении контрольных функций, которые осуществляются сверху вниз центральными органами государственного управления, а их деятельность направлена в будущее. Это воплотилось во внедрении в систему современной государственной администрации контроллинга информационной концепции демократизации механизмов государственного управле-

ния, системная управленческая модель которой формируется, действует и развивается снизу вверх [4, с. 9].

Большинство ученых сходятся во мнении, что одним из самых необходимых демократических средств реализации принципа народовластия является разработка и действие эффективного механизма привлечения граждан государства, общественных организаций и средств массовой информации к реализации функций управления государством. Таким средством является общественный контроль – один из видов социального контроля, осуществляемый как общественными институтами общества, так и непосредственно самими гражданами.

Можно сделать определенный вывод, что одними из самых необходимых демократических средств реализации принципа народовластия является разработка и действие эффективного механизма привлечения граждан государства к реализации функций управления государством. Таким образом, общественный контроль в сфере государственных закупок является одним из видов социального контроля, осуществляемого как общественными институтами общества, так и непосредственно самими гражданами. Также это наличие отлаженной системы взаимодействия между органами государственной власти, общественными организациями, СМИ и гражданами для осуществления контроля со стороны общественности в сфере исполнения государственной политики. Общественный контроль особенно необходим в сфере распределения и реализации государственных средств. Одной из таких сфер является сфера государственных закупок, ежегодный объем оборота средств которой составляет более 450 млрд грн [5].

Выяснение сущности общественного контроля в сфере государственных закупок как социального института и одновременно формы активности институтов гражданского общества требует определения факторов, влияющих на его возникновение и развитие как одного из характеристик гражданского общества. Поскольку, как считают ученые, гражданское общество является составным элементом государства и имеет определенную автономию, а также возможности влияния на процесс государственного управления,



то реализация легитимационного потенциала этого общества в определенной степени обусловлена осуществлением контроля над государственными институтами [6]. Развитие успешного государства трудно себе представить без осуществления общественного контроля, основанного на использовании легитимно предоставленных контрольных функций. Это система процессов и механизмов, обеспечивающих эффективный способ деятельности органов власти и экономное использование государственных ресурсов. Итак, общественный контроль в сфере государственных закупок осуществляется с помощью нормативного регулирования поведения институтов гражданского общества и обеспечивает соблюдение принципа служения государственных органов народу, а также уклонение от противоправного поведения.

Необходимо отметить, что приведенные научные мысли, а также и другие исследования имеют много общих черт в определении такого важного понятия, как общественный контроль. Поэтому в результате обобщения отметим, что под общественным контролем можно понимать один из видов социального контроля, который осуществляется в рамках действующего законодательства институтами гражданского общества в целях обеспечения принципа участия общественности в управлении государственными делами и предотвращения возможных злоупотреблений со стороны органов государственной власти и местного самоуправления.

Также под контролем общественности в сфере госзакупок, в теоретическом аспекте, необходимо понимать такую деятельность субъекта общественного контроля, которая заключается в оценивании правомерности деятельности объекта контроля в процессе осуществления его задач и функций, с целью эффективного функционирования органа государственной власти, уполномоченного в сфере государственных закупок.

Познание явления общественного контроля в сфере государственных закупок требует также детального анализа действующего законодательства, то есть характеристик юридических основ, регулирующих этот институт.

Общеправовое регулирование лю-

бых отношений в теории права рассматривают как разновидность социального регулирования, под которым следует понимать «...субъективный процесс упорядочивания общественных отношений путем подчинения их определенным правилам (нормам)» [7, с. 6].

В соответствии со ст. 1 Закона Украины «Об осуществлении государственных закупок» под государственной закупкой необходимо понимать приобретение заказчиком товаров, работ и услуг за государственные средства в порядке, установленном настоящим Законом [8].

Ст. 9 Закона Украины «Об осуществлении государственных закупок» регламентирует осуществление общественного контроля в государственных закупках. Закон утверждает: «Общественный контроль обеспечивается через свободный доступ ко всей информации о государственных закупках, подлежащей обнародованию в соответствии с настоящим Законом. Заказчики и участники процедур закупок и Уполномоченный орган должны способствовать привлечению общественности к осуществлению контроля в сфере закупок в соответствии с законами Украины «Об объединении граждан», «Об обращениях граждан» и «Об информации». Граждане, общественные организации, и их союзы не имеют права вмешиваться в деятельность Уполномоченного органа и процедуру определения заказчиком победителя торгов. Во время проведения процедур раскрытия предложений конкурсных торгов имеют право присутствовать представители средств массовой информации. Заказчики обязаны обеспечить беспрепятственный доступ представителей средств массовой информации по их требованию к процедуре раскрытия предложений конкурсных торгов» [8].

Из вышеуказанных норм законодательства следует, что общественный контроль в сфере государственных закупок обеспечивается, прежде всего, путем доступа общественности (граждане, общественные организации и их союзы, СМИ) ко всем информационным источникам государственных закупок, что выражается в приобретении заказчиком товаров, работ и услуг за государственные средства в порядке, установленном Законом Украины «Об

осуществлении государственных закупок». Также этим законом предусмотрена возможность присутствия представителей средств массовой информации во время проведения процедур раскрытия предложений конкурсных торгов, а также законодательно закреплено обязательство заказчика обеспечить беспрепятственный доступ представителей средств массовой информации, по их требованию, к процедуре раскрытия предложений конкурсных торгов.

Важным фактом осуществления общественного контроля в государственных закупках является то, что заказчики и участники процедур закупок и государственный уполномоченный орган должны способствовать привлечению общественности к осуществлению контроля в сфере закупок. Но вместе с тем законодатель запрещает гражданам и общественным организациям и их союзам вмешиваться в деятельность государственного уполномоченного органа в сфере государственных закупок и в процедуру определения заказчиком победителя торгов.

Итак, исходя из вышеизложенного, понятие общественного контроля в сфере государственных закупок можно сформулировать как один из видов социального контроля, осуществляемого гражданами, общественными организациями и средствами массовой информации в определенных Законом Украины «Об осуществлении государственных закупок» пределах путем свободного и полного доступа субъектов подобного контроля ко всей информации закупок. Общественный контроль в сфере государственных закупок – это также меры, направленные на содействие общественности уполномоченным государственным органам в сфере государственных закупок и заказчиком для привлечения общественности к контролю в государственных закупках.

Необходимо отметить, что правовые основы государственных закупок базируются на следующих принципах:

– принцип верховенства права – означает, что человек, его права и свободы являются высшими ценностями в этой сфере. Деятельность органов власти подчиняется потребностям реализации и защиты прав человека. Государственные закупки должны про-



исходить в интересах граждан государства, чтобы максимально обеспечить свободное развитие личности и реализации их прав;

– принцип законности – предусматривает, что общественный контроль в сфере государственных закупок должен осуществляться в пределах и способах, предусмотренных Законом Украины «Об осуществлении государственных закупок» и другими действующими законами государства;

– принцип гласности – предполагает, что деятельность государственных органов и общественных организаций в контрольной сфере госзакупок должна освещаться в средствах массовой информации, а также это предполагает возможность полного доступа общественности и СМИ к тендерной документации, а также к результатам контрольной деятельности общественных организаций;

– принцип доступа институтов общественного сектора к полноценному осуществлению общественного контроля над деятельностью органов государственной власти и местного самоуправления – предполагает обеспечение как механизмов доступа общественности к разработке, принятию и реализации решений органов власти, так и их практический доступ к необходимым ресурсам и информации;

– принцип содействия в привлечении неправительственных организаций и СМИ к осуществлению контроля в сфере закупок – предусматривает, что заказчики и участники процедур государственных закупок, а также компетентные органы должны, в соответствии с законами Украины «Об объединении граждан», «Об обращении граждан» и «О доступе к публичной информации», предоставить все возможности и поощрения с целью привлечения вышеуказанных институтов ко всем процессам осуществления закупок;

– принцип предотвращения нарушений в сфере деятельности органов государственной власти и местного самоуправления с помощью средств общественного воздействия, путем осуществления необходимого общественного контроля.

Следует отметить, что существуют как теоретические, так и правовые основы осуществления общественного

контроля в сфере государственных закупок. Актуальным вопросом в сфере общественного контроля в государственных закупках остается разработка более совершенных и эффективных форм общественного контроля, поскольку данная отрасль является наиболее финансово емкой, где реализуются средства государственного бюджета и есть большой риск их нецелеобразного использования.

Выводы. Итак, развитие Украины как демократического государства обязательно предусматривает создание эффективной теоретической и правовой системы общественного контроля над деятельностью органов власти и местного самоуправления. От эффективно и успешно формирования и функционирования модели общественного контроля в сфере государственных закупок, создания действенных механизмов взаимодействия институтов гражданского общества и органов государственной власти во многом зависит рациональное и более экономное использование средств государственного бюджета. Что, в свою очередь, позволит стабильно и успешно обеспечивать необходимые потребности граждан, институтов и организаций, а также и общества в целом.

Список использованной литературы:

1. Конституция Украины : Основной Закон Украины // Ведомости Верховной Рады Украины. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Сушинский А.И. Теоретические основы контроля в сфере публичной власти : автореф. дис. на соискание науч. степени доктора экон. упр. : спец. 25.00.01 / А.И. Сушинский. – К. 2003. – 40 с.
3. Бойко Н.Л. Особенности трансформации общественного контроля в современном украинском обществе : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. социолог. наук : спец. 22.00.03 / Н.Л. Бойко. – М., 2002. – 16 с.
4. Мартыненко В.М. Демократизация механизмов государственного управления процессами общественных трансформаций : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. экон. упр. : спец. 25.00.02 / В.М. Мартынюк. – К., 2005. – 36 с.

5. Бюллетень студенческого научного кружка кафедры налогов и фискальной политики «Налоговый аналитик». – Выпуск 1 (июнь 2011 года). – М. : ТНЭУ 2011. – 73 с.

6. Арийоши А. Контроль за движением капитала: опыт стран по его введению и отмене / А. Арийоши, К. Хабермайер, Б. Лоренс, И. Эткер-Роб, Дж.-И. Каналес-Криленко ; науч. ред. И.М. Осадчая, пер. с англ. В.А. Архангельской. – М. : Весь Мир, 2001. – 134 с.

7. Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы / Г.В. Мальцев. – М. : Прометей, 1999. – 419 с.

8. Закон Украины «Об осуществлении государственных закупок» // Ведомости Верховной Рады Украины. – 2012. – № 33. – Ст. 471.



ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ РАЗРЕШИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УКРАИНЕ И ПУТИ ЕЁ УСОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ

Елена ДЖАФАРОВА,

кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры административной деятельности органов внутренних дел Харьковского национального университета внутренних дел

Summary

The study of law enforcement related to the legal regulation of the procedures for obtaining permits. Focuses on the problem of the lack of a unified and transparent legal procedures for obtaining permits. Analyzed the basic principles of the licensing activities and therefore, proposed amendment of the current legislation in order to resolve conflicts regarding the order of their implementation. Attention is paid to entities that can issue permits and controversial moments of their activities.

Key words: legal regulation, licensing activity, permits, guidelines, administrative services.

Аннотация

Проведено исследование правоприменительной практики, связанной с правовой регламентацией процедуры получения разрешительных документов. Акцентируется внимание на проблеме отсутствия унифицированной и прозрачной правовой процедуры получения разрешительных документов. Проанализированы основные принципы разрешительной деятельности, в связи с чем предложено внести изменения в действующее законодательство с целью устранения коллизий касательно порядка их реализации. Уделено внимание субъектам, которые могут выдавать разрешительные документы, и спорным моментам их деятельности.

Ключевые слова: правовое регулирование, разрешительная деятельность, разрешительные документы, принципы, административные услуги.

Постановка проблемы. Желание Украины как государства стать полноценным членом Европейского Союза с одной стороны заслуживает внимания и поддержки мирового сообщества, а с другой – предъявляет к ней ряд требований. К основным из них принадлежат такие: адаптация законодательства Украины к европейским стандартам; снижение уровня коррупции; усовершенствование системы органов государственной власти; соблюдение прав и свобод человека и гражданина. Особый интерес и внимание в этом плане вызывает разрешительная деятельность государства.

На сегодняшний день только ленивый не критикует порядок осуществления разрешительной деятельности, говоря при этом о коррупции, бюрократизме, нарушении прав предпринимателей, большом количестве разрешительных документов, затягивании времени при получении разрешительного документа и т. д. Также неоднократно можно услышать утверждения: о необходимости сокращения количества разрешительных документов, видов деятельности, которые требуют наличия разрешительных документов, государственных органов, которые занимаются выдачей разрешительных документов. Однако очень мало людей задумывается над сущностью, значением и необходимостью данной деятельности [1, с. 232]. Необходимо к этому добавить также и масштабы этой деятельности. Так, не-

зависимо от того, хотите ли вы построить дом, сходить на охоту или заняться предпринимательской деятельностью, все упирается в получение разрешения в органах государственной власти. С одной стороны, когда мы не задумываемся о сущности и предназначении этой деятельности, необходимость получения разрешительных документов вызывает у нас реакцию, связанную с нарушением наших прав и свобод, которые к тому же нам гарантировала Конституция Украины. С другой стороны, сложно представить, что было бы, если бы каждый гражданин реализовывал свои права в произвольном порядке. Например, ходили на охоту когда хотели, строили дома в произвольном порядке без соблюдения технических стандартов и регламентов, добывали полезные ископаемые в том месте, где удобно той или иной фирме, покупали и применяли огнестрельное оружие в зависимости от потребностей и т. д.

Понятно, что нам трудно это представить, поскольку правовое государство гарантирует всем гражданам и лицам, которые на законных основаниях находятся на его территории, соблюдение и защиту их прав, свобод и законных интересов. Поэтому необходимо правовую регламентацию отношений и определение порядка осуществления последних, если их объект является объектом повышенной опасности, не вызывает никаких сомнений. Точно так же получение разрешитель-

ного документа на тот или иной объект повышенной опасности или вид деятельности не должен вызывать у граждан негативного отношения, поскольку должно быть понимание, что таким образом государство защищает их здоровье, жизнь, собственность, окружающую природную среду и т. д. Проблема заключается в отсутствии унифицированной и прозрачной правовой процедуры получения разрешительных документов.

В связи с этим возникает необходимость исследования правоприменительной практики, связанной с правовой регламентацией процедуры получения разрешительных документов, определения ее особенностей и усовершенствования правового регулирования, а в некоторых случаях обозначения проблемных моментов, которые, по нашему мнению, требуют внимания учёных, занимающихся данной проблематикой, с целью выработки оптимальной модели ее осуществления.

Анализ последних исследований. В основу понимания сущности разрешительной деятельности были взяты работы таких ученых, изучающих вопросы, связанные с разрешительной деятельностью: Д.Н. Бахраха, С.С. Витвицкого, В.А. Гуменюка, Л.Р. Грицаенка, Я.Ю. Кондратьева, С.В. Лихачова, И.Д. Пастуха, Л.В. Шестака и других.

Изложение основного материала. Однако мы будем исходить из понимания разрешительной деятельности,



которое нами было предложено ранее. То есть разрешительную деятельность можно определить как одно из основных направлений деятельности государства, выделив три подхода к ее пониманию.

Во-первых, разрешительная деятельность (в широком понимании) – это основная деятельность государства, которая реализуется уполномоченными на то органами путем закрепления определенных правил поведения в нормативно-правовых актах, при этом четко определяя, что можно делать и каким образом.

Во-вторых, разрешительная деятельность – это основанная на нормах права система правоотношений, которые возникают по поводу осуществления государственных органами, физическими и юридическими лицами деятельности, которая несёт в себе потенциальную опасность для жизни, здоровья людей, а также для окружающей природной среды, безопасности и интересов государства.

В-третьих, разрешительная деятельность – это совокупность законодательно закреплённых административных процедур, связанных с предоставлением разрешительных документов на конкретный вид деятельности (или объект), которая может быть потенциально опасной для жизни, здоровья людей, а также для окружающей природной среды, безопасности и интересов государства [1, с. 236].

Обратимся к нормативно-правовым актам, которые регламентируют процедуру получения разрешительных документов в Украине. На сегодняшний день основным нормативно-правовым актом является Закон Украины «О разрешительной системе в сфере хозяйственной деятельности», который был принят 6 сентября 2005 г. под № 2806-IV [2].

Следует также обратить внимание на то, что в ч. 2 ст. 2 данного нормативно-правового акта речь идет о том, что его нормы не распространяются на ряд разрешительных правоотношений в определённых сферах, например: 1) лицензирование хозяйственной деятельности; 2) охрана государственной границы, государственного таможенного дела, государственного экспортного контроля, государственного регулирования рынка финансовых услуг, осуществления деятельности, связанной с государственной тайной; 3) защита

экономической конкуренции; 4) гражданская авиация; 5) в сфере использования ядерной энергетики; 6) операции с оружием, боевыми припасами, взрывчатыми веществами, сильнодействующими ядовитыми веществами. Необходимо акцентировать внимание, что это далеко не весь перечень отношений, на которые не распространяется данный нормативно-правовой акт.

Процедура получения разрешительных документов в сферах, указанных в ст. 2 Закона Украины «О разрешительной системе в сфере хозяйственной деятельности», регулируется отдельными нормативно-правовыми актами, не все из которых имеют высшую юридическую силу, что противоречит Конституции Украины, и не все вышеуказанные правоотношения связаны с хозяйственной деятельностью. Это приводит к противоречию, поскольку нормативно-правовой акт четко определяет круг отношений – разрешительная деятельность в сфере хозяйствования.

Также следует обратить внимание на тот факт, что получение разрешительных документов не всегда связано с хозяйственной деятельностью. Так, для надлежащего выполнения своих функциональных обязанностей медикам, сотрудникам Государственной автомобильной инспекции МВД Украины и ряда других публичных служащих необходимо получать разрешение на установление соответствующих проблесковых маяков на автомобили, с помощью которых они выполняют свои прямые обязанности, и это только один из примеров.

Выход из этой ситуации, по нашему мнению, лежит в плоскости принятия единого унифицированного процедурного акта, который бы регламентировал единый для всех порядок получения разрешительных документов. Поскольку основная цель разрешительной системы – это обеспечение безопасности жизни, здоровья людей, а также окружающей природной среды, безопасности и интересов государства. Конечно, нельзя не принимать во внимание, что плата, взимаемая за получение разрешительных документов, – это ещё и пополнение бюджета, но это скорее необходимые затраты, которые идут на обеспечение функционирования государственного аппарата в целом

и на реализацию тех функций, что на себя взяло государство.

Также вызывает вопрос ст. 3 Закона Украины «О разрешительной системе в сфере хозяйственной деятельности» [2], которая определяет основные принципы государственной политики в этой сфере: 1) защита прав, законных интересов, общества, территориальных общин и граждан, жизни граждан, охрана окружающей природной среды и обеспечение безопасности государства; 2) развитие конкуренции; 3) прозрачность процедуры выдачи разрешительных документов; 4) соблюдение равенства прав субъектов хозяйствования во время выдачи разрешительных документов; 5) ответственность должностных лиц разрешительных органов, государственных администраторов и субъектов хозяйствования за нарушение требований законодательства, связанных с выдачей документов разрешительного характера; 6) уменьшение уровня государственного регулирования хозяйственной деятельности; 7) единые требования к порядку получения разрешительных документов.

Анализируя приведённый выше перечень принципов государственной политики в сфере разрешительной деятельности, возникает ряд вопросов, для ответа на которые обратимся к теоретическим наработкам.

Под принципами принято понимать базовые идеи, начала, на которых осуществляется формирование, развитие и функционирование определенной социальной системы, в том числе это касается и разрешительной деятельности. Следует обратить внимание, что принципы разрешительной деятельности являются производными от принципов права. Интересной является точка зрения О.Ф. Скакун, которая под принципами права понимает объективно присущие праву отправные начала, непререкаемые требования (позитивные обязательства), которые предъявляются к участникам общественных отношений в целях гармоничного сочетания индивидуальных, групповых и общественных интересов. Иначе – это своеобразная система координат, в рамках которой развивается право, и одновременно вектор, определяющий направление его развития [3, с. 240]. Исходя из вышеизложенного, принципы государственной политики



в сфере разрешительной деятельности должны закладывать правовые основы формирования, развития и функционирования института разрешительной деятельности. Поэтому приведенный в ст. 3 Закона Украины «О разрешительной системе в сфере хозяйственной деятельности» [2] перечень принципов государственной политики в разрешительной сфере считаем необоснованным и не раскрывающим сущность этого института.

Во-первых, возникает вопрос, какие права и законные интересы у общества, и где они определены, чтобы их защищать.

Во-вторых, что имеется в виду под принципом развития конкуренции в контексте формирования и развития института разрешительной системы, который является публично-правовым.

В-третьих, возникает вопрос закрепления такого принципа, как уменьшение уровня государственного регулирования хозяйственной деятельности. Скорее всего, законодатель вкладывал в смысл этого принципа тот факт, что на сегодняшний момент существует необходимость получения большого количества разрешительных документов, что замедляет развитие бизнеса. Однако мы придерживаемся мнения, что необходимо разрешительную деятельность рассматривать с позиции безопасности, а не бюрократии и вмешательства в экономическую деятельность субъектов хозяйствования. Как показывает практика, любой пересмотр количества разрешительных документов ведёт к их увеличению, но не для того, чтобы наполнить бюджет материальными ресурсами или создать трудности субъектам хозяйствования, а с целью обеспечения безопасности.

В-четвертых, касательно ответственности должностных лиц субъектов хозяйствования за нарушение требований законодательства, связанных с выдачей документов разрешительного характера, возникает вопрос, о каких нарушениях идёт речь в контексте субъектов хозяйствования.

В-пятых, принцип прозрачности процедуры выдачи разрешительных документов, по нашему мнению, должен включать все стадии процедуры получения разрешительного документа (от подачи документов, рассмотрения материалов, принятия решения и фактической

выдачи), а не только стадию выдачи. Также не понятно, почему законодатель говорит о соблюдении равенства прав субъектов хозяйствования во время выдачи разрешительных документов, не беря во внимание иные процедурные стадии. При этом ст. 1 «Основные термины» Закона Украины «О разрешительной системе в сфере хозяйственной деятельности» [2] не даёт определения, какие отношения включает в себя категория «выдача разрешительных документов»: либо это вся процедура, начиная от подачи документов до фактического получения документов, либо это последняя стадия процедуры – получение разрешительного документа.

В-шестых, не понятно, почему принципы организационного единства и молчаливого согласия определены в ст. 1, но при этом о них не идет речь в ст. 3, которая непосредственно и посвящена принципам разрешительной деятельности.

Также необходимо отметить, что само название ст. 3 Закона Украины «О разрешительной системе в сфере хозяйственной деятельности» противоречит ст. 6 Закона Украины «О центральных органах исполнительной власти» от 17.03.2011 г. [4] в части, которая определяет, что обеспечением формирования и реализации государственной политики в одной или нескольких сферах занимается министерство. Поскольку министерство не отнесено к разрешительным органам согласно ст. 1 Закона Украины «О разрешительной системе в сфере хозяйственной деятельности», с целью устранения коллизии необходимо ст. 3 Закона Украины «О разрешительной системе в сфере хозяйственной деятельности» изложить в такой редакции: «Основные принципы разрешительной деятельности»: 1) принцип верховенства права в деятельности разрешительных органов; 2) принцип законности; 3) принцип взаимной ответственности субъектов разрешительной деятельности за принятые решения, действия или бездействия; 4) принцип молчаливого согласия; 5) принцип прозрачности и доступности информации, необходимой для получения разрешительных документов; 6) принцип подконтрольности субъектов разрешительной деятельности; 7) принцип приоритета безопасности для жизни, здоровья людей, а также для окружающей при-

родной среды и интересов государства над экономической выгодой.

Не маловажным является вопрос определения перечня субъектов, которые могут выдавать разрешительные документы. На сегодняшний день ст. 1 Закона Украины «О разрешительной системе в сфере хозяйственной деятельности» [2] даёт следующее их определение: это органы исполнительной власти, государственные коллегиальные органы, органы местного самоуправления, их должностные лица, уполномоченные в соответствии с законом выдавать документы разрешительного характера. Следует отметить, что нормами данного нормативно-правового акта закрепляются такие категории, как «местный и региональный разрешительный орган». Однако использование терминологии «региональный разрешительный орган», по нашему мнению, является преждевременным, поскольку на сегодняшний момент нет законодательного закрепления и понимания категории «регион». К тому же возникает множество вопросов, связанных с определением правового статуса такого разрешительного органа, как «разрешительный центр». С этой целью был принят Закон Украины «Об административных услугах» от 06.09.2012 г. № 5203-VI [5], в котором дается определение перечня субъектов, которые могут предоставлять административные услуги, и среди них выделяется такой субъект, как «центры предоставления административных услуг». Возникает вопрос, как соотносятся и какой статус имеют такие органы «разрешительный центр» и «центр предоставления административных услуг». Следует отметить, что мы неоднократно в своих публикациях отстаивали позицию, что целесообразно говорить о «разрешительных услугах», а не «административных», поскольку суть всех предоставляемых услуг – получение определенного разрешения или документа разрешительного характера, порядок получения которых регулируется нормами административного права.

Согласно п. 6 ст. 12 Закона Украины «Об административных услугах» [5] перечень административных услуг, которые предоставляются в таких центрах, определяется органом, который принял решение о создании данного



центра, а принимают решение о создании такого центра органы местного самоуправления или местные государственные администрации. Получается, что, например, Харьковский городской совет принимает решение о предоставлении определенного перечня административных услуг, которые могут отличаться от перечня услуг, который был принят в Черниговской или Полтавской области. Таким образом, органы местного самоуправления своим решением «забирают» полномочия органов исполнительной власти по предоставлению административных услуг, которые были закреплены законодательно, то есть получается, что решения органов местного самоуправления имеют высшую силу по отношению к Закону.

Выводы. Несогласованность действующего законодательства, послешность в его принятии, наполнении юридической терминологией, категориями, которые были заимствованы из европейского законодательства, ведёт к затруднению правоприменительной деятельности в сфере разрешительной системы, что в конечном счёте отражается на соблюдении прав и свобод человека и гражданина.

Список использованной литературы:

1. Джафарова Е.В. Сущность разрешительной деятельности государства: теоретические вопросы / Е.В. Джафарова // Социально-гуманитарный вестник Юга России. – 2012. – № 10–11 (30). – С. 232–236.

2. Про дозвілну систему у сфері господарської діяльності : Закон України від 06.09.2005 № 2806-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2806-15>.

3. Скакун О.Ф. Теория государства и права : [учебник] / О.Ф. Скакун. – Х. : Консул, 2000. – 704 с.

4. Про центральні органи виконавчої влади : Закон України від 17.03.2011 № 3166-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/3166-17>.

5. Про адміністративні послуги : Закон України від 06.09.2012 № 5203-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/5203-17>.

ОСОБЕННОСТИ СУДЕБНОГО РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛ О ВЫДВОРЕНИИ ИНОСТРАННОГО МИССИОНЕРА ЗА ПРЕДЕЛЫ УКРАИНЫ ПО ИСКАМ ОРГАНОВ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ПОГРАНИЧНОЙ СЛУЖБЫ

Евгения ДОДИНА,

кандидат юридических наук,
доцент кафедры административного и финансового права
Национального университета «Одесская юридическая академия»

Summary

The article is the research on administrative-legal proceeding in administrative court in case of deportation of foreign missionary on the lawsuits by organs of State Border Service. The investigation is concentrated on rights and obligations of organs of State Border Service during the legal proceeding and the rights and obligations of foreign missionary. The peculiarities of legal proceeding on these cases is the subject of research. Procedure of presentation of proofs and competence of court on demand of proofs is considered, as well as order and terms of making court decision and order of its appeal.

Key words: administrative-legal proceeding, administrative court, foreign missionary, lawsuit, organs of State Border Service, deportation.

Аннотация

Статья является исследованием административного судопроизводства по делам о выдворении иностранного миссионера за пределы Украины по искам органов государственной пограничной службы. Исследуются права и обязанности органов государственной пограничной службы, права и обязанности иностранного миссионера во время судебного разбирательства. Определены особенности процедуры рассмотрения данной категории дел. Рассмотрена процедура представления доказательств и полномочия суда по сбору доказательств по делу, порядок и сроки вынесения судебного решения, порядок его обжалования.

Ключевые слова: административное судопроизводство, административный суд иностранного миссионер, иск, органы государственной пограничной службы, выдворение.

Постановка проблемы. Обеспечение правильного рассмотрения дел судами является одним из важных факторов осуществления правосудия. Конституция Украины гарантирует всем иностранцам и лицам без гражданства, которые находятся в Украине, такие же права, как и гражданам Украины. Иностранный миссионер, как иностранец, так и лицо без гражданства, может быть принудительно выдворен за пределы Украины по постановлению административного суда. Рассмотрение данной категории дел имеет свои особенности, связанные с субъектным составом правоотношений, в которые вступают иностранные миссионеры, при принудительном выдворении за пределы Украины по искам органов государственной пограничной службы, при задержании их в границах контролируемых погранич-

ных районов во время попытки или после незаконного пересечения государственной границы Украины.

Актуальность темы исследования подтверждается степенью недостаточности исследования темы, отсутствием фундаментальных работ по вопросам принудительного выдворения иностранцев и лиц без гражданства, в том числе и иностранных миссионеров, за пределы Украины по искам органов государственной пограничной службы при задержании их в границах контролируемых пограничных районов во время попытки или после незаконного пересечения государственной границы Украины.

Состояние исследования. Научный анализ проблем, возникающих при рассмотрении дел административного судопроизводства, осуществляет многими отечественными учеными.



Среди них следует назвать О. Пасенюка, Р. Куйбиду, В. Шишкина, В. Перепелюка, Ю. Георгиевского, А. Руденко, В. Стефанюка и др., чьи работы служили фундаментальной базой для исследования рассматриваемых вопросов.

Целью и задачей статьи является исследование особенностей судебного рассмотрения дел о выдворении иностранного миссионера за пределы Украины по искам органов государственной пограничной службы в соответствии с новейшими требованиями законодательства, системы научных взглядов и разработок по этой проблеме. Новизна работы заключается в том, что в данной работе сделана попытка установить особенности судебного рассмотрения дел о выдворении иностранного миссионера за пределы Украины по искам органов государственной пограничной службы.

Изложение основного материала. В соответствии с Конституцией Украины иностранцы и лица без гражданства, которые на законных основаниях, условия которых устанавливаются специальным законодательством о статусе иностранцев и лиц без гражданства, находятся в Украине, наделены такими же правами и обязанностями, как и граждане Украины.

Иностранцы и лица без гражданства являются равными перед законом независимо от происхождения, социального и имущественного состояния, расовой и национальной принадлежности, пола, языка, отношения к религии, рода и характера занятий. Иностранцы, как иностранцы, так и лица без гражданства, могут быть принудительно выдворены за пределы Украины на основаниях и в порядке, который определен статьей 30 Закона Украины «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства» [1], статьей 13 Закона Украины «Об иммиграции» [2], на основании постановления административного суда.

Судебное решение является важнейшим актом правосудия, оно должно быть законным и обоснованным. Законным является решение, принятое судом в соответствии с нормами материального права при соблюдении норм процессуального права. Обоснованным является решение, принятое судом на основании полно и всесторонне выясненных обстоятельств в адми-

нистративном деле, подтвержденных теми доказательствами, которые были исследованы в судебном заседании [3, с. 176]. Судебное решение любой инстанции должно отвечать ряду требований. Общими требованиями является правосудность (то есть законность и обоснованность) судебного решения, его полнота, вразумительность, безусловность и безальтернативность [4, с. 89]. Правосудность – основное качественное требование к судебному решению, нарушение которого является основанием для отмены или изменения судебного решения судов высшей инстанции. Правосудность совмещает в себе два требования – законность и обоснованность [5, с. 167].

Центральный орган исполнительной власти, который обеспечивает реализацию государственной политики в сфере миграции, органы охраны государственной границы (относительно иностранцев и лиц без гражданства, которые задержаны в пределах контролируемых пограничных районов во время попытки или после незаконного пересечения государственной границы Украины) или органы Службы безопасности Украины могут лишь на основании вынесенного по их иску постановления административного суда принудительно выдворить за пределы Украины иностранца и лицо без гражданства, если они не выполнили в установленный срок без уважительных причин решения о принудительном возвращении или если есть обоснованные основания считать, что иностранец или лицо без гражданства будут уклоняться от выполнения такого решения, кроме случаев задержания иностранца или лица без гражданства за незаконное пересечение государственной границы Украины вне пунктов пропуска через государственную границу Украины, и их передачу пограничным органам смежного государства [6].

Принудительное выдворение не применяется к иностранцам и лицам без гражданства, на которых распространяется действие Закона Украины «О беженцах и лицах, которые нуждаются в дополнительной или временной защите» [7].

Во время решения вопроса о принудительном выдворении иностранного миссионера судам стоит учитывать, что лицо в любом случае не подлежит

выдворению, если подпадает под действие статьи 3 Конвенции о защите прав человека и основных свобод или статьи 31 Закона Украины «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства» [1], в соответствии с которой иностранец или лицо без гражданства не могут быть принудительно возвращены, принудительно выдворены, выданы или переданы странам, где их жизни или свободе угрожает опасность по признакам расы, вероисповедания, национальности, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений; где им грозит смертная казнь, пытки, жестокое, бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание; где их жизни или здоровью, безопасности или свободе угрожает опасность вследствие общераспространенного насилия в ситуациях международного или внутреннего вооруженного конфликта, или систематического нарушения прав человека, или природного или техногенного бедствия, или отсутствия медицинского лечения или ухода, который обеспечивает жизнь; где им грозит выдворение или принудительное возвращение в страны, где могут возникнуть указанные случаи.

Принудительное выдворение иностранного миссионера осуществляется лишь на основании постановления административного суда. С иском о принудительном выдворении иностранного миссионера в административный суд имеют право обратиться центральный орган исполнительной власти, который обеспечивает реализацию государственной политики в сфере миграции, органы охраны государственной границы (относительно иностранцев и лиц без гражданства, которые задержаны ими в границах контролируемых пограничных районов во время попытки или после незаконного пересечения государственной границы Украины) или органы Службы безопасности Украины.

Правовой статус иностранного миссионера, который проживает или временно находится в Украине, его основные права, свободы и обязанности, порядок решения вопросов, связанных с его въездом в Украину или выездом из Украины, регулируются Законом Украины «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства».



Иностраный миссионер, пользуясь равными процессуальными правами с гражданами Украины, может принимать участие в рассмотрении дела лично или через представителя [8, с. 15].

Разрешая споры относительно добровольного возвращения, принудительного возвращения, принудительного выдворения иностранца или лица без гражданства за пределы Украины, необходимо руководствоваться положениями Конституции Украины, действующих международных договоров, согласие на обязательность которых дано Верховной Радой Украины, среди которых такие: Устав Организации Объединенных Наций 1945 года, Конвенция о статусе беженцев 1951 года, Протокол, касающийся статуса беженцев 1967 года, Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 года, Конвенция о защите прав человека и основополагающих свобод 1950 года, Протокол к Конвенции о защите прав человека и основополагающих свобод 1952 года, Протокол № 4 к Конвенции о защите прав человека и основополагающих свобод, который гарантирует некоторые права и свободы, не предусмотренные в Конвенции и в Первом протоколе к ней, Протокол № 7 к Конвенции о защите прав и основополагающих свобод, Европейская конвенция о выдаче правонарушителей 1957 года, Конвенция Совета Европы о мероприятиях по противодействию торговле людьми, международные договоры Украины о выдаче правонарушителей, правовой помощи в уголовных делах и реадмиссии лиц, а также другие нормативные акты, выданные на их выполнение.

В соответствии с положениями статьи 17 Закона Украины «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» [9] также необходимо применять практику Европейского суда по правам человека как источник права и учитывать положение части второй статьи 8 КАС Украины относительно применения принципа верховенства права [10, с. 26].

Споры по административным искам органов охраны государственной границы (относительно иностранных миссионеров, которые задержаны ими в пределах контролируемых пограничных районов во время попытки или после незаконного пересечения госу-

дарственной границы Украины) принадлежат к спорам административной юрисдикции.

Предмет административной юрисдикции составляют публично-правовые споры, в которых хотя бы одной из сторон есть субъект властных полномочий, то есть обязательной стороной в таких спорах должен быть представитель публичной власти (орган государственной власти, орган местного самоуправления) [11, с. 29]. При этом юрисдикция административных судов охватывает все публично-правовые споры, кроме споров, для которых законом установлен другой порядок судебного решения. Речь идет о публично-правовых спорах именно при участии субъектов властных полномочий. Исключение составляют лишь споры относительно правоотношений, связанных с процессом выборов или референдума, которые отнесены к административной юрисдикции независимо от того, является ли в них стороной субъект властных полномочий [12, с. 9].

В соответствии с пунктом 3 части четвертой статьи 50 КАС Украины и части первой статьи 30 Закона Украины «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства» органы охраны государственной границы (относительно иностранцев и лиц без гражданства, которые задержаны ими в пределах контролируемых пограничных районов во время попытки или после незаконного пересечения государственной границы Украины) могут обратиться в административный суд с иском о принудительном выдворении за пределы Украины иностранного миссионера.

Принудительное выдворение не применяется к иностранцам и лицам без гражданства, на которых распространяется действие Закона Украины «О беженцах и лицах, которые нуждаются в дополнительной или временной защите» и Закона Украины «О противодействии торговле людьми» [13].

Как указывает Пленум Высшего Административного Суда Украины в своем Постановлении № 1 от 25.06.2009 (с изменениями, внесенными согласно с Постановлением Пленума Высшего Административного Суда Украины № 12 от 30.09.2013) «О судебной практике рассмотрения споров относительно статуса беженца и лиц, которые нуждаются в дополнительной или временной

защите, принудительного возвращения и принудительного выдворения иностранца или лица без гражданства за пределы Украины и споров, связанных с пребыванием иностранца и лица без гражданства в Украине», предметная подсудность административных дел определяется в зависимости от того, какой субъект властных полномочий является стороной по делу [14].

Поскольку в спорах относительно принудительного выдворения иностранца или лица без гражданства из Украины стороной по делу есть орган исполнительной власти и другие государственные органы, то в соответствии с частью второй статьи 18 КАС Украины такие споры подсудны окружным административным судам, кроме споров по обжалованию этими лицами решений, действий и бездействия субъектов властных полномочий, о привлечении их к административной ответственности, которые в соответствии с пунктом вторым части первой статьи 18 КАС Украины подсудны местным общим судам как административным судам [14].

Административные дела относительно принудительного выдворения иностранцев и лиц без гражданства за пределы территории Украины предметно подсудны местным общим судам как административным судам. При таких предписаниях необходимо учитывать, что административные дела, перечисленные в части первой статьи 183-5 КАС Украины, территориально подсудны также местным общим судам как административным судам по местонахождению органа охраны государственной границы [15, с. 12].

Обязанность доказывания в административном судопроизводстве определена статьей 71 КАС Украины и распределяется таким образом: истец должен доказать обстоятельства, которыми он обосновывает иски, ответчик должен доказать обстоятельства, которыми он обосновывает возражение против иска [16, с. 14].

Суды, кроме случаев истребования доказательств по ходатайствам лиц, которые принимают участие в деле, основываясь на принципе официального выяснения всех обстоятельств по делу, согласно частям четвертой и пятой статьи 11 и части пятой статьи 71



КАС Украины могут собирать доказательства по собственной инициативе. Обязанность доказывания лежит на субъекте властных полномочий по его иску о принудительном выдворении иностранца или лиц без гражданства.

Согласно части четвертой статьи 14 Закона Украины от 3 июля 2012 года № 5029-VI «О принципах государственной языковой политики» [17], лицу, которое принимает участие в рассмотрении дела, в суде обеспечивается право совершать устные процессуальные действия (делать заявления, давать показания и объяснения, заявлять ходатайства и жалобы, ставить вопрос и т. п.) на родном языке или другом языке, которым оно владеет, пользуясь услугами переводчика в установленном процессуальным законодательством порядке. В пределах территории, на которой распространены региональный язык (языки), который отвечает условиям части третьей статьи 8 данного Закона, услуги переводчика с регионального языка или языка меньшинства (языков), в случае их необходимости, предоставляются без дополнительных для этих лиц расходов.

Если иностранец или лицо без гражданства не владеет государственным языком и не способно оплатить услуги переводчика, то суды обязаны обеспечить такому лицу переводчика.

При открытии производства по делам относительно выдворения иностранца или лица без гражданства из Украины необходимо проверить наличие административной процессуальной дееспособности лица, которым подано искомое заявление, полномочия представителя (если искомое заявление подано представителем); подсудность искового заявления данному административному суду, а также отсутствие такого, которое приобрело законную силу, решения, принятого по делу между теми же сторонами, по тому же предмету и на тех же основаниях.

Во время проведения подготовительного производства все процессуальные действия судья совершает единолично.

Если во время предварительного судебного заседания, на которое прибыли все лица, принимающие участие в деле, решены все необходимые для его рассмотрения вопросы, то по письменному согласию лиц судебное раз-

бирательство может быть начато в тот же день.

Административные дела о принудительном выдворении иностранного миссионера рассматриваются судом с обязательным участием сторон.

Решение суда о принудительном выдворении иностранного миссионера может быть обжаловано в апелляционном порядке в пятидневный срок со дня его провозглашения. Суд апелляционной инстанции рассматривает дело в течение пяти дней со дня поступления апелляционной жалобы.

Судебные решения в административных делах о принудительном выдворении вступают в законную силу по окончании срока апелляционного обжалования, а в случае их обжалования – с момента провозглашения судебного решения суда апелляционной инстанции. Судебные решения первой инстанции после их пересмотра в апелляционном порядке и судебные решения апелляционной инстанции, принятые по результатам рассмотрения апелляционной жалобы, могут быть обжалованы в кассационном порядке. Апелляционные и кассационные жалобы иностранных миссионеров по вопросам обжалования решений об их выдворении, а также исковых заявлений органов охраны государственной границы Украины о принудительном выдворении иностранцев и лиц без гражданства подаются в административный суд без уплаты судебного сбора.

Орган охраны государственной границы на основании соответствующего решения с последующим сообщением в течение 24 часов прокурору размещает иностранного миссионера в пункте временного пребывания иностранцев и лиц без гражданства, которые незаконно находятся на территории Украины. В соответствии с действующим законодательством Украины иностранные миссионеры находятся в пунктах временного пребывания иностранцев и лиц без гражданства, которые незаконно находятся на территории Украины, в течение срока, необходимого для выполнения решения суда о принудительном выдворении, но не более двенадцати месяцев [18, с. 120].

Выводы. Таким образом, рассмотрение судами дел о принудительном выдворении по искам органов охраны государственной границы, являющееся

административной санкцией, осуществляется в максимально короткие процессуальные сроки по особой процедуре, что отличает ее от процедур применения других административных санкций, в связи с тем, что на органы охраны государственной границы возложены задачи по обеспечению неприкосновенности государственной границы.

Список использованной литературы:

1. Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства: Закон України № 3773-VI від 22 вересня 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua.
2. Про імміграцію : Закон України № 2491-III від 7 червня 2001 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua.
3. Адміністративна юстиція України: проблеми теорії і практики. Настільна книга судді / за заг. ред. О.М. Пасенюка. – К. : Істина, 2007. – С. 175–180.
4. Основи адміністративного судочинства та адміністративного права : навч. посібник / за заг. ред. Р.О. Куйбіди, В.І. Шишкіна. – К. : Старий світ, 2006. – С. 86–100.
5. Куйбіда Р.О. Проблеми розмежування адміністративної та конституційної юрисдикцій // Актуальні проблеми держави і права. Збірник наукових праць. – Одеса : Юридична література, 2003. – Вип. 19. – С. 432.
6. Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–36, 37. – Ст. 446.
7. Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту : Закон України № 3671-VI від 8 липня 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua.
8. Куйбіда Р.О. Межі адміністративної юрисдикції: спірні питання // Юридичний вісник України. – 2007. – № 25 (624).
9. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України № 3477-IV від 23 лютого 2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua.
10. Куйбіда Р.О. І знову про компетенцію адміністративних судів //



Юридичний вісник України. – 2007. – № 26 (625).

11. Перепелюк В.Г. Адміністративне судочинство: проблеми практики. – К. : Конус-Ю, 2007. – С. 25–53.

12. Георгієвський Ю.В. Адміністративна юстиція : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.2007 / Ю.В. Георгієвський ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2004. – 19 с.

13. Про протидію торгівлі людьми : Закон України № 3739-VI від 20 вересня 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua.

14. Про судову практику розгляду спорів щодо статусу біженця та особи, яка потребує додаткового або тимчасового захисту, примусового повернення і примусового видворення іноземця чи особи без громадянства з України та спорів, пов'язаних із перебуванням іноземця та особи без громадянства в Україні : Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду № 1 від 25.06.2009 (зі змінами) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua.

15. Шишкін В. Завдання адміністративного судочинства // Право України. – 2005. – № 11. – С. 11–14.

16. Руденко А.В. Адміністративне судочинство: становлення та здійснення : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.2007 / А.В. Руденко ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2006. – 20 с.

17. Про засади державної мовної політики : Закон України № 5029-VI від 3 липня 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua.

18. Стефанюк В. Судовий адміністративний процес : монографія. – Харків : Фірма «Консум», 2003. – С. 115–138.

РОЛЬ И ЗНАЧЕНИЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЫ ДЛЯ СИСТЕМЫ ИСТОЧНИКОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА УКРАИНЫ

Андрей ДРИШЛЮК,

кандидат юридических наук, доцент,
судья апелляционного суда Одесской области

Summary

In the article a role and value of civil legal doctrine for the system of sources of civil law of Ukraine are analysed. During a study of literature the vagueness of concept is set doctrine. At the same time, a legal doctrine in form opinion of authoritative legists was the source of law and used directly at decision of disputes. During research position which is presents in literature is supported, that a role and value of legal doctrine are especially traced in legislative and enforcement of law spheres. Author make a conclusion that the renewed civil legal doctrine came forward as a basic source of forming of civil law of Ukraine in the period of reformation of civil legislation and became his ideological and practical basis.

Key words: source of law, system of sources of civil law, doctrine, doctrine of civil law, judicial practice.

Аннотация

В статье анализируется роль и значение гражданско-правовой доктрины для системы источников гражданского права Украины. В ходе проведенного исследования литературы установлена неопределенность понятия доктрина. Вместе с тем, правовая доктрина в форме мнения авторитетных правоведов была источником права и ранее применялась непосредственно при разрешении споров. В ходе исследования поддержана позиция, представленная в литературе, что роль и значение юридической доктрины особенно прослеживаются в законодательной и правоприменительной сферах. Обоснован вывод, о том, что обновленная гражданско-правовая доктрина выступила в качестве основного источника формирования гражданского права Украины в период реформирования гражданского законодательства и стала его идеологической и практической основой.

Ключевые слова: источник права, система источников гражданского права, доктрина, доктрина гражданского права, судебная практика.

Постановка проблемы. Изменения в общественно-экономическом строе бывшей Украинской ССР и провозглашение независимости Украины привело к необходимости пересмотра подхода к регулированию всех общественных отношений, в том числе, частно-правовых. Реформирование законодательства затронуло все его отрасли. Внесение изменений в действующие нормативные акты, принятие новых, в том числе кодексов, регламентирующих правоотношения принципиально с иных позиций, на базе Конституции Украины стало уже историей. Гражданский кодекс Украины (далее – ГК Украины) стал своеобразным прорывом в регулировании гражданско-правовых отношений, базисом для развития частного права в Украине. Базируясь на новых идеологических и доктринальных принципах, ГК Украины обновил правовое регулирование многих институтов, закрепил новеллы и даже восстановил связь между дости-

жениями прошлого и новейшими разработками украинских ученых.

Обновилась и система источников гражданского права Украины. Законодатель закрепил договор, обычай, аналогию, международные договоры в качестве источников гражданского права Украины. Вместе с тем, одним из источников права, не нашедшим своего законодательного признания, осталась правовая доктрина.

Актуальность темы исследования. Роль и значение юридической доктрины особенно проявляется в законодательной и правоприменительной сферах. Законодатель не просто черпает из науки категориальный и дефинитивный материал, а основывается на разрабатываемых доктриной концептуальных положениях, определяемых ею стратегических направлениях, заимствуя методологические основы и правовые принципы. Правоприменительная практика также прибегает к доктринальным выводам и аксиомам,



что происходит не только в позитивных, но и в негативных ситуациях [15, с. 5]. Если говорить о наиболее динамичной и стремительно развивающейся отрасли права – гражданском праве, то актуальность исследования состояния цивилистической доктрины, ее роли для системы источников гражданского права определяется ее системообразующим значением для дальнейшего пути развития системы источников гражданского права Украины и гражданского права в целом.

Состояние исследования. В цивилистической литературе доктрина редко рассматривается в качестве источника права, в основном в рамках учебных курсов речь идет о гражданском праве как науке и его значении для юридической практики [22, с. 86-87; 11, с. 246-325; 21, с. 120-131]. Иногда упоминается доктрина как источник права, исчезнувший в наши дни [6, с. 148]. Такая ситуация, по нашему мнению, связана с тем, что правовая доктрина даже в теории государства и права исследуется в качестве не законодательного источника, а мнений авторитетных ученых по вопросам права [14, с. 275]. При этом, как справедливо отмечал А.А. Васильев, в отечественной и иностранной правовой литературе до этого времени не сформировалось единого признаваемого всеми учеными подхода к природе, значению и месте доктрины в правовой системе общества [2, с. 7]. Вместе с тем, Р.А. Майданик, рассматривая понятия источников права в общей теории права, отнес доктрину к внутригосударственным формам права [11, с. 328]. Таким образом, следует констатировать отсутствие специализированных исследований, в которых исследовалась бы цивилистическая доктрина и ее значение для системы источников гражданского права Украины.

Целью и задачей статьи является определение понятия цивилистической доктрины и ее значения для системы источников гражданского права Украины. С учетом поставленной задачи, базовым методом исследования избран системно-функциональный метод.

Изложение основного материала. Современное гражданское право уходит корнями в римское частное право, которое, сформировавшись, стало важным фактором развития античной культуры [9, с. 118]. И хотя правовые нормы, ре-

гулировавшие гражданские отношения, существовали и в более ранних цивилизациях, а на развитие самого римского права повлияло древнегреческое, древнеегипетское, иудейское право, из которых было рецептировано значительное количество идей, принципов, конкретных правовых норм, только в Римской античной цивилизации право превратилось в относительно самостоятельный феномен, приобрело значение явления, которое можно изучать и сейчас, абстрагируясь от конкретно-исторических условий, культуры, государства, в котором оно сформировалось. Научная разработка права достигла у римлян такой идейной глубины, которая не была достигнута предыдущими цивилизациями, даже в тех, которые были определенным этапом при формировании культуры Древнего Рима. Римские юристы первыми создали четкую специальную терминологию, которую и сегодня использует практически весь мир, разработали юридические категории и понятия, учредили и развили методологию юридического мышления, довели до поразительной тонкости определения этих понятий. Наконец, римские юристы в своих исследованиях вдохновлялись древними идеалами справедливости. Являющиеся неизменными и сегодня, эти идеалы возвращаются в юридический оборот как определяющие принципы современной правовой системы Украины. Возможно, именно поэтому в Древнем Риме юридическая доктрина (наука) в форме мнения авторитетных правоведов стала источником права и применялась непосредственно при разрешении споров [16, с. 299-301, 320-329].

Юридическая доктрина как источник права использовалась и в России. В 19 ст. высший судебный орган – Сенат Правительствующий – цитировал в своих решениях труды отечественных ученых по гражданскому праву (цивилистов). В современном мире труды ученых-юристов используются при формировании писаных источников права. Например, концепция советского ученого А.В. Венедиктова о праве оперативного управления имуществом была использована советским законодателем, а также получила закрепление в действующем законодательстве [3, с. 40-41]. М.В. Гордон занимался проблемой возмещения вреда, причиненного

спасателем имущества, и благодаря его исследованиям этот сформировавшийся в судебной практике институт получил свое закрепление во время второй кодификации гражданского законодательства в ГК УССР, а затем продолжил свою эволюцию в ГК Украины. Мнения мусульманских юристов по поводу толкования священных писаний мусульман – Корана и Сунны, признаются источником права в мусульманской правовой системе [1, с. 203-204]. Как отмечает М.Н. Марченко, начиная с конца 19 – начала 20 ст. все большего значения в правовых системах Великобритании, США, Канады в качестве источников права стали приобретать не столько мнения отдельных, пусть и самых выдающихся юристов, сколько систематизированные доктрины, сложившиеся в результате многолетней академической и практической деятельности теоретиков государства и права [12, с. 607].

Ю.С. Гамбаров отмечал, что если речь идет о науке права, то она не выступает в качестве источника права, поскольку не создает право, а изучает его. Через признак обязательности исследователь подчеркивает, что обязательственная сила догматических положений будет находиться не в науке, их открывающей, а в том источнике права, который «охватывает» его (законодательная власть, обычай, судебная практика) [5, с. 354].

По определению Ю.О. Заики, как источник права юридическая доктрина являет собой научные правовые идеи, официально признанные общеобязательными положениями на практике. В современной теории юридическая доктрина потеряла значение самостоятельного источника права. В то же время, отмечает ученый, нельзя отрицать практическое значение юридической доктрины в формировании понятийного аппарата, толковании правовых норм, концептуальном обосновании проектов нормативных актов. Достаточно распространенными являются случаи, когда юрисдикционные органы обращаются к специалистам (например, по авторскому, изобретательскому праву) за разъяснениями в связи с необходимостью квалификации того или иного юридического факта [8].

Так, по мнению В.С. Нерсесянца, «учение о догме права... принято именовать доктриной права. Доктрина



права – это сборное понятие для обозначения всей совокупности юридически-научных трактовок и мыслей о позитивном праве. Доктрина, таким образом, создает определенную юридически-логическую модель позитивного права как для надлежащего доктринального понимания и толкования права, так и для его фактического установления и действия в реальной действительности. Любая доктрина... выражает определенную концепцию правопонимания, то или другое общее понятие права» [13, с. 382-384].

В повседневном обороте термином «доктрина» обозначается «учение, научная или философская теория, система, руководящий теоретический или политический принцип» [18, с. 404].

В философии доктрина понимается как «систематизированное политическое, идеологическое или философское учение, концепция, совокупность принципов» [10, с. 172].

Необходимо, кроме того, четко ограничивать понятие «доктрина права» от родственных ему понятий «правовая школа», «направление», «идея», «учение», «концепция», «гипотеза», «подход» и т. п. В этом вопросе следует согласиться с весьма аргументированной позицией В.М. Сырых, который провел четкую грань (кстати, впервые) между знаниями, входящими в предмет теории права (отвечающими критерию научности и объективности при данном уровне развития науки), и знаниями, владеющими свойством гипотетичности [20, с. 132-133]. Так, доктриной советской теории права была нормативная концепция права в ее советской версии; доктриной англосаксонского права – традиционная версия школы «живого права» и т. д. Они признаны доминирующими в научной среде профессиональными юристами, законодателями. В то же время альтернативные конкурирующие теории, не получившие такого «официального» признания в научной и политической среде соответствующего общества и государства, доктринами выступать не могут (например, школа «живого права» в нашем государстве, исламская религиозная концепция в США и другие). Эти тезисы (системы знаний, выводов) носят для данной страны гипотетический, достоверный характер с точки зрения науки и практики (что не

исключает, однако, их скрытой объективной истинности и потенциала стать доминирующими). Таким образом, доктрины права являются лишь проверенные и принятые наукой и практикой знания по критерию объективной истинности, научности и логичности [7].

В ходе исследования проблематики Н.Д. Железнова приходит к выводу, что доктрина права выступает в качестве научного сегмента знаний и мыслей, закрепившихся в общественном сознании, о самых общих вопросах и проблемах права, его обоснования, оценки, социальной роли, сути и форм проявления [7]. По ее мнению, правовая доктрина как категория теории права – это система знаний о самых общих закономерностях становления и функционирования права, признанных логичными и объективно истинными и как таковыми включенных в состав науки правоведения, существующей в данном, конкретно исторически определенном обществе. Таким образом, в качестве содержания категории выступают знания о понимании права, его сути, формах проявления, социальной роли, обосновании, структуре, функциях, генезисе и логике становления и развития права. Формой данных знаний, исходя из их научной, категориальной природы, являются понятия, категории, научные закономерности, принципы и теоретические конструкции, а также другие организованные в теоретической форме знания [20, с. 133].

По мнению Р.В. Пузикова, юридическая доктрина представляет собой особое правовое явление, которое характеризуется свойственным только ему языком изложения правовых идей и конструкций, специфическими способами формулирования положений (аксиомы, принципы, презумпции, дефиниции и т. п.), а также бездокументарной формой их выражения. Она является результатом профессиональной научной деятельности, что свидетельствует о ее фундаментальном характере и обеспечивает соответствующее функциональное назначение; служит способом выражения согласованных позиций ученых относительно актуальных проблем правового регулирования [15]. Исследователь относит ее к источникам (формам) права, который в двух формах влияет на правоприме-

нительный процесс: собственно как источник (форма) права при наличии в праве пробелов, а также как средство, применяемое при толковании правовых норм.

Д.В. Храмов считает, что правовую доктрину возможно отнести к нетрадиционным источникам российского права, призванным восполнять пробелы, устранять неясности и противоречия, которые неминуемо присутствуют в традиционных источниках права. Исходя из предложенной автором классификации нетрадиционных источников права, частноправовую доктрину можно отнести к их второй группе. Она не содержит норм права, однако занимает важное место в обеспечении единообразного регулирования частноправовых отношений. К признакам правовой доктрины как нетрадиционного источника права исследователь относит такие: 1) данный вид источника является нехарактерным для российской правовой системы. Правовая доктрина никогда не выполняла в России функцию официального источника права; 2) правовая доктрина носит субсидиарный характер применения для регулирования общественных отношений при отсутствии правотворческих процедур; 3) стихийный, относительно незаметный и спонтанный характер создания (появления) правовой доктрины; 4) данный источник учитывается судебными и иными правоприменительными органами при рассмотрении споров; 5) возникновение, становление и совершенствование доктрины происходит в течение длительного периода времени. Становление отдельных идей в качестве доктринального уровня представляет собой продолжительный, многоэтапный процесс, в результате которого законодательство уступает свое место сочинениям авторитетных ученых-юристов [23, с. 128-139].

Выводы. Не вызывает сомнений, что мнение юристов в Древнем Риме было источником права, о чем неоднократно отмечалось в специальной и учебной литературе. Однако именно исторический анализ становления и использования *jus respondendi* в качестве источника права в Древнем Риме подтверждает тезис о том, что использование доктрины в качестве основы судебного решения предусматривает отсутствие при разбирательстве дела необходимой нормы



закона, судебного прецедента или обычая. Поэтому роль доктрины более значительна на тех стадиях развития права, когда государственное нормотворчество еще не получило значительного развития [14, с. 276].

Исходя из общетеоретической позиции относительно понимания источников права в материальном, идеологическом и в формальном (юридическом) значении [17, с. 457], отметим, что правовая доктрина воспринимается источником гражданского права в идеологическом значении. В этом значении в качестве источника права выступает юридическая наука, то есть правовая доктрина (от лат. *doctrina* – учение). Юридическая наука как система знаний о правовой действительности не только способствует осознанию положений вещей в обществе и осуществляет теоретические обобщения, но и занимается разработкой практических проблем жизни общества, а следовательно, готовит проекты их решения. Источник права в доктринальном понимании играет роль опосредствованного источника между источниками права в материальном и формально-юридическом понимании. Именно из этого источника законодатель добывает законодательные (нормативные) идеи и решения.

Анализируя процесс развития гражданского права и законодательства Украины, можно прийти к выводу, что обновленная гражданско-правовая доктрина «частного права», базирующаяся на общепризнанных правовых идеях, в частности естественного права, и широко представленная в трудах ведущих ученых Украины выступила в качестве основного источника формирования обновленного гражданского права Украины в период реформирования гражданского законодательства и стала его идеологической и практической основой.

Список использованной литературы:

1. Бехруз Х. Исламские традиции права [текст] : монография / Бехруз Хашматулла. – Одесса : «Юридическая литература», 2006. – 296 с.
2. Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права: вопросы теории и истории [текст] : [монограф.] / Антон

Александрович Васильев. – М. : Юрлитинформ, 2009. – 272 с.

3. Воронина М.Ф. Договор как источник права [текст] : дисс. докт. юрид. наук : 12.00.01 / Марина Феликсовна Воронина. – СПб., 2007. – 190 с.

4. Воронина М.Ф., Григонис Э.П., Шамрун А.Н. Понятие источника (формы) права в юридической науке [текст] // Актуальные проблемы гуманитарной науки и гуманитарного образования. Сборник научных трудов. – СПб. : Изд-во Политехн. ун-та, 2007. – С. 222–228.

5. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть [текст] : учебник / Юрий Степанович Гамбаров / [под редакцией и с предисловием В.А. Томсинова]. – М. : Зерцало, 2003. – 816 с. (Серия «Русское юридическое наследие»).

6. Дудченко В.В. Цивільне право України (традиції і новації) [текст] : монографія / авт. кол.; за заг. ред. Є.О. Харитонової, Т.С. Ківалової, О.І. Харитонової; наук. ред. Н.Ю. Голубєва. – Одеса : Фенікс, 2010. – 700 с.

7. Железнова Н.Д. Правопонимание и судебная практика [текст] : дисс. докт. юрид. наук : 12.00.01 / Надежда Дмитриевна Железнова. – Н. Новгород, 2001. – 176 с.

8. Заїка Ю.О. Українське цивільне право [текст] : навчальний посібник : 2-е вид. змін. і доп. / Заїка Юрій Олександрович – Київ : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 368 с.

9. Косарев А.И. Римское право [текст] : учебник / Андрей Иванович Косарев. – М. : «Юридическая литература», 1986. – 160 с.

10. Краткая философская энциклопедия [текст] : [Редакторы-составители: Е. Губский, Г. Кораблева, В. Лутченко]. – М. : Прогресс, 1994. – 576 с.

11. Майданик Р.А. Цивільне право. Загальна частина [текст] : монографія / Роман Андрійович Майданик [Т. І. Вступ у цивільне право]. – К. : Алерта, 2012. – 472 с.

12. Марченко М.Н. Источники права [текст] : учебное пособие / Михаил Николаевич Марченко. – М. : ТК Велби, Проспект, 2007. – 760 с.

13. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства [текст] : учебник / Владик Сумбатович Нерсесянц. – М. : Норма, Инфра-М, 1999. – 552 с.

14. Проблемы общей теории права и государства [текст] : учебник для

вузов / Н.В. Варламова, В.В. Лазарев, В.В. Лапаев [и др.]; под ред. В.С. Нерсесянца. – М. : Норма, Инфра-М., 2001. – 832 с.

15. Пузиков Р.В. Юридическая доктрина в сфере правового регулирования: проблемы теории и практики [текст] : дисс. докт. юрид. наук : 12.00.01 / Руслан Владимирович Пузиков. – Тамбов, 2003. – 213 с.

16. Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права [текст] / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. – М. : Статут, 2011. – 510 с.

17. Скакун О.Ф. Теорія держави і права. Енциклопедичний курс. [текст] : [підручник] / Ольга Федорівна Скакун. – Харків : Еспада, 2006. – 776 с.

18. Словарь иностранных слов [текст]. – 8-е изд., стереотип. – М. : Рус. яз., 1981. – 624 с.

19. Советский энциклопедический словарь [текст]. Изд. четвертое / гл. ред. А.М. Прохоров. – М. : Сов. энциклопедия, 1988. – 1283 с.

20. Сырых В.М. Логические основания общей теории права: Элементный состав [текст] : в 2 т. – Т. 1 / В.М. Сырых. – М. : Юрид. Дом «Юстициформ», 2000. – 528 с.

21. Цивільне право України. Загальна частина [текст] : підручник / С.М. Бервено, В.А. Васильєва, М.К. Галянич [та ін.]; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р.А. Майданика – 3-те вид., перероб. і допов. – К. : ЮрінкомІнтер, 2010. – 976 с.

22. Цивільне право [текст] : підручник : у 2 т. / В.І. Борисова, Л.М. Баранова, Т.І. Бєгова [та ін.]; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасиво-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011. – Т. 1. – 656 с.

23. Храмов Д.В. Нетрадиционные источники российского частного права: общетеоретический аспект : монография / под науч. ред. докт. юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки РФ А.В. Малько. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 192 с.



ЛИТОВСКИЙ СТАТУТ 1588 ГОДА: ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ СУЩНОСТЬ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ ПОЛОЖЕНИЙ

Михаил КОЛОС,

кандидат юридических наук, доцент,
судья Конституционного Суда Украины

Summary

On the basis of dogmatic analysis of the provisions of 1588's Statute of Grand principality of Lithuania, the article reveals the theoretical essence of the criminal and legal legislation of Lithuanian-Russian state. The application of the Statute by the courts of Hetman Ukraine is considered. Besides, there were made the conclusions about the high social and legal influence of the principles and ideas designated in the Statute concerning the further development of the national criminal law.

Key words: Lithuanian Statute of 1588, types of offences, penalties, necessary defense.

Аннотация

На основании результатов догматического анализа положений Статута Великого княжества Литовского 1588 г. в статье раскрывается теоретическая сущность уголовно-правового законодательства литовско-русского государства. Рассматривается применение положений Статута судами Гетманской Украины. Кроме того, сделаны выводы о высоком социально-правовом влиянии принципов и идей, заложенных в Статуте, на дальнейшее развитие национального уголовного права.

Ключевые слова: Литовский Статут 1588 г., виды преступлений, наказания, необходимая оборона.

Постановка проблемы. Объемное познание сущности развития современного украинского уголовного права, с нашей точки зрения, может стать достоверной реальностью в случае надлежащего догматического анализа соответствующего законодательства, имеющего национальную форму и содержание. Великое княжество Литовское (далее – ВКЛ), в составе которого в XIV–XVII ст. была значительная часть русских (согласно современной терминологии – украинских) территорий, в основу своего права легитимно положило право княжеского государства, имевшего официальное название Русь¹. По этой причине великие князья Литовские в привилеях к каждой редакции Статута (1529, 1566, 1588 гг.) после наименования «литовские» указывали «русские» земли как составляющую часть Великого княжества. Более того, Великий князь Жигимонт III, давая подканцлеру Льву Сапеге Привилей на публикацию Статута 1588 г. (далее – Статут) указал на необходимость его изготовления также на русском языке [1, с. 17].

Следует обратить внимание на то, что редакция указанного Статута является наиболее совершенной и активно

применялась в украинских землях до 40-х гг. XIX ст. Этот Статут стал образцовым источником для формирования иных правовых актов, а сущность его уголовно-правовых положений дает возможность воссоздать целостную картину развития литовско-русского уголовного права.

Актуальность темы подтверждается отсутствием в Украине современных комплексных фундаментальных исследований уголовно-правовых положений Статута, трудов ученых о практике его применения в Гетманской Украине (XVI–XVIII ст.) и о влиянии Статута на развитие украинского законодательства в XVIII ст.²

Состояние исследования. Различные аспекты Статута рассматривали в своих трудах известные ученые, такие как Ю. Бардах, И. Валиконите, М. Владимирский-Буданов, И. Данилович, А. Дубровина, С. Лазутко, И. Лаппо, А. Ткач, И. Усенко и многие другие. Исследованию особенностей уголовно-правового аспекта данного акта уделили значительное внимание ученые Г. Демченко, А. Максимейко, И. Малиновский, Я. Падох. Их труды составляют фундаментальное основание для дальнейшего изучения правовых, в том

числе имеющих уголовно-правовое содержание, проблем Статута.

Целью статьи является распространение в среде заинтересованных лиц результатов углубленного научного исследования уголовно-правовых положений Статута, данных о применении его норм в Гетманской Украине, а также о его месте в совершенствовании национального уголовного права.

Изложение основного материала. Структура Статута 1588 г. в указанной нами редакции состоит из 14 разделов, в которые включены 488 артикулов. Из них 153 артикула (31,3%) имеют уголовно-правовое содержание.

В первую очередь обращаем внимание на систему правовых принципов, которые составляют гуманистическую базу уголовно-правовой части Статута. К ним мы относим положения, закрепленные в *разделе 1*, согласно которым все жители княжества, независимо от сословия, в том числе духовного, военного («от высшего к низшему»), а также иностранцы или иные лица, прибывшие на его территорию, обязаны были «решать дела и судиться» по правилам Статута в учреждениях тех территориальных единиц княжества, где «завинили» (арт. 1); никто, независимо от совершенного противоправного действия, не мог быть осужден заочно (арт. 2); тот, кто несправедливо оговорил иное лицо в совершении противоправного действия, должен был наказываться тем наказанием, которое угрожало оговоренному (арт. 2, 4, 5); никакой привилей, знатность

¹Употребление в литературе для названия Украины искусственного словосочетания «Киевская Русь» является фикцией, которая негативно отражается на идентификации княжеского государства Русь, существовавшего в IX–XIV ст.

²Исследование произведено на основании текста Статута опубликованного в научном издании Статуту Великого княжества Литовского : у 3 т. / За ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. – Одеса : Юридична література, т. 1 – 2002, т. 2 – 2002, т. 3 – 2004.



или достоинство не освобождали виновного от правовой ответственности (арт. 4); жены, дети государственного преступника, независимо от возраста, не должны отвечать за противоправные действия мужа, отца, если они не знали о его преступных действиях (арт. 3, 6); лица, совершившие противоправные действия, будучи психически больными, не должны привлекаться к ответственности (арт. 4); никто не мог привлекаться к ответственности и быть наказанным без вины за преступление, совершенное иным лицом (арт. 18). Согласно положениям *раздела 3* за всеми жителями княжества, независимо от сословия, мещанского или посполитого (простого) происхождения, сохранялись все права и свободы, которые они имели со старых времен (арт. 2); никто из шляхтичей, не привлеченный к ответственности и не обвиненный в соответствии с правом, не мог никем задерживаться и помещаться в тюрьму (арт. 10). В *разделе 14* говорилось, что положения Статута распространялись лишь на дела будущие, со времени, когда он издан, за исключением тех положений, которые признаны имеющими обратную силу (арт. 37).

В целом же положения Статута, имеющие уголовно-правовое содержание, были приведены в одиннадцати разделах: в разделе 1 это арт. 3–6, 9–11, 13, 14, 16–18, 24–26, 29; в разделе 2 – арт. 6, 7, 10, 14, 18, 21, 27; в разделе 3 – арт. 2, 10, 14, 22, 23, 27, 28; в разделе 4 – арт. 7, 11, 41, 59, 62–64, 76, 92, 95, 96, 98, 105; в разделе 8 – арт. 7; в разделе 9 – арт. 15; в разделе 10 – арт. 1, 4, 5, 7, 8–18; в разделе 11 – арт. 1–4, 6–43, 48, 49, 51–57, 60, 67, 68; в разделе 12 – арт. 1–7, 9–11, 15, 23; в разделе 13 – арт. 1–14; в разделе 14 – арт. 10, 11, 21–23, 25–32, 37.

Составы преступлений, изложенные в большинстве указанных статей, по объекту уголовно-правового посягательства можно классифицировать на определенные группы, направленные против государства и его главы; воинской службы; правосудия; чести и достоинства представителей шляхетского и иных сословий, посполитого народа; личной, в том числе половой, свободы человека; жизни и здоровья; собственности.

Законодатель ВКЛ, не изложив в Статуте общего определения пре-

ступления, достаточно полно описал субъективные и объективные признаки противоправных действий, подлежащих наказанию в уголовно-правовом порядке. В частности, он установил, что субъектом преступления могут быть мужчины и женщины (арт. 12, 49 раздела 11; арт. 23, 31 раздела 14), взрослые и несовершеннолетние (арт. 12 раздела 2; арт. 1 раздела 6; арт. 9 раздела 5; арт. 11 раздела 14), туземцы и иноземцы (арт. 26 раздела 1), простые люди и шляхта (арт. 39 раздела 11; арт. 2 раздела 12; арт. 29, 31 раздела 11), гражданские лица и военнослужащие (арт. 37, 48 раздела 3; арт. 14, 18 раздела 2). Как правило, в положениях статей субъекты преступлений обозначались общими названиями, например: «Если бы кто сговор или покушение, или бунт совершил...» (арт. 3 раздела 1); именовались по должности, при исполнении которой совершили противоправное действие: «А если бы какой воевода, староста, ... судья, подсудок, писарь земский, или подкоморий, или комиссар сам к гвалту городу нашему... совершил...» (арт. 63 раздела 4); либо назывались по виду преступления: «Если бы кому пришлось вора своего с поличным либо без поличного... поймать» (арт. 6 раздела 14) и т. п.

К уголовной ответственности указанные лица могли привлекаться, совершив противоправные действия (вред, злодейство, обиду), если они достигли шестнадцатилетнего возраста. До этого их запрещалось передавать палачу на истязания с целью получения доказательств виновности. Однако если несовершеннолетнее лицо «несколько раз на злодействе и с поличным было поймано», суду разрешалось наказывать его на свое усмотрение, применяя телесные наказания. В то же время запрещалось приговаривать несовершеннолетних к смертной казни. Исключалось привлечение к уголовной ответственности также психически больных и глупых, «недоумкуватых» людей, в том числе за оскорбление Великого князя Литовского. Обращая на это положение особое внимание, законодатель утверждал: «Однако если бы кто из глупости либо сумасшествия совершил такое преступление, за то мы, Господарь, братья не будем» (арт. 4 раздела 1).

Авторы Статута не дали также формального определения понятия вины

как одного из оснований привлечения к уголовной ответственности. Однако из содержания значительного количества составов преступлений усматривается, что составители Статута имели как теоретические, так и практические знания в сфере психологии, права, законодательной техники, что дало им возможность акцентировать внимание на субъективных аспектах составов преступлений, в том числе на вине и ее формах (умысле и неосторожности), мотиве, цели и т. п. Это усматривается, например, из положений арт. 16 раздела 11: «Если кто умышленно, в гнев, сгоряча ножом, пуйналом, кинжалом убил...»; арт. 23 раздела 11: «Если бы кто случайно, не желая того, не с неприязни, но через незнание, охотясь на зверей или птиц, кого-то убил...» Вина человека, совершившего противоправное действие, в каждом случае должна была доказываться надлежащими, предусмотренными в Статуте доказательствами. В арт. 10 раздела 1 об этом указано: «А кто бы с ружья или лука, каким-то образом выстрелив, ранил кого-то [наказывается]... на основании доказательств, за решением вриа, который проводил судебное рассмотрение...» Кроме того, в арт. 92 раздела 4 закреплено, что приговор обвиняемому необходимо выносить в соответствии с его виной, поступком и порядком этого Статута. В положениях статей часто утверждается, что виновность преступника должна подтверждаться не просто доказательствами, а «слушными», то есть вескими, не вызывающими сомнения. Более того, имея целью исключить незаконное привлечение к ответственности невиновного лица, законодатель в арт. 14 раздела 3 предусмотрел положение, согласно которому запрещалось наказывать также по заочному обвинению.

Законодатель, понимая сущность и значение для человека и общества в целом объектов, в отношении которых совершались общественно опасные действия, реально оценивая их последствия, принимая во внимание роль места, времени, средств, условий, способов причинения вреда, сформулировал полноценные (как для XVI ст.) объективные элементы составов преступлений. Достаточно полно это описано, например, в арт. 17 раздела 11: «Кто бы кого тайно, без ссоры, а мол-



ча, по-предательски и коварно ночью или днем убил, как на дороге, прячась за кустом, за оградой или в огороде, в селе, из засады на улице или в доме, сквозь двери, сквозь окно или ж тайную комнату, используя, с какого-либо вооружения стреляя или ручным оружием убил того, кто спал или в компании был, или на каком ином собрании людей, или молча, по-предательски пуйналом или каким иным оружием убил, и на том преступлении был пойман...» Таким образом, из содержания указанного артикула усматривается, что специалисты, используя лингвистические категории, четко определили юридическую сущность явлений, имеющих объективное уголовно-правовое значение, в частности, для правильной квалификации действий преступника и назначения ему определенных в законе вида и меры наказания.

Не употребляя в Статуте такое словосочетание как «причинная связь», законодатель в положениях арт. 53 раздела 11 описал правовую сущность указанного философского понятия: «Если бы шляхтич и какого-либо иного сословия человек, который был избит или ранен, после ранений ездил или ходил на банкеты, рынки или в корчму, пил, участвовал в разговорах от избития или ранения до двадцати четырех дней, а после хотя бы от тех ран и побоев умер, тогда тот, кто его избил или ранил, если это докажет существенными доказательствами, головщины [за убийство] платить не должен, а только родственникам за раны должен уплатить согласно Статуту». Тем самым была решена проблема соотношения преступных действий подозреваемого лица с наступившими последствиями, а также были урегулированы вопросы правильной квалификации и определения материальной ответственности преступника за ущерб, реально нанесенный здоровью потерпевшего.

В анализируемой третьей редакции Статута традиционно была закреплена система артикулов, в которых устанавливались обстоятельства, исключаящие преступность действий, имеющих признаки преступлений. К таковым мы относим, согласно современной терминологии, необходимую оборону. Положения, касающиеся ее, закреплены, например, в арт. 63 раздела 4, предусматривающем право на такую

оборону представителей власти, если они были вынуждены прибегнуть к ней вследствие чьих-либо противоправных действий. Необходимая оборона также могла применяться по правилам ряда артикулов раздела 11, в частности, к лицу, которое ранило или убило людей, совершивших насильственное нападение, наезд на дом и хозяйство потерпевшего (арт. 19); к шляхтичу, который убил или ранил другого шляхтича или иное лицо, которое умышленно насильственно наехало на село, хозяйство, людей, земли потерпевшего, причинив значительный ущерб (арт. 20); к шляхтичу, который, защищая свою жизнь от другого шляхтича или простого человека, устроившего возле дороги засаду с целью убийства шляхтича или нанесения ему ранений, убил нападавшего (арт. 21); к лицу, защищавшему свое здоровье и неумышленно убившему человека, который умышленно, из-за дерзости, будучи в нетрезвом состоянии или по иному злему умыслу затеял ссору в каком-либо месте (арт. 22); к лицу, которое, защищаясь в драке от напавшего на него противника, нанесло ему ранение (арт. 24); к слуге, который, защищая своего пана в какой-либо ссоре, убил его противника или нанес ему ранения (арт. 25). Таким образом, право на необходимую оборону в ВКЛ признавалось за представителями всех сословий, в том числе за простыми людьми.

Однако это право можно было реализовать лишь при наличии определенных в Статуте правовых оснований, материализация которых проявлялась в таких действиях правонарушителей: а) совершение силового противоправного нападения на дом и хозяйство обороняющегося (арт. 19); б) умышленное противоправное насильственное нападение (наезд, квалт) шляхтичем на людей, село, земли, хозяйственный комплекс (маеток) другого шляхтича с нанесением ему при этом значительного ущерба (арт. 20); в) устройство шляхтичем или простым человеком засады на дороге с целью нанесения ранений другому шляхтичу или его убийства (арт. 21); г) создание конфликтной ситуации (ссоры), в ходе которой ее инициатор угрожает здоровью обороняющегося лица (арт. 22); д) возникновение драки, в ходе которой ее инициатор угрожает лицу, вынужденному

обороняться (арт. 24); е) возникновение конфликтной ситуации (ссоры), угрожающей лицу (пану), с которым находится его слуга (арт. 25). Наличие таких оснований, подтвержденных судом, в полной мере освобождало лиц, совершивших ранение или лишение жизни правонарушителей в период нахождения в состоянии необходимой обороны, от уголовной ответственности (арт. 19–22, 24). Однако лица, применившие необходимую оборону при наличии условий, изложенных в арт. 22 и 24, все-таки обязаны были заплатить раненому либо родственникам убитого, в отношении которых была применена необходимая оборона, определенную в законе сумму денег (головщизну).

Можно утверждать, что необходимая оборона применялась потерпевшими, а в случае, предусмотренном арт. 25 раздела 11 – их слугами, к лицам, которые непосредственно совершали в отношении собственно потерпевших, членов их семей, работников, имущества и иных социальных благ общественно опасные действия, с целью прекращения противоправного посягательства. В каждом случае законность и обоснованность необходимой обороны проверялись судом.

Если же лицо не находилось в состоянии защиты, а случайно нанесло ранение потерпевшему, то его следовало привлекать к ответственности. Такая правовая позиция законодателя довольно обоснована: «Никто ни от кого за невинности своей ран терпеть не должен» (арт. 24 раздела 11). Однако к такому лицу не применялись суровые меры наказания (смертная казнь, лишение свободы и т. п.). Данное лицо было обязано только выплатить потерпевшему денежную компенсацию (навязку) за нанесенные ранения. Размер навязки определялся в соответствии с социальным положением потерпевшего, зависел от его рода деятельности (профессии, занимаемой должности), места жительства (село, город магдебургского права или населенный пункт, не имеющий привилегий), принадлежности к определенной национальности (татары, евреи) и регулировался положениями арт. 3–7, 10 раздела 12 Статута.

В то же время, независимо от материального состояния шляхтичей, категорически запрещалось посягать на их свободы (вольности), то есть задержи-



вать их и помещать в тюрьму, если они не были привлечены к ответственности и обвинены судом в соответствии с положениями Статута (арт. 10 раздела 3). Также никто, независимо от его сословного положения, не должен был задерживаться и привлекаться к ответственности, если он вынужден был использовать оружие и даже ранить или убить лицо, которое в судебном заседании самоуправно «словом и рукой» посягнуло на него (арт. 62 раздела 4). Более того, свободный человек, будь то мужчина или женщина, ни за какое преступление или долг не мог быть приговорен к пожизненной неволе (арт. 1 раздела 12).

Особый интерес представляют виды уголовно-правовых наказаний, закрепленные в Статуте. Ведь именно они отражают сущность диспозиций каждого артикула, сформированного с целью обеспечить правовую охрану определенного объекта общественных отношений. Содержащиеся в Статуте виды уголовно-правовых наказаний одновременно являются и формальным эквивалентом карательного воздействия на лицо, совершившее противоправное действие. Следует отметить, что система видов наказаний в Статуте довольно развита. В ее состав входили следующие наказания: смертная казнь, членовредительство, нанесение побоев, заключение (лишение свободы), лишение чести, изгнание из государства, изгнание из города, выставление к позорному столбу, конфискация имущества, головщизна, кгвалт, навязка, наказание по принципу талиона.

Отдельные наказания имели альтернативу способов исполнения. Например, смертная казнь могла выполняться путем сожжения или «карания на горло». Более того, в арт. 7 раздела 11 предусматривалось лишение жизни преступника комплексно, а именно: осужденного возили по рынку и клещами вырывали у него куски тела, после этого его помещали в кожаный мешок и к нему вбрасывали пса, петуха, ужа и кошку, после чего, зашив мешок, бросали в водоем. Вид заключения зависел от состава преступления. Срок его исполнения был четко определен и мог составлять 4, 6, 12, 24 недели, 1 год и 6 недель. Заточение осуществлялось в замке Великого князя Литовского в Вильно, в волостном замке или в княжеском

дворе. Места заточения преступников в замке также отличались. Они могли находиться как в верхней (надземной), так и в подземной части башни замка («на дне»). В Украине и Литовской Республике и ныне сохранились места заточения периода XV–XIX ст. Это башня Кармалюка или Папская [2, с. 24–26] в Каменец-Подольском замке, где осуществлялось надземное заточение, и подземная тюрьма в Тракайском замке на территории Литвы [3, с. 27].

В отдельных случаях, установленных в Статуте, допускалась возможность замены заключения штрафом (арт. 27 раздела 3). В то же время, как мы отмечали, имелась некоторая неопределенность относительно сроков длительности пребывания в заключении. Например, если охотник незаконно (в чужой пуше) убил зверя, он обязан был не только оплатить его двойную стоимость, но и отсидеть в заключении в замке или во дворе Великого князя Литовского 6 недель. Если же он не возместил своевременно нанесенный ущерб, то лишение свободы могло продолжаться, «аж пока зверя не оплатит» (арт. 1 раздела 10).

Следует обратить внимание на то, что русский народ воспринимал Статут как свое, народное право. Даже после подписания в 1654 г. военно-политического договора с Московским государством в Украине, в том числе в Гетманщине, положения Статута продолжали применяться. Это подтверждается судебной практикой того времени. Например, за совершение доноса царю Петру I на Гетмана Украины И. Мазепу Генеральный Суд Войска Запорожского на основании арт. 1, 2, 3 раздела 1 Статута 4 августа 1699 г. в Батурине приговорил Данила Забилу к смертной казни с конфискацией всего имения. Что же касается уголовного дела казака Федора Лебеда, который совершил «чужолозство» с замужней женщиной, то они оба согласно арт. 29 раздела 14 за такое действие должны были понести наказание в виде «кары на горло». Однако суд Лубенского полка в составе 11 человек на открытом заседании 14 марта 1691 г. назначил им более мягкое наказание – «строгое битье киями по телу» [4, с. 438–439, 452–453]. Анализ иных документов судебных органов Гетманщины дает основание утверждать, что суды очень часто назначали подсуди-

мым менее суровое наказание, если их действия не были связаны с убийством или посягательством на государственные интересы.

Статут наряду с другими источниками стал надежной основой для уложения в 1728–1743 г. кодификационной комиссией, состоящей из 70 человек – представителей всех социальных слоев казачьего государства, национального комплексного правового акта, получившего название «Права, по которым судится малороссийский народ». Значительная часть его положений также была посвящена уголовному праву украинского народа. Однако из-за сложностей системы государственного управления, в том числе в законотворчестве и в сфере связей с автономными территориями Российской империи, ввести в действие данный акт не представилось возможным.

Выводы. Полагаем, что на основании вышеизложенного имеются основания утверждать следующее:

1) уголовно-правовые положения Статута являются составной частью и результатом перманентного развития в литовско-русском государстве правовой системы, основанной на традициях русского и других народов, воспринявших христианские правовые идеи;

2) структура уголовно-правовых положений Статута построена по принципу элементарного деления на объективные (объект, предмет, объективная сторона) и субъективные (субъект, субъективная сторона) признаки, в системе формирующие состав преступления;

3) санкции составов преступлений Статута являют собой сложную правовую систему, направленную на суровое наказание преступника и максимально возможную компенсацию материального ущерба, нанесенного потерпевшему;

4) законодатель ВКЛ отдал под уголовно-правовую охрану наиболее важные социальные ценности (жизнь, здоровье, свободу, честь личности), материальные ценности, обеспечивающие жизнь и бытие человека, государства, и ценности, которые направлены на его нормальное функционирование, то есть на судебно-правовую систему, вооруженные силы, финансово-экономическую систему;

5) в Статуте развита система правовых положений, исключаящих при-



влечение к уголовной ответственности невиновных, в том числе несовершеннолетних лиц;

б) сущность уголовно-правовых положений Статута составляют нормы-принципы, которые являются идейной основой дальнейшего демократического развития уголовного права.

Список использованной литературы:

1. Привілей на виключне право Льва Сапеги видавати Статут Великого князівства Литовського 1588 року // Статуту Великого князівства Литовського : у 3 т. – Т. III. Статут Великого князівства Литовського 1588 року : у 2 кн. – Кн. 2 / за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. – Одеса : Юридична література, 2004. – 568 с.

2. Дзюба С.М., Кучугура Л.І., Козлова Н.К. та ін. Кам'янець-Подільський історичний музей-заповідник. – Львів : Каменяр, 1982. – 103 с.

3. Turiene V., Sutkaitis T. Lithuania. – Vilnius : Invia, 2009. – 65 с.

4. Акт Генерального суду у справі Данила Забіли за донос на гетьмана І. Мазепу; Рішення за звинуваченням козака з полку пана Іллі Новицького Федора Лебеда Дмитром Малим із села Яцин у незаконному співжитті з його дружиною // Доба гетьмана Івана Мазепи в документах / Упоряд. : С.О. Павленко. – К. : Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2007. – 1144 с.

К ВОПРОСУ О ФИНАНСОВО-ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ НАЛОГОВЫХ СПОРОВ И РОЛИ АДМИНИСТРАТИВНЫХ СУДОВ В ИХ РАССМОТРЕНИИ В УКРАИНЕ

Константин КОНЮШКО,

соискатель научной степени кандидата юридических наук
Киевского международного университета,
судья Высшего административного суда Украины

Summary

The article analyzes the concept of the tax conflict and the tax dispute, defines their interaction. The factors of tax conflict and tax disputes are established. We study the principles of tax law, laid down by the Tax Code of Ukraine. The approaches to the parity of public and private interests in tax relations are defined. Tax disputes are investigated from the standpoint of the theory of financial law. This is Discusses the reasons for inclusion of tax disputes to financial and legal disputes that are public. The characteristics and the subjects of the tax dispute are analyses. The subject of the tax dispute is viewed through the prism of public finances, taking into account the peculiarities of the objects of tax relations. It is Proved the expediency of tax disputes attribution the disputes, are viewed in administrative proceedings.

Key words: administrative proceedings, tax dispute, tax legal, financial and legal nature of tax disputes.

Аннотация

В статье проанализированы понятия налогового конфликта и налогового спора, определена их взаимосвязь. Устанавливаются факторы возникновения налоговых конфликтов и налоговых споров. Изучаются принципы налогового законодательства, заложенные Налоговым кодексом Украины. Определяются подходы к паритету публичных и частных интересов в налоговых отношениях. Налоговые споры исследуются с позиций теории финансового права. Рассматриваются основания отнесения налоговых споров к финансово-правовым спорам, носящим публичный характер. Анализируются особенности и субъектный состав налогового спора. Предмет налогового спора рассматривается через призму публичных финансов, с учетом особенностей предметного состава налоговых отношений. Доказывается целесообразность отнесения налоговых споров к спорам, которые рассматриваются в порядке административного судопроизводства.

Ключевые слова: административное судопроизводство, налоговый спор, налоговые правоотношения, финансово-правовой характер налоговых споров.

Постановка проблемы. Анализ правоприменения в сфере налогообложения и налоговой системы Украины в целом свидетельствует о факте наличия значительного количества конфликтов, порождаемых многочисленными причинами объективного и субъективного характера. В первую очередь это связано с дихотомией между эффективным функционированием государства, заинтересованного в поступлении налогов, и текущей жизнедеятельностью граждан, домохозяйств, субъектов хозяйствования и т. п., заинтересованных в как можно меньших суммах уплаченных налогов. Такие конфликты, имеющие под собой не только экономическую, но и юридическую составляющую, часто превращаются в налоговые споры. Последние выступают

предметом не только правоприменения, но и разностороннего научного поиска, направленного на совершенствование процесса разрешения налоговых конфликтов. Поскольку без качественного и быстрого решения налоговых споров вряд ли можно говорить о положительном разрешении базового задания в сфере налогообложения, стоящего перед Украиной, – развития обновленной, справедливой налоговой системы, соответствующей основным параметрам и требованиям правового государства.

Актуальность темы исследования подтверждается необходимостью постоянного поиска новых решений достижения позитивных результатов в процессе рассмотрения налоговых споров как на уровне правоприменения, так и на уровне научных исследований.



Состояние исследования. Научный анализ проблемы разрешения налоговых споров в Украине осуществляется многими отечественными учеными, в первую очередь представителями наук финансового и административного права. Среди них целесообразно назвать И. Бабина, Д. Гетманцева, Н. Кучерявенка, Е. Орлюк, А. Шаукенова и др., чьи работы стали фундаментальной базой для исследования рассматриваемых вопросов.

Целью и задачей статьи является исследование теоретических подходов к причинам и основаниям возникновения налоговых споров, раскрытие их правовой природы как финансово-правовой категории, определение системы научных взглядов и разработок по этой проблеме. Новизна работы заключается в том, что в данной работе сделана попытка исследовать налоговые споры не просто как публично-правовые споры, посудные рассмотрению в административных судах Украины, но как споры, носящие финансово-правовой характер.

Изложение основного материала. Всемирным банком в ежегодном исследовании легкости ведения бизнеса Doing Business – 2014 Украина была признана государством, которое в 2012–2013 гг. среди всех стран достигло наибольших результатов в улучшении условий для деятельности предпринимателей [1]. Признавая произошедшие положительные изменения, государственные деятели, вместе с тем, отмечают, что это не предел национального потенциала. Ведь глобальная конкуренция и борьба за инвестора растут, равно как и повышается качество стандартов в соблюдении прав граждан и бизнеса. В частности, только в 2013 г. в мире было реализовано на 18% больше регуляторных реформ по сравнению с прошлым годом. Соответственно, Украина должна прилагать еще больше усилий для улучшения бизнес-климата и повышения инвестиционной активности. В значительной мере это касается и изменений, сопровождающих развитие налоговой системы страны, совершенствование работы налоговых и таможенных органов в лице Министерства доходов и сборов Украины, усовершенствования национального налогового законодательства, а также практики его применения. В данном направлении существенное место за-

нимают налоговые конфликты, порождающие налоговые споры.

Долгое время наличие налоговых споров связывали с отсутствием устоявшихся традиций функционирования системы налогообложения, невысоким уровнем жизни населения, негативным восприятием органов налоговой службы, рассмотрением их как органов принуждения, а не как института, выполняющего важные государственные и общественные задачи. И обращали внимание на то, что возникновению налоговых споров способствует ряд факторов. В частности, к ним следует отнести то, что государственные налоговые органы являются носителями властных полномочий, а несовершенство налогового законодательства порождает различное толкование норм налогового права как налогоплательщиками, так и налоговыми органами; присутствуют недобросовестные налогоплательщики, стремящиеся за счет государственного бюджета безосновательно получить прибыль, и т. п. [2, с. 247].

Сейчас данная ситуация существенно изменилась – как на уровне реформирования налогового законодательства, так и на уровне сущностного реформирования налоговых органов, перехода их на международные стандарты деятельности, в том числе в части сотрудничества с налогоплательщиками. Происходит это и на уровне понимания подходов и принципов построения налоговой системы и налогообложения в целом. В частности, среди принципов, на которых базируется национальное налоговое законодательство, действующий с 2011 г. Налоговый кодекс Украины [3] (как базовый нормативно-правовой акт в сфере налогообложения) называет всеобщность налогообложения, равенство всех плательщиков перед законом, недопущение любых проявлений налоговой дискриминации, фискальную достаточность, социальную справедливость, экономичность и нейтральность налогообложения, стабильность, равномерность и удобство уплаты, единый подход к установлению налогов и сборов. Среди базовых принципов, закрепленных законодательством, следует также выделить неотвратимость наступления установленной законом ответственности в случае нарушения налогового законодательства, а также презумпцию

правомерности решений налогоплательщика. Указанный принцип применяется в том случае, если норма закона или другого нормативно-правового акта, изданного на основании закона, или если нормы разных законов или разных нормативно-правовых актов допускают неоднозначную (множественную) трактовку прав и обязанностей налогоплательщиков или контролирующих органов, в результате чего существует возможность принятия решения как в пользу налогоплательщика, так и контролирующего органа.

Как видно из приведенного, ответственность за нарушение налогового законодательства в значительной степени приобретает взаимосвязь с презумпцией правомерности решений налогоплательщика. Таким образом, законодатель попытался закрепить в определенной степени если не паритет, то хотя бы учесть права и интересы обеих субъектов налоговых отношений, которыми выступают с одной стороны налогоплательщики, а с другой – государство в лице уполномоченных органов. Недаром подчеркивают, что выявление факта нарушения налогового законодательства не дает еще повода для сомнения в добросовестности действий плательщика налога, поскольку налогоплательщик мог просто допустить ошибку при уплате налога. Поэтому при выявлении факта нарушения налогового законодательства государство должно предоставить возможность налогоплательщику самостоятельно исправить положение и выполнить налоговое обязательство должным образом [4, с. 192].

Как указывалось выше, получила законодательное закрепление и презумпция решений налогоплательщика. Последняя является примером реализации правовых презумпций как специфического нормативного предписания, устанавливающего обязательность суждения о презумптивном факте при наличии оснований презумпции. Под налогово-правовой презумпцией (а именно ее пример и закреплен в принципах налогообложения) в юридической литературе понимают прямо или косвенно закрепленное в налоговом законодательстве обязательное суждение, имеющее вероятную природу, о наличии или отсутствии нормативных или фактических оснований для воз-



никновения, изменения или прекращения прав и обязанностей, направленное на достижение цели правового регулирования [5, с. 74-75].

Понятно, что закрепляя указанные принципы, законодатель не имел целью заложить механизм избегания наступления юридической ответственности в случае нарушения налоговых норм. В то же время указанные выше нормы дают возможность решить несколько задач. С одной стороны – применять юридическую ответственность за нарушение налогового законодательства касаясь любых субъектов налоговых отношений, а не только налогоплательщиков. С другой стороны – обеспечить возможность налогоплательщикам уйти от необоснованного применения административных рычагов работниками налоговых органов. Равно как и возможность налогоплательщикам защищать свои законные права и интересы в установленном законодательством порядке – как в административном, так и в судебном.

Указанные принципы налогообложения, закрепленные п. 4.1 ст. 4 НК Украины [3], должны реализовываться непосредственно в процессе правоприменения, в том числе при возникновении и решении различных налоговых конфликтов. Ведь именно правоприменение представляет собой разрешение определенного, конкретного дела, определенной правовой ситуации; это применение закона, общих правовых норм к конкретным лицам и обстоятельствам. Вместе с тем, конфликты, возникающие в сфере налоговых отношений, нередко выступают причиной последующих налоговых споров и негативно влияют как на финансовую и хозяйственную деятельность налогоплательщиков (юридических и физических лиц), так и на публичную финансовую деятельность. Касаясь последней такие конфликты напрямую влияют на невозможность формирования публичных фондов средств в запланированных показателях, и, как следствие, – невозможность осуществления расходов из таких публичных фондов в запланированных параметрах. Ибо именно данные составляющие представляют собою в значительной мере содержание публичной финансовой деятельности, исходя из позиций ученых, в частности Д. Гетманцева, Е. Орлюк и др.

Учитывая как эти, так и другие факторы, понятие налоговых споров все чаще становится предметом исследований специалистов различных наук, в первую очередь – юридических. Их интересы в данном случае представляют преимущественно представители таких отраслей, как административное, финансовое (налоговое), уголовное право. Поскольку именно в рамках этих отраслей и отраслевых законодательств происходит преимущественно процесс разрешения налоговых споров на практике. Одновременно, несмотря на определенные достижения, полученные отечественными представителями отраслевых правовых наук в части тех или иных аспектов налоговых споров, на сегодняшний день нет единых четких критериев, позволяющих рассматривать налоговый спор как постоянную юридическую категорию, принятую юридической наукой в целом. Объясняется это рядом факторов, в том числе сложностью налогового законодательства и изменениями, которым оно подвергалось во время независимости Украины. Кроме того, существенные изменения сопровождают и деятельность контролирующих органов, ведь в течение последних двадцати лет не единожды происходили коренные изменения правового статуса налоговых органов, которые в настоящее время осуществляют свои полномочия в рамках деятельности Министерства доходов и сборов Украины.

В то же время налоговые конфликты, а равно и налоговые споры, постоянно сопровождают деятельность налогоплательщиков и налоговых органов. Для этого достаточно проанализировать статистику как административного, так и судебного порядка рассмотрения налоговых споров и выявить их динамику. Не вызывает сомнений тот факт, что налоговые споры неизменно занимают существенное место среди административных дел, рассматриваемых административными судами. Их сложность и нарастающее количество в свое время побудила выделить эти споры в отдельную категорию судебных дел, которая сохранилась и после передачи их в юрисдикцию административного судопроизводства. Основанием отнесения таких споров именно к административной юрисдикции выступают публичный

характер налоговых отношений как составных финансовых отношений; обязательное участие в них компетентного органа государственной власти – контролирующего органа в сфере налогов, обеспечивающего защиту публичного интереса и представляющего интересы государства (Министерство доходов и сборов Украины). Кроме того, к налоговым спорам могут быть применены все критерии, отнесенные Кодексом административного судопроизводства Украины к административному судопроизводству.

В то же время методологически неверным будет отождествление понятий «налоговый спор» и «налоговый конфликт», поскольку, как верно отмечают в литературе, «не каждый налоговый конфликт приобретает правовую процессуальную форму спора» [6, с. 14]. Вместе с тем, никто не отрицает признание конфликтности налоговых отношений как основания возникновения налогового спора. Напротив, подчеркивают, что налоговый спор вызывается как конфликтом прав, так и конфликтом интересов, возникающими в связи с нарушением закрепленных в Налоговом кодексе Украины прав плательщиков неправомерными решениями, действиями или бездействием контролирующих органов [7, с. 4]. Хотя далеко не все практикующие юристы поддерживают мнение о том, что конфликтность фискальных правоотношений служит оправданием роста числа судебных споров. Ведь другие категории споров, касающихся собственности (акционерные, гражданско-правовые), хотя и затрагивают важные права и законные интересы их участников, тем не менее, имеют постоянную тенденцию разрешения во внесудебной процедуре. Этому способствуют и постепенно развивающиеся институты медиации, и рост правовой культуры, и возможность участников спора приходиться к компромиссу [8, с. 63]. Соглашаясь в целом с приведенным высказыванием, тем не менее, отметим, что сегодняшняя ситуация, существующая в правовой системе государства, вряд ли дает основания для оптимистических выводов о существенном уменьшении налоговых конфликтов. Соответственно, актуальность выработки единых критериев к налоговым спорам оста-



ется несомненной. Тем более, что до сих пор даже понятие «налоговый спор» не получило легального закрепления на уровне действующего законодательства.

Анализ научной литературы позволяет говорить о том, что в теории как административного, так и финансово-правового права в целом (и налогового права как его отраслевого образования) вопросам публичных споров, равно как и природе налоговых споров, постоянно уделяется внимание. Но эти вопросы чаще всего рассматриваются с позиций субъектного и объектного состава таких споров. В значительной мере внимание уделяется и административно-правовым характеристикам налоговых споров, и административно-правовому статусу их участников. В то же время, до сих пор так и не произошло в должной мере раскрытие правовой природы налоговых споров, носящих публично-правовой характер. При этом речь идет именно о финансово-правовом характере таких публичных споров.

И это несмотря на спрос практики, в том числе и судебной, для которой теоретические разработки, связанные с определением сущности понятий, применяемых административными судами при рассмотрении нарушений налогового законодательства, носят чрезвычайно актуальный характер. Поскольку в процессе правоприменения норм налогового законодательства нередко возникают проблемы, вытекающие из публичного, финансово-правового характера налоговых споров.

На наш взгляд, основанием отнесения налоговых споров к публично-правовым спорам, подсудным административным судам, является как действующее законодательство, так и теоретико-методологические основы. В совокупности они позволили законодателю четко и однозначно определиться с юрисдикцией в отношении данной категории дел. Ведь среди оснований возникновения публично-правового спора можно определить нарушение публичных интересов, допускаемых в процессе осуществления публичной финансовой деятельности. Тем более что в последние годы в Украине начали признавать необходимость соблюдения определенного баланса публичных и частных интересов

во всех отраслях права, в том числе и в финансовом. Это отмечают в своих работах Д. Гетманцев [9], А. Орлюк [10] и др.

Так, Д. Гетманцев, решая проблему введения в оборот категории финансово-правового обязательства, говорит о необходимости изменения акцентов в определении публичного интереса в публичной финансовой деятельности. Установление баланса частных и публичных интересов в финансовом праве должно осуществляться исходя из ограничений, закрепленных Конституцией Украины, которые не могут иметь обратной силы [9, с. 24]. Публичный интерес, нарушение которого наблюдается в процессе возникновения и разрешения налоговых споров, непременно будет связан с публичной финансовой деятельностью.

В связи с этим правоприменение следует рассматривать в широком смысле, то есть как властную организующую деятельность компетентных органов и лиц, имеющую своей целью содействие адресатам правовых норм в реализации принадлежащих им прав и обязанностей, а также контроль данного процесса. Приведенный выше обобщающий вывод можно сделать, анализируя содержание публичной финансовой деятельности. Под последней в юридической литературе понимают планируемую и систематическую деятельность государства и органов местного самоуправления в сфере мобилизации, распределения, перераспределения и использования публичных фондов средств в целях выполнения возложенных на них задач и функций и удовлетворения публичного интереса [10, с. 16]. Именно публичная финансовая деятельность выступает предметом финансово-правового регулирования. Включение в его содержание налоговых отношений прослеживается в работах ведущих финансистов как Украины, так и зарубежных стран.

И хотя это касается только отдельной составляющей публичной финансовой деятельности, которой выступает деятельность в сфере налогообложения (то есть формирования доходов), так или иначе налоговый спор косвенно влияет на любой из элементов публичной финансовой деятельности, в том числе на распределение

и осуществление расходов публичных фондов средств. Недаром специалисты отмечают, что формирование системы налогообложения, включение в нее определенного количества налогов и сборов не является самоцелью, наоборот, в основе этих процессов лежит четкий ориентир – определенный объем бюджетных ресурсов [11, с. 16]. Именно на налоговую систему возлагается обеспечение поступлений для осуществления публичных расходов. Следовательно, способность быстро, качественно и на законных основаниях решать налоговые споры (как следствие налоговых конфликтов) в значительной мере определяет качество функционирования налоговой системы и правоприменения налогового законодательства всеми сторонами налоговых отношений. Равно как и административными судами в процессе рассмотрения дел, связанных с налоговыми спорами.

К характеристикам налогового спора относится негативное отношение одного из субъектов конкретного налогово-правового отношения к принятию, выполнению или невыполнению закрепленных налогово-правовыми нормами предписаний. Основным актом, содержащим такие нормы, выступает сейчас Налоговый кодекс Украины. Некоторые специалисты, практикующие в сфере налогов, относят налоговые споры к одному из механизмов гарантии реализации прав налогоплательщиков. Это, в частности, отмечает Ю. Божко. Он указывает, что налоговый спор выступает в качестве механизма гарантии реализации субъективных прав заинтересованных лиц и сбалансирования публичных и частных интересов [12, с. 19].

Налоговые споры являются неотъемлемой составляющей налоговых правоотношений и возникают из самой природы и механизмов налогообложения, поскольку налогоплательщик не вправе по своему усмотрению распоряжаться частью имущества, она в виде определенной денежной суммы подлежит внесению в бюджет или внебюджетный целевой фонд. В этой обязанности воплощен публичный интерес всех членов общества; указанная обязанность определяет и законодательную форму закрепления налога, обязанность его уплаты, принуждение



при обеспечении этой обязанности, односторонний характер налоговых обязанностей и т. д. [2, с. 252]. Вместе с тем, если исходить из понимания того, что правовая сфера как разновидность социума является конфликтной (а сфера налогообложения, несомненно, является и правовой, и конфликтной), ее стабильность и возможность правового воздействия на общественные отношения обеспечивается во многом с помощью компромисса. В то же время далеко не всегда достижение компромисса является приемлемым для субъектов налоговых споров.

Как комплекс правоотношений налоговые споры считаются одной из самых сложных категории дел в судебной практике. При этом следует отметить, что в связи с административной реформой, проводимой в Украине с 2011 г., и передачей функций Государственной налоговой службы Украины Министерству доходов и сборов Украины указанные изменения также должны найти отражение и в судебной практике. В целом же высокий уровень качества административного судопроизводства по рассмотрению налоговых споров подтвердил правильность отнесения налоговых споров к юрисдикции административных судов.

Выводы. Проведенный анализ правовой природы и причин возникновения налоговых споров свидетельствует о финансово-правовом и публичном характере таких споров. Публичный интерес, нарушение которого наблюдается в процессе возникновения и разрешения налоговых споров, непременно будет связан с публичной финансовой деятельностью. Налоговые споры являются неотъемлемой составляющей налоговых правоотношений и возникают из самой природы и механизмов налогообложения. Способность быстро, качественно и на законных основаниях решать налоговые споры (как следствие налоговых конфликтов) в значительной мере определяет качество функционирования налоговой системы и правоприменения налогового законодательства всеми сторонами налоговых отношений. Равно как и административными судами в процессе рассмотрения дел, связанных с налоговыми спорами.

Анализ практики рассмотрения налоговых споров позволяет говорить о правильности отнесения налоговых споров (как публично-правовых споров) к юрисдикции административных судов.

Список использованной литературы:

1. Малолеткова О. Интерв'ю Міністра доходів і зборів України Олександра Клименка / О. Малолеткова // Урядовий кур'єр [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://minrd.gov.ua/media-tsentr/intervyu-takomentari/117736.html>.

2. Податкові спори: виникнення, природа, засоби врегулювання / за ред. С.В. Бурая; кол. авторів. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 800 с.

3. Налоговый кодекс Украины : Закон от 2 декабря 2010 года № 2755-VI (с изменениями) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : zakon.rada.gov.ua/go/2755-17.

4. Шаукенов А.Т. Некоторые проблемы теории и философии налогового права : монография / А.Т. Шаукенов. – Алматы : Изд-во Print S, 2009. – 314 с.

5. Бабін І.І. Презумпції та фікції у податковому праві : навч. посібник / І.І. Бабін. – Чернівці : Рута, 2009. – 320 с.

6. Тильчик В.В. Адміністративно-правовий механізм розв'язання податкових спорів : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.07 / В.В. Тильчик ; Нац. ун-т держ. податкової служби України. – Ірпінь, 2011. – 22 с.

7. Шевцова Н.В. Диспозитивність та офіційність при вирішенні податкових спорів в адміністративному судочинстві України : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.07 / Н.В. Шевцова ; Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ. – Дніпропетровськ, 2011. – 24 с.

8. Сасов К.А. Сокращение количества судебных налоговых споров: международный опыт и российская практика / К.А. Сасов // Налоговые споры: опыт России и других стран : сб. по материалам II Междунар. науч.-практ. конф. 21-22 ноября 2008 г., г. Москва / под ред. С.Г. Пепеляева. – М. : Статут, 2009. – 383 с.

9. Гетманцев Д.О. Фінансово-правове зобов'язання: проблеми генези, детермінації та сутності : автореф. дис. докт. юрид. наук : 12.00.07 /

Д.О. Гетьманцев ; Інститут законодавства Верховної Ради України. – Київ, 2012. – 40 с.

10. Орлюк О.П. Фінансове право. Академічний курс : підручник / О.П. Орлюк. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 808 с.

11. Кучерявенко Н.П. Курс налогового права. В 6 т. – Т. III. Учение о налоге / Н.П. Кучерявенко. – Х. : Легас ; Право, 2005. – 600 с.

12. Божко Ю.В. Податковий спір як гарантія захисту прав та інтересів платника податків / Ю.В. Божко // Збірник матеріалів Всеукраїнської конференції «Теоретико-практичні механізми розбудови правової держави», м. Львів, 23-24 вересня 2011 р. – Львів, 2011. – С. 19–20.



РУКОВОДСТВО ПРОКУРОРА В СЛУЖЕБНОМ РАССЛЕДОВАНИИ ТРАНСПОРТНЫХ АВАРИЙ, КАТАСТРОФ

Юрий КОРОБКО,

начальник отдела процессуального руководства

при производстве досудебного расследования органами внутренних дел и поддержания государственного обвинения
Управления надзора за соблюдением законов в уголовном производстве прокуратуры Одесской области

Summary

The problem of investigation of transport catastrophes is complicated a number of circumstances and is a multi-stage algorithm. Especially difficult and laborious intensive the primary stage of investigation, when at presence of primary information the row of thorny problems, related to making decision about the necessity of about the need for complex of primary consequence (search) actions and secret consequence (search) actions, setting and production of judicial examinations efficiency of which depends on the results of official investigation conducted under the direction of a transport public prosecutor decides about an incident.

Key words: guidance of public prosecutor, official investigation, pre-trial investigation, investigation of transport failures, catastrophes, crimes on a transport.

Аннотация

Проблема расследования транспортных катастроф осложнена целым рядом обстоятельств и представляет собой многоступенчатый алгоритм. Особенно сложен и трудоемок первоначальный этап расследования, когда при наличии первичной информации о происшествии решается ряд сложных проблем, связанных с принятием решений о необходимости проведения комплекса первоначальных следственных (розыскных) действий и негласных следственных (розыскных) действий, назначении и производстве судебных экспертиз, эффективность которых зависит от результатов служебного расследования, проведенного под руководством транспортного прокурора.

Ключевые слова: руководство прокурора, служебное расследование, досудебное расследование, расследование транспортных аварий, катастроф, преступления на транспорте.

Актуальность темы исследования. Деятельность прокурора при открытии уголовного производства о преступлениях на объектах железнодорожного, воздушного и водного транспорта выражена в необходимости непосредственного изучения ним материалов служебного расследования, что позволяет решить вопрос о достаточности условий для открытия уголовного производства, установить обстоятельства уголовных правонарушений, обеспечить принцип неотвратимости наказания лиц, виновных в совершении преступления. Из отмеченного усматривается, что результаты служебного расследования, как и материалы следственной проверки, позволяют решить вопрос о достаточности условий для открытия уголовного производства о преступлениях на транспорте.

Отдельные аспекты исследуемой проблемы анализировались такими учёными, как В.В. Коваленко [1], О.О. Волобуева [2], Н.С. Карпов [3], М.В. Капустина [4], И.М. Твердохлеб [5] и др. В своих трудах они исследовали понятие, значение и порядок осуществления служебного расследования. Однако вне поля зрения остались проблемы его право-

вой регуляции, роль прокурора в её осуществлении.

Учитывая сказанное, основная **цель статьи** – раскрыть правовые и методологические аспекты участия прокурора в проведении служебного расследования аварий и катастроф на объектах железнодорожного, воздушного и водного транспорта.

Основные задачи, которые подлежат решению, можно определить следующим образом: 1) выяснение соотношения следственной проверки сведений о транспортных преступлениях и служебного (ведомственного) расследования транспортных событий; 2) определение особенностей правовой регуляции осуществления служебного расследования; 3) анализ правовой природы результатов служебного расследования; 4) исследование роли прокурора в осуществлении служебного расследования.

Изложение основного материала. Анализируя проблемы соотношения следственной проверки и служебного (ведомственного) расследования, целесообразно указать на их общие и отличные признаки. К общим необходимо отнести то, что осуществляются они, как правило, путем совершения похожих дей-

ствий: осмотра места происшествия, истребования документов, получения объяснений от лиц, причастных к расследуемому событию, консультации с лицами, которые владеют специальными знаниями в отрасли эксплуатации транспорта.

Часто совпадают цель и задания указанных видов деятельности. Как во время служебного расследования, так и в процессе следственной проверки решению подлежат вопросы, связанные с установлением обстоятельств события и причастных к нему лиц [6]. В то же время служебное расследование и следственная проверка существенно отличаются друг от друга. Прежде всего разной является юридическая сила нормативно-правовых актов, регламентирующих порядок их осуществления. Порядок осуществления следственной проверки регламентируется Уголовным процессуальным кодексом Украины (ст. 36, 214 УПК Украины) [7].

Служебное расследование осуществляется на основании ведомственных нормативно-правовых актов. Так, на железнодорожном транспорте действует Положение о классификации транспортных происшествий, Приказ «О меропр-



ятиях относительно обеспечения безопасности движения на железнодорожном транспорте» от 3 января 2001 г. № 2-Ц с дополнениями, внесёнными приказом от 25 февраля 2002 г. № 84-Ц, Приказ Министерства транспорта Украины «Об утверждении и введении в действие Инструкции о порядке служебного расследования транспортных происшествий и нарушений безопасности движения на железной дороге Украины» № 259 от 27 апреля 2001 г. с соответствующими изменениями [8; 9].

На воздушном транспорте действуют Правила расследования авиационных происшествий и инцидентов с гражданскими воздушными судами в Украине, утверждённые Приказом Государственной службы Украины по надзору за обеспечением безопасности авиации № 943 от 13 декабря 2005 г. [10].

На внутреннем водном транспорте действует Положение о порядке расследования и учёта транспортных происшествий на внутренних водных путях Украины, утверждённые Приказом Министерства транспорта Украины № 857 от 5 ноября 2003 г. [11].

Предмет следственной проверки (ст. 214 УПК Украины) при расследовании транспортных катастроф определён ст. 91 УПК Украины. Круг обстоятельств, подлежащих доказыванию при транспортных катастрофах, представляется следующим образом: а) является ли данное происшествие транспортной катастрофой (происшествием); б) какие виды транспорта участвовали в происшествии, каков механизм катастрофы; в) место и время происшествия, его последствия; г) кто пострадал; д) степень тяжести телесных повреждений или характер и размер причиненного ущерба; е) по чьей вине произошло событие (членов экипажа, диспетчера, пассажира и т. д.); ж) какие положения правил эксплуатации транспортных средств были нарушены виновным и в чем выразились эти нарушения; з) степень виновности подозреваемого и мотивы преступления; и) наличие причинной связи между допущенными нарушениями правил экс-

плуатации транспортных средств и наступившими последствиями; к) обстоятельства, влияющие на степень и характер ответственности подозреваемого; л) обстоятельства, способствовавшие преступлению. Кроме этого, ч. 2 ст. 91 УК Украины обязывает осуществлять доказывание в форме собирания, проверки и оценки доказательств с целью установления обстоятельств, которые имеют значение для уголовного производства [7].

Совокупность фактических данных об этом комплексе обстоятельств и составляет криминалистическую характеристику отдельного вида (группы) преступлений [12, с. 14-16]. Поскольку преступные нарушения на транспорте имеют характерные особенности, связанные с производством, необходимо установить характеристику предприятия (организации) в целом и объекта, на котором произошло расследуемое событие; круг лиц, в обязанность которых входит обеспечение безопасных условий труда (субъектом преступления могут быть лишь лица, на которых в силу их служебного положения или по специальному распоряжению возложена обязанность по соблюдению техники безопасности и иных правил по охране труда на соответствующем участке работы или по контролю за их исполнением); причинную связь между нарушением установленных правил и наступившими последствиями. При этом следствие должно ссылаться на конкретные пункты действующих правил охраны труда, нарушение которых повлекло указанные в законе последствия; факт возможности предвидения и предотвращения происшедшего события лицами, чьи ненадлежащие действия либо бездействие причинно связаны с происшедшим; уровень специальной подготовки виновного, нужный для предвидения вредных последствий; роль потерпевшего в происшествии [13, с. 173].

Причинная связь по делам о транспортных катастрофах чаще всего возникает между нарушениями отдельных норм законов, ведомственных и локальных правил на транспорте путем бездействия и

наступившим преступным результатом. При этом, считая бездействие решающим фактором в развитии причинной связи, мы исходим из сформулированных в юридической литературе обязательных условий возникновения такой связи, а именно из наличия обязанности и возможности действовать в соответствии с существующими правилами и нормами на транспорте, что предотвращает наступление преступного результата. Действительно, причинная связь может быть простой и сложной в зависимости от вмешательства различных факторов или действий определенных лиц.

Как пишет В.Н. Кудрявцев, «длительность причинной связи в пространстве и времени по большинству указанных дел часто довольно значительна, т. е. причина и следствие нередко бывают отделены друг от друга целой цепью других событий, происшедших порой в разных местах и в различное время» [14, с. 211]. При этом причинная связь в силу своеобразия производственных условий и способствующих происшествию факторов часто состоит из нескольких звеньев, среди которых выделяются основные и второстепенные. Основным недостатком выявления причинной связи по данной категории производств является то, что следователи в ряде случаев ограничиваются в ходе расследования установлением лишь тех звеньев, которые связаны с нарушением правил движения транспорта со стороны должностных лиц или самих потерпевших. При этом недостаточно внимания уделяется выявлению и характеру производственных и некоторых других факторов на конечный преступный результат. В результате не всегда устанавливается механизм расследуемого события, не выявляются все виновники.

Что касается предмета служебного расследования, то он установлен в ведомственных нормативных актах и включает в себя установленные обстоятельства о причинах происшествия, установление круга лиц, причастных к его возникновению. В связи с этим необходимо учитывать, что существенно отличаются между собой виды преступных действий,



в которых проводится следственная проверка и служебное расследование, поскольку уголовно наказуемые остаются только те происшествия на транспорте, которые имеют общественно-опасный характер. Только в определённой, как правило, незначительной части всех случаев, которые имеют место на транспорте, производится следственная проверка. Что касается служебного расследования, то оно должно осуществляться в отношении каждого случая.

Практическое значение имеет также определение разной природы итоговых документов следственной проверки и служебного расследования. Итоговым документом следственного расследования выступает соответствующий акт служебного расследования. Итогом следственной проверки выступает внесение следователем, прокурором соответствующих данных об уголовном правонарушении в Единый реестр досудебных расследований, на основании чего и осуществляется досудебное расследование (ч. 1 ст. 214 УПК Украины) [7]. Понятно, что транспортные катастрофы требуют осуществления досудебного расследования до внесения информации в Реестр. Например, осмотр места катастрофы, который осуществляется до внесения информации в Реестр. Кроме этого, УПК Украины определил, что в случае выявления признаков уголовного правонарушения на морском или речном судне, которое пребывает за границами Украины, досудебное расследование начинается незамедлительно; ведомости о нём вносятся в Единый реестр досудебных расследований при первой же возможности (ч. 3 ст. 214 УПК Украины) [7]. На наш взгляд, корректней было бы определить законодателем вышеизложенное третье предложение ч. 3 ст. 214 УПК в таком ракурсе: «...*В случае выявления признаков катастрофы, признаков уголовного правонарушения на морском ... (далее по тексту)*».

В Едином реестре досудебных расследований автоматически фиксируется дата внесения информации и присваивается номер уголовно-

го производства. Что касается акта служебного расследования, то он может повлечь за собой только дисциплинарную ответственность работников конкретного вида транспорта, которые совершили нарушение правил безопасности движения или эксплуатации транспорта. По результатам следственной проверки решается вопрос об уголовной ответственности виновного лица.

В случаях, установленных законодательством, акты служебного расследования должны направляться в правоохранительные органы (в случае катастрофы, аварии, выявлении хищений грузов и др.) с соответствующими прилагаемыми к ним материалами. Акты служебного расследования и прилагаемые к ним материалы в большинстве случаев являются основанием (ч. 6 ст. 214 УПК Украины) для открытия уголовного производства, но при условии проведения следователем, прокурором следственной проверки в соответствии с УПК (п. 1, 6 ст. 36, 214 и т. п.).

Отдельного исследования требует вопрос об участии прокурора в служебном расследовании. Вопрос относительно участия прокурора в производстве прокурорской следственной проверки или органами досудебного расследования в уголовном производстве о преступлениях, совершаемых на разных видах транспорта, регулируется УПК Украины (ст. 36, 214 УПК), указаниями Генерального прокурора и рассматриваются в границах осуществления прокурором процессуального руководства досудебным расследованием. Изучение уголовных производств транспортных прокуратур дало возможность сделать заключение о том, что во время производства служебного расследования прокурор принимает в нём активное участие, не ограничиваясь только присутствием во время производства отдельных действий. Это позволяет ему объективно оценить результаты служебного расследования, проверить их путём производства процессуальных действий, а также влечёт за собой высокое качество уголовного производства.

Направленные в прокуратуру материалы таких расследований

определили и наиболее типичные нарушения, которые допускаются во время их производства: несвоевременность составления документов; заполнение не всех строчек (граф), которые предусмотрены формой документа; отсутствие необходимых подписей или печатей, документов, указанных в дополнениях, приложениях; знаки на корпусе запорно-пломбировочного устройства и пломбах, которые прилагаются к документам, не соответствуют данным, указанным в них; недостаточно чётко и полно излагаются обстоятельства несохранности груза; документ составляется в отсутствие материально-ответственных лиц; в документах не указывается полная опись товара.

Руководствуясь положениями Закона Украины «О прокуратуре», прокурор имеет право ознакомиться с материалами служебного расследования на всех стадиях уголовного производства, ставить перед комиссией вопросы, которые подлежат обязательному решению [15]. Особенно актуальным является использование транспортным прокурором этих полномочий ввиду возможной заинтересованности работников транспорта в результатах служебного расследования. Последние, прибыв на место происшествия и пытаясь избежать ответственности за допущенные недостатки в работе, которые привели к катастрофе или аварии, фальсифицируют документы служебного расследования. Задание прокурора в таких случаях состоит в упреждении фактов сокрытия аварий или катастроф на транспорте.

Изучая материалы служебного расследования, прокурор должен обращать внимание на составление документов об обстоятельствах аварии или катастрофы специалистами, которые включены в группу служебного расследования, совместно с работниками, ответственными за состояние объектов транспорта [16]. Например, для расследования катастроф, аварий и серьёзных инцидентов на объектах железнодорожного транспорта приказом начальника железной дороги назначается постоянно действующая комиссия, в со-



став которой включаются заместители начальника железной дороги по хозяйству, заместитель начальника железной дороги – главный ревизор по безопасности движения поездов и автомобильного транспорта железной дороги, начальники служб или их заместители, начальник дирекции железнодорожных перевозок, главный ревизор по безопасности движения поездов и автотранспорта отделения железной дороги, соответствующие ревизоры по безопасности движения поездов и автотранспорта железной дороги и отделения железной дороги, начальники структурных подразделений железной дороги. Принимают участие в расследовании руководители и специалисты соответствующих главных управлений и управлений железной дороги Украины [17]. Несмотря на это, в юридической литературе упоминаются частые случаи производства служебного расследования без участия ревизоров по безопасности движения, формальность проведения такого расследования и иные нарушения [18].

Показания, которые получены во время производства служебного расследования членами комиссии от лиц, причастных к возникновению аварии или катастрофы, передаются следователю либо прокурору. В связи с чем прокурор должен проверить, не получали ли эти лица от руководства указания относительно того, какие показания они должны дать. Поэтому большое значение имеет своевременное прибытие на место происшествия следователя или прокурора и принятие мер относительно упреждения сговора между работниками и руководством соответствующего транспортного предприятия.

Транспортный прокурор должен ознакомиться с информацией, изложенной в показаниях лиц, причастных к возникновению аварии или катастрофы, а в случаях возникновения сомнений в их достоверности, провести мероприятия для получения показаний членами комиссии, которая проводит служебное расследование. Если информация, полученная от таких лиц, несёт в себе исключительно весомое значение

для расследования преступления, прокурор должен получить показания лично [16].

Прокурору также необходимо обратить внимание следователя на необходимость получения документов и предметов, изъятых во время производства служебного расследования, поскольку они могут иметь доказательственное значение в процессе установления причин и условий аварии или катастрофы. Для оценки полноты, всесторонности и объективности установления по результатам служебного расследования причин аварии или катастрофы, установления лиц, причастных к её возникновению, прокурору также целесообразно принять участие в оперативных совещаниях, которые проводятся для обсуждения результатов служебного расследования.

В соответствии с п. 3.3 Приказа Министерства транспорта Украины «Об утверждении и введении в действие Инструкции о порядке служебного расследования транспортных происшествий и нарушений безопасности движения на железных дорогах Украины» № 259 от 27 апреля 2001 г. по одному экземпляру материалов служебного расследования железнодорожного происшествия с тяжкими последствиями либо железнодорожного события направляют в прокуратуру, главное управление безопасности движения и экологии железной дороги Украины, соответствующее главное управление, Министерство транспорта Украины и аппарат главного ревизора по безопасности движения поездов и автотранспорта железной дороги, а также в соответствующую службу управления железной дороги. По одному экземпляру остаётся в дирекции железнодорожных перевозок и в структурном подразделении, работники которого допустили железнодорожное событие с тяжкими последствиями либо железнодорожную аварию, катастрофу. Первый экземпляр материалов служебного расследования направляется в прокуратуру [8].

На транспортного прокурора возлагается обязанность контролировать сроки составления акта служебного расследования и сроки на-

правления ему соответствующих материалов. Своевременность их получения влияет на решение вопроса об открытии уголовного производства. Кроме этого, аварии и катастрофы на транспорте, как уже говорилось, в большинстве случаев сопровождаются травматизмом и гибелью людей, причинением значительного материального вреда, характеризуются сложностью расследования. Данные обстоятельства обуславливают необходимость повышения уровня правовой регламентации служебного расследования соответствующих событий [19], усиления руководства прокурора в их производстве.

Таким образом, служебное расследование транспортных событий – это комплекс мероприятий, которые осуществляются в границах ведомственной компетенции органов и должностных лиц предприятий и учреждений железнодорожного, водного, воздушного или иного вида транспорта на условиях и в порядке, предусмотренном ведомственными нормативно-правовыми актами, с целью установления или уточнения обстоятельств, причин и условий события, установлении круга лиц, причастных к его возникновению.

Выводы. Учитывая изложенное, считаем, что материалы служебного расследования аварий и катастроф на транспорте, при условии надлежащего их оформления, имеют особое значение для решения вопроса об открытии уголовного производства и влияют на эффективность расследования преступлений данной категории, а также позволяют прокурору решить вопрос о достаточности оснований о принятии органами досудебного расследования соответствующих процессуальных решений.

В законодательстве Украины отсутствует указание на участие прокурора в проведении служебного расследования. На наш взгляд, участие прокурора в производстве служебного расследования не должно ограничиваться возможностью ознакомления с результатами такого расследования. Для решения задач прокурора во время осуществления надзора, а также с целью повышения качества служебного расследования



транспортному прокурору должно обеспечиваться право непосредственного участия в его производстве. Более того, считаем целиком обоснованной ситуацию, когда прокурор будет наделён полномочиями руководства в проведении служебного расследования со всеми организационно-правовыми последствиями, которые из этого исходят.

Список использованной литературы:

1. Коваленко В.В. Актуальні проблеми застосування науково-технічних засобів спеціалістами при провадженні слідчих дій : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.09 / В.В. Коваленко ; Нац. акад. внутр. справ України. – К., 2004. – 20 с.
2. Волобуєва О.О. Взаємодія слідчого з фахівцями під час збору інформації про особу, що скоїла злочин : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.09 / О.О. Волобуєва ; Київ. нац. ун-т внутр. справ. – К., 2006. – 20 с.
3. Карпов Н.С. Криміналістичні засади вивчення злочинної діяльності : автореф. дис. д-ра юрид. наук : 12.00.09 / Н.С. Карпов ; Київ. нац. ун-т внутр. справ. – К., 2008. – 32 с.
4. Капустіна М.В. Методика розслідування крадіжок вантажів на залізничному транспорті, вчинених злочинними групами : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.09 / Марієтта Владиславівна Капустіна ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2007. – 20 с.
5. Твердохліб І.М. Методика розслідування крадіжок, учинених в умовах надзвичайних ситуацій : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.09 / І.М. Твердохліб ; Київ. нац. ун-т внутр. справ. – К., 2008. – 16 с.
6. Наумов А.М. Прокурорський надзор за законністю предварительного расследования преступлений на транспорте : дисс. канд. юрид. наук : 12.00.11 // Андрей Михайлович Наумов. – М., 2005. – 238 с.
7. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI // Голос України. – 2012. – № 90–91 ; Урядовий кур'єр. – 2012. – № 99.
8. Про затвердження та введення в дію Інструкції про порядок службового розслідування транспортних подій та порушень безпеки руху на залізницях України : Наказ Міністерства транспорту України № 259 від 27.04.2001 зі змінами та доповненнями від 21.07.2003 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uazakon.com/documents/date_13/pg_ijcdos.htm.
9. Зеркалов Д.В. Управління залізничним транспортом / Д.О. Шамрай, Т.Г. Яновська, М.В. Дорошенко, Д.В. Зеркалов ; за ред. Д.В. Зеркалова. – К. : Основа, 2004. – 351 с.
10. Правила розслідування авіаційних подій та інцидентів з цивільними повітряними суднами в Україні, затверджені Наказом Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації № 943 від 13 грудня 2005 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.nau.ua>.
11. Положення про порядок розслідування і обліку транспортних подій на внутрішніх водних шляхах України, затверджене Наказом Міністерства транспорту України № 857 від 5 листопада 2003 р. // Право. Європейські перспективи. – 2010. – № 4 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua/>.
12. Драпкин Л.Я. Предмет доказывания и криминалистические характеристики преступлений // Криминалистические характеристики в методике расследования преступлений. – Свердловск, 1978.
13. Лапин Е.С. Расследование преступных нарушений правил охраны труда : учебное пособие под ред. В.И. Комиссарова. – Саратов : ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2003.
14. Кудрявцев В.Н. Объективная сторона преступления. – М. : Госюриздат, 1960.
15. Про прокуратуру : Закон України від 5 листопада 1991 р. № 1789-XII // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.nau.ua>.
16. Расследование крушений и аварий на железнодорожном транспорте. Методическое пособие / [под ред. О.В. Сороки]. – М., 1984. – 160 с.
17. Положення про систему управління безпекою руху поїздів у Державній адміністрації залізничного транспорту України, затверджене Наказом Міністерства транспорту та зв'язку України № 818 від 14.09.2004 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua/>.
18. Коршиков В. У полі зору прокуратури – безпека руху на підприємствах автомобільного, авіаційного та залізничного транспорту / В. Коршиков // Вісник прокуратури. – 2009. – № 7 (97). – С. 26–32.
19. Дудышкин Б.Н. Правовое регулирование служебного расследования транспортных происшествий (аварии, крушения, катастрофы). Учебное пособие / Б.Н. Дудышкин. – М., 2001. – 82 с.



ДВУСТОРОННИЕ И МНОГОСТОРОННИЕ СОГЛАШЕНИЯ УКРАИНЫ С ДРУГИМИ СТРАНАМИ МИРА И СНГ ОТНОСИТЕЛЬНО АВТОРСКИХ ПРАВ

Андрей КОТЛЯР,

соискатель кафедры гражданского права № 2
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Summary

Article is devoted to the research of an issue of sources of International Law, that regulates relationships in sphere of protection of intellectual property rights and that's has power at the territory of Ukraine. The author provides the analysis of the features of giving to provisions of international treaties the status of domestic legislation. It's also considered the scientific points of view on issue of succession in the process of attainment of independence by the country from point of view of implementation the provisions of International treaties. The author also conducts the characteristics of provision of bilateral international treaties that's have the status of a part of domestic legislation and considers the features of its application in practice activity.

Key words: an intelligent property, copyright, international treaty.

Аннотация

Статья посвящена рассмотрению вопроса источников международного права, которые регулируют отношения в сфере охраны прав интеллектуальной собственности и действуют на территории Украины. Автором проводится анализ особенностей предоставления положениям международных договоров статуса части национального законодательства, подходов к вопросу правопреемственности при обретении государством независимости в части действия международных договоров, а также характеристика положений двусторонних соглашений, которые являются частью национального законодательства Украины. Проведен анализ особенностей применения на практике положений международных договоров при условии существования подобных положений в других источниках международного права, которые стали частью национального законодательства в порядке правопреемственности.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, авторское право, международный договор.

Постановка проблемы. На данный момент Украина является участницей всех основных многосторонних международных нормативных актов (конвенций) в сфере охраны авторских прав. Однако существование международных конвенций не исключает для государств-участников возможности заключения двусторонних соглашений, более того, в последние годы тенденция заключения таких соглашений проявляется наиболее отчетливо [1, с. 334]. Одна из причин такого положения вещей – растущее «пиратское» использование объектов интеллектуальной собственности, а, как известно, наибольшее количество нарушений авторского права происходит именно в странах, которые не являются участниками ни одной из основных конвенций. Другая причина – то, что ряд положений основных международно-правовых актов в сфере охраны авторского права перестали соответствовать уровню развития технических и информационных средств на современном этапе.

Актуальность темы исследования обуславливается общественной значимостью проблем пиратского использования интеллектуальной собственности и, как следствие, причинения такими деяниями значимого

материального ущерба владельцам авторских прав, что в свою очередь обуславливает необходимость определения путей применения международных стандартов в сфере защиты авторского права и надлежащего научного сопровождения этого процесса.

Состояние исследования. Вопросы охраны и защиты прав интеллектуальной собственности освещались на страницах научных исследований таких отечественных и зарубежных ученых, как Б. Антимонов, М. Богуславский, А. Ваксберг, Э. Гаврилов, В. Ионас, Н. Макагонова, А. Моцик, А. Мельник, С. Стюарт и другие.

Целью и задачей статьи является освещение вопроса правового регулирования общественных отношений в области охраны авторских прав посредством двусторонних соглашений Украины с другими странами.

Изложение основного материала. Рассматривая поставленный вопрос, следует учитывать не только содержание соглашений, которые были заключены после обретения Украиной независимости, но также и те, которые были заключены компетентными органами СССР и могут иметь юридическую силу на территории Украины в порядке правопреемства.

Вопрос о действии международных договоров на территории Украины достаточно урегулирован положениями отечественного законодательства и довольно широко описан в научной литературе.

Прежде всего, статья 9 Конституции Украины устанавливает, что действующие международные договоры, согласие на обязательность которых определена Верховной Радой Украины, являются частью национального законодательства Украины [2]. Также Основным законодательным актом, на который должно обращать внимание при изучении вопроса действия двух- и многосторонних договоров Украины, является Закон Украины «О международных договорах Украины» от 29 июня 2004 года [3].

Однако определенные сложности возникают при решении вопроса о юридической силе международных актов бывшего СССР.

Проблема определения правовых основ действия нормативных актов СССР в Украине решалась на правотворческом и правоприменительном уровнях со времени обретения Украиной независимости. Так, Постановлением Верховной Рады Украины «О порядке временного действия на тер-



ритории Украины отдельных актов законодательства Союза ССР» от 12 сентября 1991 года было установлено, что до принятия соответствующих актов законодательства Украины на территории республики применяются акты законодательства Союза ССР по вопросам, не урегулированным законодательством Украины, при условии, что они не противоречат Конституции и законам Украины [4].

Согласно статье 3 Закона Украины «О правопреемстве Украины» от 12 сентября 1991 года на территории Украины действуют акты, принятые Верховной Радой УССР, поскольку они не противоречат законам Украины, принятым после провозглашения независимости Украины. В то же время, в соответствии со статьями 6 и 7 этого Закона, Украина подтвердила свои обязательства по международным договорам, заключенным УССР до провозглашения независимости Украины, а также стала правопреемницей прав и обязанностей по международным договорам Союза ССР, не противоречащим Конституции Украины и интересам республики [5].

Однако относительно толкования норм этого Закона были высказаны различные точки зрения. Так, по мнению А. Моцика, Закон Украины «О правопреемстве Украины» является лишь «декларацией и не определяет механизма имплементации намерения Украины нести юридические обязанности и приобретать юридические права по договорам бывшего Союза ССР» [6, с. 23].

Противоположный взгляд также выражается учеными и заключается в том, что общепринятым обычным принципом в области правопреемства при полном распаде или отделении части государства можно считать правило автоматического континуитета международных договоров.

Указанный Закон дает основания и для третьей точки зрения, согласно которой Закон устанавливает выборочный подход к определению действительности договоров бывшего СССР, то есть условием их действительности выступает непротиворечивость договоров СССР Конституции и национальным интересам Украины.

Таким образом, следует согласиться с мнением, что «субъекты внутри-

государственного права исполняют обязанности и могут пользоваться правами, вытекающими из таких договоров, до тех пор, пока Конституционный Суд Украины как единственный орган конституционной юрисдикции не примет решение относительно возможного несоответствия того или иного договора Основному закону государства. Субъектами права на конституционное представление на предмет такого вывода выступают Президент и Кабинет Министров Украины» [8].

Итак, следует признать, что в настоящее время определенные международные соглашения, заключенные компетентными органами СССР, являются действующими на территории Украины и будут оставаться в силе, в частности, до принятия новых международных соглашений по тем же вопросам.

За время своего существования СССР заключил ряд двусторонних международно-правовых договоров о взаимной охране исключительных авторских прав, например, такие соглашения были подписаны с Болгарией, Венгрией, Польшей, Австрией, Швецией и т. д. [8; 9; 10; 11; 12].

Правовое регулирование охраны авторских прав на основании подобных соглашений, как правило, базировалось на взаимном предоставлении странами-участницами национального режима охраны. Итак, правовое положение авторов таких стран-участниц подписанных с Союзом ССР договоров было приравнено к положению советских граждан-авторов [13, с. 199]. Такая охрана предоставлялась произведениям иностранцев независимо от места, где произошел первый выпуск соответствующих произведений в свет. Выплата авторского вознаграждения должна была проводиться в валюте страны, где использовалось произведение, а также предусматривались правила избегания двойного налогообложения. Налогообложение авторского вознаграждения должно было проводиться в стране постоянного проживания конкретного автора. Охрана исключительных прав авторов предоставлялась в течение срока, который был предусмотрен в национальном законодательстве страны-участницы. Однако предоставление охраны в течение более длительного срока было диспозитивным правилом.

С учетом того, что в настоящее время Украина является участником Бернской Конвенции, а также принимая во внимание политические процессы, произошедшие в странах Восточной Европы (прекращение существования многих государств), многие из подписанных СССР двусторонних соглашений уже не имеют практического значения.

Декларируемое Украиной желание постоянно развивать двусторонние международно-правовые связи в сфере охраны исключительных прав было практически воплощено в подписании ряда соглашений о культурном и научном сотрудничестве.

Так, Соглашение между Правительством Украины и Правительством Республики Польша о сотрудничестве в области культуры, науки и образования от 20 мая 1997 года содержит очень важные положения, закрепленные в статье 14: «Каждая из Договаривающихся Сторон признает авторские права, принадлежащие физическим и юридическим лицам другой Договаривающейся Стороны, а также их правопреемникам, и гарантирует охрану этих прав в соответствии с принципами, содержащимися в Соглашении по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (TRIPS), которая является приложением к Соглашению о создании Всемирной торговой организации (WTO). Договаривающиеся Стороны будут обеспечивать взаимную охрану авторских и смежных прав физических и юридических лиц в соответствии со стандартами, которые являются обязательными в Европейском Союзе и предусмотрены Бернской конвенцией об охране литературных и художественных произведений и Римской конвенцией об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и организаций вещания». Однако следует отметить, что эта норма не может рассматриваться как отменяющая положения ранее заключенного Соглашения между СССР и Польшей о взаимной охране авторских прав, поскольку последняя содержит не только общую норму о взаимном признании авторских прав и декларацию принципов и стандартов правовой охраны, а также нормы прямого действия, направленные на урегулирование определенного количества специальных вопросов сроков, объема и условий правовой



охраны, устранения двойного налогообложения авторского вознаграждения и т. д. [14].

Соглашение с Литовской Республикой о сотрудничестве в области образования, науки и культуры от 4 августа 1993 года предусматривает сотрудничество в области охраны авторских прав в соответствии с внутренним законодательством и международными обязательствами указанных государств (статья 5) [15].

Подобные двусторонние договоры о научно-культурном сотрудничестве Украины были заключены также с Болгарией, Францией [16; 17] и другими странами. Однако большинство таких соглашений содержат лишь общие заявления о сотрудничестве в указанных сферах и не включают конкретных норм, регулирующих отношения в сфере охраны авторских прав.

Следует отдельно рассмотреть специальное соглашение, посвященное межгосударственному сотрудничеству в сфере авторского и смежных прав, которое было заключено между Украиной и Азербайджаном [18]. Кроме процедур, касающихся сотрудничества в культурной сфере, данное соглашение содержит нормы о взаимном признании авторских прав и их охраны.

Следует также обратить внимание на Соглашение о сотрудничестве в сфере интеллектуальной собственности между Кабинетом Министров Украины и Правительством Китайской Народной Республики, заключенное 18 ноября 2002 года. Это соглашение направлено на дальнейшее расширение взаимовыгодного сотрудничества Украины и Китая в различных сферах (экономики, торговли, науки и т. д.), чему будет способствовать эффективная охрана исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности и, в частности, исключительных авторских прав на произведения. Особо следует подчеркнуть обязательства стран-участниц по принятию всех необходимых мер для запрета контрафактного производства или распространения продукции (статья 6 Соглашения) [19].

Одним из наиболее важных направлений международного взаимодействия Украины с другими странами в области международной охраны авторских прав является ее участие в соглашениях, заключенных в рамках СНГ.

Распад СССР привел к ликвидации, в частности, единой для всех союзных республик системы охраны исключительных прав. В такой ситуации возникла необходимость создать общую нормативную базу, направленную на обеспечение единого подхода к урегулированию вопросов защиты авторских прав. Это обуславливает важность Соглашения о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав, подписанного 24 сентября 1993 года большинством государств, ранее входивших в бывший Союз ССР [20]. Настоящее Соглашение ратифицировано Законом Украины «О ратификации Соглашения о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав» от 27 января 1995 года [21].

Страны, подписавшие настоящее Соглашение, обязаны принять необходимые меры для обеспечения выполнения тех международно-правовых обязательств, которые вытекают из подписания СССР Всемирной конвенции об авторском праве [22]. В рамках отношений между отдельными государствами, подписавшими Соглашение, также установлены обязательства по руководству всеми принципами и положениями Всемирной конвенции об авторском праве. Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав также содержит положения относительно разрешения коллизий в установлении срока действия исключительных авторских прав, законодательской и правоприменительной деятельности стран-участниц в области авторских прав, проведения совместной деятельности по борьбе с незаконным использованием произведений, по созданию национальных организаций коллективного управления авторскими правами и т. д. [20].

Однако в настоящее время существует необходимость в принятии соглашений, которые урегулировали бы процедуру избегания двойного налогообложения доходов, получаемых от использования произведений, равно как и других аспектов процедуры выплаты авторского вознаграждения между субъектами разных государств. Это обусловило внесение предложения о создании в данной сфере специального органа (межгосударственного комитета) странами СНГ, который бы координировал решение обозначенных

вопросов [23, с. 28].

Необходимость дальнейшего развития и совершенствования межгосударственных отношений в области культуры привела к заключению странами СНГ Соглашения о сотрудничестве в области кинематографии [24]. Настоящее Соглашение было подписано 10 февраля 1995 года всеми странами-участницами СНГ, однако его положения не исключают при этом возможности участников заключать в дальнейшем другие двусторонние и многосторонние международно-правовые договоры в области кинематографии.

Также следует отметить, что еще одним немаловажным договором является Соглашение о сотрудничестве по пресечению правонарушений в области интеллектуальной собственности [25], которое было заключено 6 марта 1998 года. Оно ратифицировано Законом Украины «О ратификации Соглашения о сотрудничестве по пресечению правонарушений в области интеллектуальной собственности» от 21 сентября 2000 года [26].

Выводы. Сейчас в Украине уже созданы правовые условия, необходимые для эффективного преодоления территориальной разобщенности, существующей в области охраны прав авторов. Однако несмотря на наличие международных двух- и многосторонних соглашений, которые в значительной мере влияют на законодательный процесс отдельных государств, национальные законодательства отдельных стран сохраняют, тем не менее, определенные различия в отношении требований, предъявляемых для предоставления правовой охраны, содержания правомочий правообладателей и случаев их ограничения, ответственности за нарушение прав правообладателей и т. д. Закрепляемый многими двусторонними соглашениями принцип взаимности не может в полной мере обеспечить эффективность и унификацию правовой охраны исключительных прав в масштабах определенного региона и мира в целом.

В связи с этим очень актуальной является разработка и подписание двусторонних и многосторонних соглашений по отдельным вопросам правового регулирования в сфере охраны авторских прав, содержащих конкретные нормативные предписания, позволяющие обеспечить одинаковый подход к



урегулированию данной сферы общественных отношений и эффективную защиту прав правообладателей.

С целью дальнейшей унификации национальных законодательств стран СНГ в области правовой охраны объектов творчества также является необходимым разработка и подписание модельного закона об охране авторских прав для стран-участниц СНГ.

Список использованной литературы:

1. Stewart S.M. International Copyright and Neighbouring Rights. – 2 cd. – London : Butterworths, 1989. – P. 334.
2. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. (З наступними змінами).
3. Закон України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 року // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.
4. Постанова Верховної Ради України «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР» від 12 вересня 1991 року // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 46. – Ст. 621.
5. Закон України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 року // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 46. – Ст. 617.
6. Моцик О.Ф. Гарантія незворотності міжнародного визнання. Формування договірно-правової бази України // Політика і час. – 1997. – № 5–6. – С. 23.
7. Мельник А. Міжнародні договори колишнього СРСР: частина національного законодавства України? // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1075>.
8. Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Народной Республики Болгарии о взаимной охране авторских прав от 16 января 1975 года // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.lawrussia.ru/texts/legal_743/doc743a861x659.htm.
9. Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Венгерской Народной Республики о взаимной охране авторских прав от 16 ноября 1977 года // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_33477.html.
10. Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Польской Народной Республики о взаимной охране авторских прав от 4 октября 1974 года // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_33476.html.
11. Соглашение между Союзом Советских Социалистических Республик и Австрийской Республикой о взаимной охране авторских прав от 16 декабря 1981 года // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_33475.html.
12. Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Королевства Швеции о взаимной охране авторских прав от 15 апреля 1986 года // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_33957.html.
13. Шатров В.П. Международное сотрудничество в области изобретательского и авторского права / В.П. Шатров. – М. : Международные отношения, 1982. – С. 199.
14. Угода між Урядом України і Урядом Республіки Польща про співробітництво в галузі культури, науки і освіти від 20 травня 1997 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=616_058&new=1.
15. Угода між Урядом України та Урядом Литовської Республіки про співробітництво в галузі освіти, науки та культури від 4 серпня 1993 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=440_049&new=1.
16. Угода між Урядом України та Урядом Республіки Болгарії про співробітництво в галузях освіти, науки і культури від 5 жовтня 1992 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=100_001&new=1.
17. Угода про культурне, науково-технічне співробітництво між Урядом України та Урядом Французької Республіки від 19 жовтня 1995 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=250_056&new=1.
18. Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Азербайджанської Республіки про співробітництво у сфері охорони авторського права і суміжних прав від 14 лютого 2002 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=031_027.
19. Угода про співробітництво у сфері інтелектуальної власності між Кабінетом Міністрів України і Урядом Китайської Народної Республіки від 18 листопада 2002 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=156_001&p=1175511658137986.
20. Угода про співробітництво в галузі охорони авторського права і суміжних прав від 24 вересня 1993 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=997_045&new=1.
21. Закон України «Про ратифікацію Угоди про співробітництво в галузі охорони авторського права і суміжних прав» від 27 січня 1995 року // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 5. – Ст. 32.
22. Всемирная конвенция об авторском праве (пересмотренная) от 6 сентября 1952 года : [пересмотр. 24 июля 1971 года] // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=952_006. – Название с экрана.
23. Семинар по авторскому праву для стран Содружества Независимых Государств (СНГ) (Москва, Российская Федерация, 6-8 декабря 1994 года) // Бюллетень по авторскому праву. – ЮНЕСКО. – Т. XXIX. – 1996. – № 2. – С. 28.
24. Угода про співробітництво в області кінематографії від 10 лютого 1995 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=997_877.
25. Угода про співробітництво по припиненню правопорушень у сфері інтелектуальної власності від 6 березня 1998 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=997_154.
26. Закон України «Про ратифікацію Угоди про співробітництво по припиненню правопорушень у сфері інтелектуальної власності» від 21 вересня 2000 року // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 45. – Ст. 380.



ОСОБЕННОСТИ ВОЕННОГО СТРОИТЕЛЬСТВА В ПЕРИОД ГЕТМАНАТА П. СКОРОПАДСКОГО: ИСТОРИКО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ

Николай КРАВЧУК,

кандидат юридических наук, доцент, доктор права Украинского свободного университета,
заведующий кафедрой теории и истории государства и права
Тернопольского национального экономического университета

Summary

The article investigates to research of role and meaningfulness of the Armed Forces in building of the Ukrainian state in 1917–1918 years. Were established the peculiarities of the development of the Ukrainian State Army during P. Skoropadskyi and stressed the importance of this experience. Were defined the basic directions of the establishment and functioning of the Ukrainian crowds at this period. Were also analyzes and evaluated the basic lessons of military construction Hetmanate of P. Skoropadskyi, its positive and negative sides. Particular emphasis is placed to the organizational and legal bases for the formation of the Ukrainian State Army during the specified period (structure, staffing, legal framework, legal support for building of state and the creation of troops Hetmanate).

Key words: Ukrainian Army, Armed groups of the Ukrainian State, the Army of Hetmanate, Army of the Ukrainian State during P. Skoropadskyi, the legislative regulation of construction Army of the Ukrainian State, the military legislation.

Аннотация

Статья посвящена исследованию роли и значимости Вооруженных Сил в строительстве Украинского государства в 1917–1918 гг. Установлены особенности развития Армии Украинской Державы в период П. Скоропадского и подчеркнута важность этого опыта. Определены основные направления создания и функционирования Войска Украины на этом этапе. Проанализированы и оценены основные уроки военного строительства Гетманата П. Скоропадского, их позитивные и негативные стороны. Особый акцент сделан на организационно-правовых основах формирования Армии Украинской Державы в указанный период (структура, штаты, законодательная база, правовое обеспечение государственного строительства и создания Войска Гетманата).

Ключевые слова: Украинская Держава, Армия Украины, Вооруженные формирования Украинской Державы, Войско Гетманата, Армия Украинской Державы в период П. Скоропадского, законодательное регулирование строительства Армии Украинской Державы, военное законодательство.

Постановка проблемы. Больше 95 лет отделяет современников от тех эпохальных событий по возрождению Украинского государства, которое свершилось в двух формах: УНР (Центральная Рада и Директория) и Украинская Держава (далее – УД). УД, Гетманат П. Скоропадского, является наиболее противоречивым этапом создания Украинского государства начала XX в. [4, с. 8]. Много украинских историков, специалистов периода Гетманата характеризуют его негативно [13, с. 117]. Ему приписывают все «грехи» государственного строительства и Центральной Рады, и Директории [10, с. 728].

По мнению К. Галушка, «критика в адрес П. Скоропадского была сконцентрирована вокруг двух проблем: первая – что он незаконно захватил власть и стал марионеткой оккупационного немецкого влияния; вторая – что он установил антидемократический диктаторский режим и проводил антинародную, антиукраинскую политику» [3, с. 9]. Но была и еще одна ошибка, на которую указали авторы новаторского издания [16, с. 8], – это отказ от захвата вла-

сти в Украине в конце 1917 г., когда он возглавил боеспособный 60-тысячный Первый Украинский корпус, и создания демократического государства.

Анализ научных разработок, архивных материалов подтвердил критику гетмана и по вопросам государственного строительства в военной сфере. Так, Я. Тинченко утверждает: «В течение шести с половиной мирных месяцев правления гетмана П. Скоропадского военное ведомство фактически не сдвинулось ни на шаг в реализации программы военного строительства, внедренной министром А. Жуковским... Наоборот, многие реформы были искажены, перекручены, в частности в кадровом вопросе, при этом основные усилия направлены на трудоустройство всех офицеров, находящихся в Украине или приехавших из советской России, при этом были уволены все молодые офицеры, не имеющие соответствующего военного образования, что впоследствии сказалось на качестве офицерского состава Армии Украинской Державы. Правительство гетмана П. Скоропадского очень затянуло призыв в армию новобранцев. В сентябре 1918

г. призыв уже можно было проводить, поскольку препятствий со стороны немецкого командования уже не было. Однако пополнение войск отложили сначала до октября, а затем вообще перенесли на март 1919 г. Такая же ситуация наблюдалась и с обеспечением армии вооружением. Старшины кадровых полков, кроме личного оружия, никакого другого больше не имели... Фактически это была не армия, а кружки вооруженных офицеров, которые к тому же проживали не в казармах, а в частных помещениях. Кроме того, он пренебрегал интересами военных частей, сформированных в период УЦР из своего самоотверженного боевого потенциала... При этом П. Скоропадский делал ставку на генералитет и офицерский состав российской императорской армии, в большинстве случаев враждебный к идее украинской государственности, чем оттолкнул от себя военнослужащих украинской ориентации» [20, с. 385].

По утверждению Я. Пеленского, «личность П. Скоропадского и сам Гетманат оказались среди наиболее табуированных вопросов истории Украины



XX в., покрытых мифами, предубеждениями или откровенными фальсификациями. Поэтому анализ и оценка данной темы до сих пор усложнены антиисторическим идеализированным подходом большинства исследователей и публицистов как в Украине, так и в диаспоре... Кроме того, отсутствует аналитическая монография об этапе Гетманата, а также специализированные исследования разных его аспектов» [18, с. 15]. В этом плане А. Копыленко подчеркнул, что «невзирая на всю неоднозначность оценок исследователей, деятельность П. Скоропадского заслуживает пристального внимания именно с точки зрения его вклада в развитие украинской государственности» [6, с. 89]. Поэтому возникла проблема наиболее полного, объективного освещения правовых аспектов формирования Армии Гетманата как основы создания собственного государства.

Актуальность темы исследования подтверждается степенью нераскрытости темы: в настоящее время практически нет ни одной фундаментальной работы, которая всесторонне, полно и объективно отображала бы формирование Армии Украины как важнейшей составляющей государств начала XX в., её правовое обеспечение, в частности в период Гетманата П. Скоропадского. При этом необходимо акцентировать внимание на исследовании правового аспекта этой проблемы, что является очень важным для установления истины. Право выступает своеобразным индикатором совершенствования общества, фундаментом новых общественных отношений. Оно способно в корне, качественно и эффективно изменить жизнь социума, поскольку вбирает в свои форматизированные предписания целый мир сложных человеческих отношений чрезвычайно широкого спектра [14, с. 33-36]. Этот социальный институт служит инструментом фиксации, использования и сохранения правовых традиций и наследия, обеспечивает их преемственность «как связи времен». Право «всегда есть нормативной ассоциацией порядка, основой стабильности» [15, с. 99]. Как утверждает И. Кичий, в начале XX в. «Украина и украинцы сделали отчаянную попытку построить свое независимое государство.

Больше всего к этому приблизился генерал-лейтенант сначала русской, а потом Украинской Армии, а дальше и гетман Украины П. Скоропадский» [16, с. 6]. Много граней деятельности и опыта гетмана П. Скоропадского и управляемого им Украинского Государства в 1918 г. подобны современным проблемам строительства независимого Украинского государства и заслуживают надлежащего внимания и изучения» [2 с. 6]. Вышеизложенное целиком подтверждает актуальность избранной темы.

Состояние исследования. Научный анализ проблем строительства Армии Украинской Державы осуществляется многими отечественными учеными. Среди них наиболее значимы исследования В. Верстюка, К. Галушка, Б. Гнатевича, М. Ковальчука, А. Копыленка, И. Крипьякевича, В. Кульчицкого, А. Мироненка, П. Музыченка, В. Солдатенка, О. Субтельного, А. Тymoшука, Б. Тыщика, А. Шевченка, Б. Якимовича, Д. Яневского, а также украинских ученых, участников тех событий Д. Донцова, Д. Дорошенка, Н. Капустянского, В. Петрива, П. Скоропадского, З. Стефанива и др.

Вместе с тем, современная наука не создала основательной научной историко-правовой разработки, которая в полном объеме раскрыла бы организационно-правовые основы строительства Вооруженных Сил в Украине в 1917–1921 гг., особенно правовые аспекты создания Армии УД (Гетманата П. Скоропадского). По мнению Д. Яневского, «несмотря на то, что группы исследователей (национал-социалистической, коммунистической ориентации; тех, кто имеют симпатии и антипатии к Гетманату) историю Украинского Государства описали если не ежедневно, то ежечасно, однако целостного, непротиворечивого, объективного представления о феномене этого государственного образования произвести так и не сумели». Это подтверждено Всеукраинской конференцией, посвященной П. Скоропадскому [22, с. 10].

Все научные работы вышеуказанных ученых стали фундаментом, эмпирической базой для исследования избранной темы.

Целью и задачей статьи является исследование организационно-правовых начал, особенностей формирования Армии Украинской Державы, его правового обеспечения, структуры, штатов, значения Армии в государственном строительстве. Исходя из этого, главным заданием разработки есть проведение, на основании архивных материалов и других источников, анализа и оценки этих процессов и определение уроков военного строительства УД, которые должны стать базовым критерием создания современного Украинского государства и его Вооруженных Сил.

Изложение основного материала. Гетманат просуществовал в течение 230 дней – с 29 апреля по 14 декабря 1918 г., и стал этапом строительства в исключительно короткий срок еще одной из форм Украинского государства. По утверждению Н. Полонской-Василенко и других ученых, процесс становления Гетманата проходил в сложных условиях длительной, тяжелой борьбы: внешней – с большевиками, внутренней – с русскими организациями, а главным образом – с украинской оппозицией. Поэтому его государственная деятельность освещена наиболее противоречиво [7, с. 123]. Придя к власти 29 апреля 1918 г. посредством выборов на съезде землевладельцев (по данным Д. Дорошенка – в составе 6432 делегатов от 8 украинских губерний), подготовленном «Украинской народной громадой» [4, с. 26; 8, с. 19], гетман приступил к созданию государственного аппарата и регулярной армии вместо народной милиции, утвержденной УЦР. П. Скоропадский как профессионал, в отличие от лидеров УЦР, осознавал место и роль армии в утверждении и обеспечении украинской государственности [7, с. 123]. При формировании исполнительной власти УД, вследствие саботажа социалистов, два главы исполнительной власти – И. Устимович и М. Василенко – не сумели сформировать правительства, и только третьему премьеру, Ф. Лизогубу, это удалось [13, с. 117-118]. В плане подбора кадров гетман утверждал: «...Большинство министерств необходимо формиро-



вать с нуля... На моей совести есть несколько промахов, так как в министерствах находились часто начальники, которые к украинцам, дельным и честным людям, относились с нескрываемой антипатией...» [18, с. 158, 159].

Уже подчеркивалось ранее в трудах исследователей, что создание Гетманата отражено местами с абсолютно противоположных позиций, поэтому для истинности и полноты историко-правового исследования необходим детальный анализ научных источников. С учетом тех событий и утверждений ряда авторов, следует отметить, что Центральная Рада не смогла преодолеть анархию и закрепить независимость Украины, потеряла поддержку и доверие масс, она была бессильной предотвратить катастрофу [13, с. 117; 1, с. 19]. Кроме того, УЦР делались серьезные упреки по поводу ее вины за «приглашение агрессивных немцев» [9, с. 140].

Учитывая метод историзма (хронологии), целесообразно установить границы исследования. При определении границ или рамок исследования важной является также периодизация. Поскольку, по утверждению ученых, «периодизация предоставляет возможность понять основные закономерности развития государственных и правовых институтов, показать их динамику и взаимосвязь, раскрыть соотношения общего и особенного в развитии государства и права конкретной страны». Весь ход формирования и развития государственного аппарата и Войска на этапе Украинской Державы целесообразно разделить на два периода: первый – с 29 апреля по 17 сентября 1918 г., второй – с 18 сентября по 14 декабря 1918 г. Начало второго периода связано с официальным визитом П. Скоропадского в Германию, где получено разрешение от германского императора Вильгельма II на расширение формирования Армии УД, а также согласие на оказание помощи в создании 120-тысячной Армии, а в будущем – 400-тысячной. Кроме того, началом этого периода стало утверждение Советом Министров УД подготовленного Генштабом плана организации Украинской Ар-

мии [1, с. 281; 22, с. 178; 6, с. 101].

Нельзя в полной мере согласиться с оценкой Н. Какурина относительно военного строительства Гетманата, который утверждает: «Правительство гетмана П. Скоропадского, поставленное немцами в области внешней политики, ничем не могло проявить себя, поскольку, не имея собственной вооруженной силы, оно являлось послушным орудием в их руках» [5, с. 83].

В своем труде З. Стефанив дает в целом негативную оценку деятельности Гетманата в строительстве Вооруженных Сил Украинского Государства, с чем, правда, в полной мере согласиться нельзя. В частности, он указал: «Захватив власть, гетман П. Скоропадский приказал формировать регулярную армию, что было намечено еще во времена Центральной Рады. Однако организация войска за все время Гетманата не вышла за пределы подготовки кадров... А все же на гетманском этапе изготовлены хорошие организационные формы будущей Украинской Армии» [11, с. 130; 19, с. 99-100]. В это время было разработано и утверждено больше 100 штатов воинских формирований, что не успела совершить УЦР [23, с. 1-170; 10, с. 735].

По мнению А. Удовиченка и М. Шкильняка, используя относительное спокойствие, гетманское правительство приступило к формированию новой Украинской Армии в составе 16 пеших дивизий и 8 конных, реализуя план организации 8 корпусов пехоты и 4,5 дивизий конницы, разработанный еще во времена УЦР. Реорганизация и подбор кадров осуществлялся по принципу профессиональности, а не партийности [11, с. 124].

Далее А. Удовиченко, оценивая военное строительство Гетманата, подчеркнул: «Военное министерство работало с запалом. Оно разработало штаты будущих 8 армейских корпусов, подготовило кадры для принятия мобилизованных, осуществило подготовку к открытию академии Генштаба. В Киеве была основана специальная Инструкторская школа старшин с целью совершенствования их знаний и их украини-

зации («спланирована организация военной школы пяти уровней»). Также были созданы кадры корпусов пограничной охраны и охраны железных дорог» [21, с. 42-43].

К созданию Армии УД было привлечено много кадровых военных и более 150 офицеров Генштаба, среди них немало выдающихся, с большим командным и научным стажем. Гетман 21 мая 1918 г. назначил Военным министром УД генерала А. Рагозу, его заместителем – генерала А. Легнау, заместителем Военного министра, Министром морских дел – контр-адмирала М. Максимовича, начальником ГШ – А. Сливинского, который занимал эту же должность при УЦР [11, с. 124-125; 8, с. 21-22]. По мнению гетмана, А. Сливинский «был чрезвычайно честолюбивый, но одновременно умный и работящий человек, ...кроме того очень работоспособный (и украинский патриот – Н.К.)» [18, с. 181].

В. Петрив, оценивая всех демобилизованных в то время офицеров и генералов, разделил их на четыре группы: тех, кто честно и сознательно стали на службу Украине (Н. Юнаков, С. Дельвиг и др.); тех, кто вступил на украинскую службу для карьеры; тех, кто вступил на украинскую службу с целью как-то пересидеть плохие революционные времена или чтобы восстановить русскую армию (генералы Волконский, Розеншильд); тех, которые находились на украинской территории и вели против Украины и украинцев явную борьбу (граф Келлер, генерал Бредов) [17, с. 606-607].

По утверждению гетмана, «военное министерство того времени было набито неподходящими людьми. Это были авгиевы конюшни, которые нужно было, за малым исключением, основательно очистить» [18, с. 178].

Относительно строительства Армии В. Петрив отметил, что везде русская группа горячо и охотно работала над созданием «уставов и положений», но решительно тормозила и делала невозможным воплощение в жизнь чего-нибудь теоретически совершенного, проработанного. Все было готово к восстановлению армии, только не было самой



армии. В некадровом составе «были лишь некоторые части, которые уже имели рядовой состав. Первая – это Сердюцкая дивизия, состоящая из 4 пеших полков, одного конного, пушечной бригады (тяжелого дивизиона), автопанцерного дивизиона. «Надежного» подстаршинского состава собрать не могли, потому что все «разложила» революция, и стали их вышколивать в Инструкторской старшинской школе, но не успели... Инструкторская старшинская школа работала много и технически чрезвычайно эффективно подготавливала старшин... Еще были Серая дивизия, позже – Сичевые Стрельцы, Черноморский Кош, Особенный корпус (состоящий из русских офицеров), а также могла быть эффективной боевой частью гетманская охрана, если бы не восстание» [17, с. 602-606; 10, с. 733]. С самого начала, после переворота, в Армии УД Запорожский корпус был переименован в Запорожскую дивизию под командованием З. Натиева [10, с. 732].

Юридическое оформление военного строительства было осуществлено уже первыми актами – «Грамотой для всего Украинского Народа» и «Законами о временном государственном укладе Украины», провозглашенными гетманом (временно до созыва парламента – «сейма»). В соответствии с актами, гетман был провозглашен «Верховным воеводой» – верховным главнокомандующим армии и флота [8, с. 19-20; 10, с. 728]. О большой организаторской работе Гетманского правительства в военной сфере свидетельствует доклад начальника ГШ Армии Гетманата «Об общих основах, принципах комплектования и строительства Вооруженных Сил УД» военному министру 21 мая 1918 г. [23, с. 25, 25 обр., 33 обр.]. 16 июня 1918 г. в Армии Гетманата установлены воинские звания (ранги), что окрыляло военнослужащих [8, с. 22].

15 мая 1918 г. в первом учредительном приказе ч. 155 исполняющей обязанности Военного министра с 9 по 21 мая атаман А. Лигнау обратил внимание каждого военнослужащего на осознание, что Украинское Государство будет только тогда

сильным и независимым, когда у него будет высокоорганизованное войско. Дальше он акцентировал: «Прошлый год наглядно подтвердил, как мощная армия (имея в виду Армию Центральной Рады) благодаря политизации и межпартийной борьбе существенно снизила дисциплину и организованность и превратилась в вооруженные банды, которые боязливо убегали от врага, а опасными были лишь для мирного населения. Армия должна быть вне политики, выполняя лишь одно задание – служение государству... Наилучшим способом воспитания считаю личный пример начальника». Этим же приказом Военное министерство утвердило украинский язык официальным языком делопроизводства. А с целью быстрого и успешного овладения языком было приказано во всех учреждениях и воинских частях немедленно организовать курсы украиноведения [21, с. 42-43; 23, с. 96].

С целью оценки военного строительства УД немаловажно знать отношение к военному строительству самого гетмана. А. Копыленко по этому поводу обращает внимание на высказывания главы УД, изложенные 24 мая 1918 г. в германском отчете, где подчеркнута: «Гетман исходил из мысли, что когда мы действительно хотим, чтобы существовала самостоятельная Украина, с которой мы желали бы в будущем жить в тесных доброжелательных отношениях, то в нашем собственном интересе, чтобы там возродилась хорошая армия. Он стоит на том, что сначала нужно сформировать небольшую, но полностью предопределенную армию. Как ее основа должен быть сформирован полностью надежный офицерский корпус из очень старательно подобранных нынешних украинских и русских офицеров... Гетману представлялось полное формирование армии по немецкому образцу и при германском сотрудничестве. Он уделял большое внимание тому, чтобы мы решили немедленно и ясно: допустимо ли формирование Украинской Армии или нет» [6, с. 100-101].

Кроме того, юридическим оформлением строительства Армии

УД были Законы «О присяге военного на верность Украинского Государства» от 30 мая 1918 г.; «О военной подсудности» от 30 мая 1918 г.; «Об организации военно-судебных учреждений и их компетенции» от 21 июня 1918 г. [12, с. 145-147]; «О политико-правовом положении служащих военного ведомства» от 1 августа 1918 г. [6, с. 101]; «Об общей воинской повинности» от 24 июля 1918 г. [1, с. 278].

Вместе с тем, процесс формирования Армии УД происходил в условиях противодействия пророссийских офицеров Армии УД и германского командования, которые не были заинтересованы в существовании сильной Украинской Армии [13, с. 118]. Поэтому, как указывает З. Стефанив, гетман летом 1918 г. издал приказ о возобновлении казачества как отдельного состояния населения, но эта идея стала реализовываться Правительством УД лишь 16 октября 1918 г., после принятия закона «О возобновлении казачества как военного отдельного состояния». В результате чего он планировал создать войско, не деморализованное большевистской агитацией и в обход запрещения немцев, в составе 112 полков и 8 пеших кошей. В целом, в соответствии с планом организации Армии Гетманата, разработанным ГШ, общая численность должна была составить 310 тыс. военнослужащих [13, с. 120; 8, с. 22]. Однако обстоятельства развивались по-иному. Несмотря на огромную работу по созданию Армии УД, по данным А. Удовиченко, в ноябре 1918 г. в ней вместе с кадровыми частями значилось 65 тыс. человек [21, с. 43].

Выводы. Как справедливо отметил Д. Яневский, что также подтверждено аргументами данной разработки и другими научными источниками, поскольку формировать собственные воинские подразделения в то время было невозможно, то высшее военное руководство УД пошло тремя параллельными путями. Первый – создание структур, без которых ни одна армия не может существовать. Те структуры, которые обеспечивали полноценную повседневную жизнь армии, созда-



вались, как правило, вне военного ведомства, скорее всего, чтобы сделать процесс тайным от германских и австрийских друзей. Путь второй – создание парамилитарных формирований типа казачьих объединений. Путь третий – расширение функций и увеличение численности существующих военных формирований типа пограничных стражей или подразделений по охране железных дорог [22, с. 178]. Из всего следует, что план строительства Армии УД был серьезно разработан и постепенно претворялся в жизнь. Главной причиной его срыва стало отсутствие единения всех украинских общественных и политических сил во имя развития Украины.

Список использованной литературы:

1. Верстюк В.Ф., Дзюба О.Н., Репринцев В.Ф. Україна від найдавніших часів і до сьогодні / В.Ф. Верстюк, О.Н. Дзюба, В.Ф. Репринцев // Хронологічний довідник. – К. : Наукова думка, 1995. – 687 с.
2. Гетьман Павло Скоропадський (1873–1945). Матеріали до бібліографії. Уклад. : Г. Шовкопляс, І. Шовкопляс. – К., 1996. – 54 с.
3. Донцов Д.І. Рік 1918. Київ / Упоряд. К.Ю. Галушко. – К. : Темпора, 2002. – 208 с.
4. Дорошенко Д.І. Історія України, 1917–1923. У 2 т. : Док.-наук. вид. / Упоряд. К. Галушко. – К. : Темпора, 2002. – Т. 2. Українська Гетьманська Держава 1918 року. – 352 с.
5. Какурин Н.Е. Как сражалась революция. – Т. 1. – 2-е изд. уточн. – М., 1990. – 272 с.
6. Копиленко О.Л., Копиленко М.Л. Держава і право України. 1917–1920 : навч. посібник / О.Л. Копиленко, М.Л. Копиленко. – К. : Либідь, 1997. – 208 с.
7. Кравчук М.В. Військове будівництво Української Держави у 1918 р. (історико-правовий аспект) / М.В. Кравчук // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. – 2004. – № 3. – Ч. I. – С. 122–127.
8. Кравчук М. Військові формування Української Держави за гетьмана П. Скоропадського / М. Кравчук // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України : зб. наук. ст. – Вип. 1. – Івано-Франківськ ; Коломия : Вид. «Плай»; «Вік», 1997. – С. 18–29.
9. Кравчук М.В. Военное строительство Украинской Центральной Рады в условиях германо-австро-венгерской военной помощи / М.В. Кравчук // Закон и жизнь. – 2013. – № 11/2. – С. 138–141.
10. Кравчук М.В. Збройні Сили Української Держави (1918 р.) / М.В. Кравчук // Актуальні питання держави і права. – Вип. 11. – Одеса, 2001. – С. 728–736.
11. Кравчук М.В. Правові основи будівництва Національних Збройних Сил України в 1914–1993 рр. (Орг., структура, штати) : іст.-правове дослідження / М.В. Кравчук. – Івано-Франківськ ; Коломия : Вид. «Плай»; «Вік», 1997. – 292 с.
12. Кравчук М.В. Правове регулювання суспільних відносин у період Гетьманату П. Скоропадського / М.В. Кравчук // Актуальні проблеми політики : збірник наукових праць / Керівник авт. кол. С.В. Ківалов. Відп. за вип. О.В. Козаченко. – Миколаїв : СПД Румянцева Г.В. – 2009. – Вип. 38. – С. 144–152.
13. Кравчук М. Юридичне оформлення гетьманату та організація його військових структур / М. Кравчук // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 11. – С. 117–121.
14. Кравчук М.В. Проблеми теорії держави і права (опорні конспекти) : навч. посіб. – Тернопіль : ТзОВ «Тернограф», 2013. – 344 с.
15. Оборотов Ю.М. Традиції та оновлення у правовій сфері: питання теорії (від пізнання до розуміння права) : монографія / Ю.М. Оборотов. – Одеса : Юридична література, 2002. – 280 с.
16. Осауленко Л.М. Гетьман України Павло Скоропадський. 29 квітня 1918 р. – 14 грудня 1918 р. / Л.М. Осауленко, В.Д. Засекін. – Кн. I. – Луцьк, 2003. – 588 с.
17. Петрів В. Військово-історичні праці. Спомини / В. Петрів. – К., 2002. – 640 с.
18. Скоропадський Павло. Спогади / Гол. ред. Я. Пеленський. – Київ ; Філадельфія, 1995. – 494 с.
19. Стефанів З. Українські Збройні Сили 1917–1921 рр. – Ч. 1. Доба Центральної Ради й Гетьманату / З. Стефанів. – Мюнхен, 1947. – 118 с.
20. Тинченко Я. Українські збройні сили / Я. Тинченко. – К. : Темпора, 2009. – 408 с.
21. Удовиченко О.І. Україна у війні за державність // Історія організації і бойових дій Українських Збройних Сил 1917–1921 рр. / О.І. Удовиченко. – К. : Україна, 1995. – 206 с.
22. Яневський Д.Б. Проект Україна, або Спроба Павла Скоропадського / Д.Б. Яневський ; худож.-оформлювач Є.В. Вдовиченко. – Харків : Фоліо, 2010. – 284 с.
23. Центральний державний архів вищих органів влади і органів управління України (ЦДАВО України). – Ф. 1077. – Оп. 5. – Спр. 10. – Арк. 96; Ф. 1077. – Оп. 2. – Спр. 1. – Арк. 1–170; Ф. 1074. – Оп. 1. – Спр. 11. – Арк. 25, 25 зв., 33 зв.



ТАКТИЧЕСКИЕ И ОРГАНИЗАЦИОННЫЕ ОСОБЕННОСТИ УЧАСТИЯ СПЕЦИАЛИСТА В СЛЕДСТВЕННОМ ОСМОТРЕ ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В СФЕРЕ НЕЗАКОННОГО ОБОРОТА НАРКОТИЧЕСКИХ СРЕДСТВ

Максим КРИВОНОС,
адъюнкт

Луганского государственного университета внутренних дел имени Э. А. Дидоренко

Summary

The article highlights the situation that necessitated the involvement of specialists to conduct investigative inspection. The main types of assistance (advice, methodological, technical) provided by experts. Formed the main tactical tasks performed with the participation of experts in the investigative inspection. Focused on the necessity of improving the role of the expert in this remand (investigative) action, the need to develop a scheduling algorithm, production and evaluation of investigative inspection tactics participation group divers specialists in pretrial examination, ways to address certain shortcomings regulatory activity of a specialist in the investigative inspection.

Key words: investigation of crimes, investigative inspection, special knowledge, specialist, drugs.

Аннотация

В статье выделены ситуации, которые обуславливают необходимость привлечения специалистов к проведению следственного осмотра в расследовании преступлений в сфере незаконного оборота наркотических средств. Рассмотрены основные виды помощи (консультативной, методической, технической), оказываемые специалистами. Сформированы ключевые тактические задачи, выполняемые специалистами при участии в следственном осмотре. Акцентировано внимание на необходимости совершенствования роли специалиста в данном следственном (розыскном) действии, необходимости разработки алгоритма планирования, производства и оценки результатов следственного осмотра, тактике участия группы разнопрофильных специалистов в следственном осмотре, путях решения отдельных недостатков нормативно-правового регулирования деятельности специалиста в следственном осмотре.

Ключевые слова: расследование преступлений, следственный осмотр, специальные знания, специалист, наркотические средства.

Постановка проблемы. Преступления, связанные с незаконным оборотом наркотических средств, например: хищение, незаконное изготовление, приобретение, хранение, пересылка и сбыт, склонение к их употреблению, незаконный посев и выращивание наркосодержащих растений и т. п. (ст. 305–324 Уголовного кодекса Украины (далее – УК Украины)) характеризуются достаточно сложным механизмом совершения. Особенностью незаконного оборота наркотических средств является то, что отдельная преступная деятельность (например, незаконное изготовление, контрабанда и приобретение) может быть как самостоятельной, так и параллельной, связанной воедино подсистемой. В процессе их выявления и расследования перед органами досудебного следствия возникают задачи, решение которых требует применения специальных знаний. Практика расследования этой категории преступлений показывает, что чаще всего специальные знания специалистов используются при проведении такого следственного действия, как осмотр места происшествия. Осмотр места происшествия в криминалисти-

ческой науке традиционно считается специальным методом исследования объектов, направленным на формирование информационной основы расследования преступления. Именно исследовательский, познавательный характер осмотра и вызывает необходимость участия в нём специалистов различного профиля – криминалистов, судебных химиков, биологов, в частности, при определении отношения предметов к деянию, чтобы исключить возможность проведения повторного осмотра, в худшем случае – его потери. Это, в свою очередь, даёт основания для вывода о том, что результаты применения специальных знаний в «дешифровке» объективных последствий взаимодействия объектов на месте происшествия (материальных следов-отображений) имеют определяющее значение для эффективного функционирования всех форм специальных знаний в расследовании преступлений в рассматриваемой сфере.

В криминалистической и процессуальной литературе неоднократно рассматривались проблемы использования специальных знаний в расследовании уголовных правонарушений,

связанных с незаконным оборотом наркотических средств. Предлагались некоторые способы их решения, в частности, путём совершенствования законодательной и ведомственной нормативной базы, улучшения организационных, тактических и иных направлений технико-криминалистического обеспечения борьбы с преступностью в данной сфере.

За последнее время некоторые принципиальные вопросы нашли разрешение после принятия новых законодательных и ведомственных нормативных актов, заложивших основы повышения уровня и качества технико-криминалистического обеспечения следственных (розыскных) действий. Прежде всего, речь идёт о вступившем в силу в 2012 г. новом Уголовном процессуальном кодексе Украины, в основу которого, наряду с другими, законодатель положил принцип состязательности (ст. 7 УПК). Разграничив процессуальные функции сторон и определив роль суда как арбитра в их споре, закон наделил стороны обвинения и защиты широкими (хотя и не равными) правами, превратив их, таким образом, в активных фигурантов доказывания,



имеющих возможность убедить суд в правильности своей позиции. Некоторые конкретные положения, касающиеся участия специалистов – сотрудников Экспертной службы органов внутренних дел в производстве следственных (розыскных) действий, по-новому изложены в соответствующей Инструкции «Об участии сотрудников Экспертной службы МВД Украины в уголовном производстве как специалистов», утверждённой приказом МВД Украины от 26.10.2012 № 962. Этими нормативными актами существенно детализирована и усовершенствована функциональная модель деятельности специалиста на всех стадиях уголовного процесса.

Однако новеллы законодательства не только разрешают ранее существовавшие проблемы, но и дают предпосылки для научных дискуссий и дальнейшего доктринального исследования.

Актуальность темы исследования обусловлена потребностями практики в разработке правовых, организационных и тактических основ эффективного механизма участия специалиста в следственном осмотре при расследовании преступлений, совершенных в сфере незаконного оборота наркотических средств.

Оптимизация процесса реализации специальных знаний предполагает разработку научной концепции, определяющей систему связанных между собой научных взглядов на процесс реализации таких знаний. Одной из практических задач реализации данной научной концепции является дальнейшее совершенствование роли специалистов, участвующих в производстве отдельных следственных действий. Необходимость принципиально нового концептуального подхода к задачам деятельности специалиста в расследовании преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, обусловлена комплексом факторов, к которым следует отнести следующие:

1) общее усложнение научно-технических средств и методов, которые применяются в ходе поиска, обнаружения, фиксации, изъятия и предварительного исследования материальных следов-отображений (их комплексов) и иных вещественных доказательств;

2) отсутствие необходимости лицам, осуществляющим производство,

самостоятельно применять научно-технические средства;

3) неполное предоставление возможности сосредоточить свои силы и внимание на решении правовых и организационно-тактических задач, возникающих при проведении как отдельных следственных (розыскных) действий, так и всего расследования в целом.

Кроме того, изучение следственной и судебной практики по преступлениям, связанным с незаконным оборотом наркотических средств, проведённое анкетирование практических сотрудников следственных и оперативных подразделений, собственный практический опыт работы автора выявили некоторые несоответствия объёма и качества использования специальных знаний и научно-технических средств нормативным правилам и фактическим возможностям специалистов по комплексному технико-криминалистическому обеспечению осмотра места происшествия. Наиболее существенными являются следующие недостатки:

– неполнота фиксации следов: а) поверхностное описание следов изготовления (синтезирования) наркотических средств, отсутствие в протоколах указаний на их изъятие с целью обнаружения латентных следов (рук, ног и др.); б) полное либо частичное отсутствие описания в протоколах использованных специалистами научно-технических средств (за исключением использованной фотоаппаратуры и фотоматериалов), при этом узловая и детальная фотосъёмка мест размещения следов проводилась только в 1,7% осмотров, составление планов или схем – в 12,6%; в) описание способов транспортировки химической лабораторной и бытовой посуды, предметов вещевой обстановки с продуктами и следами синтетического наркотика и других химических реактивов, меры по обеспечению криминалистической сохранности объектов, характера и способов упаковки изымаемых предметов со следами и самих следов в протоколах не отражаются. Кроме того, в протоколах не отмечается, в чём состояла помощь специалиста, какие действия он проводил, каковы их последовательность и содержание;

– совместный осмотр разнопрофильными специалистами средств

совершения преступления, участков местности с посевами конопли, опийного или масличного мака, иных наркосодержащих растений с целью фиксации их географических координат, размеров, вида выращиваемых растений, а также следов, указывающих на способ обработки плантации, на лиц, которые принимали участие в обработке или незаконном посеве наркосодержащих растений, следов рук на оставленных орудиях производства, ног, транспорта на почве либо не производится, либо не находит отражения в протоколах. Упущение деталей осмотра места происшествия (недостаточное внимание к выявлению и изъятию микрообъектов (1,1%), следов транспортных средств (0%), следов биологического происхождения (0,34%), следов обуви (15,14%), следов запаха (0%), образцов грунта (0%). Приведённые данные свидетельствуют о том, что специалистами, которые принимают участие в осмотрах, фактически оказывается помощь в изъятии очевидных следов либо тех, изъятие которых не составляет трудностей. Это, как правило, следы одного вида, а не комплекс следовой информации.

Как уже было сказано, при расследовании преступлений данной категории в процессе проведения одного следственного действия зачастую используется помощь группы специалистов. Так, при осмотре места происшествия в состав следственно-оперативной группы может входить три и более специалиста. Их помощь нужна для того, чтобы следователь мог получить от каждого участвующего специалиста необходимые сведения, согласовать и «увязать» их и составить всестороннее целостное представление о происшедшем событии. Поэтому на первый план здесь выступает проблема организации и тактики участия группы разнопрофильных специалистов в одном следственном действии, которая не получила в настоящее время ни нормативного разрешения, ни должного освещения в криминалистической и уголовно-процессуальной литературе.

Исследование данной проблемы, по мнению ряда авторов (М.Я. Сегай, В.В. Коваленко, В.А. Ручкин, В.В. Циркаль), сложность и неоднозначность возможных путей ее решения представляет большую актуальность, а так-



же необходимость законодательного урегулирования этой проблемы.

Состояние исследования. Практические формы использования специальных знаний в уголовном процессе имеют разную степень разработки тактических и организационных основ. Наиболее подробно регламентированы и научно разработаны вопросы правового регулирования, назначения, организации и производства судебных экспертиз. Большинство учебников и монографий по криминалистике вообще не содержат каких-либо методических указаний относительно участия специалистов в производстве следственных действий, которые проводятся при расследовании преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков. Имеющиеся же в отдельных работах (Е.В. Ивановой (2009), Л.Е. Чистовой (2011), А.П. Когосова (2012), В.В. Клевцова (2012), Е.А. Ошлыковой (2013)) сведения относительно этих аспектов участия специалистов изложены в самом общем виде.

Целью и задачей статьи является формирование организационно-тактических и правовых рекомендаций относительно механизма деятельности специалиста в производстве осмотра места происшествия при расследовании преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств.

Изложение основного материала. Деятельность специалиста при осмотре места происшествия обусловлена комплексом закономерностей механизма преступной деятельности в сфере незаконного оборота наркотических средств, определяющим особенности деятельности специалиста при осмотре места происшествия, к которым следует отнести такие:

1. Разнообразие наркотических средств, которые по используемому для изготовления сырья включают:

- продукты глубокой переработки природного сырья, или полусинтетические наркотические средства (героин, ацетилкодеин, моноацетилморфины, кокаин);
- синтетические, в том числе наркотические средства из (псевдо) эфедрина и (псевдо) эфедринсодержащих

препаратов (триметилфентанил);

- лекарственные препараты, содержащие наркотически активные вещества, в том числе наркотические лекарственные препараты;

- наркотические средства на основе мака снотворного (маковая солома, опий, ацелированный опий, опийный мак, млечный сок разных видов мака, не являющихся опийным или масличным маком, но содержащих алкалоиды мака);

- наркотические средства на основе конопли посевной (*Cannabis L.*): гашиш (анаша, смола каннабиса), каннабис (марихуана), масло каннабиса (гашишное масло).

2. Сложность следовой картины преступлений, которая наряду с традиционными материальными следами-отображениями (рук, ног) включает следовые комплексы, возникающие вследствие химических процессов синтеза и очистки наркотических средств (например, фенамина, метадона, фенциклидина и др.) и прекурсоров, посева и рекультивации наркосодержащих растений, их последующей упаковки и транспортировки.

По внешнему виду объекты-следоносители, могут представлять собой:

- порошкообразные вещества (кристаллические либо аморфные);
- жидкости различной степени консистенции (в ёмкостях, включая шприцы);
- выпускные формы лекарственных средств (таблетки, ампулы, конвалюты, шприц-тюбики и др.);
- растительные массы различной степени измельчения (от порошкообразных до целых растений);
- смолянистые или маслянистые массы.

Особым элементом следовой картины являются следы наркотических средств и психотропных веществ в виде налётов, наслоений (иногда латентных) на различного рода объектах-следоносителях. В качестве последних могут выступать одежда, шприцы, упаковочные материалы, а также инструменты и оборудование, используемые для изготовления наркотических средств и психотропных веществ (посуда, скребки, мясорубки, кофемолки и т. п.).

3. Локализация следовых комплексов

на различных объектах материального мира, среди которых можно назвать:

- места незаконных посевов, выращивания или культивирования запрещённых к выращиванию наркосодержащих растений, а также изготовления наркотических веществ (плантации, фармацевтические предприятия, медицинские учреждения, склады и др.);

- места изготовления, употребления либо хранения наркотических средств (нарколаборатории, помещения по месту жительства подозреваемого, его родственников). Особую сложность представляет осмотр мест (преимущественно помещений), специально организованных и приспособленных для незаконного серийного производства, изготовления синтетических или полусинтетических наркотических средств, а также незаконного посева и выращивания растений мака или конопли по технологии «гидропоника»¹;

- транспортные средства, используемые для транспортировки наркотиков (в автомобилях – под колпаками колёс, под сидениями, в аккумуляторах и под ними, в декоративных подушках, бензобаках, выемках под запасными колёсами; купе железнодорожных вагонов, багажных отделениях, в отделениях связи – в бандеролях, посылках с различными продуктами, семенами подсолнечника и т. д.);

- лица, задержанные по подозрению в хранении, транспортировке, сбыте наркотиков;

- места, на которых производились задержания с поличным участников незаконного оборота наркотических средств.

Кроме того, особенности участия специалиста в осмотре места происшествия обусловлены задачами осмотра места происшествия, которыми охватывают не только обнаружение, фиксацию и изъятие следов (следовых комплексов) и других вещественных доказательств, но и получение сведений, касающихся:

- способа изготовления, производства, сбыта, хранения, пересылки наркотических средств, их аналогов и прекурсоров;

- места изготовления, производства, сбыта, хранения, пересылки наркотических средств или их аналогов (совершено ли преступление там, где

¹Гидропоника – способ выращивания растений без грунта, при помощи специального оборудования, позволяющего поддерживать необходимые для роста растений влагу, питание, температуру, освещение.



производился осмотр места происшествия, или в другом месте);

- мощности подпольной лаборатории по производству синтетических наркотических средств или их аналогов;

- лиц, причастных к совершению рассматриваемых категорий преступлений (количество лиц, социальные, психологические и биологические свойства);

- времени нахождения преступников на месте происшествия;

- инсценировки, фальсификации, сокрытия следов преступления;

- использования преступниками химических веществ и специального оборудования;

- обстоятельств, способствовавших совершению преступлений.

На этом основании автором предлагается комплекс организационно-тактических рекомендаций по оптимизации технико-криминалистического обеспечения производства осмотра места происшествия.

Общими тактическими основаниями проведения следственного осмотра с участием специалиста следует считать такие принципы:

- в следах преступления отражаются признаки лица, его совершившего, а также предметов (орудий производства наркотиков), которые оно использовало во время совершения преступления;

- не существует «неинформативных» следов: любой след содержит информацию об определённых объектах. Современный взгляд на информативную структуру материальных следов-отображений позволяет выделить в ней следующие элементы (информационные поля): а) идентификационное – в виде признаков отображённого в следе объекта, являющихся основанием для его распознавания и индивидуального отождествления; б) поле механизма следообразования, позволяющее восстановить параметры взаимодействия следообразующего и следовоспринимающего объекта. Идентификационная структура следа может быть весьма сложной и состоять из нескольких подсистем. Так, в следе руки может быть выделено морфологическое идентификационное поле в виде отображения структуры папиллярных и флексорных линий, субстанциональное в виде частиц потожирового вещества, одорологическое в виде молекул запа-

ха, функциональное в виде отображения способа захвата или оперирования предметом;

- особым источником информации, существенно расширяющим возможности процессуального доказывания, являются материальные комплексы, представляющие сложные материальные системы, целостность которых обусловлена системой сформированных в обстоятельствах исследуемого события интегративных связей. В их числе важнейшими являются пространственно-временные, функциональные, субстанциональные, генетические, технологические и иные ситуационные связи. Установление целостности такого рода систем представляет нередко важный доказательственный или искомый факт по уголовному производству. Подобное доказательство оказывается возможным только при условии выявления интегративных связей, делающих при внешнем рассмотрении случайное сочетание предметов, следов и вещественных образований целостным объектом;

- типичными для следовой картины преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, являются природные материальные комплексы, имеющие в естественных ареалах или участках местности (плантациях, полях) интегративные связи генетического типа. Сочетание особенностей геолого-почвенных образований, растительных сообществ, спорово-пыльцевого спектра и техногенных характеристик придаёт этим объектам индивидуализирующие свойства, позволяющие выделить их из числа однородных объектов. На этой основе может быть, например, установлено происхождение почвенно-растительных наложений на одежде и обуви подозреваемого с участка местности, где совершено преступление, или происхождение изъятой партии наркотического вещества с конкретной местности, где выращивается мак или конопля. Соответствующие исследования осуществляются в рамках комплексной почвоведческой и ботанической экспертизы, которые проводятся в дальнейшем;

- информативность следа определяется задачей, которую ставит субъект расследования;

- полнота выявления, хранения, фиксации и использования информа-

ции о различных свойствах предметов преступления и лицах, их совершивших, отображённых в следах, отображаются объективными закономерностями, познание которых позволяет разрабатывать научно обоснованные приёмы и методы работы с ними.

Исходя из этого, вниманию читателя предлагается комплекс рекомендаций организационного и тактического характера.

1. В случае необходимости к следственным осмотрам привлекать группу специалистов различного профиля – в области традиционной криминалистики, химиков, биологов, агрономов.

Работа следственно-оперативной группы на месте происшествия вносит существенные поправки в характер проводимых мероприятий, отчего организация её деятельности становится многоступенчатой. На каждом этапе работы обозначается лидирующая роль то одного, то другого специалиста, входящего в состав группы. Это лидерство обуславливается функциональными обязанностями специалиста на конкретном этапе его работы. Главное здесь, чтобы приоритетность функций одних специалистов над другими не была антагонистической и не противоречила замыслу следственного действия.

При этом задачами специалиста-криминалиста будет являться оказание помощи следователю:

1) в уяснении обстановки события и определении границ осмотра;

2) в установлении системы взаимодействий материальных объектов, образующих механизм события уголовного правонарушения (переработки, посева, транспортировки и т. д.), каждый из которых может стать искомым объектом;

3) в установлении причинной связи между событием и выявленными следами;

4) в выборе и применении наиболее эффективных научно-технических средств и методов для выявления, фиксации, изъятия следов и вещественных доказательств, порядка их применения;

5) в установлении механизма следообразования;

6) в проведении предварительных исследований и анализе признаков выявленного оборудования, предназначенного для изготовления наркотических средств;



7) в отбирании образцов для сравнительного исследования (копоти на элементах вещной обстановки помещения (потолке, стенах, средствах вентиляции); жидкости из систем канализации и т. п.; волос, смывов с рук, одежды, в которой были лица, задержанные на месте изготовления наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов);

8) в выдаче консультаций относительно целесообразности назначения соответствующих экспертиз с целью выявления латентных следов на объектах-следоносителях или установления факта контактного взаимодействия;

9) в оперативном использовании полученных в процессе осмотра результатов с целью определения комплекса необходимых средств и методов для расследования преступления (проверки по криминалистическим информационным системам).

Задачами специалиста-химика является содействие следователю:

1) в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств при исследовании материалов дела, в правильной фиксации в протоколе осмотра химических реактивов, являющихся основой изготовления (производства) синтетических наркотиков; специального оборудования, используемого для синтеза и хранения, упаковки производственных наркотиков и их полупродуктов;

2) в осуществлении демонтажа оборудования нарколаборатории; в производстве предварительных исследований в полевых условиях с целью определения используемых при синтезе наркотика химических веществ; в оказании содействия должностному лицу в применении экспресс-теста; в подготовке и осуществлении изъятия оборудования, которое могло быть применено преступниками; в обращении внимания следователя на следы-наслоения, находящиеся на внутренних частях орудий преступления (например, на колбах, эксикаторах, холодильнике Либиха, другой химической лабораторной и бытовой посуде);

3) в отборе черновых записей (для последующего их изъятия), в которых отражена методика получения как конечного продукта – синтетического наркотика, так и отдельных его стадий;

4) в даче консультаций относительно необходимости и целесообразности назначения соответствующих экспертиз с целью установления принадлежности объекта к наркотическим средствам и психотропным веществам; установления наличия наркотических средств и психотропных веществ на объектах-носителях; установления факта изготовления наркотических средств и психотропных веществ по результатам их обнаружения; установления факта использования обнаруженных предметов (в том числе инструментов и оборудования) для изготовления наркотических средств; идентификации разделённых на части наркотических средств;

5) в обеспечении безопасности членов следственной группы. Некоторые химические вещества, а также образующиеся в процессе их реакции пары могут негативно отразиться на здоровье участников осмотра места происшествия, а иногда и привести к летальному исходу. Невозможно точно определить уровень токсичности веществ, находящихся в помещении. Следует чётко понимать, что, например, подпольная лаборатория представляет собой объект повышенной опасности, где существует угроза отравления наркотическими средствами, психотропными и другими высокотоксичными веществами в случае попадания на кожу или вдыхания паров, получения химических ожогов и т. п.

Этой цели должны служить следующие тактические правила и соответствующие им тактические приёмы и рекомендации.

1. Своевременность формирования группы специалистов и принятие организационных мер по обеспечению их участия в осмотре. Это тактическое правило означает целесообразность привлечения и создания группы специалистов (необходимого профиля и численности) до начала производства следственного действия.

2. Плановость использования группы специалистов в следственном осмотре осуществляется на основе плана, который должен составлять следователем при непосредственном участии всех привлечённых к осмотру специалистов после первоначального ознакомления с местом происшествия. В плане должны быть предусмотрены

раздельные и совместные действия разнопрофильных специалистов по обнаружению, фиксации и изъятию доказательств, а также их консультативные функции по выдвигению следственных версий на основе предварительных исследований следов и проверяемых объектов, определению круга объектов и вопросов, подлежащих экспертному исследованию.

3. Полнота использования всех форм и способов взаимодействия специалистов друг с другом на каждой стадии производства осмотра. При совместном взаимодействии следователя со всеми приглашёнными специалистами они консультируют следователя относительно:

- порядка производства следственного действия (например, о необходимости расширения или ограничения зоны осмотра);

- установления наименования культуры (например, конопля, мак), степени вегетации растения, признаков культивирования (например, подрезание лишних побегов и т. д.), признаков возделывания земли (рыхление, прополка, внесение химических удобрений, с помощью которых стимулировался рост);

- необходимости дополнительного или повторного производства осмотра;

- рациональности порядка назначения и производства судебных экспертиз обнаруженных объектов и следов, а также правильной формулировки вопросов эксперту;

- значения данных, установленных в ходе процессуального действия, определения основных направлений негласных следственных (розыскных) действий (правильность выбора исходных данных и критериев сравнения, соблюдение необходимых тактических условий при проведении опытов, устойчивость полученных результатов, правильность формально-логических средств при их толковании);

- форм и способов совместного детального осмотра специальных объектов, предметов и следов специалистами. Такими объектами могут выступать одежда и личные предметы преступника, совместный осмотр которых целесообразно проводить химиком и криминалистом с целью обнаружения следов наркотических средств; плантации, совместный осмотр которых с учётом следов, указывающих на спо-



соб её обработки, лиц, которые принимали участие в незаконном посеве, уборке, транспортировке, хранении наркосодержащих растений, а также изготовления наркотиков на месте их произрастания следует проводить криминалистом, агротехником и специалистом в области растениеводства и почвоведения с целью обнаружения и фиксации следовых комплексов, обусловленных событием преступления.

4. Активное использование группы специалистов в оценке результатов осмотра, предполагающее решение следующих вопросов:

- является ли избранное следственное действие методически и процессуально адекватным средством для достижения поставленной цели;

- выполнены ли при его производстве требования УПК, касающиеся предмета и условий участия специалиста;

- соответствовало ли содержание процессуального действия предварительному плану его производства, насколько полно и правильно были использованы научно-технические средства и специальные методы;

- насколько точно и полно зафиксированы результаты процессуального действия;

- решены ли поставленные задачи, требуется ли повторное производство следственного действия;

- насколько достоверны полученные данные (правильность выбора исходных данных и критериев сравнения, соблюдение необходимых тактических условий при проведении опытов, устойчивость полученных результатов, правильность формально-логических средств при их толковании);

- какова возможность использования вновь полученных данных при дальнейшем расследовании, при планировании и производстве других следственных действий.

Подобный анализ результатов фактически завершает следственное действие.

Выводы. Приведенный алгоритм планирования, производства и оценки результатов обеспечивает четкую и последовательную организацию участия специалиста в следственном осмотре, целенаправленность и эффективность его работы, координацию и согласованность взаимодействия со следователем и специалистами другого профиля.

В целях унификации тактических приёмов использования помощи специалиста (специалистов) в производстве следственных осмотров представляется целесообразным в дополнение к действующим инструкциям и правилам, регулирующим участие в осмотрах места происшествия сотрудников органов внутренних дел, учреждений Минюста, разработать правила участия в осмотре места происшествия в качестве специалиста судебного химика, агронома, а также издать совместные инструкции по комплексному использованию специальных знаний криминалистов, судебных химиков и агрономов при совместном их участии в осмотрах во время расследования преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств.

Список использованной литературы:

1. Бишманов Б.М. Эксперт и специалист в уголовном судопроизводстве / Б.М. Бишманов. – М. : МПСИ, 2003. – 224 с.

2. Бондар В.С. Проблемы теории та практики застосування спеціальних криміналістичних знань у розслідуванні квартирних крадіжок : монографія / В.С. Бондар, М.Я. Сегай ; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – 312 с.

3. Грамович Г.И. Тактика использования специальных знаний в раскрытии и расследовании преступлений : учебное пособие / Г.И. Грамович. – Мн. : МВШ МВД СССР, 1987. – 66 с.

4. Гришина Е.П. Тактические задачи участия специалиста в допросе обвиняемого / Е.П. Гришина // Следователь. – 2007. – № 2. – С. 36–39.

5. Гусев А.В. О концепции неэкспертной реализации специальных криминалистических познаний в уголовном судопроизводстве / А.В. Гусев // Ученые-криминалисты и их роль в совершенствовании научных основ уголовного судопроизводства : матер. вузов. юбил. науч.-прак. конф. (к 85-летию со дня рождения Р.С. Белкина) : в 2 ч. – Ч. 1. – М. : Академия управления МВД России, 2007. – С. 296–300.

6. Зинин А.М. Криминалист в следственных действиях : учебно-практическое пособие / А.М. Зинин. – М. :

Издательство «Экзамен»; издательство «Право и закон», 2004. – 144 с.

7. Зинин А.М. Участие специалиста в процессуальных действиях : учебник / А.М. Зинин. – М. : Издательство «Проспект», 2014. – 256 с.

8. Ищенко П.П. Специалист в следственных действиях : практическое пособие / Ищенко П.П. – М. : «Юридическая литература», 1990. – 160 с.

9. Коберник С.Д. Совершенствование тактики следственного осмотра с участием группы специалистов / С.Д. Коберник, М.Я. Сегай, В.К. Стринжа // Криминалистика и судебная экспертиза. – К. : Вища школа, 1986. – № 33. – С. 33–39.

10. Коваленко В.В. Застосування науково-технічних засобів спеціалістами при проведенні слідчих дій : монографія / В.В. Коваленко ; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2007. – 248 с.

11. Коцинець В.В. Використання спеціальних психологічних знань судом при розгляді кримінальних справ про злочини проти життя, здоров'я та гідності особи : монографія / Віктор Васильович Коцинець. – Івано-Франківськ : «Фоліант», 2005. – 180 с.

12. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 37. – Ст. 1370.

13. Кримінальний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар / Відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. – Х. : Одісей, 2013. – 1224 с.

14. Лобан И.Е. Судебно-медицинская деятельность в уголовном судопроизводстве: правовые, организационные и методические аспекты / И.Е. Лобан, Г.И. Заславский, В.Л. Попов. – СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. – 467 с.

15. Махов В.Н. Использование знаний сведущих лиц при расследовании преступлений : монография / В.Н. Махов. – М. : Изд-во РУДН, 2000. – 296 с.

16. Мельникова Э.Б. Участие специалистов в следственных действиях / Э.Б. Мельникова. – М. : Издательство «Юридическая литература», 1964. – 88 с.

17. Полещук О.В. Теория и практика применения специальных знаний в современном уголовном судопроизвод-



стве / О.В. Полещук, С.В. Саксин, В.В. Яровенко. – М. : Издательство «Юрлитинформ», 2007. – 232 с.

18. Романюк Б.В. Участь спеціаліста на стадії досудового слідства : навчальний посібник / Б.В. Романюк. – К. : Видавничий Будинок «Аванпост-Прим», 2010. – 304 с.

19. Снетков В.А. Деятельность экспертно-криминалистических подразделений органов внутренних дел по применению экспертно-криминалистических методов и средств в раскрытии и расследовании преступлений / под ред. В.А. Снеткова. – М. : ЭКЦ МВД РФ, 1996. – 104 с.

20. Хрусталева В.Н. Участие специалиста-криминалиста в следственных действиях : учебное пособие / В.Н. Хрусталева, Р.Ю. Трубицын. – СПб, 2003. – 208 с.

21. Центров Е. Тактические особенности допроса при участии защитника / Евгений Центров // Законность. – 2004. – № 3. – С. 27–29.

22. Шаповалова Л.А. Участие специалиста – биолога и почвовед в следственных действиях / Л.А. Шаповалова, Е.А. Хлесткова // Криминалистика и судебная экспертиза. – 1985. – Вып. 31. – С. 40–43.

СРАВНИТЕЛЬНО-ИСТОРИЧЕСКИЕ ИССЛЕДОВАНИЯ В ТРУДАХ С. Г. БОРИСЕНКА

Сергей КУДИН,

кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры теории, истории государства и права и конституционно-правовых дисциплин Академии труда, социальных отношений и туризма

Summary

This article studies the main features and character of comparative-historical research held by Borisenok S. It is proved that the basis of methodology for studying the problems of domestic law history by the scientist was a comparative approach and comparative-historical method, an important role was also played by comparative philology and folklore studies. It is proved that he applied this methodology in the study of Kievan Rus criminal law terminology, customary law of Lithuanian-Russian state of XV – the first third XVI century, Lists of Lithuanian Statute 1529. It is proved that the special direction in comparative-historical studies by Borisenok S. was a comparative study of the sources of law, first of all, customary law.

Key words: scientific heritage by S. Borisenok, comparative approach, comparative-historical method, sources of law, customary law.

Аннотация

В статье исследуются основные черты и характер проведенных С.Г. Борисенком сравнительно-исторических исследований. Доказано, что основой методологии изучения ученым проблем истории отечественного права был сравнительный подход и сравнительно-исторический метод, важную роль сыграли также сравнительное языковедение и фольклористика. Обосновано, что указанную методологию он применил при изучении терминологии криминального права Киевской Руси, обычного права областей Литовско-Русского государства XV – первой трети XVI вв., списков Литовского Статута 1529 г. Доказано, что особое направление в сравнительно-исторических исследованиях С.Г. Борисенка составляло сравнительное изучение источников права, в первую очередь обычного права.

Ключевые слова: научное наследие С.Г. Борисенка, сравнительный подход, сравнительно-исторический метод, источники права, обычное право.

Постановка проблемы. Объемные условия развития правовой системы Украины начала XXI в. актуализируют исследования отечественных государственно-правовых институтов в рамках историко-правовой реальности. Поэтому одной из основных тенденций развития украинской юридической науки на современном этапе становится возобновление сравнительно-исторических исследований в области права. Применение сравнительного подхода, сравнительно-исторического правового метода позволяет существенно расширить ареал изучения проблемных вопросов истории отечественного права, интенсифицировать получение предметных знаний, определить как универсальные закономерности, так и национальные особенности развития правовых институтов. Значимым представляется обращение к компаративизму, его проявлению в правовой сфере в виде правового компаративизма, к компаративному исследованию истории украинского права как важного инстру-

мента познания процесса становления и развития отечественного права. Однако трудно представить современные исследования без обращения внимания на характер сравнительных изучений, проводимых отечественными учеными ранее. В связи с чем следует дать оценку сравнительно-историческим правовым исследованиям, которые проводил в 20-х гг. XX в. отечественный ученый, член Всеукраинской академии наук С.Г. Борисенко.

Актуальность статьи заключается в необходимости определить основные черты и характер проведенных С.Г. Борисенком сравнительно-исторических исследований.

Состояние исследования. К сожалению, научное наследие этого талантливого ученого, полученные им научные результаты не стали предметом широкого изучения представителями отечественной историко-правовой науки. В основном к творчеству С.Г. Борисенка обращаются в связи с историографическим аспектом изуче-



ния определенных проблем истории права Киевской Руси или Великого княжества Литовского. Кроме того, И.Б. Усенко подготовлена краткая библиографическая справка о творчестве С.Г. Борисенка в «Юридической энциклопедии» и «Антологии украинской юридической мысли».

Таким образом, **цель статьи** заключается в заполнении пробелов в сфере изучения основных черт и характера проведенных С.Г. Борисенком сравнительно-исторических исследований.

Изложение основного материала. Следует отметить, что научное наследие С.Г. Борисенка сравнительно невелико, однако достаточно содержательно. Это касается, во-первых, получения им в результате проведенных исследований предметных знаний в области истории права Киевской Руси, и особенно в сфере истории литовско-русского права; во-вторых – разработки ученым элементов методологии истории права. Основными его трудами на научной ниве стали «Карательное содержание «потока» Русской Правды» (1925 г.), «Обычное право Литовско-Русского государства в начале XVI в.» (1928 г.), Списки Литовского Статута 1529 г.» (1929 г.), также им были подготовлены интересные рецензии на труды Р.М. Лашенка, М.О. Косвена (1926 г.), Я. Адамуса (1929 г.).

Все его труды основаны на сравнительном подходе и сравнительно-историческом методе. Ученый сам недвусмысленно заявляет о значимости сравнения. Например, в критической части рецензии на труд Р.М. Лашенка «Лекции по истории украинского права» (1923 г.) С.Г. Борисенко отмечает, что для формирования и обоснования истории украинского права необходимо указывать на отличия между историческим развитием украинского и иноземного (в контексте «Лекций...») Р.М. Лашенка – российского права [1, с. 275].

Таковую же позицию исследователя мы просматриваем и в рецензии на труд М.О. Косвена «Преступление и наказание в догосударственном обществе». С.Г. Борисенко говорит о том, что «...исследовать развитие преступления и наказания тяжело, если ограничиваться материалом одного только какого-либо национального права. В помощь тут выступает сравнительный метод изучения» [2, с. 278].

Аналогично высказался ученый и в рецензии на другой труд Р.М. Лашенка «Литовский Статут как памятник украинского права» (1923 г.). С.Г. Борисенко, вступая в полемику относительно вопроса об определении национального характера Литовского Статута, указывает на крайнюю необходимость сравнивать Статут не только с Русской Правдой, но искать и сравнивать другие его источники. Как пример он приводит труд Н.А. Максимейко «Источники уголовных законов Литовского Статута» (1894 г.), в котором и проделана подобная работа. Он задает закономерный вопрос Р.М. Лашенко: сравнивал ли ученый, например, белорусское и украинское право по уставным грамотам для того, чтобы однозначно заявить об исключительно украинском характере Литовского Статута. Как полагает С.Г. Борисенко, именно изучение, сравнение источников Статута дает возможность определить удельный их вес и решить проблему национального характера Статута [3, с. 288-289].

Такая же четкая позиция ученого просматривается в его критической рецензии «Методологические вопросы в науке истории литовско-русского права» на труд Я. Адамуса «Z zagadnien prawa Litewskiego» (1926 г.). Для определения национального характера Статута он предлагает скрупулезно и критически на основе сравнения изучить все источники Статута 1529 г.: судебные акты (преимущественно Литовскую Метрику), нормы обычного права, судебные прецеденты, законодательные акты. С другой стороны, иным заданием есть критическое сравнение рукописей Статута, проверка судебной практики (для уяснения того, какой из списков наиболее отвечает аутентичному списку Статута). В результате определяются непосредственные источники Статута и, как следствие, можно говорить о национальном характере Статута [4, с. 482].

В этой же работе С.Г. Борисенко призывает, тем не менее, осторожно оперировать возможностями сравнительного метода, в первую очередь – диахроническим его видом (у ученого он называется «метод переживаний»). Так, он указывает, что в свое время Н.А. Максимейко, М.Н. Ясинский изучали литовско-русское право и Рус-

скую Правду в сравнительно-историческом аспекте, старались в первом найти объяснения «темных мест» Русской Правды. Однако С.Г. Борисенко предположил, что в XV–XVI вв. на территории Великого княжества Литовского мог существовать правовой сепаратизм, который нашел отображение в наличии своеобразных областных правовых систем. В связи с этим он предостерегает: именно их отличия могут при сравнении мешать объяснить указанные «темные места» Русской Правды. Единственный выход он видит в сравнении всех местных норм обычного права с целью доказать отсутствие между ними значительной разницы, а также обоснование их связи с Русской Правдой [4, с. 483-484].

Вспомним, что сравнительная лингвистика, фольклористика, этнография в XIX в. были значимыми направлениями в рамках вообще сравнительных наук, составляли важный вспомогательный инструментальный при проведении сравнительно-исторических правовых исследований, особенно при изучении норм обычного права. Так как для С.Г. Борисенка приоритетным при сравнительно-историческом изучении источников права было исследование правовых обычаев, то закономерно, что он обращается к *сравнительному языкознанию и фольклористике*, которые выполняют служебную функцию. Так, ученый предлагает с помощью данных сравнительного языкознания определить общий корень названий литовских и русских правовых институтов, и тем самым установить самостоятельные исходные пункты их развития. Правда, он указывает, что такой подход не в состоянии открыть конкретное содержание этих институтов в тот или иной исторический период, особенно во времена первых контактов между литовскими и русскими племенами. Как считает ученый, большее значение имеет сравнение фольклорного материала. Он полагает, что символические обряды, формулы, пословицы, песни могут выявить некоторые черты правовой жизни, а в сравнении с правовыми источниками – внести коррективы в существующие научные концепции [4, с. 483].

В своих трудах, в которых непосредственно проводятся сравнительно-исторические исследования, С.Г. Борисенко применил, как я считаю, в полной мере



обоснованную им методологию. Так, в труде «Карательное содержание «потока» Русской Правды» (1925 г.) с целью толкования карательного содержания как одного из наиболее спорных в научной литературе терминов Русской Правды он пытается проанализировать и сравнить как можно большее количество источников (как юридического, так и неюридического характера). Ученый считает, что необходимо определить, во-первых, филологическое, во-вторых, юридическое значение «потока»; наконец – проверить его юридическое значение на основе тех фактов из правовой жизни, где он находил свою реализацию [5, с. 13].

В результате сравнения различных частей памятников древнерусской литературы (Послание Даниила Заточника, Лаврентьевская, Псковская, Ипатьевская, Новгородская летопись и др.), где содержатся слова «поточити», «заточити», «расточити», ученый приходит к выводу, что они происходят от общего корня и передают идею «движения», «отдаления» (филологическое значение). Вместе с тем, С.Г. Борисенко убежден, что в качестве карательно-правовых терминов они могут обозначать «изгнание», «ссылку» и объединены общим родовым юридическим значением принудительного устранения преступника. Для наиболее полного объяснения этого термина он предлагает сравнивать Русскую Правду с летописями и другими памятниками письменности, так как в тот период юридический язык еще не оторвался от живого языка [5, с. 14-19, 30].

Как говорилось выше, ученый серьезно относился к проверке юридического значения «потока» фактами правового быта Киевской Руси. Фактически, речь идет о сравнении нормативного и литературного материала с реалиями правовой жизни. Во-первых, он указывает на особенную общественную опасность тех преступлений, за которые нормы Русской Правды предусматривали «поток» (например, разбой, поджог, конокрадство). С другой стороны, институт ссылки не мог в полной мере развиваться в землях Киевской Руси (кроме Новгородской земли), так как отсутствовали для этого определенные условия (специальный надсмотр, территория). Поэтому, как справедливо считает С.Г. Борисенко, преступника

изгоняли вместе с семьей за пределы целой земли, а все имущество подлежало конфискации. Это было тяжелое наказание в силу того, что в тот период человек принадлежал к родовому, племенному или политическому союзу, изгнанный из него становился «изгоем» [5, с. 20-25, 30].

Одним из важных вопросов, которым занимался С.Г. Борисенко, был поиск доказательств существования в период до издания Статута 1529 г. на территории Великого княжества Литовского местных территориальных правовых систем, основу которых составляли своеобразные нормы обычного права. С этой целью в труде «Обычное право Литовско-Русского государства в начале XVI в.» (1928 г.) он сравнивает большое количество правовых памятников первой четверти XVI в.: судебные акты из разных областей Литовско-Русского государства, различные привилегии в форме статутных грамот, Судебник Казимира 1468 г. и т. д. Ученый считает, что до кодификации 1529 г. в Литовско-Русском государстве полностью доминировал принцип партикуляризма: в каждой земле существовала отдельная, отличная от других система обычного права – так называемое «земское право». Такие системы существовали, как полагает С.Г. Борисенко, собственно в Литве, а также в Жмудской, Витебской, Бельской, Полоцкой, Смоленской, Киевской, Волынской, Дрогобичской, Берестейской земле [6, с. 66-70].

Интересным выглядит проведенный ученым сравнительно-исторический анализ норм отдельных земских грамот-привилегий и Судебника Казимира 1468 г. В результате исследования он приходит к выводу, что Судебник Казимира есть правовым памятником, который имел распространение на территории только Литовского княжества. Такой вывод стал следствием сравнения норм о судебной власти воевод, о грабительских нападениях («наездах»), о воровстве («татьбе»). Например, он находит существенные отличия в нормах Судебника Казимира, привилегиях Волынской, Киевской, Витебской, Полоцкой, Смоленской земель относительно передачи вора потерпевшему, дальнейшей судьбы предмета воровства, юридических последствий для преступника. Это еще более убеждает

ученого в существовании в начале XVI в. в Литовско-Русском государстве своеобразных местных обычно-правовых систем [6, с. 75-81].

Важно отметить, что С.Г. Борисенко не останавливается лишь на нормативном сравнении, он сравнивает также символические обряды, которые существовали в разных областях Литовско-Русского государства и легитимировали ту или иную норму обычного права. Например, он сравнил такие обряды, как «ставить шапки» при предоставлении займа, «еднание» между потерпевшим и преступником, «чоломбитие» как отображение отношений между господином и подчиненным, «обличкование» при находке собственником украденного у него коня и др. [6, с. 81-87]. Интересно, что ученый подчеркнул наличие не только аналогичных, но и отличительных черт указанных обрядов в разных землях Литовско-Русского государства.

Другой важной научной проблемой, которой занимался С.Г. Борисенко, было критическое изучение и сравнение списков Литовского Статута 1529 г. Сам ученый указывает на значимость такого изучения, аргументируя это историей формирования норм Статута, соотношением в нем закона и обычая, систематикой изложения правовых предписаний, объемом и характером рецепции иноземного права. Именно эти факторы и определили, как считает исследователь, разницу между первой и последующими редакциями Литовского Статута. По словам С.Г. Борисенка, «...у Статута 1529 г. есть два лица: одно направлено в далекое историческое прошлое своим древним духом и обычно-правовым содержанием, а второе следует по пути грядущего законодательного творчества» [7, с. 36].

В данном труде С.Г. Борисенко ставит перед собой задачу сравнить местные списки Статута 1529 г. и попробовать установить текст аутентического списка, причем таким, по его мнению, стоит считать список, который использовался на суде великого князя («господарский список»). К местным спискам он относит список, которым пользовался Городенский земской суд, и список, используемый Луцким замковым судом. Кроме того, он оперирует известными ему списками, которые он сравнивает между собой, и приходит



к выводу, что существовали краткая и широкая редакции Статута 1529 г.

К краткой редакции он относит русский список, который был в библиотеке Т. Дзялинского («список Дзялинского»); русский список, который долгое время принадлежал фамилии Фирлеев («список Фирлеевский»); латинский перевод Статута, принадлежащий Порицкой и Пулавской библиотекам («список порицко-пулавский»). Широкою редакцию Статута составляли такие списки, как русский список, который сохранялся в Виленской Академии («Виленский список»); русский список, находящийся в 20-х гг. XX в. в Ленинградской публичной библиотеке («список Слуцкий»); польский перевод, который был найден в 1828 г. в библиотеке Кармелитов в Острой Браме («список Остробрамский»). Отличия между списками этих редакций заключались, как считает С.Г. Борисенко, в том, что списки широкой редакции имели артикулы с явно измененным содержанием, а также отличительно новые артикулы. Кроме того, результатом сравнительной операции был вывод о том, что оригиналы, с которых были списаны списки широкой редакции, есть дополненные и исправленные экземпляры Статута, однако они не были экземплярами памятника, который использовался на суде великого князя. По мнению ученого, списки широкой редакции – труд исключительно частный. «Господарский» же список имел неизвестные артикулы, правовые предписания внутри разделов размещались по-иному [7, с. 49, 54-64, 95].

Проделанное С.Г. Борисенком сопоставление разных списков разных редакций, сличение их с практикой местных судов, суда великого князя представляет очень важное научное значение. Ведь его результатом стал вывод о том, что, во-первых, список Статута, используемый на суде великого князя, также имел несколько вариантов, которые отображали внесенные в первичный текст изменения, во-вторых, первичный список, к сожалению, отсутствует, в-третьих, наиболее близкими к этому списку за своим содержанием и размещением артикулов есть списки краткой редакции [7, с. 108-109].

Таким образом, из сказанного можно сделать следующие **выводы**:

1. Основой методологии изучения С.Г. Борисенком проблем истории отечественного права был сравнительный подход и сравнительно-исторический метод. В своих трудах он применял как синхронический, так и диахронический виды сравнительного метода. Важную роль в сравнительно-исторических исследованиях ученого сыграли сравнительное языковедение и сравнительная фольклористика.

2. Указанную методологию С.Г. Борисенко применил при изучении одного из терминов криминального права Киевской Руси – «поток»; при обосновании существования в XV – первой трети XVI вв. на территории Литовско-Русского государства областных систем «земского права», основой которых было своеобразное для каждой земли-области обычное право; при критическом исследовании списков Литовского Статута 1529 г. В результате чего им были добыты определенные предметные знания, которые не утратили своей актуальности и сегодня («поток» – изгнание преступника вместе с семьей за пределы земли-княжества; существование в Литовско-Русском государстве в период до издания Статута 1529 г. территориальных, со своей уникальностью, систем обычного права; локальное, лишь для этнографической Литвы, значение Судебника Казимира 1468 г.; наличие списков краткой и широкой редакций Статута 1529 г., причём списки краткой редакции наиболее соответствовали первичному списку правового памятника).

3. Особое направление в сравнительно-исторических исследованиях С.Г. Борисенка составляло сравнительное изучение источников права, в первую очередь обычного права. Это позволяет говорить о том, что ученый принадлежал к той группе отечественных исследователей, которые в 20-х – начале 30-х гг. в рамках академической науки занимались сравнительно-историческим источниковедением.

Список использованной литературы:

1. Борисенко С.Г. Критика: Р. Лашенко «Лекції з історії українського права» / Степан Гнатович Борисенко // Праці Комісії по виучуванню історії

західно-руського та українського права. – К., 1926. – Вип. 2. – С. 274–276.

2. Борисенко С.Г. Критика: М. Косвен «Преступление и наказание в догосударственном обществе» / Степан Гнатович Борисенко // Праці Комісії по виучуванню історії західно-руського та українського права. – К., 1926. – Вип. 2. – С. 277–279.

3. Борисенко С.Г. Критика: Р. Лашенко «Литовський Статут, яко пам'ятник українського права» / Степан Гнатович Борисенко // Праці Комісії по виучуванню історії західно-руського та українського права. – К., 1926. – Вип. 2. – С. 288–289.

4. Борисенко С.Г. Методологічні питання в науці історії литовсько-руського права – Критика: Jan Adamus «Z zagadnień prawa Litewskiego» / Степан Гнатович Борисенко // Праці Комісії по виучуванню історії західно-руського та українського права. – К., 1929. – Вип. 6. – С. 473–486.

5. Борисенко С.Г. Карний зміст «потока» Руської Правди / Степан Гнатович Борисенко // Праці Комісії по виучуванню історії західно-руського та українського права. – К., 1925. – Вип. 1. – С. 6–31.

6. Борисенко С.Г. Звичаєве право Литовсько-руської держави на початку XVI ст. / Степан Гнатович Борисенко // Праці Комісії для виучування звичаєвого права України. – К., 1928. – Вип. 3. – С. 61–98.

7. Борисенко С.Г. Списки Литовського Статута 1529 р. / Степан Гнатович Борисенко // Праці Комісії для виучування історії західно-руського та українського права. – К., 1929. – Вип. 6. – С. 35–109.



ВЫВОД ЭКСПЕРТА И ОТЧЕТ ОЦЕНЩИКА КАК СРЕДСТВА ДОКАЗЫВАНИЯ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АСПЕКТ И ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ

Татьяна КУЧЕР,

кандидат юридических наук, ассистент кафедры нотариального, исполнительного процесса и адвокатуры
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Summary

The article is devoted to the legal nature and differential characteristic of expert conclusions as one of the instrument of evidence considering the fact that there is exist the other professional subject with similar functions in this field of knowledge; become clear the place of results of their performance in the system of instrument of evidence. It is defined the main feature of their professional conclusions and their correlation links. It is offered the authors definition of terminology content of this instrument of evidence and the need of their changes on legislative level.

Key words: instrument of evidence, expertize, appraisal, court expert, the subject of appraisal performance.

Аннотация

Статья посвящена исследованию правовой природы, отличительных особенностей вывода эксперта как одного из видов средств доказывания с учетом существования сходных функций с другими профессиональными субъектами в данной области знаний, выясняется место результатов их деятельности в системе средств доказывания. Определяются основные признаки профессиональных выводов и их корреляционные связи. Предложены авторские определения таких понятий, предложения по усовершенствованию действующего законодательства.

Ключевые слова: средства доказывания, экспертиза, оценка, судебный эксперт, субъект оценочной деятельности.

Постановка проблемы. Главным заданием гражданского процесса является полное и всестороннее выяснение обстоятельств дела, обеспечивающее возможность не только правильно рассмотреть дело в сущности, но и принять законное и обоснованное судебное решение. Однако его эффективность напрямую зависит от процессуального поведения лиц, принимающих участие по делу путем доказывания своей правовой позиции по делу.

Важное место в формировании доказательственной базы занимает экспертиза, вывод которой, хотя и имеет одинаковую юридическую силу наряду с другими средствами доказывания, но особенные субъект, порядок ее проведения, требования к заключительному документу выделяют ее среди других. Вместе с тем существуют и другие специалисты, которые в отдельной сфере (оценке имущества) дублируют профессиональные действия экспертов.

Актуальность проблемы. Исключительность перечня групп средств доказывания вызывает резонные вопросы касательно возможности отнесения заключений субъектов оценочной деятельности к их определенным видам или выделении нового. Императивных указаний в Гражданском процессуальном кодексе Украины [1] по поводу конкретного вида средства доказывания, которым может доказываться стоимость объекта,

не установлено, а наоборот, исходя из такого детерминанта, определяется цена иска. С другой стороны, согласно с законом лицо, имеющее право проводить оценку имущества, также владеет специальными знаниями и является компетентным в этой области.

Состояние исследования. Вопросы выводов экспертов как средств доказывания широко рассматриваются как в украинской [2], так и российской процессуальной доктрине [3], но не в ракурсе их соотношения с результатами профессиональной деятельности других уполномоченных государством и аттестованных лиц – субъектов оценочной деятельности.

Цель и задачи статьи. Цель данной статьи состоит в проведении комплексного исследования результатов профессиональной деятельности лиц, владеющих специальными знаниями с позиции их отношения к средствам доказывания, установления их правовой природы, выделения характерных признаков, формирования собственных определений, конкретных выводов по усовершенствованию действующего законодательства Украины.

Изложение основного материала. Средством доказывания, согласно ч. 2 статьи 57 ГПК Украины, признается вывод эксперта. Для его получения назначается (статья 142 ГПК Украины) и / или проводится экспертиза. Статья 1 Закона

Украины «О судебной экспертизе» [4] определяет последнюю как исследование экспертом на основе специальных знаний материальных объектов, явлений и процессов, которые содержат информацию об обстоятельствах дела, пребывающих в производстве органов досудебного расследования или суда.

Вместе с деятельностью судебных экспертов на профессиональном рынке функционируют и субъекты оценочной деятельности, которые могут проводить оценку имущества, имущественных прав исключительно при условии проверки их знаний и подтверждении таких полномочий соответствующими документами. В свою очередь, одним из видов судебных экспертиз является оценочная (например, оценочно-земельная, оценочно-строительная), призванная установить стоимость определенных объектов на дату проведения экспертизы. Конечно, такой вид экспертизы является юридически обусловленным, поскольку нередко при рассмотрении дел в разных видах судопроизводства или нотариальном, исполнительном процессах необходимо установить стоимость имущества, являющегося предметом рассмотрения дела (например, п. 2, 9 ч. 1 статьи 80 ГПК Украины). При этом ч. 2 статьи 80 ГПК Украины возлагает на суд обязанность контролировать достоверность стоимости имущества и в случае, если таковая очевидно (без проведения специального исследования –



Т.К.) не соответствует действительной, суд предварительно определяет размер судебного сбора с последующим взыванием недоплаченного или возвратом переплаченного, исходя из цены иска, установленной судом при разрешении дела. Так, статьей 3 Закона Украины «Про оценку имущества, имущественных прав и профессиональную оценочную деятельность в Украине» (далее – ЗУ «Про оценку имущества») [5] установлено, что оценка имущества, имущественных прав (далее – оценка имущества) – это процесс определения их стоимости на дату оценки по процедуре, установленной нормативно-правовыми актами, определенными в статье 9 этого Закона, и является результатом практической деятельности субъекта оценочной деятельности. Вместе с тем Инструкция о назначении и проведении судебных экспертиз и экспертных исследований и Научно-методические рекомендации по вопросам подготовки и назначения судебных экспертиз и экспертных исследований, утвержденная приказом от 08.10.98 года № 53/5 (далее – Инструкция) [6], предусматривают только отдельные положения касательно нормативной базы при проведении такой оценки, отдельные наименования (оценочно-строительная и оценочно-земельная) и формулировки отдельных вопросов в разных видах экспертиз по поводу стоимости объектов или правильности их оценки. Особенно следует отметить, что п. 1.5 Инструкции обязывает при проведении экспертиз, экспертных исследований по оценке имущества применять не только требования Закона Украины «О судебной экспертизе», а и учитывать особенности, определенные Законом Украины «Об оценке имущества» касательно методического регулирования оценки имущества. Получается, что деятельность судебного эксперта по поводу оценки корреспондируется с обязанностями оценщика имущества. В свою очередь, в ГПК Украины предусмотрена только возможность проведения экспертиз. Суд на основании рассмотрения заявления постановляет определение суда о назначении соответствующей экспертизы. После ее проведения эксперт дает в письменной форме свой мотивированный вывод, где отображены все результаты исследования (ч. 2, 3 статьи 147 ГПК Украины). Именно этот вывод и становится средством доказывания. Однако не следует рассматривать вывод эксперта усеченно, только в форме письменного

документа. Такое средство доказывания, согласно статье 66 ГПК Украины, является комплексным, поскольку, с одной стороны, он отображен в письменной форме с подробной описью проведенных экспертом исследований и сделанных выводов, с другой – включает в себя ответы на вопросы, заданные судом. При исследовании вывода эксперта для его разъяснения или дополнения эксперту, вызванному в судебное заседание согласно статье 189 ГПК Украины, могут быть поставлены вопросы; в свою очередь, суд имеет право не только их ставить, а и выяснять суть ответов на них. Абз. 3 п. 2.2 Инструкции возлагает на эксперта обязанности касательно разъяснения вывода, а абз. 6 того же пункта – явиться на вызов органа, назначившего такую экспертизу для дачи разъяснений, показаний или дополнений по поводу проведенной экспертизы или причин уведомления о невозможности ее проведения. Из анализа изложенных норм можно сделать вывод про многочленную структуру вывода эксперта, а не двухкомпонентную, как обозначено в статье 66 ГПК Украины. Учитывая его сложную правовую природу, специальные требования к субъектам, их обязанности и основания их формирования, вывод эксперта как средство доказывания – это результаты проведенной экспертизы в виде обоснованного и объективного письменного вывода в установленной законом форме, содержащие ответы на поставленные вопросы, а также в порядке, установленном данным Кодексом и другими нормативно-правовыми документами, устное пояснение в форме разъяснений и дополнений такого вывода и ответов на вопросы суда и лиц, принимающих участие в деле, отображенные в протоколе судебного заседания и присоединенные к письменному выводу.

Основываясь на теоретическом анализе и законодательных положениях регулирования экспертиз для дальнейшего исследования оценки имущества с позиции их корреляционного отношения, можно выделить основные признаки вывода эксперта как средства доказывания:

1) имеет сложную структуру, состоящую из письменного вывода, устных пояснений в виде разъяснений и дополнений такого вывода и ответов на вопросы суда и лиц, принимающих участие в деле, отображенных в протоколе судебного заседания и присоединенных к письменному выводу;

2) может быть получен исключительно на основании проведенной экспертизы, назначенной уполномоченным органом (судом – в ракурсе нашего исследования) в порядке, установленном действующим законодательством;

3) субъектом предоставления являются судебные эксперты, которыми могут быть лица, имеющие необходимые знания для дачи вывода по исследуемым вопросам; прошли соответствующую подготовку и получили квалификацию судебного эксперта по определенной специальности (статья 10 ЗУ «О судебной экспертизе»), прошли аттестацию с присвоением квалификации с правом проведения отдельного вида экспертиз (статья 16 этого Закона) и внесены в Государственный реестр аттестованных судебных экспертов (ч. 2 статьи 53 ГПК Украины);

4) эксперт несет уголовную ответственность за заведомо неправдивый вывод или за отказ без уважительных причин от исполнения возложенных на него обязанностей, ответственность, установленную законом, – за неисполнение других обязанностей;

5) использование специальных методик проведения судебных экспертиз (кроме судебно-медицинских и судебно-психиатрических), подлежащих аттестации и государственной регистрации (ч. 3 статьи 8 Закона Украины «О судебной экспертизе»);

6) объектом исследования выступают или собранные средства доказывания по делу, или лица, принимающие участие в деле (например, медицинская экспертиза).

Однако, как мы раньше отмечали, установление стоимости определенного объекта может осуществляться не только при помощи проведения оценочной экспертизы, но и путем исполнения профессиональной оценочной деятельности. Состав объектов оценки согласно статье 3 ЗУ «Об оценке имущества» состоит из: 1) имущества, в которое входят все объекты, выраженные в материальной форме, в том числе объекты права интеллектуальной собственности; целостные имущественные комплексы всех форм собственности; 2) имущественные права – любые права, связанные с имуществом, отличные от права собственности. Все эти объекты могут выступать не только предметом требований лиц, принимающих участие в деле, а именно их стои-



мость будет решающей при формировании цены иска.

Детерминировано, что предметом нашего исследования становится необходимость выяснения подтверждения стоимости объекта в процессе судопроизводства при помощи деятельности оценщика. Субъектами оценочной деятельности являются: 1) субъекты хозяйствования, осуществляющие хозяйственную деятельность, в составе которых работает хотя бы один оценщик, и которые получили сертификат субъекта оценочной деятельности в соответствии с этим Законом; 2) органы государственной власти и органы местного самоуправления, получившие полномочия на осуществление оценочной деятельности в процессе исполнения функций по управлению и распоряжению государственным имуществом и (или) имуществом, находящимся в коммунальной собственности, и в составе которых работают оценщики (статья 5 ЗУ «Об оценке имущества»). Оценщиком, в свою очередь, может быть гражданин Украины, иностранец и лицо без гражданства, сдавшие квалификационный экзамен и получившие квалификационное свидетельство оценщика в соответствии с условиями этого Закона (ч.1 статьи 6 ЗУ «Об оценке имущества»). То есть для осуществления профессиональной деятельности в этой области обязательно наличие лица, знания которого в данной сфере подтверждены положительным результатом испытаний и получением соответствующего документа, подтверждающего его квалификацию. Как минимум, такие требования к профессиональности субъекта проведения оценочной деятельности уже свидетельствуют об отличии результатов его работы от деятельности других персоналий, специальные требования к уровню мастерства которых не ставятся. Но главным аргументом в пользу использования вывода оценщика в качестве средства доказывания служит положение ч.1 статьи 10 ЗУ «Об оценке имущества», в которой прямо предусмотрено, что основой ее проведения могут быть два документа: 1) договор между субъектом оценочной деятельности – субъектом хозяйствования и заказчиком оценки; 2) определение суда о назначении соответствующей экспертизы касательно оценки имущества. Закон Украины «Об оценке имущества» отождествляет эксперта и оценщика как субъектов, имеющих право проводить

оценку имущества. Так, в статье 11 ЗУ «Об оценке имущества» четко указано, что права, обязанности и ответственность оценщика (субъекта оценочной деятельности), проводившего экспертизу на основании определения суда о ее назначении, определяются законодательством Украины о судебной экспертизе и этим Законом. А именно законодательные нормы относительно проведения экспертизы и оценки имущества корреспондируются между собой, а это означает, что и перечень персоналий, наделенных правом выступать экспертами, расширяется и дополняется оценщиками. Хотя такое прямое уподобление вряд ли можно назвать верным, ведь базисом для получения вывода эксперта служит проведение экспертизы, а относительно отчета оценщика или акта – процедура оценки имущества. Да и сами результаты деятельности таких субъектов, как видим, являются совсем отличными, поскольку субъекты оценочной деятельности готовят не вывод, а отчет об оценке имущества, которым считается документ, содержащий выводы об оценке имущества, и подтверждает исполненные процедуры по оценке имущества субъектом оценочной деятельности в соответствии с договором.

Так, для последнего характерно:

1) благодаря распространению на таких субъектов норм относительно прав и обязанностей эксперта также результаты их деятельности имеют сложную структуру, состоящую из письменного отчета (акта), устных пояснений в виде разъяснений и дополнений такого вывода и ответов на вопросы суда и лиц, принимающих участие в деле, отображенных в протоколе судебного заседания и присоединенных к письменному отчету (акту);

2) может быть получен как на основании договора между заказчиком и субъектом оценочной деятельности, так и на основе проведенной процедуры оценки имущества, назначенной судом в порядке, установленном действующим законодательством;

3) субъектом предоставления являются хозяйствующие субъекты физические лица-предприниматели, юридические лица, органы государственной власти и местного самоуправления, получившие сертификат, в составе которых есть оценщик, сдавший квалификационный экзамен, квалификационное свидетельство и внесенный в Государственный реестр

оценщиков (статья 17 ЗУ «Об оценке имущества»);

4) оценщик несет уголовную ответственность за заведомо неправдивый вывод или за отказ без уважительных причин от исполнения возложенных на него обязанностей, ответственность, установленную законом, – за неисполнение других обязанностей в результате распространения на него при проведении оценки имущества по определению суда действия норм, регулирующих вопросы проведения экспертиз;

5) обязательное использование субъектами оценочной деятельности положений (национальных стандартов) оценки имущества, которые должны содержать определение понятий, в том числе понятия рыночной стоимости, принципов оценки, методических подходов и особенностей проведения оценки соответствующего имущества в зависимости от цели оценки, требования к содержанию отчета об оценке имущества и порядка его рецензирования (статья 9 ЗУ «Об оценке имущества»);

6) объектом исследования всегда выступают собранные средства доказывания по делу.

Выводы. Основной отличительной чертой деятельности эксперта и субъекта оценочной деятельности от других участников гражданского процесса является наличие у них специальных знаний. Российская ученая Сахнова Татьяна Владимировна определяет специальные знания как всегда научные знания неправового характера, сопровождаемые адекватными (признанными) прикладными методиками, используемыми для достижения намеченных целей [7]. Однако не только такие субъекты владеют признаком профессионализма, а соответственно, и имеют специальные знания. Ими могут быть специалисты (ч.1 статьи 54 ГПК Украины), деятельность, связанная с профессиональной помощью в сборе средств доказывания, которые потом будут служить объектами исследования судебной экспертизы, услуги переводчика (ст.8, 152 ГПК РСФСР, ст. 8 АПК РФ) [8]. Как видим, специальные знания присущи многим участникам гражданского судопроизводства, а поэтому и выбрать их фундаментом для формирования обобщенного определения группы средств доказывания с использованием такого характерного признака не является возможным. За основу формули-



рования следует выбрать обязательное проведение специального исследования с использованием элементов их методического регулирования (методик, положений (национальных стандартов) с соблюдением установленной процедуры и отображением результатов в конечном документе.

Список использованной литературы:

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 1 липня 2004 року № 1952-IV [Електронний ресурс] // Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

2. Фурса С.Я., Фурса С.І. Цивільний процес. Академічний курс [Текст]. – К. : видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. – с. 356-361, 386-388; Гончаренко В.Г., Бергер В.С., Булига Л.П. Експертизи у судовій практиці. – К. : Либідь, 1993. – С. 9.

3. Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. // Т.В. Сахнова / М. : Городец, 2000. – 368 с. – С. 26. ISBN 5-89391-052-4; Орлов Ю.К. Производство экспертизы в уголовном процессе. // Ю.К. Орлов / С. 4-5; Жуков Ю.М. Судебная экспертиза в советском гражданском процессе. – С. 10.

4. Закон України «Про судову експертизу» від 25 лютого 1994 року № 4038-ХІІ (із змінами та доповненнями) [Електронний ресурс] // Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/%D0%BF%D1%80%D0%BE%20%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%BE%D0%B2%D1%83%20%D0%B5%D0%BA%D1%81%D0%BF%D0%B5%D1%80%D1%82%D0%B8%D0%B7%D1%83>.

5. «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12.07.2001 № 2658-III [Електронний ресурс] // Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2658-14/print1389010616589612>.

6. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичні рекомендації з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затверджені наказом від 08.10.98 № 53/5 [Електронний ресурс] // Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98>.

7. Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. // Т.В. Сахнова / М. : Городец, 2000. – 368 с. – С. 8. ISBN 5-89391-052-4.

8. Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. // Т.В. Сахнова / М. : Городец, 2000. – 368 с. – С. 15. ISBN 5-89391-052-4.

FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW: ASPECTS OF NATURAL LAW

Olha LABYAK,
post-graduate student
Ivan Franko National University of Lviv

Summary

The article deals with the system of fundamental principles of international law through the prism of jus naturale. Analysis of the legal nature of the fundamental principles has been conducted and their legal characteristics have been singled out. The article examines the influence of jus naturale on the development of fundamental principles of international law and examines the impact of jus naturale and positivism in their formation. The article describes the axiological component of the fundamental principles of international law.

Key words: theory of international law, jus naturale, positivism, fundamental principles of international law, axiology, jus cogens.

Аннотация

Исследуется система основных принципов международного права сквозь призму юснатурализма. Осуществлен анализ юридической природы основных принципов, и выделены их юридические свойства. В статье анализируется влияние юснатурализма на развитие фундаментальных принципов международного права, и рассматривается влияние юснатурализма и позитивизма в их формировании. В статье характеризуется аксиологический компонент основополагающих принципов международного права.

Ключевые слова: теория международного права, юснатурализм, позитивизм, основные принципы международного права, аксиология, jus cogens.

Modern international law may be characterized as a system of law having its specific subjects, particular sources, corresponding object and regulatory methods. On the other hand, science has not always viewed international law from this particular angle, i.e. through corresponding positivism-oriented theoretical structures. It is characteristic, however, that from the beginnings of international law (during pre-state and ancient periods) and during its further development a particular importance was given to the ideas of jus naturale.

Statement of the problem.

International law at its current stage of development to a certain extent combines principles of positivism and jus naturale which shall be fundamental for research of its legal nature and other specific features. Thus, study of various strata of international law solely by means of positivist theory is not always successful.

Analysis of recent research.

Fundamental principles of international law as a real category of positive international law embody the fundamental ideas and principles of natural law theory. The science of international law has an established opinion on this subject.

Most scholars recognize the particular role that these principles have for characterization of axiological aspects of international law [1]. In this respect the fundamental principles are treated through the prism of legal entrenchment of universal values [2]. In ukrainian science of international law main principles were analyzed in the papers of B. Butkevych, A. Merezhko, Y. Shchokin etc.

The relevance of the chosen direction of scientific research due to the fact that the theory of international law, there is an objective need for continuing scientific debate on natural law theory in its application to international law. However, in this context, the significance of positivism, with all its advantages and disadvantages is not diminished, but rather is used to determine the scientific truth.

The purpose of the paper is the scientific study of the basic principles of international law jus naturale position and synthesis of theoretical propositions

At the same time, theoretical sources are reasonable to claim that the fundamental principles are the principles of positive international law and have no direct roots in natural law [3]. It is obvious that jus naturale is only indirectly



present in the fundamental principles of international law as the main instrument of positivation of the values of natural law within the framework of international law. One of the existing approaches to the study of the fundamental principles consists in viewing them both as legal and moral elements of international legal regulation.

Statement of the article. Legal classification of the fundamental principles calls for singling out characteristics that logically stem from their legal nature. Among these characteristics we generally point to their universal and common nature [4] which in its turn gives the fundamental principles a special status among other norms of international law. Apart from that, we shall pay special attention to universality which in our opinion may be regarded as the common feature both of the fundamental principles and natural law.

Fundamental principles as universal norms are different in their conclusiveness and binding nature [5] of their regulatory prescriptions. It is characteristic that the provisions of the UN Charter confirm the said feature of international legal obligations foreseen by the charter including those that originate from the fundamental principles of international law. To be more specific, Article 103 expressly states that obligations of the UN-members under the UN Charter should they contradict any other international legal obligations will take precedence over the latter [6].

Universal character of the fundamental principles lies in their application to any and all subjects of international law without any exceptions that may exist in relation to them (for instance, consent on the part of the state). Besides it is important that these particular universal norms such as the fundamental principles of international law characterize the content, social and universal value of international law [7].

The legal way to ensure universal application of international law is the UN Charter, provisions of which were in fact the first to incorporate the system of fundamental principles on the international level. Since universal values, ideals and principles, according to many scholars, are typically reflected in international legal acts with the participation of practically all countries [8], then the UN

Charter, ratified by 193 countries as of today, certainly falls into the category of an international agreement.

Another aspect of the universal character of the fundamental principles is manifested in the erga omnes character (i.e. applicable to and directed at any member of the international community) of the international legal obligations that are foreseen by their regulatory content [9].

We should mention, however, that in theory of international law the erga omnes character of obligations is by no means recognized by all fundamental principles. The least objectionable in this respect is the principle of equal rights and self-determination of peoples. At the same time the doctrine has yet to reach a consensus concerning the correlation between other fundamental principles and the erga omnes obligations.

The theoretical and legal foundation of the fundamental principles in the said understanding allows for them to be interpreted as ideological and regulatory basis of modern international law [10]. As a matter of fact, the fundamental principles perform a double function in the mechanism of international legal regulation. Firstly, they are the reflection of a complex of universal values which simultaneously serves as ideological foundation for the operation and development of international law [11]. Despite the fact that the principles are historically changeable in their content and quantity [12], the values (equality, morality, justice) that they are based on, remain a constant in international law.

For a more profound understanding of the fundamental principles, it is suffice to say that they serve vital interests of the members of international community.

Interests of humanity are satisfied with the help of fundamental principles which serve not only as an ideological basis of international law but to a certain extent as its «constitution» [13]. This is stipulated by the regulatory character of the fundamental principles which is exercised through corresponding rights and obligations of the subjects of international law. Not least because of this, the fundamental principles are interpreted by the scholars as the basis of international law [14].

On the whole, the idea of recognizing the «constitutional character» of the fundamental principles or their

classification as a «constitution» in the meaning of a relevant system of interrelated norms is not new. Representatives of the doctrine of international law have drawn attention to this fact on numerous occasions [15]. As a result, there arises a new discussion concerning a gradual replacement of the decentralized horizontal system of international relations with a vertical hierarchy of corresponding elements where the fundamental principles are placed.

The regulatory content of the fundamental principles determines the most important rights and obligations of the subjects of international law, i.e. analyzes their behavior through the prism of compliance with legal prescriptions. From this perspective, the fundamental principles seem to establish legal parameters for a desired, appropriate model of behavior of subjects [16] and hence their compliance with those idealistic mindsets and values that are encoded in the fundamental principles. This means that on the one hand, the fundamental principles establish the normative limits for lawful mode of behavior of the countries, and on the other hand, they compare this mode of behavior with the idealistic elements reflected in the principles. It is through reflection of the qualitative specifics and governing principles of international law in the fundamental principles that the idea of self-preservation of states, peace maintenance and co-operation is being established as the general objective of the international community. In other words, the fundamental principles exhibit an absolute correlation of the said ideas which are always the same both for individual countries and for the international community as a collective formation.

According to its origin the contemporary system of fundamental principles may to a certain extent be regarded as the extension of the natural law concept on the fundamental rights of states.

Ideological content of this concept is based on the fact that the fundamental principles of international law (right to life, right to independence, right to equality, right to take part in international relations) derive from the very nature or essence of state [17]. According to O. Merezhko,



emergence of the concept of fundamental rights of states is conditioned by placing a correspondent concept of fundamental (natural) rights known since the adoption of the United States Declaration of Independence 1776 and the Declaration of the Rights of Man and Citizen 1789 onto the footing of international law [17]. Thus, there are reasonable grounds to claim that in this particular case there is a causal relation between natural and international law. This relation may be shown schematically as follows: *fundamental (natural) human rights – fundamental rights of a nation-fundamental (natural) rights of a state – fundamental principles of international law*.

Interpretation of O. Eichelman suggests that fundamental rights constitute indispensable postulates for peaceful existence of independent countries, a minimum of norms necessary for regulation of relations between the subjects of law. As an example of fundamental rights the scholar names the principle of legal liability for a breach – *pacta sunt servanda* [18] which today as a principle of performance of international obligations in good faith is a part of a system of fundamental principles of international law.

According to V. Koretskyi the theory of fundamental rights of a state contains the following rights: right to life and self-preservation, right to independence, right to equality, right to respect for one's dignity etc. [19]. Thus, it is reasonable to try and draw parallels between the said rights and specific principles of international law, namely, the principle of sovereign equality of states, principle of international cooperation, principle of prohibition of interference in internal affairs. Accordingly, for international relations at their current stage of development fundamental principles of international law serve as an extension of the concept of natural human rights and the concept of fundamental rights of a state in natural law tradition.

The ideas of natural law do not exist outside their relation to the norms of international law, its main principles included. This is what Ukrainian international law scholar Yu. Schokin aptly commented on the matter: *«universal moral and ethical norms-principles that serve as the basis for modern concepts of natural rights and are*

reflected in the fundamental principles of international law are so deeply rooted in the collective social mind that we have started to perceive them as undeniable values that do not need proof of social practice» [20].

An immanent characteristic of the fundamental principles is their higher political, moral and legal authority [21] which undoubtedly stems from their fundamental character within the regulatory system of international law. A special legal nature of the fundamental principles of international law that is manifested in their recognition as the higher legal, political and moral norms [22] in no case provides for any hierarchical relations between them. We may claim, however, that within the regulatory system of international law the other norms are subordinate to the fundamental principles. In this respect it is not a coincidence that any norm that contradicts the requirements for regulatory content of fundamental principles shall be deemed as invalid. The theory of international law corroborates this opinion in the sense that fundamental principles, as the most important universal norms, are simultaneously a criterion of lawfulness for all the other norms. Probably, the link between the fundamental principles and values explains why the former may possess this feature.

A number of aspects concerning the legal nature, preemptory character, regulatory content, interpretation and finally the number of the fundamental principles themselves are disputable and often contradictory. Suffice to remember the identification of the fundamental principles with the general principles of law in context of the Art. 38 of the Statute of the International Court of Justice which is typical for positivism-oriented trends; the idea of preemptory character of the fundamental principles in the meaning of *jus cogens*; and the urge to expand the existing system of fundamental principles and to specify their regulatory content.

It becomes obvious that the analysis of the fundamental principles solely from the perspective of positivism or *jus naturale* may result in their idealization. Apparently, fundamental principles of international law cannot always find their proper validation only by the concepts of natural or positive law. For instance, the man-made character of the fundamental

principles of international law despite a number of natural law elements presumes that they have a mixed nature and are built on the grounds of duality of positivism and *jus naturale* as indispensable elements of a single legal reality.

The conclusion. Consequently, under such circumstances there remains space for academic discussion and further development of the concept of fundamental principles.

To conclude the above said, the following statements can be made. Fragmental manifestations of natural law concepts in the fundamental principles of international law are morality, equality, freedom and justice as its fundamental values. The Fundamental principles of international law directly originate from a number of natural law theories (theory of fundamental human rights, theory of fundamental rights of a state) adjusted to the reality of modern international relations. Positivist nature of the fundamental principles may be traced in their consensuality while the natural law elements are manifested in their regulatory content.

List of reference links:

1. Antselevych G. International law / Antselevych G.O. – K. : Alerta, 2003. – 410 p.
2. Butkevych O. International law of the Middle Ages / O. Butkevych. – K. : Edition of humanit. literature, 2008. – 672 p.
3. Butkevych V.H., Mytsyk V.V., Zadorozhna O. International law. Basic theory : a textbook / V.G. Butkevych, V. Mytsyk, O. Zadorozhniy. – K. : Lybed, 2002. – 608 p.
4. Vasilenko, V.A. Fundamentals of the theory of international law / V.A. Vasilenko. – K. : Vyshcha Shkola, 1988. – 288 p.
5. Unabridged Dictionary of Law / J.S. Shemchushenko. – K. : Legal Opinion, 2007. – 992 p.
6. Herdehen M. International Law / M. Herdehen. – K. : CBS, 2011. – 516 p.
7. Graf W. International law. Translated from the German. / B. Graf. – M. : Infotropik Media, 2011. – 992 p.
8. Levin D.B. History of International Law / D.B. Levin. – M., 1962. – 136 p.
9. Lukashuk I.I. International law. Overview : the textbook / I.I. Lukashuk. – Moscow : Wolters Kluwer, 2005. – 432 p.



СУДЕЙСКОЕ УСМОТРЕНИЕ (ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ И ГРАЖДАНСКО- ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ АСПЕКТЫ)

Леонид ЛИЧМАН,

кандидат юридических наук, доцент, заслуженный юрист Украины,
председатель Малиновского районного суда г. Одессы

Summary

The article is devoted researching problem of judicial discretion, its role and value in civil procedure of Ukraine. On the basis of undertaken a study of scientific sources absence is set in general theoretic researches of single approach to this problem, and also absence of the specialized researches of select aspect of range of problems. On the basis a current civil judicial legislation and its analysis authorial set his own position about judge discretion, its borders and decision of its limits.

Key words: court law, judge discretion, limits of judge discretion, analogy of law, analogy of legislation, judicial practice.

Аннотация

Статья посвящена исследованию проблемы судебного усмотрения, его роли и значению в гражданском процессе Украины. На основании проведенного исследования научных источников установлено отсутствие в общетеоретических исследованиях единого подхода к этой проблеме, а также отсутствие специализированных исследований избранного аспекта проблематики. С учетом действующего гражданского процессуального законодательства и на основании его анализа сформулирована авторская позиция о судебном усмотрении, его границах и определении его пределов.

Ключевые слова: судебное право, судебское усмотрение, пределы судебного усмотрения, аналогия права, аналогия закона, судебная практика.

Постановка проблемы. Положения ст. 124 Конституции Украины о распространении юрисдикции суда на все правоотношения в государстве и их практическая реализация в рамках гражданского судопроизводства в украинских реалиях вызывали определенные трудности. В отличие от хозяйственного и административного судопроизводства, по правилам Гражданского процессуального кодекса Украины (далее – ГПК) рассматриваются дела, возникающие из гражданских, жилищных, земельных, семейных, трудовых отношений, а также иных правоотношений, кроме случаев, когда их рассмотрение проводится по правилам другого судопроизводства, то есть этот перечень не имеет исчерпывающего характера, что подтверждается системным толкованием статей 15 и 16 ГПК, статей 1, 2 и 12 Хозяйственного процессуального кодекса, статей 2-4, 17 Кодекса административного судопроизводства. К компетенции суда, осуществляющего судопроизводство по гражданским делам, относятся дела о защите нарушенных,

непризнанных или оспариваемых прав, свобод или интересов, возникающих из частноправовых отношений. Для этих отношений характерна специфическая правосубъектность их участников, которые юридически равны между собой, свободны в своем волеизъявлении в части приобретения прав и обязанностей, а также наделены имущественной самостоятельностью относительно каждого из этих участников. Кроме того, такие лица имеют возможность в договоре, при определенных условиях, отступить от положений актов законодательства и урегулировать свои отношения на свое усмотрение (ст.ст. 6, 826 Гражданского кодекса Украины). С учетом специфики этих отношений, определяемых их предметом, методом правового регулирования и общими положениями (принципами) гражданского права, при судебной защите прав, интересов участников гражданского оборота возрастает роль судебское усмотрения.

Актуальность темы исследования. Достижение стабильности в регулировании общественных отноше-

10. International law : the textbook / Ed . G.V. Ignatenko. O.I Tiunov. – Moscow : Norma, 2005. – 624 p.

11. International law : the textbook / Ed . V.I. Kuznetsov. – M. : Yurist 2001. – 672 p.

12. International law : the textbook / Ed V.I Kuznetsov, B.R Tuzmukhamedov. – M. : Norma, 2007. – 944 p.

13. International law : the textbook / Ed E.T. Usenko, G.G. Shinkaretskaya. – M. : Yurist, 2005. – 495 p.

14. Merezhko O.O The theory of international public and private law / O. Merezhko. – K. : Justinian, 2010. – 320 p.

15. Mikhailov A.M The Genesis of Continental legal dogma : monograph / A.M. Mikhailov. – M. : Yurlitinform 2012. – 496 p.

16. Oppenheim L., International Law . Volume I .Semivolume I. / L. Oppenheim. – Moscow, 1948. – 408 p.

17. Repetsky V.M, Lysyk V.M. International Humanitarian Law : Textbook / V.M Repetsky, V.M Lysyk. – K. : Znannya., 2007. – 467 p.

18. Tunkin G. Theory of international law / G. Tunkin. – M. : Zerkalo, 2006. – 416 p.

19. Ushakov N.A International law : the textbook / N.A Ushakov. – M. : Yurist, 2005. – 304 p.

20. Blackman R. There is there there: defending the defenseless with procedural natural law / R. Blackman // Arizona Law Review. – № 37. – 1995. – p. 285–353.

21. O’Connell M. International law’s natural normativity / M. O’Connell // American Society of International Law Proceedings. – № 103. – 2009. – p. 385–388.



ний невозможно без учета особенностей разных юридических явлений. Невзирая на рост роли суда в защите прав и законных интересов всех участников правоотношений, в последнее время наблюдается определенная «истерия» вокруг возможных злоупотреблений со стороны судей в связи с предоставлением им определенного усмотрения при принятии решений по гражданским делам. В связи с этим актуальность приобретает научное исследование такого общественно-правового феномена, как судебное (судейское) усмотрение. При этом следует принимать во внимание, что суд является государственным органом, не имеющим право отказать в осуществлении правосудия по мотивам отсутствия, неполноты, нечеткости, противоречивости законодательства, регулирующего спорные отношения (ч. 9 ст. 8 ГПК), и остается единственным государственным органом, имеющим право применять аналогию закона и права (ч. 8 ст. 8 ГПК). Таким образом, для правоприменителя важно разграничивать пробел в законодательстве и праве и случаи, когда законодатель уполномочивает его на конкретизацию закона во время правоприменения или разрешения дела по собственному усмотрению в пределах, установленных законом.

В литературе уже обращалось внимание на то, что в конкретизации прежде всего нуждаются нормы с так называемыми «оценочными» понятиями [12, с. 111], которых достаточно в ГПК. Проведение судебной реформы и существенное обновление процессуального законодательства не сняло, а, наоборот, усилило актуальность исследования вопроса о судебном усмотрении, которому в условиях постоянного изменения законодательства и нестабильности судебной практики отводится, с нашей точки зрения, важная роль.

Состояние исследования. Проблема судебного усмотрения исследовалась в разных аспектах, в основном теоретическом. Так, в Российской Федерации были подготовлены и защищены диссертации В.Д. Подмоховым [17], К.П. Ермаковой [9], А.Б. Степиным [18], Л.Н. Берг [4]. Отдельно следует отметить

работу А. Барака, посвященную проблеме принятия решения при рассмотрении сложного дела, имеющего несколько законных вариантов его разрешений, а также о судебском усмотрении как необходимом институте каждой судебной системы [3]. О.А. Папковой исследовалось судебское усмотрение в гражданском процессе РФ [13]. На базе проведенного исследования была опубликована ее монография [14]. Кроме того, к вопросам судебного усмотрения в гражданском и арбитражном процессе РФ обращался Д.Б. Абушенко [1], а также М.Н. Толчеев [19].

Украинские ученые уделяли значительно меньше внимания проблематике, поскольку проблема судебного (судейского) усмотрения исследовалась только на уровне отдельных публикаций [5].

Целью и задачей статьи является исследование общетеоретического и гражданско-процессуального аспекта судебного усмотрения. Основным методом проводимого автором исследования в пределах данной публикации был избран метод системного анализа.

Изложение основного материала. Как справедливо отмечалось в литературе, судебное усмотрение обеспечивает связь частного права и судебной практики. В связи с этим судебное усмотрение рассматривается как следствие реализации частного права и как условие принятия законного решения по делу [18, с. 4].

Вместе с тем в литературе нет единства в определении этого феномена. Так, Д.М. Чечот определяет судебское усмотрение как волю судьи в выборе соответствующего решения [20, с. 68, 72]. И.Л. Петрухин понимает под судебским усмотрением принятие путем выбора из разных альтернатив строго не формализованного решения, которое учитывает особенности конкретного случая [16]. М.И. Брагинский выделяет лишь критерии правомерности применения судебного усмотрения: разумность, добросовестность, целенаправленность, нравственность [7, с. 99]. К.И. Комиссаров утверждает, что главной особенностью разрешения дела по собственному усмотрению является выявление

общих принципов закона и конкретных обстоятельств дела [10, с. 49; 6, с. 36]. Он также рассматривал судебное усмотрение как «предоставленную суду возможность принимать, в соответствии с конкретными условиями, такое решение по вопросам права, возможность которого вытекает из общих, но относительно определенных указаний закона» [11, с. 63].

О.А. Папкова рассматривает этот феномен как деятельность суда по рассмотрению спорных правовых вопросов. При этом под спорными правовыми вопросами понимаются вопросы возникающие при рассмотрении дел, решение которых осуществляется на основании усмотрения суда в силу соответствующего указания в норме закона [15, с. 63-64].

Исходя из обобщенной позиции, что судебское усмотрение – это предоставление законом судье полномочий свободы выбора одного из нескольких закрепленных в правовой норме альтернативных, но в равной степени законных решений по делу [18, с. 4, 8-9], отметим, что этот подход немного упрощенно отображает суть судебного усмотрения. Так, необходимо отметить, что, во-первых, судебное усмотрение имеет место почти на всех этапах деятельности суда, а не только во время принятия решения. Во-вторых, подлежит уточнению тезис о том, что судебское усмотрение существует только в пределах закона, в связи с чем оно имеет свои границы. Соглашаясь с тем, что судебское усмотрение имеет границы, определенные законом (например, процессуальным), надо отметить, что закон обязывает суд в определенных случаях, при преодолении пробелов, выходить из аналогии права (ст. 8 ГПК). Это, в свою очередь, предусматривает определенный выход за границы позитивного законодательства. И здесь следует отметить, что еще в советское время известным процессуалистом М.А. Гуревичем отмечалось, что законное усмотрение суда – единственная допустимая форма судебного индивидуального поднормативного регулирования [8, с. 109]. По нашему мнению, пределами судебного



усмотрения при определенных условиях (неконституционности закона или его несоответствия действующим международным договорам, согласие на обязательность которых дано Верховной Радой Украины и тому подобное), может быть конституционный принцип верховенства права.

Понимая, что проблематика судебского усмотрения является чрезвычайно широкой, хотелось бы остановиться на таком ее аспекте, как законодательное закрепление возможности осуществления судебского усмотрения в гражданском процессе.

В действующем ГПК об усмотрении суда прямо упоминается только в ст. 182. Так, от усмотрения председательствующего судьи зависит установление порядка допроса несовершеннолетнего свидетеля, в частности в присутствии родителей, усыновителей, опекунов, попечителей или представителей органов опеки и попечительства, а также службы по делам детей. Указанная норма позволяет председательствующему по делу судье выбрать одну из нескольких процедур, предусмотренных законом.

Аналогичным способом построены законодательные конструкции, когда указывается, что суд может совершить определенное действие, например, принять предусмотренные ГПК меры обеспечения иска (ч.1 ст. 151 ГПК).

Вместе с тем законодатель, предоставляя разрешение на судебское усмотрение, использует ограничительную оценочную конструкцию «в исключительных случаях», то есть позволяя суду удовлетворить поданное ходатайство. Так, ст. 373 ГПК предоставляет возможность отсрочить или рассрочить исполнение, изменить или установить способ и порядок исполнения решения как исключение из общего правила при наличии обстоятельств, которые усложняют исполнение решения.

Однако наиболее четко возможность применения усмотрения проявляется во время применения аналогии закона и права, и при решении споров, когда необходимо осуществить оценку определенных обстоя-

тельств, которые законодатель признал юридическими фактами. Следует заметить, что, с нашей точки зрения, принципиальным является то, что сам правоприменитель должен различать судебское усмотрение в фактической и юридической оценке обстоятельств дела.

Относительно последнего, то правило об оценке доказательств с точки зрения относительности и допустимости будет наиболее удачным примером, когда законодатель оставляет на разрешение суда этот вопрос, ограничивая последнего определенными рамками. Вместе с тем вывод о достаточности доказательств для разрешения дела не всегда зависит от суда, хотя именно на основании судебского усмотрения осуществляется принятие доказательств (ч. 2 ст. 131 ГПК). Трудно переоценить значение судебского усмотрения во время толкования судом норм материального и процессуального права, при учете судом конкретных обстоятельств дела и тому подобное.

Эти рамки усматриваются и в возможности приостановить производство по делу при наличии обстоятельств, предусмотренных ст. 202 ГПК, предоставить отсрочку по уплате судебного сбора (ст. 82 ГПК), допустить немедленное исполнение решения суда (ч. 2 ст. 367 ГПК).

Как справедливо отмечалось в литературе, судебское усмотрение – это урегулированный правовыми нормами специфический вид правоприменительной деятельности, осуществляемый в процессуальной форме, сущность которого заключается в предоставлении суду, в соответствующих случаях, права решать спорный вопрос, исходя из целей, установленных законодателем, принципов права и других общих положений закона, конкретных обстоятельств дела, а также принципов разумности, справедливости и основ морали [13, с. 9].

В пользу приведенного вывода о связанности любого процессуального действия задачами гражданского судопроизводства, как определяющими сущность процессуальной деятельности суда факторами, свидетельствует часть 2 ст. 160 ГПК, в соответствии с которой предсе-

дательствующий руководит ходом судебного заседания, обеспечивает соблюдение последовательности и порядка совершения процессуальных действий, осуществления участниками гражданского процесса их процессуальных прав и выполнения ими обязанностей, направляет судебное разбирательство на обеспечение полного, всестороннего и объективного выяснения обстоятельств дела, устраняя из судебного разбирательства все, что не имеет существенного значения для разрешения дела (выделено авт. – Л.Л.).

Этот самый критерий может быть использован судом, когда идет речь о процессуальной аналогии, то есть возможности совершения определенного процессуального действия, ограничивается, во-первых, заданиями гражданского судопроизводства, а во-вторых, должно не уменьшать гарантированный законом объем процессуальных прав и не создавать препятствия в их реализации.

Необходимо отметить, что, кроме пределов судебского усмотрения, есть и другие факторы, которые на него влияют. Речь идет о мировоззрении судьи, его моральных взглядах, правовой культуре, уровне теоретической подготовки, о чем справедливо уже отмечалось в литературе [2].

Выводы. Таким образом, проблемы применения судебского усмотрения нуждаются в дальнейшей теоретической разработке с целью внесения предложений по формированию в судебной практике обоснованных пределов применения судебского усмотрения и определения факторов, на него влияющих. Вместе с тем следует отметить, что и сегодня усмотрение суда не безгранично и не бесконтрольно. Пределы индивидуального судебного усмотрения ограничены правовыми нормами, применяемыми к установленным обстоятельствам дела, а не только волей судьи. Отметим, что в аспекте рассматриваемой проблематики под судебским усмотрением следует понимать законодательно обусловленную деятельность суда в сфере правоприменения при решении дела, основывающуюся на



общих принципах права и общепризнанных принципах морали.

Фактически судебное усмотрение урегулировано правовыми нормами и является осуществляемым в процессуальной форме специфическим видом правоприменительной деятельности, сущность которой заключается в предоставлении суду в соответствующих случаях возможности решать спорный правовой вопрос, исходя из целей, преследуемых законодателем, принципов права и других общих положений закона, конкретных обстоятельств дела, а также принципов разумности, добросовестности, справедливости и основ морали.

Список использованной литературы:

1. Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе [Текст] : монография / Дмитрий Борисович Абушенко. – М. : Норма, 2002. – 176 с.
2. Аверин А.В. Судебное правоприменение и формирование научно-правового сознания судей (проблемы теории и практики) [Текст] : дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.01/ Александр Валентинович Аверин. – Саратов, 2004. – 382 с.
3. Барак Аарон. Судейское усмотрение. Перевод с английского [Текст] : монография / Аарон Барак. – М. : Норма, 1999. – 376 с.
4. Берг Л.Н. Судебное усмотрение и его пределы (общетеоретический аспект) [Текст] : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01/ Людмила Николаевна Берг. – Екатеринбург, 2008. – 202 с.
5. Білоусов Ю.В., Рибчак М.Б. Поняття та ознаки дискреційних повноважень суду у цивільному процесі [Текст] // Університетські наукові записки 2007 № 4 (24) С-100-108 [Электронный ресурс]. – [Режим доступа] : <http://www.univer.km.ua/visnyk/1421.pdf>.
6. Боннер А.Т. Применение закона и судебное усмотрение [Текст] / Александр Тимофеевич Боннер // Советское государство и право. – 1979. – № 6. – С. 36.
7. Брагинский М.И. Осуществление и защита гражданских прав. Сделки. Представительство. Доверенность. Исковая давность [Текст] / Михаил Исак
8. Гуревич М.А. Судебное решение (Теоретические проблемы) [Текст] : монография / Михаил А. Гуревич. – М. : Юрид. лит.-ра, 1976. – 176 с.
9. Ермакова К.П. Пределы судебного усмотрения [Текст] : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Ксения Петровна Ермакова. – М. : 2010. – 212 с.
10. Комиссаров К.И. Судейское усмотрение в советском гражданском процессе [Текст] : // Советское государство и право. – 1969. – № 4. – С. 49.
11. Комиссаров К.И. Творческий характер судебной деятельности // Правоведение, 1976. – № 3. – С. 63. [Электронный ресурс]. – [Режим доступа] : <http://law.edu.ru/script/cntSource.asp?cntID=100084325>.
12. Лазарев В.В. Применение советского права [Текст] : учебник / Валерий Васильевич Лазарев; науч. ред.: Волков Б.С. – Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1972. – 200 с.
13. Папкова О.А. Судейское усмотрение в гражданском процессе [Текст] : дисс. ...канд. юрид. наук : 12.00.03/ Ольга Александровна Папкова. – М., 1997. – 174 с.
14. Папкова О.А. Усмотрение суда [Текст] : монография / Ольга Александровна Папкова. – М. : Статут, 2005. – 413 с.
15. Папкова О.А. Судейское усмотрение в гражданском процессуальном праве [Текст] / Ольга Александровна Папкова // Законодательство. – М., 1999. – № 2. – С. 63–64.
16. Петрухин И.Л. Судебные гарантии прав личности (в уголовном процессе). Актуальные вопросы борьбы с преступностью в России и за рубежом [Текст] : Вып. 8 / Петрухин И.Л.; редкол.: Ананиан Л.Л. (Отв. ред.), Белявская О.А., Кондрашков Н.Н. (Гл. ред.), Мясоедов Н.Н. – М., 1992. – 94 с.
17. Подмосковский В.Д. Правовая основа судебного усмотрения по российскому законодательству: Вопросы теории и практики [Текст] : дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Владимир Дмитриевич Подмосковский. – М. : РГБ, 2003 (Из фондов Российской Государственной Библиотеки). Волгоград, 2004. – 158 с.
18. Степин А.Б. Судебное усмотрение в частном праве (вопросы теории и практики). [Текст] : дисс. ... канд.
19. Толчеев М.Н. Судейское усмотрение и дискреционные нормы в гражданском процессуальном праве [Электронный ресурс]. – [Режим доступа] : http://tolcheev.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=1:1&catid=1:2011-03-27-15-43-58&Itemid=1.
20. Чечот Д.М. Избранные труды по гражданскому процессу [Текст] : монография / Дмитрий Михайлович Чечот. – СПб. : Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. – 616 с.



ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ПРАВИТЕЛЬСТВА ПЕРЕД ПАРЛАМЕНТОМ КАК ФОРМА ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ КАБИНЕТА МИНИСТРОВ УКРАИНЫ С ВЕРХОВНОЙ РАДОЙ УКРАИНЫ

Алексей ЛЮБЧЕНКО,

ассистент кафедры теории права и конституционного права

Полтавского юридического института Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Summary

Article is devoted to institute of the Cabinet of Ministers of Ukraine responsibility as a part of checks and balances system analyzing. Relations between legislative and executive branches of state power through the prism of parliament powers to resign the Government are researched in this work. The author focuses on the comparison of international experience with the practice of the domestic constitutional regulation.

Key words: the government's responsibility, the Cabinet of Ministers of Ukraine, the Verkhovna Rada of Ukraine, the democratic fundamentals of decision-making by the government, the system of checks and balances.

Аннотация

Статья посвящена анализу института ответственности Кабинета Министров Украины перед Верховной Радой Украины как элемента системы сдержек и противовесов. В работе исследуются взаимоотношения законодательной и исполнительной ветвей власти через призму полномочий парламента отправлять в отставку правительство. Автор акцентирует внимание на сравнении зарубежного опыта с практикой отечественного конституционного регулирования.

Ключевые слова: ответственность правительства, Кабинет Министров Украины, Верховная Рада Украины, демократические основы принятия решений правительством, система сдержек и противовесов.

Постановка проблемы. Как свидетельствует теория разделения властей, абсолютной независимости власти не бывает. Существует их относительная самостоятельность, так как много вопросов, о чем свидетельствует практика, они должны решать вместе. В самой тесной взаимосвязи должны находиться законодательная и исполнительная ветви власти, поскольку соответственно их конституционным компетенциям представительская ветвь власти (Верховная Рада Украины) имеет право вмешиваться в сферу деятельности исполнительной ветви власти (Кабинета Министров Украины), а исполнительная власть может влиять на работу законодательной ветви власти [1, с. 100]. Одной из форм взаимодействия парламента и правительства является парламентская ответственность высшего исполнительного органа.

Отдельные аспекты обозначенной проблематики нашли свое отражение в работах таких отечественных и зарубежных ученых, как Ю.Г. Барабаш, И.И. Дахова, А.Н. Малкина, В.В. Марченко, П.А. Рудик, С.Г. Серегина, С.В. Сорока, А.И. Сушинский, Р.Н. Павленко, В.Н. Шаповал и др. Целью этой статьи является определение конституционных основ ответственности Кабинета Министров Украины перед Верховной Радой Украины как

формы взаимодействия правительства с парламентом. Задачами статьи являются: исследование природы и форм ответственности правительства перед парламентом, сравнение зарубежного опыта с практикой отечественного конституционного регулирования; изложение своих предложений относительно перспективного правового регулирования. Новизна исследования состоит в изложении авторской точки зрения относительно обозначенной проблематики, а также в сделанных выводах.

Изложение основного материала. Феномен парламентской ответственности правительства на практике конкретизируется как ответственность высшего органа в системе исполнительной власти – кабинета министров – перед парламентом, как отказ в доверии кабинету или его членам со стороны большинства депутатов парламента, последствием чего является отставка всего кабинета или его отдельных членов. Механизм парламентской ответственности правительства состоит в голосовании за доверие или недоверие правительству [2, с. 4].

В Украине такая форма взаимодействия правительства с парламентом реализуется через постановку и рассмотрение вопроса о недоверии Кабинету Министров Украины [3]. При этом такой вотум недоверия следует отличать от распространенного института

парламентской ответственности правительства в зарубежных странах – вотума доверия правительства, который отличается субъектом инициирования – в первом случае инициатива рассмотрения вопроса о недоверии зарождается в парламенте, а в другом – этот вопрос ставит само правительство [4, с. 177].

Согласно статье 87 Конституции Украины Верховная Рада Украины может рассмотреть вопрос об ответственности Кабинета Министров и принять резолюцию недоверия Кабинету Министров большинством от конституционного состава Верховной Рады по предложению Президента Украины или не менее чем одной третьей народных депутатов от конституционного состава Верховной Рады. При этом вопрос об ответственности Кабинета Министров не может рассматриваться Верховной Радой более одного раза на протяжении одной очередной сессии, а также на протяжении года после утверждения программы деятельности Кабинета Министров или на протяжении последней сессии Верховной Рады.

Обратимся к зарубежному опыту. Так, согласно ст. 49-50 Конституции Французской Республики Премьер-министр после обсуждения в Совете Министров может поставить перед Национальным Собранием вопрос об ответственности Правительства в связи с его программой или общеполитической



декларацией. Национальное Собрание высказывают недоверие Правительству путем голосования резолюции осуждения. Такая резолюция неприемлема, если она подписана не менее, чем десятой частью членов Национального Собрания. Голосование проводится только через 48 часов после ее внесения. Подсчитываются только голоса, представленные за резолюцию осуждения, которая может быть принята лишь большинством голосов ее членов, которые представляли Собрание. Однако необходимо отметить, что депутат не может подписывать больше трех резолюций осуждения на протяжении обычной сессии и не больше одной – на протяжении внеочередной сессии (ч. 2 ст. 48 Конституции), что служит механизмом противодействия чрезмерно частого и нерационального использования данного положения [5, с. 100].

В соответствии с положениями ст. 113 Конституции Испании Конгресс депутатов может поднимать вопрос о политической ответственности Правительства с помощью принятия постановления о недоверии абсолютным большинством голосов. Постановление о недоверии должно быть предложено не менее, чем одной десятой частью депутатов и должно содержать в себе предложение о кандидатуре на должность нового главы Правительства. Постановление о недоверии не должно выноситься на голосование ранее, чем через пять дней со дня его внесения. На протяжении двух первых дней упомянутого срока могут быть внесены альтернативные постановления.

Если постановление о недоверии не принято Конгрессом, депутаты, которые подписали его, не могут вносить иное предложение в период работы той же сессии. Если же Конгресс отказывается в доверии Правительству, то за этим следует представление Королю заявления об отставке Правительства, после чего назначается новый глава Правительства согласно с положениями ст. 99 Конституции Испании. Что касается самого Правительства, то в такой ситуации оно обязано также подать Королю заявление об отставке, а кандидат, представленный постановлением, рассматривается как получивший доверие Палаты в соответствии со ст. 99. Король назначает его главой Правительства [5, с. 104].

Зачем нужен институт парламентской ответственности правительству? В.Е. Чиркин, выдвигая концепцию контрольной власти, говорит о наличии как специализированных, так и неспециализированных контрольных органов. Парламент, чья внешняя деятельность является элементом контрольной власти, который может самостоятельно и непосредственно принимать санкции. По мнению ученого, парламент – это, прежде всего, орган законодательной власти, и никакие конструкции контрольной власти не смогут изменить это положение. Однако парламент – это представительское учреждение народа, которое выражает его суверенитет. Поэтому он и имеет и не может не иметь властные контрольные полномочия, которые распространяются на другие высшие и центральные органы власти, в частности на правительство [6, с. 180]. Поскольку контроль над правительством – классическая функция парламента наряду с принятием законов и утверждением бюджета [7, с. 493].

Считается, что процедура парламентской ответственности правительства способствует оптимизации взаимодействия между законодательной и исполнительной ветвями власти, что побуждает его к четкому исполнению принятой парламентом правительственной программы, принятых законов и подзаконных актов. Привлечение к политической ответственности правительства является разновидностью санкции за неудовлетворительное исполнение обязанностей, на которые ему предоставлен мандат избирателями. Ответственность правительства перед парламентом – это механизм, который отвечает принципу разделения властей, требующему согласованного сотрудничества законодательной и исполнительной власти. Такая согласованность, в частности, должна основываться на подтверждении правильности действий исполнительной власти.

В соответствии с правовой позицией органа конституционной юрисдикции, изложенной в решении Конституционного Суда Украины от 10 мая 2000 года № 8-рп [8], Верховная Рада в пределах, определенных Конституцией, осуществляет парламентский контроль в разных организационно-правовых формах, в том числе за деятельностью Кабинета Министров Украины путем

рассмотрения в установленном порядке вопроса об ответственности Кабинета Министров Украины и принятия резолюции недоверия ему (ч. 1 ст. 87).

В литературе иногда жестко разграничивают парламентскую ответственность по своему содержанию на политическую и юридическую. Политическая возникает вследствие оценивания парламентом политики правительства или деятельности его членов, что может привести к отзыву их с должностей путем вотума недоверия. Юридическая ответственность в форме импичмента или подобных ему процедур применяется к чиновникам, которые при исполнении своих обязанностей нарушили конституцию либо иные законы. В отличие от юридической ответственности в форме импичмента, основы которой четко прописываются в конституциях, политическая ответственность в значительной мере является субъективной. Необходимость применения данного вида ответственности определяется не критериями законности, а политическими нуждами и ориентациями депутатов парламента. Правительство исполняет собственные функции до тех пор, пока его деятельность удовлетворяет парламент. При этом правительство действует по собственному усмотрению, а его члены не рассматриваются как доверенные лица представительского органа, которые исполняют его волю. Следовательно, характер и значение политической ответственности определяется реальными политическими интересами [3].

Какой же является ответственность Правительства перед парламентом: политической или юридической (конституционно-правовой)? Конституционный Суд в решении от 7 мая 2002 года № 8-рп [9], разъяснил: «...отставка Кабинета Министров Украины может быть результатом политической ответственности как результат принятия Верховной Радой Украины резолюции недоверия Кабинету Министров Украины, которая не имеет признаков юридической ответственности. Для последней характерным является нарушение юридических норм, без чего невозможно реализация санкции правовой норм».

По мнению Министерства юстиции Украины принятие Верховной Радой резолюции недоверия Кабинету Мини-



стров, исходя их юридического содержания положений Конституции Украины, является элементом механизма политической ответственности Кабинета перед Верховной Радой, который реализуется согласно и по процедуре предусмотренной п. 13 ч. 1 ст. 85, ст. 87 и ч. 2. Ст. 113 Конституции Украины [10]. В частности, В.П. Колесник, В.И. Кичун, Ф.В. Вениславский связывают вопрос о недоверии с ненадлежащим выполнением возложенных на него полномочий [11].

Ю.Г. Барабаш справедливо отмечает, что сложно найти в современном конституционном праве более популярный вопрос, чем вопрос конституционно-правовой ответственности. Поскольку похожая проблематика, если и поднималась в советские времена, то имела преимущественно идеологический характер, а сама ответственность не выступала полноценным средством охраны норм этой отрасли публичного права [12, с. 208-209].

В научных работах для характеристики сущности и содержания ответственности правительства применяется термин «юридическая», «конституционно-правовая», «политическая», «парламентская» и т.д. При этом одни авторы используют их как синонимы, другие считают их смежными, а третьи – что объем этих понятий вообще не совпадает. Это объясняется дискуссионностью вопросов юридической и конституционной ответственности вообще и ответственности в частности. Сегодня даже не существует общепринятого определения конституционной ответственности, ее природы, оснований, элементов и форм, без чего невозможно четко установить понятие и модели правительственной ответственности [13, с. 477].

Спор о том, относить ли оглашение парламентом недоверия правительству (отправку главой государства премьер-министра в отставку) к средствам конституционной ответственности или к средствам политической ответственности, будет вестись еще долгое время. Сами основания оглашения недоверия могут быть самыми разнообразными (это и экономический кризис, и скандал в правительственной среде, и споры в самом кабинете), то есть в преимущественном большинстве они имеют политический характер. С другой сто-

роны, в каждом случае, когда согласно схеме распределений властных полномочий парламент наделяется правом отправить правительство в отставку, это право обязательно закрепляется на уровне конституции. Так, согласно ч. 1 ст. 114 Конституции Словакии, Национальный Совет Словацкой Республики может в любой момент выразить правительству недоверие. Следственно, в каждом случае вотум (резолюция) недоверия приобретает правовое оформление. Поэтому говорить об исключительно правовом или политическом характере ответственности правительства в таких конституционных условиях не представляется возможным [12, с. 211].

В связи с этим Ю.Г. Барабаш предлагает акцентировать внимание на указанной неоднородности форм ответственности в конституционном праве. Такая неоднородность проявляется наиболее ярко на примере парламентской ответственности правительства. Специфика и сложность природы парламентской ответственности правительства состоит в том, что она не вписывается на все сто процентов ни в модель политической, ни в модель юридической ответственности. Можем предположить, что парламентская ответственность правительства имеет особенную природу и являет собой особый вид ответственности в конституционном праве, которая содержит в себе черты как политической, так и юридической, то есть находится на стыке этих двух видов ответственности [12, с. 213].

Парламентская ответственность – закрепленная на уровне Конституции ответственность органа власти или должностного лица (субъекта ответственности), которая состоит в прекращении полномочий субъекта ответственности по решению представительской властной институции в случае потери доверия субъектом ответственности. Доверие – это чисто оценочное понятие, которое невозможно описать конституционной терминологией и установить четкие признаки на нормативном уровне. В целом же система доверительной ответственности должна сработать комплексно в конституционном праве, то есть сами основания и процедура ответственности должны обеспечить возможность институций, задействованных в механизме ответ-

ственности, устранить с властного Олимпа того субъекта, который потерял доверие.

В отличие от этого, конституционно-правовая ответственность наступает лишь в случае наличия в действиях субъекта конституционного права такого основания ответственности, как конституционный деликт (который имеет характер правонарушения). В свою очередь конституционный деликт следует рассматривать как четко определенное в конституционном законодательстве нарушение нормативных предписаний, за которое лицо должно испытывать негативные последствия как результат привлечения ее к конституционно-правовой ответственности [12, с. 449].

По мнению С.Г. Серegiной, конституционно-правовая ответственность почти всегда имеет политический характер, тогда как политическая ответственность не всегда может быть конституционно-правовой. Например, отставка правительства в результате ненадлежащего исполнения чиновниками своих обязанностей как форма конституционно-правовой ответственности всегда имеет последствия политического характера. Если же правительство смещается в связи с изменением расстановки сил в парламенте, то никакого деликта конституционного характера тут нет [13, с. 449].

Политические ориентиры и задания, будучи закрепленными в конституционном законодательстве, приобретают характер юридических критериев оценки деятельности органов публичной власти, в том числе правительства. Соответственно, недостижение поставленных целей, неисполнение или ненадлежащее исполнение (по мнению парламента или главы государства) полномочий правительства считаются конституционным деликтом и становятся юридическим основанием для его привлечения к конституционно-правовой ответственности [13, с. 451].

В целом механизм ответственности исполнительной власти перед парламентом как единственным органом законодательной власти может быть очерчен понятием «взаимоотношения доверия»: когда законодательный орган доверяет исполнительной власти, премьер-министр и члены правительства сохраняют свои должности, но как



только исполнительная власть теряет это доверие (по каким-либо причинам), правительство подает в отставку и сменяется новым [13, с. 468].

Для обеспечения стабильности правительства при парламентской и смешанной республиканской форм правления правительство должно иметь средства обратного влияния на парламент как противовес его политической ответственности перед последним. Наиболее важным средством влияния правительства на парламент является парламентское большинство, на основе которого оно было сформировано. В случае изменения расклада партийно-политических сил в парламенте потери правительством поддержки парламента средством влияния правительства на последний во многих странах выступает институт постановки правительства в парламенте вопроса о доверии ему. Вопрос о доверии правительство может поставить в парламенте в случае отсутствия парламентской поддержки его политики, отказа парламента в принятии предложенного правительством проекта необходимого для его деятельности акта. Проводя голосование по поставленному правительством вопросу о доверии ему, парламент или поддерживает правительство, или отказывает ему в доверии, последствием чего стает отставка правительства. Однако в случае отказа парламента в доверии правительству последний может инициировать досрочное прекращение полномочий (ропуск) парламента главой государства. Президент либо монарх реализуют эту инициативу правительства, поскольку в государствах с парламентской формой правления осуществляют свои полномочия под контролем правительства.

В то же время при отсутствии у правительства права поставить в парламенте вопрос о доверии с возможностью дальнейшего роспуска парламента он становится заложником расклада в парламенте партийно-политических сил, поведения и даже настроений отдельных парламентариев и не может стабильно работать [14].

К сожалению, в Украине реализация парламентской ответственности правительства возможно лишь в одностороннем порядке – путем инициирования в самом парламенте вопроса о доверии Кабинету Министров.

Некоторые ученые предполагают, что непринятие резолюции о недоверии можно трактовать как доверие к составу Правительства или как его позитивную ответственность [15, с. 27]. В то же время, на наш взгляд, институт вотума доверия и вотума недоверия являются принципиально разными по своей природе, по субъектам инициирования, процедуре и последствиям. И отсутствие у украинского правительства возможности поставить вопрос о вотуме доверия является существенным недостатком конституционной модели взаимодействия правительства и парламента.

Выводы. Таким образом, следует согласиться, что институт парламентской ответственности правительства является элементом системы сдержек и противовесов, стимулом для исполнительной власти соблюдать курс, поддерживаемый парламентом. Однако частое использование этого института, особенно в угоду конъюнктурным интересам, может стать источником нестабильности правительства [16, с. 7-8]. Поэтому следует говорить об институте взаимной ответственности правительства и парламента, поскольку действенность парламентской ответственности правительства возможна при условиях, когда парламент будет ответственным в своих решениях относительно правительства и его деятельности [3].

Список использованной литературы:

1. Рудик П.А. Конституційна форма в Україні: проблеми та перспективи. – К. : Атіка, 2006. – 256 с.
2. Павленко Р.М. Парламентська відповідальність уряду: світовий та український досвід : автореф. дис... канд. політ. наук: 23.00.02 / Р.М. Павленко ; НАН України. Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького. – К., 2001. – 16 с.
3. Сорока С.В. Аналіз механізмів взаємодії Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України в контексті сучасного конституційного розвитку держави // Публічне адміністрування: теорія та практика Електронний збірник наукових праць. – 2011. – № 02(6) [Електронний ресурс]. Режим доступу : [http://www.dbuapa.dp.ua/zbirnik/2011-02\(6\)/11ssvkrd.pdf](http://www.dbuapa.dp.ua/zbirnik/2011-02(6)/11ssvkrd.pdf), Сорока С. Парламентська відповідальність

уряду як форма взаємодії гілок влади Державне управління та місцеве самоврядування // Державне управління та місцеве самоврядування: Збірник наукових праць. – 2011. – № 2. – Режим доступу : http://www.nbu.gov.ua/portal/soc_gum/Dums/2011_2/11ssvvgv.pdf.

4. Шаповал В. М. Сучасний конституціоналізм: монографія / Юридична фірма «Салком». Науково-аналітичний центр. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 560 с.

5. Марченко В.В. Конституційно-правовий статус уряду в країнах ЄС (на прикладі Франції, Федеративної Республіки Німеччини, Іспанії). – К. : Алерта, 2010. – 216 с.

6. Чиркин В.Е. Контрольна власть. – М. : Юристъ, 2008 – 213 с.

7. Баглай М.В. Конституционно право Российской Федерации. М. : Юристъ, 2001. – 493 с.

8. Рішення Конституційного Суду України від 10 травня 2000 року № 8-рп/2000 у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про статус народного депутата України» в редакції Закону України «Про внесення змін і доповнень до Закону України «Про статус народного депутата України» від 25 вересня 1997 року (справа про статус народного депутата України) // Офіційний вісник України. – 2000. – № 37. – ст. 1592.

9. Рішення Конституційного Суду України від 7 травня 2002 року № 8-рп/2002 у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення положень частин другої, третьої статті 124 Конституції України (справа щодо підвідомчості актів про призначення або звільнення посадових осіб) // Офіційний вісник України. – 2002. – № 20. – ст. 993.

10. Висновок Міністерства юстиції щодо Постанови Верховної Ради України від 10 січня 2006 року «Про відставку Прем'єр-міністра України, членів Кабінету Міністрів України» [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/0/6946>.

11. Веніславський В., Кичун В., Колісник В. Конституційно-правовий аналіз постанови парламента про відставку уряду Ю.Сханурова [Елек-



тронний ресурс]. Режим доступу : <http://www.khpg.org/index.php?id=1137149655>.

12. Барабаш Юрій Григорович. Державно-правові конфлікти в теорії та практиці конституційного права: монографія / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х. : Право, 2008. – 220 с.

13. Сьрьогіна С.Г. Форма правління: питання конституційно-правової теорії та практики / С.Г. Сьрьогіна. – Х. : Право, 2011. – 768 с.

14. Малкіна Г.М. Подвійна політична відповідальність уряду як чинник його нестабільності [Електронний ресурс]. Режим доступу : http://www.nbu.gov.ua/portal/Soc_Gum/GumS/2010_8/p_153_160.pdf.

15. Сушинський О.І. Конституційна відповідальність Кабінету Міністрів України: інституціональний аспект // Проблеми законності. – 2009. – Вип. 105. – с. 19–31.

16. Павленко Р.М. Парламентська відповідальність уряду: світовий та український досвід : автореф. дис... канд. політ. наук: 23.00.02 / Р.М. Павленко ; НАН України. Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2001. – 16 с., С. 7–8.

ОБЩИЕ НАЧАЛА ПОСТРОЕНИЯ САНКЦИЙ ЗА ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРОТИВ НРАВСТВЕННОСТИ

Владимир МАКАРОВ,

соискатель кафедры уголовного права Института права имени Владимира Сташиса
Классического частного университета

Summary

There was research the question of the general principles of construction of sanctions for offenses against morality in this article. It is noted that at the level of this type of crime problem has not been previously studied. There was analyzed the general principles of construction of sanctions for offenses against morality, which include economic conditionality, taking into account requirements of international legal instruments and provisions of the Constitution, the efficiency, the personification of criminal law impact, systemic, legality, appropriateness, humanism and equality.

Key words: general principles, offenses against morality, sanctions, efficiency.

Аннотация

В статье исследован вопрос общих начал построения санкций за преступления против нравственности. Отмечено, что на уровне этого вида преступлений ранее проблема не была изучена. Проанализированы общие начала построения санкций за преступления против нравственности, в число которых входит экономическая обусловленность, учет требований международно-правовых актов и положений Конституции, эффективность, персонификация уголовно-правового воздействия, системность, законность, целесообразность, гуманизм и равенство.

Сделан вывод о том, что действующие санкции за преступления против нравственности, которые предусмотрены в УК Украины, удовлетворяют не всем принципам построения уголовно-правовых санкций. Из-за существенной сверхкриминализации этих деяний и неоправданной дифференциации наказаний за эти преступления санкции за них завышены и не удовлетворяют системным условиям уголовного права и судебной практики.

Ключевые слова: общие начала, преступления против нравственности, санкции, эффективность.

Постановка проблемы. В науке уголовного права выделяют ряд принципов, которые можно отнести к общим началам построения уголовно-правовых санкций. К ним относят: экономическую обусловленность, учет требований международно-правовых актов и положений Конституции, эффективность, персонификацию уголовно-правового воздействия, системность, законность, целесообразность, гуманизм, равенство. Конечно же, эти начала следует рассматривать и в контексте проблемы построения санкций за преступления против нравственности. Очевидно, существует потребность отметить, что в украинской, российской, белорусской и большинстве других правовых систем бывшей советской империи экономическую обусловленность построения уголовно-правовых санкций признают в качестве основы, но не дают ей должного веса. Однако, по нашему мнению, это одна из важнейших основ построения

санкций, особенно на том фоне, что рассуждения о целесообразности и эффективности санкций существуют преимущественно в формате умозрительных тезисов. Не все гладко и с учетом требований международно-правовых актов и положений Конституции, поскольку эти требования нередко находятся в конфликте с другими началами построения уголовно-правовых санкций. Посему такое начало, как системность, тоже представлено в литературе формально, часто без конкретизации на уровне отдельных видов преступности, в частности преступлений против нравственности. Нетрудно заметить и существование сложностей с учетом такого начала построения уголовно-правовых санкций, как персонификация уголовно-правового воздействия. Что касается оставшихся начал – законности, гуманизма, целесообразности и равенства – то в литературе они хорошо описаны, но, к сожалению, без должной конкретизации.



Актуальность темы исследования подтверждается тем, что эта тема практически не была раскрытой. До настоящего времени не было ни одной работы, посвященной проблеме общих или частных принципов построения уголовно-правовых санкций за преступления против нравственности.

Состояние исследования. Научный анализ проблем построения санкции за преступления против нравственности осуществлялся не многими учеными, и то лишь по отдельным их аспектам. Среди них следует назвать О.А. Гоноченка, В.В. Дзундзу, И.И. Лобова, В.А. Копыляна, В.В. Кузнецова, чьи работы могут быть базой для дальнейшего исследования рассматриваемых вопросов. Но в методологическом плане нельзя забыть и работы, посвященные вопросам уголовно-правовых санкций по отдельным группам преступлений: против собственности (Т.А. Денисова, Ю.В. Филей), против государственных финансов (Н.А. Гуторова), против личности (Н.Д. Семенова), против здоровья населения (А.П. Горох, А.А. Музыка), в сфере хозяйственной деятельности (О.А. Шаповалова).

Целью и задачей статьи является исследование общих начал построения уголовно-правовых санкций за преступления против нравственности, научных взглядов и разработок по этой проблеме. Новизна работы заключается в том, что в данной работе сделана попытка исследовать как положительные, так и отрицательные стороны системы общих начал построения уголовно-правовых санкций за преступления против нравственности.

Изложение основного материала. Благоразумный законодатель, сталкиваясь с вопросом о криминализации определенного вида поведения, задаст себе вопрос, а нельзя ли решить проблему другим способом, не используя уголовно-правовые санкции? Когда он задает себе этот вопрос, он углубляется в сложную плоскость юриспруденции, сферу санкций. Дело в том, что мы не имеем системного объема теоретических знаний о видах санкций, достаточных для укрепления первичной нормы поведения, которой стремится содействовать закон, или об их отличных характеристиках, их сильных и слабых сторонах, ожидаемых выгод от

их использования. Мы также не всегда достойно оцениваем социальные расходы, которые мы берем на себя, реализуя уголовно-правовые санкции, которые проявляются в применении наказаний и других мер безопасности. Часто можно встретить в зарубежной литературе статистические отчеты, в которых указывается, что предотвращенный учтенный вред, благодаря предупредительной деятельности, значительно меньший, чем те расходы, которые выделяются на обеспечение судебных и правоохранительных органов. Часто этот вопрос замалчивают, когда решают проблему ценностного согласования санкций за преступления.

Важнейший вопрос, на который исследователи должны дать ответ, – это оценка эффективности отдельных санкций, то есть вопрос о том, выполняет ли санкция ту роль, которая ей отводится. До сих пор открытым остается вопрос, какие санкции и меры ресоциализации действуют, и как они действуют. Много свидетельствует о том, что сам факт вмешательства, то есть реагирования государства на поведение, отклоняющееся от нормы, имеет большее значение, чем конкретный вид реагирования, и между различными мерами нет более или менее значимых различий в части их ресоциализирующего эффекта. Какие бы ни были методики измерения эффективности наказания и связанные с этим проблемы, уровень рецидива, как показывают статистические данные, составляет от 40 до 60% в зависимости от личностных характеристик осужденных (возраст, судимость и т.п.). Часто при анализе практики исполнения наказания, замены одной санкции на другую с целью уменьшения рецидивов преступлений, обращает на себя внимание побочное действие санкций или их негативное влияние. Так, известно, что длительные сроки лишения свободы негативно влияют на личность. Именно поэтому необходимо расширять практику назначения коротких сроков лишения свободы или назначения лишения свободы с освобождением от его отбывания под условием. Результаты нашего исследования показывают, что судебная практика в Украине по применению санкций за преступления против нравственности заслуживает отличной оценки, поскольку количество реального отбывания наказания за эти преступления

мизерное. И это все происходит на том фоне, что рецидив этих преступлений меньше, чем у тех, которым характерна более строгая практика применения не альтернативных санкций, то есть тех, которые связаны с лишением или ограничением свободы.

Функционирование системы юстиции обходится недешево: в уголовно-исполнительных учреждениях на одного заключенного тратится около 40 грн. в день (на исполнение наказаний учреждениями и органами пенитенциарной службы Украины в 2013 г. было израсходовано 2,5 млрд. грн. бюджетных средств). Реальные расходы еще выше, поскольку служба тратит еще и свои средства из специальных фондов, и общество в целом тратит на эту систему дополнительные средства в виде спонсорской поддержки, волонтерства и т.д. В целом, если учесть это, расходы составляют почти бюджет всей системы здравоохранения в год. Расходы на содержание прокуратуры составляли 3,2 млрд. грн., органов внутренних дел на обеспечение защиты прав и свобод граждан, общества и государства от противоправных посягательств, охрану общественного порядка и противодействие незаконной миграции – 10,5 млрд. грн. На судей (если вычесть по критерию нагрузки уголовными делами – 600 млн. грн., из более 3,3 млрд. грн.). И это только прямые расходы, а сколько еще косвенных, даже представить страшно. Для сравнения приведем следующие данные: научное и информационно-аналитическое обеспечение мер по борьбе с организованной преступностью и коррупцией получает – 3,5 млн. грн. На исследование по всем направлениям, научные и научно-технические разработки, – всего 318 млн. грн., причем из них неизвестно, сколько средств расходует на исследование вопросов, связанных с системой уголовно-правовых санкций и ее эффективностью. Считаем, что эту сумму даже не стоит искать, поскольку эта работа осуществляется отдельными исследователями-энтузиастами, вероятно, за собственные средства [1]. Эти обстоятельства дают дополнительные основания для критического подхода к оценке эффективности применения уголовно-правовых мер.

Большая часть экономической литературы опирается на гипотезы о



влиянии на потенциально преступное поведение такого института, как уголовное право. В ней спрашивается: могут ли потенциальные правонарушители изменить свое поведение в ответ на различные правовые альтернативы в политике [2, с. 169-217]. Однако сегодня в литературе объектом внимания является не сдерживающий потенциал уголовного права, а более актуальное направление – оптимальный выбор между частными и государственными органами. Но экономическая характеристика и выбор между опорой на частное обвинение (с особым акцентом на гражданской и договорной ответственности), или на государственное обвинение (как правило, предусматривается уголовная ответственность, а на самом деле и другие формы воздействия, такие как административное право) не были полностью удовлетворительными. Вероятно, наиболее всеобъемлющие и амбициозные из существующих экономических теорий «почему уголовное право?» предлагает Р. Познер [3, с. 1193-1231]. Он утверждает, что принципиальной разницы между правонарушениями и преступностью нет, что оба наказуемые деяния обходят существующие рынки. Он непосредственно признает, что не существует достаточно обоснованных аргументов, что эти виды правонарушений являются существенными противоположными примерами. Поэтому мы предпочитаем полагаться на роль жертвы и характер или масштабы ущерба для определения эффективности применения уголовно-правовых санкций. С этой позиции преступления против нравственности не оправдывают, в большинстве, те дорогие санкции, которые за них предусмотрены. Это, конечно, касается лишения и ограничения свободы.

Всегда существует альтернатива «ничего не делать». После тщательной оценки затрат и выгод можно сделать вывод, что лучше не вводить какие-либо санкции вообще, чем прибегнуть к одной из имеющихся. Нет, законодатель не может сказать, что он думал о том, что проблемы могут решиться сами собой. Но существует так называемая «нулевая гипотеза», которая заключается в том, что мы можем противостоять преступлениям и преступникам в такой степени, настолько мы можем противопоставить их блага тем

ценностям, на которые они посягают. Давайте представим крайний пример. Предположим, какой-нибудь депутат (а исторически такие попытки были, и они существуют и сейчас, как свершившийся факт в законодательстве других стран) решает подать законопроект, в котором предлагает искоренить внебрачный секс между взрослыми. Попешные рассуждения на эту тему приведут его к решению, что единственным средством для достижения этого результата будет наказание. Он быстро поймет, что для настоящей реализации задуманного надо было бы применять очень агрессивные методы правоохранительных органов, а расходы должны были быть колоссальными. И наоборот, вполне станет очевидным, что без таких расходов социальный контроль будет сведен к небольшой части дел, связанных с судебным преследованием «блудников». В ближайшее время этот депутат сделает вывод, что «расходы» были слишком велики для того, чтобы подавить явления блуда в обществе. Если же, конечно, подавление блуда не стоит самым верхним пунктом в перечне социальных целей.

Существуют аргументы о неконституционности использования уголовного наказания (или любой другой юридической санкции) в таких областях, как сексуальное поведение и непристойность, за исключением наказаний очень узкой группы деяний, которые могут вызвать негодование у светского общества. Конечно, существует поведение, которое может вызвать настоящую озабоченность общества, поэтому законодатель вынужден радикально отреагировать на него, как правило, путем установления уголовно-правовой санкции. Он действительно это сделает, если не хочет навлечь на себя гнев избирателей и проиграть следующие выборы, поэтому он лучше дважды подумает, прежде чем отказать обществу в таком «удовольствии». Однако это вовсе не означает, что законодатель, следуя желанию общества, соглашается с тем, что оно было правым в желании внедрить и применить такую радикальную меру. Итак, это не только вопрос целесообразности, светской, а часто бывает и религиозной морали, но и вопрос политики.

Мы должны помнить о тяжелых преступлениях против личности, с тем,

чтобы использование уголовного наказания в отношении менее серьезных преступлений можно было увидеть в правильной перспективе. И мы должны помнить, что милиционеры (полицейские), работники прокуратуры, судьи, работники исправительных учреждений должны посвящать свое время и энергию на то, чтобы решать проблемы с этими менее серьезными преступлениями. Ресурсы не бесконечны, они должны расходоваться равномерно и разумно. Иногда нам может показаться, что мы вполне можем позволить себе такие расходы, устанавливая уголовные санкции за преступления, которые не должны считаться тяжкими, и даже преступлениями. Но независимо от того, что может «купить гривна», она не имеет эквивалентной предельной пользы, потому учет этого простого факта будет мудрым.

Учет международных обязательств или стандартов все чаще отмечается в уголовно-правовой литературе. Такое впечатление, что мы об этих обязательствах не вспоминали десятки лет, часто игнорировали на уровне институциональной системы, а сейчас вспомнили, потому что так модно, престижно, нарядно. Тем не менее эти обязательства по отдельным преступлениям против нравственности уже существуют десятки лет, и начинались они еще в другую «эпоху», с куда меньшими техническими возможностями.

Сейчас есть нареkania по поводу реализации этих обязательств. Мы не будем приводить конвенционные документы и рекомендательные акты, касающиеся преступлений против нравственности, поскольку их очень много, и они чрезвычайно запутанные и противоречивые. С криминализацией этих деяний все понятно, то есть если договорное государство не предусмотрит в своем законодательстве соответствующих деяний, как преступных, то это означает для него невыполнение международных обязательств, даже учитывая то, что сама концепция соглашения содержала врожденные пороки, от которых со временем можно было бы избавиться. Здесь стоит сделать другой акцент. Все эти международные договоренности не ведут речи о конкретных санкциях, оставляя этот вопрос на усмотрение государств. Это означает, что государство не должно



предусматривать за них суровые наказания, если должно признавать преступность этих деяний по договору. Поэтому построение адекватной и эффективной санкции остается в его сфере ответственности и здесь оно может проявить гибкость. Кроме этого, эти конвенции могут быть денонсированы, и государство это может сделать в любое время. Печально, что, предусматривая возможность внесения в эти документы изменений, потребность в которых проверена временем и опытом, государства-члены так и не смогли это сделать, продолжая сохранять архаичные стандарты общественной морали, пренебрегая плюрализмом и расширением личных свобод человека и гражданина.

Относительно персонификации или индивидуализации уголовно-правового воздействия посредством санкций за преступления против нравственности, надо заранее отметить, что проблема уголовной репрессии состоит в том, что правонарушения совершаются, прежде всего, по причине неудачной социализации, чувственной нестабильности, недостаточного самоконтроля или принадлежности к преступной субкультуре, и что эти личностные или социальные факторы не подвергаются воздействию (по крайней мере, прямому) средствами уголовного законодательства. В настоящее время насилие, к сожалению, продолжает считаться наиболее эффективной формой влияния, а потому и необходимой для достижения социальных и экономических изменений. Это обусловлено значительными ошибками относительно положительной роли насилия [4, с. 86]. Отсюда – персонифицированное или индивидуализированное влияние санкций на лиц, совершивших преступления против нравственности, априорно определить чрезвычайно сложно. Если точнее, то сейчас никто не скажет нам наверняка, как это сделать, если же, конечно, не вылетит на нас ушат неопределенной информации, состоящий из общих фраз о том, как важно персонифицированное влияние санкций на адресатов запретов и их нарушителей.

Системность санкций – еще один принцип для их построения и применения. За время существования УК Украины 2001 г. в нормы об ответственности за преступление против нравствен-

ности 14 раз вносились изменения и дополнения, которые касались не только редакции гипотезы и диспозиции норм, но и санкций, и в этом направлении изменения были не всегда в сторону смягчения, а наоборот. Как всегда, сработала старая вера в сильную руку, и в жесткие санкции как более эффективные [5, с. 21]. Мы не видим аргументов в пользу того, что санкции за преступления против нравственности бессистемные или существуют с нарушением системных закономерностей. Но и существует противоречие общего масштаба, которое характерно всем подсистемам санкций в УК Украины, предусматривающим применение основных и дополнительных наказаний. Системность как проявление системы характеризуется целостностью, что указывает на ее границы.

Иерархичность системы предполагает, что каждый компонент системы может рассматриваться как система, сама система также может рассматриваться как элемент некоторой надсистемы (суперсистемы), то есть уголовного права в целом. Но выделение в системе наказаний подсистемы дополнительных наказаний в этом смысле противоречит третьему свойству систем – синергичности или эмерджентности, несводимости свойств системы к сумме свойств составляющих ее компонентов (неаддитивность). Дополнительное работает как альтернативное, то есть может применяться тогда, когда основное не работает. К сожалению, эмпирических доказательств того, что система наказаний более производительная, чем перечень наказаний в уголовно-правовой литературе, вообще нет.

Поскольку в санкциях за преступления против нравственности предусмотрен механизм действия основных и дополнительных наказаний, то мы должны отметить, что применение этого механизма противоречит пониманию дополнительности как альтернативе основной системе. Применение дополнительных наказаний за преступления против нравственности порождает повышение уголовно-правовой репрессии на фоне и так завышенных санкций за эти преступления.

Следующей основой построения санкций за преступления против нравственности является законность. При установлении уголовно-правовых

санкций должны органично сочетаться принципы законности и справедливости с тем, чтобы законная по форме, однако несправедливая по сути санкция, в конце концов, как на законодательном уровне, так и в правоприменительной деятельности была признана незаконной [6, с. 122]. Учитывая то, что уголовное законодательство позволяет заинтересованным лицам узнать о границах санкций, которые могут быть применены к ним, если они совершат преступление против нравственности, но, по иронии, не всегда дает возможность точно знать, являются ли их деяния преступными (характерно для преступлений против нравственности с оценочным предметом преступления), то можно сказать, что формально авторы санкций за преступления против нравственности обеспечили этот минимум законности.

Хотя в литературе и выделяют принцип целесообразности санкции при ее построении, надо отметить, что здесь необходимо скорее указывать на целесообразность конкретного наказания в санкции, чем на целесообразность санкции как таковой или наказания как такового. Этот вопрос напрямую имеет отношение к проблеме эффективности санкции. А что касается целесообразности применения наказания к конкретному лицу, то это уже другой контекстный вопрос. Представляется, что вопрос пенализации в контексте целесообразности конкретных видов наказаний надо решать с точки зрения возможной эффективности и экономической обусловленности, впрочем, этой проблемы мы уже касались.

Гуманизм как принцип для построения санкций такое же скользкое и умозрительное понятие, как справедливость, но без него тяжело представить теорию уголовного права. Речь ведут о том, что человека следует приносить в жертву ради интересов общества, но, по крайней мере, такая жертва не должна быть слишком высокой. Литература по этому вопросу обширна, поэтому нет необходимости напоминать основные положения теории этого принципа в уголовном праве. Однако относительно санкций за преступления против нравственности необходимо подчеркнуть, что с точки зрения этого принципа они настолько завышены, что «соревнуются» с санкциями за пре-



ступления против личности и половой свободы и неприкосновенности. Отсюда мы не можем утверждать, что с этой позиции санкции за эти преступления соответствуют указанному принципу.

Выводы. Действующие санкции за преступления против нравственности, которые предусмотрены в УК Украины, удовлетворяют не всем принципам построения уголовно-правовых санкций. Из-за существенной сверхкриминализации этих деяний и неоправданной дифференциации наказания, санкции за эти преступления завышены и не удовлетворяют системным условиям уголовного права и судебной практики. Специалисты следственных органов, как правило, не критикуют эту ситуацию, однако другие специалисты (судьи и адвокаты) недовольны той ситуацией, которая сложилась в законодательстве относительно санкций за преступления против нравственности, и это не должно удивлять нас.

Список использованной литературы:

1. Про Державний бюджет України на 2013 рік: Закон України від 6 грудня 2012 р., № 5515-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 5–6. – Ст. 60.
2. Becker G.S. Crime and punishment: an economic approach / Gerry Stanly Becker // Journal of Political Economy. – 1968. – Vol. 76. – № 2. – P. 169–217.
3. Posner R.A. An economic theory of criminal law // Richard A. Posner // Columbia Law Review. – 1985. – Vol. 85. – P. 1193–1231.
4. Жестеров П.В. Некоторые проблемы применения уголовной репрессии в современном мире / П.В. Жестеров // Общество и право. – 2010. – № 5. – С. 84–86.
5. Кузнецов В.В. Кримінально-правова охорона громадського порядку та моральності: особливості законотворчого процесу / В.В. Кузнецов // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2012. – № 1. – С. 20–28.
6. Книженко О.О. Реалізація принципів законності та справедливості при встановленні санкцій у кримінальному праві / О.О. Книженко // Наше право. – 2010. – № 4. – Ч. 2. – С. 120–123.

КВАЛИФИЦИРУЮЩИЕ ПРИЗНАКИ КАК СРЕДСТВО ДИФФЕРЕНЦИАЦИИ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ: ОСНОВЫ ПОНИМАНИЯ

Олег МАРМУРА,
соискатель

Львовского государственного университета внутренних дел

Summary

This article deals with examining of the main contradiction in understanding essence of the qualifying features, and establishing real essence of these features as a means of differentiation criminal responsibility based on existing contradiction. For this purpose it is considered correlation of qualifying features and circumstances of the crime, by setting essence of last, represented legislative mechanism of reflection of the circumstances of crime in the qualifying features of corpus delicti, learned question about denotation changing of social danger of corresponding actions by these features. In this article is made distinction qualifying features from other means of differentiation of the criminal responsibility, and especially from features of the main corpus delicti.

Key words: differentiation criminal responsibility, qualifying features, features of corpus delicti, circumstances of committing crime.

Аннотация

В данной статье анализируются основные подходы в понимании сущности квалифицирующих признаков, и на основе существующих противоречий выясняется действительная сущность данных признаков как средств дифференциации уголовной ответственности. При этом рассматривается соотношение квалифицирующих признаков и обстоятельств совершения преступления чрез установление сущности последних, изображается законодательный механизм отражения обстоятельств совершения преступления в квалифицирующих признаках состава преступления, изучается вопрос об обозначении данными признаками изменения общественной опасности соответствующих деяний. Также в статье осуществляется отграничение квалифицирующих признаков от некоторых других средств дифференциации уголовной ответственности, и особенно – разграничение этих признаков и признаков основного состава преступления.

Ключевые слова: дифференциация уголовной ответственности, квалифицирующие признаки, признаки состава преступления, обстоятельства совершения преступления.

Постановка проблемы. Наиболее распространено дифференциация уголовной ответственности понимается как распределение, разделение, расслоение уголовной ответственности непосредственно в самом законе, заключающиеся в установлении разных уголовно-правовых последствий совершения преступления в зависимости от степени общественной опасности преступления в целом или степени общественной опасности личности, совершившей преступление. Одним из средств такого разделения уголовной ответственности выступают квалифицирующие признаки. Однако если это утверждение можно признать общепринятым в научных кругах, то вопрос понимания самой сущности квалифицирующих признаков, и особенно их отграничения от других средств дифференциации уголовной ответственности,

является дискуссионным, а в отдельных аспектах и вовсе нерассмотренным.

Актуальность темы. Неоднозначное понимание сущности квалифицирующих признаков в дальнейшем негативно сказывается при исследовании отдельных составов преступлений, так как при этом имеет фундаментальное значение, а в правоприменительной деятельности приводит к ошибкам в толковании и применении уголовно-правовых норм. Сказанное говорит о безусловной актуальности научных исследований в указанном направлении.

Состояние исследования. Исследованию квалифицирующих признаков как средства дифференциации уголовной ответственности в той или иной мере посвящены работы Д.Ж. Буликеевой, Г.К. Буранова, К.А. Вакариной, О.М. Войтюк, А.А. Дудорова, О.В. Ильины,



Т.А. Лесниевски-Костаревой, Е.М. Кисилюка, А.П. Козлова, С.Е. Кротова, Л.Л. Кругликова и других ученых. Однако сущность анализируемого феномена при этом, разумеется, и раскрывается по-разному, зачастую без объяснения и обоснования. Вместе с большим вниманием к вопросу разграничения квалифицирующих признаков и обстоятельств, отягчающих наказание, практически нераскрытыми остаются вопросы отграничения этих признаков и признаков основного состава преступления.

Целью данной статьи является установление сущности квалифицирующих признаков как средства дифференциации уголовной ответственности, выяснение их основных существенных признаков, а также отграничение их от иных смежных средств дифференциации уголовной ответственности.

Изложение основного материала. Итак, мы уже выдвинули тезис о неоднозначном понимании квалифицирующих признаков. Содержание первого противоречия скрывается в самом определении, даваемом авторами, и состоит в том, что одни ученые эти признаки определяют как обстоятельства совершения преступления, другие — как признаки преступления, а третьи — как признаки состава преступления. Как пример каждой из позиций приведем несколько даваемых в литературе определений анализируемого понятия. По мнению О.М. Войтюк, «квалифицирующие признаки состава преступления как способ ужесточения наказания — это указанные в статьях Особенной части УК РФ и характерные для отдельных групп (видов) преступлений конкретные обстоятельства, непосредственно связанные с совершенным преступлением и существенно повышающие степень его общественной опасности, несвойственные для большинства зафиксированных в основном составе деяний, непосредственно влияющие на ужесточение наказания в сравнении с типовым наказанием, предусмотренным за совершение преступления без соответствующих квалифицирующих признаков» [1, с. 7]. С.Е. Кротов приходит к выводу, что «квалифицирующими считаются такие признаки преступления, которые формулируются в статьях Особенной части УК, предусматривают отягчающие обстоятельства указанного в диспозиции статьи преступления и предполагают повышенную ответственность» [2, с. 10]. Л.Л.

Кругликов квалифицирующие признаки определяет как признаки состава преступления, которые свидетельствуют о резко повышенной (в сравнении с выраженной с помощью признаков основного состава) общественной опасности деяния и личности, совершившей это деяние [3, с. 174].

Рассмотрим эту дифференциацию в понимании понятия более детально.

Обстоятельства совершения преступления выступают предметы, явления и факты, которые сопровождали совершенные преступления и так или иначе были связаны с ним. То, что мы именуем квалифицирующими признаками, — всего лишь часть нормативного предписания, часть текста закона об уголовной ответственности, предназначение которой состоит в обозначении этих связанных с совершением преступления предметов, явлений и фактов. Исходя из этого, определять квалифицирующие признаки как обстоятельства совершения преступления наименее корректно, так как эти понятия по фактическому содержанию не тождественны и в родовидовой связи не состоят.

Определять квалифицирующие признаки как признаки преступления тоже неверно, так как в уголовно-правовой доктрине под признаками преступления понимают наличие деяния, общественную опасность, уголовную противоправность, виновность, наказуемость и совершение субъектом преступления.

Квалифицирующие признаки, являясь частью нормативного предписания Закона об уголовной ответственности, формируют основание уголовной ответственности — состав преступления. Все признаки, формирующие состав преступления в теории именуют признаками состава преступления. Таким образом, наиболее точным с позиции логики построения представляется определение квалифицирующих признаков, предложенное Л.Л. Кругликовым, так как именно он определил их как признаки состава преступления.

Поэтому по своей фактической природе квалифицирующие признаки являются обозначением обстоятельств совершения преступления. Поскольку разнообразие таких обстоятельств и их проявлений очень велико, законодатель в качестве квалифицирующих признаков, как правило, выбирает такие понятия, которые обособляют целую группу или даже несколько групп указанных обстоятельств. Таким образом, квалифицирую-

щие признаки выступают обособленным обозначением обстоятельств совершения преступления. Сами же обозначение обстоятельств тут выступают не средством дифференциации уголовной ответственности, а основанием ее дифференциации, поскольку имеют свойство изменять общественную опасность того или иного преступления. По своей юридической природе квалифицирующие признаки — части нормативного предписания закона об уголовной ответственности, которые выступают в роли средства дифференциации уголовной ответственности, и, являясь признаком составов преступлений, позволяют законодателю изменять рамки наказуемости того или иного преступления (как вариант — группы преступлений).

Кроме термина «квалифицирующие признаки», в целях обозначения соответствующего понятия в литературе довольно часто употребляется термин «отягчающие обстоятельства», что свидетельствует, прежде всего, об отождествлении юридической природы квалифицирующих признаков и отягчающих обстоятельств, предвиденных Общей частью уголовного законодательства. Уместно по этому поводу высказывание А.А. Дудорова, который отмечает: «Если квалифицирующие или привилегирующие признаки являются средством осуществляемой законодателем дифференциации уголовной ответственности и принадлежат к уголовно-правовому институту состава преступления, то обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, являясь составной частью назначения наказания, являются средством осуществляемой судом индивидуализации наказания» [4, с. 204-211]. Отождествление юридической природы квалифицирующих признаков и обстоятельств, отягчающих наказание, характерно для доктрины советского периода, хотя сторонников имеет и в наше время. В результате такого отождествления в литературе встречаются следующие высказывания: «отягчающие обстоятельства (квалифицирующие признаки) [5, с. 8], «отягчающие обстоятельства независимо от того, в какой части УК (Общей или Особенной) они содержатся» [6] и много других. Такие фразы, по нашему убеждению, некорректны, с учётом сущности исследованного нами явления, и приводят только к смешению разных правовых феноменов.

С квалифицирующими признаками, конечно, связывается изменение



общественной опасности преступления. Рассмотрим эту связь более подробно. Каждое совершенное преступление является собой определенную совокупность предметов, явлений и фактов, которые мы именуем обстоятельствами совершения преступления. Одни обстоятельства формируют общественную опасность как обязательный признак каждого преступления, иные же варьируют ее размер, или же являются нейтральными. Наличие первой группы обстоятельств обязательно для наличия преступления, а затем такие обстоятельства должны быть обобщены в «минимальном» основании уголовной ответственности – основном составе преступления.

Обстоятельства, которые варьируют размер общественной опасности, можно разделить на две группы. Одни из них законодатель оставляет в пределах основного состава преступления, а их воздействие на размер общественной опасности учитывает путем конструирования относительно-определенной, а иногда и альтернативной либо кумулятивной санкций. Собственно, такими санкциями законодатель подчеркивает, что размер общественной опасности конкретных преступлений, которые будут лежать в пределах этого состава, будет колебаться в некоторых пределах (по общему правилу – в пределах суровости предвиденного санкцией наказания). Ограниченный такими пределами диапазон общественной опасности преступлений в литературе именуется типичной общественной опасностью либо степенью общественной опасности.

Обстоятельства второй группы законодатель обобщает в квалифицирующих признаках, создавая при этом на базе основного новый состав преступления (квалифицированный) и конструируя новую санкцию, отличающуюся по суровости от санкции, соответствующей основному составу преступления. Это, несомненно, свидетельствует об изменении диапазона общественной опасности преступлений, охваченных этим составом, или, как мы уже говорили, – об изменении типичной общественной опасности либо степени общественной опасности, причем, как отмечено в литературе, существенном изменении.

Отсюда следует, что если квалифицирующие признаки обозначают те или иные обстоятельства совершения преступления, которые существенно влияют

на размер общественной опасности преступления, то они при этом обозначают и изменение диапазона общественной опасности охватываемых деяний, но отнюдь не изменение конкретного размера общественной опасности. Конкретный размер общественной опасности одного преступления, совершенного при наличии обстоятельства, охватываемого квалифицирующим признаком, может и не быть выше размера общественной опасности иного такого же преступления, совершенного, однако, без такого обстоятельства, что нередко подтверждается частичным совпадением наказаний в санкциях, соответствующих основному и квалифицированному составам преступления в большинстве уголовных кодексов.

Некорректным в данной позиции являются и высказывания ряда авторов, которые сводятся к тому, что квалифицирующие признаки повышают степень общественной опасности преступления, так как закон повышать его не может, в нашем случае задача закона – дать оценку степени общественной опасности через дифференциацию наказания.

Следующим важным для правильного понимания сущности квалифицирующих признаков моментом является объем их возможного использования для дифференциации уголовной ответственности.

В двух из цитируемых ранее в работе авторских определений понятия квалифицирующих признаков авторы ограничивают объем использования Особенной частью законодательства об уголовной ответственности. Однако в научной литературе неоднократно высказывались также пропозиция о необходимости «вынесения» некоторых квалифицирующих признаков в Общую часть [7, с. 7; 8, с. 32; 9]. Сменит ли такое «вынесение» самую сущность средства дифференциации уголовной ответственности? Если обобщить те или иные обстоятельства совершения преступления в Общей части законодательства об уголовной ответственности, предусмотрев при этом меру изменения санкции нормы Особенной части и обязанностей субъектов правоприменительной деятельности учитывать этот признак и квалифицировать соответствующие преступления со ссылкой на созданную норму Общей части, существенные признаки (содержание) понятия квалифицирующих признаков сберегутся. Объем понятия, как известно, – производное от содержания, а не наоборот, а потому квалифицирую-

щие признаки могут быть предвидены как Особенной, так и Общей частью законодательства об уголовной ответственности.

Интересную позицию по поводу объема понятия квалифицирующих признаков мы встретили в работе О.М. Войтюк. Квалифицирующие признаки данный автор определяет как «характерные для отдельных групп (видов) преступлений» [1, с. 7], а обстоятельства, отягчающие наказание, в противовес первым, как «типичные для многих видов преступлений» [1, с. 8]. Однако в уголовном законодательстве многих государств как квалифицирующие признаки используются совершение преступления повторно, группой лиц, причинение вреда в крупном размере, тяжкие последствия и другие, обобщенные, в которых обстоятельства, невзирая на активность использования в законодательстве, однозначно можно считать характерными для большинства видов преступления.

Еще одно противоречие в понимании квалифицирующих признаков проявляется при разграничении этих признаков и признаков основного состава преступления.

В законодательстве об уголовной ответственности часто совпадают по форме не только квалифицирующие признаки и обстоятельства, отягчающие наказание, но и квалифицирующие признаки и признаки основного состава преступления. Кроме этого, законодатель часто не дифференцирует конструкции, используемые для построения диспозиций основных норм и норм о квалифицированных составах преступления. Все это, объединяясь с недостаточным пониманием сущности квалифицирующих обстоятельств, имеет своим последствием допущение ошибок при различии основных и квалифицирующих признаков состава преступления. Как результат, в одних случаях квалифицирующими называются признаки, которые фактически являются основными признаками состава преступления, а в других – квалифицирующие по своей сущности признаки относят к числу признаков отдельного основного состава.

Регламентация в законе квалифицирующих признаков непременно связана с возникновением нового состава преступления, который в теории именуется «квалифицированный». Квалифицированным в нашем понимании является состав преступления, который содержит все без исключения признаки основного состава,



а также один или несколько признаков, обозначающих изменение степени общественной опасности преступлений определенного вида (несколько видов) – квалифицирующих признаков. Собственно, с помощью квалифицирующих признаков из объема деяний, охваченных основным составом преступления, выделяется их определенная¹, общественно опасная, часть, которая обобщается в новом составе преступления. Такое понимание можно назвать общепринятым, и именно в соответствии с ним мы проанализируем некоторые типы составов преступлений, при определении вида которых мы и обнаружили ошибки.

Первую группу таких составов преступлений составляют те составы, которые отличаются только тем, что один из них предусматривает создание угрозы причинения вреда, а другой – реальное причинение такого вреда. В качестве примера продемонстрируем диспозиции частей первой и второй ст. 130 УК Украины. Итак, у части первой криминализовано «сознательное создание условий опасности заражения человека вирусом иммунодефицита человека или иной неизлечимой инфекционной болезни, опасной для его жизни», а в части второй «заражение человека вирусом иммунодефицита человека или иной неизлечимой инфекционной болезни лицом, которое знало о том, что оно является носителем этого вируса». Представляется, что как сознательное создание условий опасности заражения, так и самое заражение совершаются одними и теми же действиями. Единица у данных составов и форма вины – неосторожность (умышленное заражение согласно УК Украины составляет отдельный состав преступления). Не вызывает возражений и общность основного непосредственного объекта в данных составах. Таким образом, второй состав преступления повторяет все признаки первого. Общественно-опасные последствия в виде заражения, причиненного лицом, которое знало, что является носителем этого вируса, выступают дополнительным комплексным признаком по отношению к признакам предыдущего состава преступления, обуславливают более суровую санкцию, следовательно, могут и должны именоваться квалифицирующими признаками, а соответствующий состав преступления – квалифицированным.

Вторую группу составов преступлений составляют те, которые отличаются друг от друга лишь одним признаком. Если же такие составы преступления регламентированы в одной статье, один за другим, и им соответствуют разной суровости санкции, то такие составы в литературе, как правило, обозначают как основной и квалифицированный.

В данной ситуации мы видим два варианта. В первом варианте отличительные признаки по своему объему «охватывают» друг друга. Например, взаимоохватывающими являются понятия «применение насилия» и «угроза применения насилия», «значительный размер», «крупный размер» и «особо крупный размер», «несовершеннолетнее лицо» и «малолетнее лицо» и т.д. В анализированном варианте набор признаков основного состава преступления дополняется не новым дополнительным признаком, а, по существу, признаком, который уменьшает объем одного из признаков такого состава. Полученный в результате такого ограничения одного из признаков основного состава состав преступления, обозначающий изменение степени общественной опасности, видимо, следует тоже относить к категории квалифицированного, а соответствующий признак более узкого объема – к категории квалифицирующих признаков.

Второй вариант – когда происходит подмена признаков, разных по содержанию. Примером таких составов преступления выступают составы преступления, регламентированные в статье 143 УК Украины, где в части второй установлена уголовная ответственность за «изъятие у человека путем принуждения или обмана его органов или тканей с целью их трансплантации», а в части третьей – за «действия, предусмотренные частью второй настоящей статьи, совершенные в отношении лица, находящегося в беспомощном состоянии, либо в материальной или иной зависимости от виновного». Видим, что в данном случае происходит изменение способов совершения преступления: менее общественно опасные способы заменяются более общественно опасными. Именно разница в их общественной опасности предопределяет конструирование отдельного состава преступления. Наверное, учитывая использование конструкции построения диспозиции, харак-

терной для конструирования диспозиций, в которых регламентируются квалифицированные составы преступления, в литературе данный обозначающий высшую степень общественной опасности состав преступления, как правило, определяют как квалифицированный, а соответствующие признаки – как квалифицирующие. Несмотря на это, в приведенном примере второй состав преступления не содержит всех признаков первого, а каждый из этих составов характеризуется только свойственным ему объемом охватываемых преступлений. Учитывая это, в проанализированном и всех аналогичных случаях следует вести речь не об основном и квалифицированном, а о двух основных составах преступления, обозначающих разное усиление общественной опасности.

Выводы. Подытоживая сказанное, квалифицирующие признаки по своей сущности, с одной стороны, являются обобщенным обозначением фактических обстоятельств совершения преступления, которые, по мнению законодателя, существенно влияют на размер общественной опасности преступлений определенного вида (или нескольких видов), и вследствие этого – обозначением изменения границ размера общественной опасности или степени общественной опасности, как это обозначается в литературе. С другой стороны, квалифицирующие признаки являются частью нормативного предписания закона об уголовной ответственности, использованием которого законодатель обосновывает дифференциацию наказания. Такая часть нормативного предписания всегда исполняет роль признака состава преступления и предусматривает образование на базе основного состава нового состава преступления – квалифицированного. Только в квалифицированном составе преступления квалифицирующие признаки приобретают свою сущность.

Список использованной литературы:

1. Войтюк О.М. Уголовно правовые способы ужесточения наказания : автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 – «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / О.М. Войтюк. – Тюмень, 2009. – 26 с.
2. Кротов С.Е. Дифференциация уголовной ответственности в зависимости от категоризации преступлений,

¹Под квалифицирующими признаками мы понимаем как те, что обозначают повышение степени общественной опасности, так и те, что обозначают ее снижение.



квалифицирующих признаков и обстоятельств, отягчающих наказание : дис. ... кандидата юрид. наук / Кротов Сергей Евгеньевич. — М., 2005. — 176 с.

3. Кругликов Л.Л. Дифференциация ответственности в уголовном праве / Л.Л. Кругликов, А.В. Васильевский. — СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. — 300 с.

4. Дудоров О.О. Обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання : поняття, правова природа, значення / О.О. Дудоров // Вісник Запорізького національного університету. — 2011. — № 1. — С. 204–211.

5. Ільїна О.В. Кримінально-правова характеристика кваліфікуючих ознак корисливих злочинів проти власності : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О.В. Ільїна. — К., 2007. — 20 с.

6. Михаль О.А. Классификация отягчающих обстоятельств: соотношение с категориями преступлений / О.А. Михаль // Правоведение. — 2005. — № 2. — С. 79–85.

7. Костарева Т.А. Квалифицирующие обстоятельства в уголовном праве (понятие, законодательная регламентация, влияние на дифференциацию ответственности) : автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 — «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Т.А. Костарева. — Казань, 1992. — 20 с.

8. Трахов А.И. Уголовный закон в теории и судебной практике : автореф. дис. на соискание уч. степени доктора юрид. наук : спец. 12.00.08 — «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / А.И. Трахов. — Саратов, 2002. — 48 с.

9. Тростюк З.А. Про окремі вади законодавчої регламентації кваліфікуючих (особливо кваліфікуючих) ознак у Кримінальному кодексі України / З.А. Тростюк // кримінальний кодекс України 2001 : Проблеми застосування і перспективи удосконалення. Диференціація кримінальної відповідальності : матеріали міжнар. Симпозіуму 11-12 вересня 2009 року. — Львів, 2009. — С. 219–224.

ЮРИДИЧЕСКОЕ ЗНАЧЕНИЕ МОТИВОВ ВРАЖДЫ (РОЗНИ, НЕТЕРПИМОСТИ) ПО УГОЛОВНОМУ ПРАВУ ГОСУДАРСТВ-УЧАСТНИКОВ СОДРУЖЕСТВА НЕЗАВИСИМЫХ ГОСУДАРСТВ

Дарья МАСОЛ,

соискатель кафедры уголовного права и криминологии
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Summary

In the article the theoretical research is providing the motives of enmity (hatred, intolerance) in criminal law of the Commonwealth of Independent States. Carried out a comparative analysis of the provisions of criminal codes of these states, as well as their compliance with the Model Penal Code for the State of the Commonwealth of Independent States. Stand trends and patterns in the normative regulation.

Key words: motif, enmity, hatred, intolerance, body of the crime

Аннотация

В статье проводится исследование значения мотивов вражды (розни, нетерпимости) по уголовному праву государств-участников Содружества Независимых Государств. Осуществляется сравнительный анализ положений уголовных кодексов этих государств, а также их соответствие Модельному уголовному кодексу для государств-участников Содружества Независимых Государств. Выделяются тенденции и особенности в нормативной регламентации.

Ключевые слова: мотив, вражда, рознь, нетерпимость, состав преступления.

Постановка проблемы. В современном мире тенденции к сегментации общества становятся все динамичнее и очевиднее. В связи с этим все более усугубляется опасность конфликтов (противоречий) между людьми на почве принадлежности к различным социальным группам. Такое положение вещей требует от государства проведения эффективной превентивной политики, направленной на минимизацию подобных конфликтов (противоречий). Так, на 11-ой встрече Совета Министров, проходившей в Маастрихте в декабре 2003 года, министры иностранных дел 55 государств-участников ОБСЕ подтвердили свое обязательство поощрять толерантность и бороться с дискриминацией [1, с. 7]. Не последнюю роль в такой политике должны играть и уголовно-правовые запреты.

Актуальность темы исследования подтверждается как многочисленными конфликтами между разнообразными социальными группами на территории государств участников Содружества Независимых Государств (далее – СНГ), так и дефектами соответствующих положений уголовного законодательства и недостатком вни-

мания к этой проблеме со стороны ученых-криминалистов.

Состояние исследования. Вопросам уголовной ответственности за преступления, совершаемые по мотивам вражды (розни, нетерпимости), были посвящены публикации Н.В. Уваровой, И.О. Зинченко, А.А. Кунашева, Н.И. Хавронюка, Н.В. Дрёмина-Волок, О.М. Лемешко, Л.В. Дорош и других ученых.

Целью и задачей статьи является исследование уголовно-правового значения мотивов вражды (розни, нетерпимости) по законодательству государств-участников СНГ, выявление тенденций и особенностей в нормативной регламентации.

Изложение основного материала. Одним из важнейших ориентиров, повлиявших на развитие уголовного права всех без исключения государств-участников СНГ, является Модельный уголовный кодекс для государств-участников СНГ (далее – Модельный УК). Несмотря на свой модельный, рекомендательный характер, заложенные в него правовые идеи существенно обусловили содержание и форму положений уголовного законодательства многих государств постсоветского пространства.



Составители Модельного УК не обошли своим вниманием и вопрос совершения преступления по мотивам вражды (розни, нетерпимости). Во-первых, п. е) ч. 1 ст. 63 данного Кодекса предусматривает совершение преступления по мотиву национальной, расовой или религиозной вражды как обстоятельство, отягчающее наказание. Во-вторых, указанные мотивы выполняют роль квалифицирующего признака в ряде составов преступлений против личности, а именно – в квалифицированных составах убийства (п. м) ч. 2 ст. 111 Модельного УК), причинения тяжкого вреда здоровью (п. е) ч. 2 ст. 119 Модельного УК), причинения вреда здоровью средней тяжести (п. е) ч. 2 ст. 120 Модельного УК), истязания (п. ж) ч. 2 ст. 126 Модельного УК).

На наш взгляд, целесообразно проанализировать, насколько вышеперечисленные рекомендации Модельного УК были взяты во внимание законодателем государств-участников СНГ. Подобный анализ, на наш взгляд, должен включать в себя ответы на следующие вопросы:

а) имеют ли мотивы национальной, расовой или религиозной вражды либо их национальные «аналоги» юридическое значение по уголовному кодексу (далее – УК) того либо иного государства-участника СНГ вообще;

б) являются ли мотивы национальной, расовой или религиозной вражды либо их национальные «аналоги» обстоятельством, отягчающим наказание, по УК того либо иного государства-участника СНГ;

в) являются ли мотивы национальной, расовой или религиозной вражды либо их национальные «аналоги» квалифицирующим признаком составов преступлений, предусмотренных в Особой части УК того либо иного государства-участника СНГ, и если являются, то о каких видах преступлений идет речь;

г) выполняют ли мотивы национальной, расовой или религиозной вражды либо их национальные «аналоги» еще какую-либо «функцию» в уголовном праве того либо иного государства-участника СНГ?

Отвечая на первый из поставленных вопросов, следует констатировать, что все без исключения государства-участники СНГ, так или иначе, вос-

приняли рекомендации Модельного УК относительно мотивов национальной, расовой или религиозной вражды. Однако стоит отметить, что во многих национальных уголовных кодексах упоминаются не собственно вышеперечисленные мотивы, а их своеобразные «аналоги». Например, УК Украины содержит упоминание не только о «совершении преступления на почве национальной, расовой или религиозной вражды» (п. 3) ч. 1 ст. 67), но и о «совершении преступления на почве национальной, расовой или религиозной розни» (п. 3) ч. 1 ст. 67), а также – о «совершении преступления по мотивам национальной, расовой или религиозной нетерпимости» (п. 14) ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129). В некоторых УК (например, УК Азербайджанской Республики, Республики Армения, Республики Таджикистан) говорится о совершении преступления на почве фанатизма (в частности, религиозного). На наш взгляд, указанные различия в формулировках закона являются скорее технико-юридическими, а мотивы вражды, розни, нетерпимости, фанатизма, по большому счету, нужно рассматривать как тождественные «явления». В связи с этим, например, использование законодателем (в п. 3) ч. 1 ст. 67 УК Украины или п. 9) ч. 1 ст. 64 УК Республики Беларусь) и слова «вражда», и слова «рознь» для характеристики мотива преступления кажется нам излишним.

Кроме того, следует признать технико-юридическим дефектом использование законодателем в одном и том же УК разных формулировок для характеристики, по сути, одних и тех же мотивов преступления. В качестве примеров можно привести упомянутые выше п. 3) ч. 1 ст. 67 – п. 14) ч. 2 ст. 115; ч. 2 ст. 121; ч. 2 ст. 122; ч. 2 ст. 126; ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129 УК Украины; либо же п. л) ч. 1 ст. 56 («совершение преступления по мотивам расовой или национальной вражды») – п. к) ч. 2 ст. 97; п. ж) ч. 2 ст. 194; п. ж) ч. 2 ст. 105 («совершение преступления по мотивам межнациональной или расовой вражды») УК Республики Узбекистан.

Отдельно стоит отметить и то, что в уголовном законодательстве некоторых постсоветских государств предписания, соответствующие рекоменда-

циям Модельного УК, сформулированы более «узко» или более «широко» (по сравнению с Модельным УК) в части характеристик «почвы» вражды, розни, нетерпимости. Например, в ч. 1 ст. 58 УК Туркменистана идет речь лишь о «совершении преступления по мотиву национальной или религиозной вражды» («узкий» подход), в п. d) ч. 1 ст. 77 УК Республики Молдова – о «совершении преступления на почве социальной, национальной, расовой или религиозной ненависти» («широкий» подход). При этом максимально «объемными» нам видятся положения УК Республики Беларусь (п. 9) ч. 1 ст. 64; п. 14) ч. 2 ст. 140; п. 8 ч. 2 ст. 147), в которых идет речь о «совершении преступления по мотивам расовой, национальной, религиозной вражды или розни, политической или идеологической вражды, а равно по мотивам вражды или розни в отношении какой-либо социальной группы»; и положения УК Российской Федерации (п. е) ч. 1 ст. 63; п. л) ч. 2 ст. 105; п. е) ч. 2 ст. 111; п. е) ч. 2 ст. 112; п. б) ч. 2 ст. 115; п. б) ч. 2 ст. 116; п. з) ч. 2 ст. 117; ч. 2 ст. 119; ч. 4 ст. 150; ч. 1 ст. 213; ч. 2 ст. 214; п. б) ч. 2 ст. 244; п. 2 примечания ст. 282.1), которые содержат упоминание о «совершении преступления по мотивам политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной ненависти или вражды, либо по мотивам ненависти или вражды в отношении какой-либо социальной группы». Последний подход учитывает возможность совершения преступления на почве нетерпимости в отношении любой социальной группы и в связи с этим заслуживает позитивной оценки.

Переходя ко второму из сформулированных нами вопросов, следует отметить, что мотивы национальной, расовой или религиозной вражды либо их «аналоги» предусмотрены как обстоятельство, отягчающее наказание, в УК абсолютного большинства государств-участников СНГ. Исключением из этой тенденции является только УК Кыргызской Республики. Однако в ст. 55 этого Кодекса упоминаются «иные низменные мотивы». И хотя, как утверждает А.А. Кунашев, судебная практика и правовая доктрина Кыргызской Республики распространяют указанную формулировку и на мотивы национальной, расовой или религиоз-



ной вражды [2, с. 65] (отметим, что к числу низких относит мотив расовой, национальной или религиозной нетерпимости и украинская ученая Л.В. Дорош [3, с. 164]), её вряд ли можно считать удачной в силу чрезвычайной «каучуковости». Тем более, п. 9) ч. 2 ст. 97 УК Кыргызской Республики содержит упоминание о «совершении преступления на почве межнациональной или расовой либо религиозной ненависти или вражды».

Все уголовные кодексы государств-участников СНГ предусматривают мотивы национальной, расовой или религиозной вражды либо их национальные «аналоги» как квалифицирующие признаки составов преступлений. При этом следует констатировать, что ни одно из государств не предусмотрело такие признаки в полном соответствии с рекомендациями Модельного УК касательно перечня видов преступлений. Некоторые государства ограничились указанием на мотивы национальной, расовой или религиозной вражды либо их национальные «аналоги» как на квалифицирующий признак убийства (например, п. 9) ч. 2 ст. 97 УК Кыргызской Республики), другие – предусмотрели подобные квалифицирующие признаки для нескольких видов преступлений из «списка Модельного УК» (например, п. 14) ч. 2 ст. 140; п. 8 ч. 2 ст. 147 УК Республики Беларусь), а многие страны – предусмотрели их для всех видов преступлений из «списка Модельного УК», и для других видов преступлений (например, п. 13) ч. 2 ст. 104, п. 12) ч. 2 ст. 112, п. 7 ч. 2 ст. 113, п. 7) ч. 2 ст. 119, п. 4) ч. 2 ст. 185, п. 2 ч. 2 ст. 265 УК Республики Армения) либо для некоторых видов преступлений из «списка Модельного УК», и для других видов преступлений (например, п. 1) ч. 2 ст. 145; п. i) ч. 2 ст. 151; п. j) ч. 2 ст. 152; п. b) ч. 2 ст. 222 УК Республики Молдова). Наиболее распространенными примерами иных (по сравнению со «списком Модельного УК») видов преступлений, для которых уголовное законодательство постсоветских стран предусматривает мотивы национальной, расовой или религиозной вражды либо их национальные «аналоги» как квалифицирующие признаки, являются: а) умышленное уничтожение или повреждение чужого имущества (уголовные кодексы Республики Армения,

Республики Казахстан, Республики Узбекистан); б) надругательство над телами умерших и местами их захоронения (уголовные кодексы Республики Армения, Республики Казахстан, Республики Молдова, Республики Таджикистан, Российской Федерации).

Кроме того, следует заметить, что: а) в отдельных уголовных кодексах (а именно – Российской Федерации и Украины) национальные «аналоги» мотивов национальной, расовой или религиозной вражды выступают квалифицирующими признаком угрозы убийством и побоями (соответственно, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 129 УК Украины; п. б) ч. 2 ст. 116, ч. 2 ст. 119 УК Российской Федерации); б) по УК Украины «совершение преступления по мотивам национальной, расовой или религиозной нетерпимости» является квалифицирующим признаком пыток (ч. 2 ст. 127); а по УК Российской Федерации «совершение преступления по мотивам политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной ненависти или вражды, либо по мотивам ненависти или вражды в отношении какой-либо социальной группы» является квалифицирующим признаком умышленного причинения легкого вреда здоровью (п. б) ч. 2 ст. 115). Следует указать, что наибольшее количество (9) видов преступлений, для которых национальные «аналоги» мотивов национальной, расовой или религиозной вражды являются квалифицирующими признаками, предусматривает УК Российской Федерации. Среди них – в том числе, вандализм (ч. 2 ст. 214) и вовлечение несовершеннолетнего в совершение преступления (ч. 4 ст. 150). На наш взгляд, расширение «списка Модельного УК» на уровне национального уголовного законодательства является достаточно оправданным, поскольку позволяет комплексно противостоять максимально широкому кругу проявлений вражды (розни, нетерпимости) в обществе. Сужение же указанного списка, наоборот, кажется весьма сомнительным.

Стоит также заметить, что по уголовному законодательству ряда государств-участников СНГ национальные «аналоги» мотивов национальной, расовой или религиозной вражды выступают конструктивными признаками составов преступлений. Так, по УК

Российской Федерации «совершение преступления по мотивам политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной ненависти или вражды, либо по мотивам ненависти или вражды в отношении какой-либо социальной группы» является конструктивным признаком хулиганства (ч. 1 ст. 213) и организации экстремистского сообщества (ч. 1 ст. 282.1), а по УК Республики Таджикистан «совершение преступления по мотивам идеологической, политической, расовой, национальной, местнической или религиозной ненависти или вражды, а равно по мотивам ненависти или вражды в отношении какой-либо социальной группы» является конструктивным признаком организации экстремистского сообщества (ч. 1 ст. 307(2)).

Выводы. Подводя итоги, подчеркнем, что: 1) уголовные кодексы всех государств-участников СНГ так или иначе придают мотивам национальной, расовой или религиозной вражды либо их национальным «аналогам» юридическое значение; 2) абсолютное большинство государств-участников СНГ прямо предусмотрело в национальном уголовном законодательстве, что мотивы национальной, расовой или религиозной вражды либо их национальные «аналоги» являются обстоятельством, отягчающим наказание; 3) все уголовные кодексы государств-участников СНГ предусматривают мотивы национальной, расовой или религиозной вражды либо их национальные «аналоги» как квалифицирующие признаки составов преступлений; 4) в отдельных уголовных кодексах государств-участников СНГ мотивы национальной, расовой или религиозной вражды либо их национальные «аналоги» выступают и как конструктивные признаки составов преступлений.

Кроме того, как позитивный нормотворческий опыт отдельных государств-участников СНГ следует отметить «широкий подход» к характеристике «почвы» вражды, розни, нетерпимости (УК Республики Беларусь, УК Российской Федерации) и «расширение» на уровне национального уголовного законодательства списка видов преступлений, в отношении которых Модельный УК предлагает предусмотреть мотивы национальной, расовой или религиозной вражды как квали-



фицирующие признаки (УК Украины, Российской Федерации и другие).

Список использованной литературы:

1. Борьба с преступлениями на почве ненависти в регионе ОБСЕ / перевод с англ. Е. Постникова. – Варшава, ОБСЕ, 2006. – 180 с.

2. Кунашев А.А. Мотивы ненависти или вражды в уголовном праве России : монография / А.А. Кунашев. – М. : Юрлитинформ, 2013. – 192 с.

3. Дорош Л.В. Мотив расової, національної чи релігійної нетерпимості як кваліфікуюча ознака злочинів проти життя та здоров'я особи / Л.В. Дорош. Проблеми законності. – 2011. – Вип. 114. – С. 163–173.

ЕВРОПЕЙСКИЙ ОПЫТ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ МЕДИАЦИИ И НЕОБХОДИМОСТЬ ЕГО ПРИМЕНЕНИЯ В УКРАИНЕ

Василий МЕЛЬНИК,

аспирант кафедры хозяйственного права и процесса Межрегиональной академии управления персоналом

Summary

In the article the theoretical research is providing the application of the organizational and legal enforcement of the mediation in European countries. The analysis of legal literature is carried out on research of the concept of mediation. The article investigates the prospects of legislative regulation of mediation. Mediation, as institution of self-regulation of civil society, can be used along with the judicial form of protection. Due to mediation the parties can resolve their own conflict on mutually agreeable terms that will enhance their reputation and maintain partnerships. It is proved that introducing Institute of mediation in the legal field of Ukraine, it is necessary to take into account the experience of European countries.

Key words: mediation, mediation agreement, the settlement agreement, the foreign law, European law.

Аннотация

В статье проводится теоретическое исследование организационно-правового обеспечения применения в европейских странах медиации. Осуществляется анализ юридической литературы по исследованию концепции медиации. В статье исследуются перспективы законодательного регулирования медиации. Медиация как институт саморегулирования гражданского общества может применяться вместе с судебной формой защиты. Благодаря медиации стороны могут решить свои конфликты на взаимных приемлемых условиях, которые повысят их репутацию, а также поддержат партнерские отношения. Обосновано, что, внедряя институт медиации в правовое поле Украины, необходимо учитывать опыт европейских стран.

Ключевые слова: медиация, медиативное соглашение, мировое соглашение, иностранное право, европейское право.

Постановка проблемы. В последнее время среди отечественных юристов, ученых и практиков, заметно возрос интерес к различным способам урегулирования споров вне государственного суда. В нашем государстве все больше информации появляется о медиации (восстановительном правосудии), которая имеет достаточно распространенную практику применения в западных странах и вызывает возрастающий интерес общественности Украины. Такой интерес неслучаен, поскольку проблемы государственной судебной системы, связанные с недостатками бюджетного финансирования, перегрузкой судов гражданскими и хозяйственными делами, волокитой в их решении, заставляют искать новые, более эффективные и оперативные пути решения конфликтных ситуаций.

Актуальность темы исследования усиливается потребностью в формировании действенной системы защиты прав и интересов лиц, что об-

условливает интерес отечественных юристов к мировой (в том числе европейской) практике альтернативного разрешения правовых споров, которое обеспечивает оперативное, объективное и компетентное решение правовых конфликтов. Особую теоретическую значимость приобретает исследование медиации как наиболее распространенного способа альтернативного разрешения споров.

Состояние исследования. Европейский опыт применения медиации является малоисследованным украинскими учеными-юристами. В Украине лишь некоторые аспекты медиации рассматриваются в редких публицистических статьях А. Белинской, О. Громова. Гораздо лучше данный вопрос освещен в России, где медиация как правовой институт закреплена на законодательном уровне. Так, медиацию исследовали такие российские правоведы, как Е. Борисова, Е. Воронина, О. Карпенюк, Г. Ристин и другие.



Целью и задачей статьи является исследование европейского опыта правового регулирования медиации. Новизна работы заключается в том, что в данной статье сделана попытка исследовать опыт правового регулирования медиации и обоснована возможность его применения в Украине.

Изложение основного материала.

В настоящее время в Украине имеются присущие всем правовым системам объективные предпосылки для развития несудебных форм разрешения гражданско-правовых споров. Это – переговоры, претензионный порядок урегулирования споров, медиация (посредничество), третейский суд.

Медиация – один из методов мирного разрешения споров, направленный на согласование позиций сторон спора при активном участии посредника (медиатора), выбранного совместно сторонами спора. Целью медиации является не определение того, кто прав, а нахождение компромиссного решения, которое станет лучшим для обеих сторон. Таким образом, медиация выходит за пределы юридической оболочки спора и находит оптимальное решение, исходя из реальных интересов сторон спора [1].

Как отмечает А.С. Карпенюк, «посредничество или медиация» представляет собой урегулирование разногласий с помощью незаинтересованного лица, именуемого посредником, который оказывает помощь сторонам в ведении переговоров и способствует достижению соглашения между ними» [2, с. 53].

А.В. Белинская понимает под этим понятием «добровольный и конфиденциальный способ разрешения конфликтной ситуации, где медиатор в ходе структурированной процедуры помогает участникам конфликта вступить в прямые переговоры с целью выработки общего решения по проблеме» [3, с. 158].

Особенностью становления медиации в Украине является то, что активно развивающаяся в хозяйственных и гражданских конфликтах, дающая высокие положительные результаты модель посредничества преопределила направленность развития в стране законодательства о внесудебном урегулировании споров с участием медиатора.

Важным шагом в создании право-

вых условий для развития института внесудебной медиации должно стать принятие специального закона «О медиации».

Стоит отметить, что законопроекты, которые вводят институт медиации в правовое поле Украины, существуют. Так, Я.П. Федорович выступил субъектом законодательной инициативы по проекту Закона «О медиации», который был зарегистрирован 26.06.2013 г. за номером 2425. А 03.07.2013 г. Верховной Радой Украины зарегистрирован последний вариант проекта Закона Украины «О медиации», внесенный народными депутатами Украины С.В. Киваловым, В.И. Развадовским и А.И. Махницким (регистрационный номер 2425-1) [4]. Законопроект представляет собой доработанный вариант проекта Закона о медиации № 10301-1 от 19.04.2012 года, который рассматривался в шестом созыве. 5 июля 2013 этот доработанный законопроект предоставлен для ознакомления. Тем не менее при работе над данным законопроектом почти не учитывался опыт правового регулирования в странах Европы.

При внедрении института медиации в украинское правовое поле целесообразно обратиться к опыту европейских стран, где этот способ альтернативного урегулирования споров применяется достаточно активно. Директива Европейского парламента и Совета Европейского Союза 2008/52/ЕС от 21 мая 2008 г. «О некоторых аспектах посредничества (медиации) в гражданских и коммерческих делах» рекомендует странам-членам ЕС необходимость разработки законодательных актов, нормативно закрепляющих и регулирующих процесс досудебного разрешения возникающих споров там, где эта правовая база еще не создана.

На сегодняшний день большинство европейских стран приняло законы о медиации. Хотя для представления общей картины следует сказать, что в некоторых странах медиация упоминается в законах опосредованно, например, говорится о примирении.

Также стоит учитывать, что в тех случаях, когда медиация регулируется в законах непосредственно, она описывается лишь в общих чертах. Это предполагает, что правовые гарантии не содержатся в формальном законе,

а если они и существуют, то во второстепенных постановлениях или в прецедентах. Кроме того, формальный закон часто не содержит информации о правовом статусе служб медиации или медиаторов.

Процедура посредничества также нормативно определена на международном уровне, – 24 июня 2002 г. Комиссией Организации Объединенных Наций по праву интернациональной торговли (ЮНСИТРАЛ) был принят типовая закон ЮНСИТРАЛ об интернациональной коммерческой согласительной процедуре.

Интересным является опыт медиации как обязательной процедуры. В данном случае перед обращением в суд стороны обязаны попытаться урегулировать спор с помощью медиативной процедуры. Такого рода медиация регламентирована законодательством многих зарубежных стран. Например, в Италии лицо, намеривающееся обратиться в суд за разрешением спора, должно прибегнуть к процедуре медиации или к процедуре примирения, предусмотренной законодательством. Таким образом, условием рассмотрения дела в судебном порядке является обращение к процедуре медиации [5, с. 19].

Похожая модель действует и в Великобритании, где процедура примирения с участием нейтрального посредника очень популярна. Здесь действует специальная служба – горячая линия, куда можно позвонить из любого конца страны, охарактеризовать конфликт, предпочтения относительно медиатора, и после этого вам предложат целый список специалистов [6]. Английские суды обязаны способствовать применению альтернативных способов разрешения споров (среди которых и медиация) в делах, когда это уместно. Обращение сторон к посреднику формально не является обязательным. Но стоит отметить, что апелляционным судом было принято несколько решений, согласно которым выигравшая в процессе судебного разбирательства сторона не получает возмещения судебных расходов, если она проигнорировала требование или рекомендацию суда обратиться к медиации. Фактически такие решения превратили судебную медиацию в обязательную процедуру, поскольку игнорирование этого метода разрешения споров может повлечь за



собой неблагоприятные правовые последствия для сторон. Таким образом, в плане обязательности процедуры Великобритании пошла на компромиссный вариант.

На добровольной основе (по ходатайству сторон или по предложению судьи) проводится судебная медиация в Словении. Вместе с тем судья на ознакомительном заседании имеет право предписать сторонам пройти медиацию. В том случае, если стороны не хотят использовать эту процедуру, то они имеют право подать апелляцию на судебное постановление, что повлечет его отмену. При этом суд разъясняет сторонам, что в сложившейся ситуации им может быть отказано в удовлетворении требования о возмещении судебных расходов. Интересно, что это может повториться и в суде апелляционной (второй) инстанции [7, 16-17].

Добровольная модель судебной медиации, на наш взгляд, является более предпочтительной, так как соответствует принципу добровольности участия в процедуре, который заключается в том, что стороны конфликта участвуют в медиации на условиях взаимного добровольного волеизъявления. Медиация является добровольным процессом, к которому прибегают, учитывая такие внешние ограничивающие факторы, как время, репутация, финансовые расходы и неуверенность относительно решения, которое может быть принято судебными органами. Любые обязательства об участии в медиации, которые возлагаются на стороны законом, могут иметь негативные последствия для самого процесса, поскольку сама суть медиации заключается в осознании сторонами проблемы и желании ее урегулировать самостоятельно, учитывая собственные интересы, а также взять на себя ответственность и за спорную ситуацию, и за ее эффективное решение. Такой процесс позволяет сторонам оказывать влияние друг на друга таким образом, чтобы находиться во взаимовыгодных отношениях и затем контролировать свои убытки. Это способствует принятию ответственности за свои решения самой стороной, что, в свою очередь, гарантирует дальнейшее их выполнения.

В случае добровольной судебной медиации судья может назначить третье лицо (посредника) для заслушива-

ния мнений сторон, выяснения их взаимных претензий с целью урегулирования разногласий между ними только после получения согласия сторон. Стороны, являясь «хозяевами процесса», сами должны решить, использовать ли им предоставленное процессуальным законом право на урегулирование конфликта посредством медиации или нет. Никаких неблагоприятных последствий для сторон отказ от процедуры посредничества за собой не влечет. В любой момент процедура посредничества может быть прекращена сторонами, если они, например, утратили доверие друг к другу. После этого можно продолжить рассматривать спор в суде. Это также выбор сторон, который они вправе осуществить, обратившись с соответствующим ходатайством к судье. Именно такая модель предусмотрена, например, во Франции.

Этот опыт может быть полезным и для Украины, поскольку направление добровольной судебной медиации важно не только для повышения эффективности судебного разбирательства, но и для самой медиации, так как это сделает ее более популярной. В Украине, как и во многих других странах континентального права, сильны позиции суда, традиционного (судебного) способа разрешения правовых конфликтов. В таком случае суды могут оказывать необходимую помощь для распространения идеи медиации посредством обращения к процедуре добровольной судебной медиации, а также судебного контроля над ее прохождением.

Похожая модель судебной медиации действует в Финляндии, где законодательство о посредничестве предоставляет сторонам право возбудить процедуру посредничества как при обращении в суд, так и в ходе судебного разбирательства, а также в апелляционном производстве. Стороны, в зависимости от стадии процесса, обращаются с просьбой о проведении медиативной процедуры, подавая ходатайство, излагая просьбу в исковом заявлении, апелляционной жалобе.

В Германии медиация гармонично встроена в систему правосудия, где посредники работают прямо при судах. Такая модель значительно снижает количество потенциальных судебных тяжб, чем экономится значительные финансовые ресурсы. Сегодня медиа-

ция интегрирована в немецкие суды не только по семейным делам, но и в суды общей юрисдикции, административные суды и т.д.

И все же стоит отметить, что профессия «медиатор» имеет формальное признание как отдельная профессия не во всех странах. Возможно, Австрия – одна из немногих стран мира, где профессия медиатор внесена в номенклатуру профессий [6]. Мы считаем, что австрийский опыт целесообразно применить и в Украине, обозначив досудебное урегулирование споров (медиацию) как один из видов профессиональной деятельности, что позволит медиатору заниматься указанным видом деятельности в упрощенном порядке и нести ответственность в соответствии с законодательством Украины, предусмотренную для субъектов профессиональной деятельности.

Стоит отметить, что австрийский федеральный закон о медиации, принятый в 2004 году, достаточно детально регулирует также и подготовку медиаторов. Интересный факт: в австрийском законодательстве предусматривается, что соглашение по результатам медиации, проводимой в связи с имеющимся судебным производством, может быть признано судом, в то время как результат досудебной медиации судебной защиты не получает [6].

Интересным представляется и опыт Венгрии, если стороны достигли соглашения в рамках медиации и утвердили его в порядке, предусмотренном для рассмотрения третейскими судами (арбитражем), такое соглашение приобретает силу третейского решения (арбитража) и подлежит исполнению в соответствующем порядке [8, с. 65].

Имеющийся европейский опыт использования медиации важно правильно проанализировать, учесть все преимущества и недостатки законодательного регулирования, практики применения. На основе этого сформировать основные подходы к развитию отечественной законодательной базы, о необходимости которой говорят много доводов. Первый из них – исключительно правового характера. О пользе законодательной базы для медиации говорит принцип законности, который, в разной степени, является центральным в праве большинства европейских стран.



Второй аргумент в пользу законодательства заключается в том, что оно будет содействовать урегулированию споров путем проведения примирительных процедур, направленных на достижение соглашения между сторонами и способствующих улучшению инвестиционной привлекательности, гармонизации социальных отношений и формированию этики делового оборота.

Также правительство получит законодательную базу, на основании которой можно будет финансировать и субсидировать программы, которые могут осуществляться неправительственными организациями.

Ещё один аргумент в пользу законодательства касается необходимости правовой защиты. Отсутствие законодательной базы сдерживает развитие медиации в конфликтах потому, фактически отсутствует возможность принудительного исполнения договоренностей, которые были достигнуты во время медиации. Закон о медиации установил бы процедуры судебного контроля для оценки процесса медиации и его результата в свете неких правовых принципов.

Выводы. В контексте исследуемой проблематики следует отметить, что в странах Европы развитие медиации происходит посредством законодательного регулирования, которое становится четко регламентированным, посредством судебного одобрения и проверки соблюдения досудебных способов урегулирования споров, а также посредством деятельности центров примирительных процедур. С помощью медиации споры, как показывает практика европейских стран, решаются эффективно и быстро, поскольку такая процедура предусматривает минимум формальных факторов и происходит по взаимоприемлемым для сторон правилам, устанавливаемым физическими и юридическими лицами, предоставляющими услуги по медиации.

При внедрении института медиации в правовое поле Украины необходимо учитывать европейский практический опыт применения этого института в целях избежать установление требований, которые препятствовали бы проведению медиативных практик. Необходимо найти равновесие, с одной стороны, между законом, предоставляющим полномочия, который уста-

навливает медиацию без установления предписаний, предоставляет относительную свободу действий для служб, предоставляющих услуги медиации и предоставляет развитие медиации этим службам, и, с другой стороны, принудительным законом, который устанавливает обязанности для деятельности должностным лицам. Принимая во внимание различные подходы к медиации в зарубежных государствах, законодательство не должно и не может регулировать медиацию в деталях, поскольку она имеет менее официальный характер. Детали по медиативному процессу должны устанавливаться в формальных директивах, поскольку в них легче внести изменения и дополнения в свете накопленного опыта, чем в формальные законы. При этом очень важно, чтобы лица, составляющие законы и директивы консультировались с практиками и теоретиками, которые обладают глубоким пониманием медиативного процесса, или с национальными или международными организациями, которые применяют медиацию.

Список использованной литературы:

1. Громовий О. Медіація в Україні: переможе чи програє? [Електронний ресурс] / Юридичний журнал. – 2010. – № 1. – Режим доступа : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3399>.
2. Карпенюк О.С. Правовое регулирование посредничества при разрешении внешнеэкономических споров : дисс. ...канд. юрид. наук. Москва, 2008. – 189 с.
3. Белінська О.В. Медіація – альтернативне вирішення спорів / О.В. Белінська // Вісник Вищої ради юстиції. – №1 (5). – 2011. – С. 158–173.
4. Проект Закону України «Про медіацію» від 03.07.2013 № 2425а-1 [Електронний ресурс] / Режим доступа : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47710.
5. Борисова Е.А. Российская процедура медиации: концепция развития / Е.А. Борисова // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. – 2011. – № 5. – С. 18–30.
6. Медиация в мире [Электронный ресурс] / Центр медиации и права. – Режим доступа : <http://www.mediacion.com/medworld.htm>.

7. Ристин Г. Еще не все решено... Альтернативное разрешение споров на уровне апелляций / Г. Ристин // Медиация и право. – 2010. – № 4. – С. 16–17.

8. Воронова Е.Н., Кульбеч А.И., Попельных С.Н. Вопросы досудебного урегулирования споров / Вестник Екатеринбургского института. – № 3 (23). – 2013. – С. 63–66.



НАУЧНАЯ МЫСЛЬ XIX ВЕКА О ПРИЧИНАХ ЖЕНСКОЙ НАСИЛЬСТВЕННОЙ ПРЕСТУПНОСТИ

Татьяна МЕЛЬНИКОВА,

ассистент кафедры уголовного права и криминалистики
Черновицкого национального университета имени Юрия Федьковича

Summary

An attempt is made to analyze the scientific thought of the nineteenth century on the causes of female violent criminality. The author studies research the scientific views representatives demonological, anthropological, sociological approach to explaining the causes of female violent criminality, that dominated the nineteenth century. Justified reasons for a lesser level criminality female compared with criminality men. Found that in the nineteenth century was dominated anthropological approach explanation of the above issues. Concludes geography dominance demonological, anthropological, sociological approach to explaining the causes of female violent criminality.

Key words: crime, female violent criminality, cause, demonological approach, anthropological approach, sociological approach.

Аннотация

Сделана попытка проанализировать научную мысль XIX века о причинах женской насильственной преступности. Автором исследуются взгляды представителей демонологического, антропологического и социологического направлений к объяснению причин женской насильственной преступности, доминировавших в XIX веке. Обоснованы причины меньшей по уровню преступности женщин в сравнении с преступностью мужчин в XIX веке. Установлено, что в XIX веке доминировало антропологическое направление объяснения причин вышеуказанной проблематики. Также автором делается вывод о географии доминирования демонологического, антропологического и социологического направлений в объяснении причин женской насильственной преступности.

Ключевые слова: преступление, женская насильственная преступность, причина, демонологическое направление, антропологическое направление, социологическое направление.

Постановка проблемы. Исследуя причины женской преступности, необходимо исследовать развитие научной мысли о причинах женской насильственной преступности. В связи с этим возникает необходимость в анализе этапов такого развития, одним из которых является XIX век, поскольку исследования, проводившиеся на данном историческом этапе, являются основой для анализа причин женской насильственной преступности в последующих веках.

Актуальность темы исследования. В XIX веке рядом ученых была высказана мысль о причинах женской насильственной преступности. Однако комплексного исследования научной мысли XIX века о причинах женской насильственной преступности не проводилось. В связи с этим считаем, что существует необходимость в проведении такого исследования.

Состояние исследования. Данную проблему рассматривали такие ученые, как С.В. Бородаевский, Н. Зеланд, А. Кетле (Lambert-Adolph-Jacque Quetelet), А.В. Кони, А.В. Кузьмин, А.А. Левенстим, Ч. Ломброзо (Cesare Lombroso), Б.Н. Миронов, Я. Орович, Н.В. Рейнгардт, П.Н. Тарновская, Э. Ферри (Enrico Ferri), Г. Ферреро (Guglielmo Ferrero) и другие.

Целью и задачей статьи является необходимость подвергнуть комплексному анализу научные мысли ученых XIX века о причинах женской насильственной преступности.

Изложение основного материала. Исследуя женскую преступность, необходимо отметить, что ученые в начале XIX века не уделяли должного внимания ее причинам. Исследователи пытались объяснить только причины меньшей по уровню преступности женщин по сравнению с преступностью мужчин. К примеру, Я. Орович отметил, что женская преступность отображалась в разных странах в следующих процентных отношениях: во Франции по данным за 1826-1880 гг. среди подсудимых за тяжкие преступления женщины составляли от 16% до 18%, в Англии и Уэльсе за период с 1870-1879 гг. на 100 осужденных женщин приходилось 21,2% [10, с. 105].

По мнению Г. Тарда (G. Tarde), женщины проявляют поразительное сходство с врожденными преступницами, что не мешает им быть в четыре раза меньше склонными к преступлениям, чем мужчины и в четыре раза больше склонными к добру [16, с. 48]. Как утверждал Г. Тард, женщина принимала участие в совершении преступлений меньше мужчин. Однако Ч. Ломброзо

(C. Lombroso) не соглашался с этим, поскольку считал, что по своему анатомическому строению женщина отличается от мужчины большей преступностью. Ч. Ломброзо и его последователи обратились к изучению проституток и выяснили, что проститутка обладает теми же преступными качествами, которыми наделена преступница. Необходимо отметить, что с проституцией тесно связана преступность, поскольку довольно часто между проститутками распространен такой вид преступления, как кража и соучастие в ней [6, с. 71]. Как утверждал Ч. Ломброзо, у них прослеживалось полное отсутствие материнских чувств, что ставило их на одну линию с врожденными преступницами [6, с. 68]. Причиной данного утверждения было то, что проститутки убивали своих детей или из-за боязни быть брошенными своими мужьями, или чтобы быть свободными для своих любовных приключений.

Н. Зеланд объясняет меньшую по уровню преступность женщин, исходя из теории нравственности. Автор в своей работе «Женская преступность» (1899 г.) отметил: «... женщина по своей природе более нравственна, чем мужчина ... сравнение душевных качеств полов прямо подтверждает необходимость меньшей преступ-



ности женщин, и если бы последней не было, это оставалось бы большой психологической загадкой» [2, с. 112]. Необходимо отметить, что Н. Зеланд во многом прав, указывая на большую степень нравственности женщины по сравнению с мужчиной, но автор игнорировал то обстоятельство, что даже на высоконравственную женщину влияет ряд факторов и, прежде всего, социальные и психологические условия становления и развития личности. Необходимо отметить, что при неблагоприятном стечении вышеупомянутых обстоятельств психологический профиль личности может быть заметно деформирован.

Как отмечал Н.В. Рейнгардт, в нравственном падении женщины главную роль играет мужчина, «но зато ... сбита с пути одним, женщина может сбить затем легионы». Считая мужчин виновниками большинства женских преступлений, автор признавал и существование женщин-преступниц «самих по себе» [12, с. 5-23].

Весомый вклад в развитие криминологической мысли внес бельгийский ученый А. Кетле (А. Quetelet). В 1835 году он опубликовал свою работу под названием «Человек и развитие его способностей или опыт общественной физики». А. Кетле, рассматривая причины совершения преступлений, констатировал, что влечение к совершению преступлений находится в зависимости от возраста, пола человека, его профессии, степени образования, времени года и прочего [3, с. 7-8]. Автор объяснял причины женской насильственной преступности не особенностями женской психики или особенностями физиологии. Он считал, что своей уголовной активности женщины обязаны своей отрешенностью от общественной жизни, ограниченностью в кругу семьи и тяжестью семейных обязанностей. Немецкий ученый Ф.А. Бель (F.A. Vebel), поддерживая мнение А. Кетле, констатировал, что женщина через всю свою жизнь пронесет унижение и замкнутость в кругу домашних обязанностей. Она сделалась рабыней раньше, чем появилось рабство [15, с. 9]. Также Н. Зеланд утверждал, что «жизнь, именно женщины в замкнутом и однообразном ограниченном кругу лиц, в отдельных случаях может привести к преступлению быстрее, чем

жизнь разнообразна» [2, с. 56]. Отсюда следует, что авторы усматривали причины женской насильственной преступности именно в отчужденности от общества и однообразности их жизни.

В XIX веке криминологи выделяли целый ряд преступлений, которые можно назвать в основном «женскими». В их число входили детоубийство, убийство мужа, поджоги – все они, в первую очередь, отражали зависимое и неравноправное положение женщины в обществе. Такие преступления как разбой, грабеж, внесемейные убийства были почти полностью «мужскими».

Криминолог Я. Орович, исследуя причины женской насильственной преступности, в своей работе «Женщина в праве. С приложением всех постановлений действующего законодательства, относящихся к лицам женского пола» (1895 г.), отметил, что «причина детоубийств заключается не в физиологических особенностях женщины, а в чем-то ином, а именно в невыгодных условиях ее общественного положения, в условиях, при которых вся вина незаконной половой жизни падает на женщину. Нет сомнения, что к детоубийству побуждает женщину главным образом стыд и страх общественного мнения, и поэтому, пока не изменятся условия, порождающие этот стыд и страх, детоубийство будет оставаться в ряде женских преступлений на одном из первых мест» [10, с. 115].

С.В. Бородаевский в своей работе «Незаконнорожденные в крестьянской среде» отметил, что довольно часто «жертвами» женщин становились незаконнорожденные дети. Боязнь общественного мнения в подавляющем большинстве случаев доминировала при осуществлении женщинами детоубийства. Известно, что в крестьянской среде женщина, родившая ребенка не в браке, подвергалась осуждению, а ребенок впоследствии подвергался гонению и не воспринимался на одном уровне с детьми, рожденными в браке [1, с. 238-241]. Отсюда вывод: авторы считали причиной преступления женщин враждебность окружающих и страх перед осуждением их со стороны общества.

Исследуя историю России периода империи, Б.Н. Миронов констатировал, что в период Российской империи женщина, убивая ребенка, считала, что та-

ким образом избавит его от страданий [8, с. 204]. Подобная причина убийства детей была очень распространена в неурожайные годы, когда население многих сел страдало от голода. Главной причиной избавиться от ребенка для женщин было отсутствие материальных средств к существованию.

Если говорить об убийстве мужа, то Я. Орович утверждал, что в XIX веке девушек отдавали замуж без их согласия, даже насильно, во многих семьях встречалось жестокое обращение мужа с женой. Желая избавиться от жестокого и нелюбимого мужа, женщины часто совершали убийство. Однако для совершения этого преступления женщины прибегали к отравлению, которое может считаться способом совершения убийства, что указывает на значение физиологических и психических особенностей женского организма [10, с. 116]. Автор книги делает вывод, что способность женщины осознанно взвесить все мотивы совершения преступлений были ослаблены, поскольку ею руководила страсть, увлечение, порыв, и за счет этого женщина совершала тяжкие преступления. Отсюда следует, что, по мнению автора книги, женщиной руководили эмоции, которые объяснялись особенностями женской психики в сочетании с психическими отклонениями.

Как утверждал А.В. Кузьмин, в некоторых крестьянских семьях женщины находились не в положении жен и невесток, а скорее в виде собственности, подвергаясь иногда жестоким наказаниям [4, с. 117]. Также А.И. Новиков констатировал, что жизнь в кругу родных людей для некоторых женщин была переполнена страданием, болью, страхом и превращалась в ежедневные пытки. «Нигде вы не увидите такого царства насилия, как в крестьянской семье» [9, с. 10]. Отсюда вывод, что очень часто, чтобы положить конец подобному существованию, женщины прибегали к крайним мерам. В таких случаях преступность женщин подпитывалась такими эмоциональными реакциями, как ненависть, гнев, ревность.

Необходимо отметить, что в XIX веке приобрела свою популярность работа А.А. Левенстима «Суеверие в его отношении к уголовному праву». Ученый занимался исследованием преступлений с точки зрения суеверия. Раздел



III своего труда А.А. Левенстим посвятил исследованию убийства уродов. Он отметил, что у германских, славянских, кельтских народов существовало суеверие, что карлики, живущие под землей, похищают новорожденных детей и заменяют их своими порождениями, уродами. Это суеверие заставляло родителей относиться к своим детям-уродам с чудовищной жестокостью. Урода били можжевеловым прутом, чтобы заставить духа отдать настоящего ребенка и при этом говорили известные заговоры. После этого выбрасывали ребенка из окна на навозную кучу, а иногда сажали в кипяток [5, с. 171]. Необходимо отметить, что если раньше мы говорили о том, что детоубийство является исключительно женским преступлением, то, анализируя работу А.А. Левенстима, мы можем говорить о научном исследовании совершения преступлений женщиной в соучастии. Из вышесказанного следует, что родители убивали своих новорожденных детей потому, что считали их порождением нечистой силы.

А.А. Левенстим констатировал, что суеверие было распространено среди различных народностей. К примеру, в Нью-Йорке в 1877 году родители-ирландцы сожгли своего ребенка, которого они считали подкидышем. Как утверждал А.А. Левенстим, вера в похищения злыми духами новорожденных детей существовала и в Пруссии. В 1850 году в селе Леблау (западная Пруссия) женщина на улице пыталась мальчика. Единственная вина ребенка заключалась в том, что у него была большая голова, вследствие чего родная мать считала его подкидышем [5, с. 172]. Следовательно, можно утверждать, что суеверие о том, что увечье является делом нечистой силы, было распространено среди самых разных народов. Основной причиной убийства было то, что как женщина, так и мужчина верили в то, что их ребенок – подкидыш. Отсюда можно сделать вывод, что они подвергались воздействию суеверия и вследствие этого совершали преступления, а именно детоубийство.

В XIX веке также возникает антропологическое направление изучения причин женской насильственной преступности, основоположником которого является Ч. Ломброзо. В 1889 году вышла в свет его работа «Женщина-

преступница и проститутка», в которой он пытался объяснить причины совершения преступлений женщинами. Ч. Ломброзо объяснял, что причины преступного поведения женщин кроются в особенностях анатомического и физиологического строения женского организма. Женщины, по его мнению, биологически несовершенно и поэтому находятся на нижней степени развития по сравнению с мужчинами. Исследуя женщин-преступниц, автор указывал, что они на одном уровне с недостаточно развитым главным мозгом обладают чрезвычайно высокой чувствительностью, а также несовершенно психологическим функционированием организма [7, с. 67].

Так, рассматривая женщин-преступниц, Ч. Ломброзо и Г. Ферреро (G. Ferrero) утверждали, что у врожденных преступниц основной причиной преступлений является месть, которая выражается несоответствующей реакцией на малейшее раздражение. Как утверждали Ч. Ломброзо и Г. Ферреро, преступницы, подобно детям, болезненно чувствительны ко всякому роду замечаниям. Они чрезвычайно легко поддаются чувству ненависти, и наименьшие препятствия или неудача в жизни возбуждают в них ярость, что толкает их на путь преступления. Всякое разочарование озлобляет их против причины, вызвавшей его, и каждое неудовлетворенное желание вселяет им ненависть к окружающим даже в том случае, когда придраться не к чему [6, с. 146-147]. Ч. Ломброзо и Г. Ферреро выясняли, что у женщины много общего с ребенком: она обладает слабо развитым нравственным чувством, ревнива, злопамятна и выражает свою месть в рафинированной, жестокой форме – все это недостатки, которые у нормальной женщины более или менее уравниваются и нейтрализуются чувством сострадания, материнством, физической слабостью [6, с. 141].

Что касается женщин-преступниц по страсти, то Ч. Ломброзо и Г. Ферреро отмечали, что они приближались то к врожденным, то к случайным преступницам: обдуманность намерений и моральная испорченность играли в их преступлениях значительно большую роль, чем у мужчин. Чаще женщин к преступлению побуждала любовная страсть. Ч. Ломброзо и Г. Ферреро ут-

верждали, что причины очень многих преступлений скрывались в вероломстве и предательстве со стороны любовников после клятвенных обещаний вечно любить. Например, «Jamais, когда осталась без работы, и муж не мог больше ее эксплуатировать и обманул с ее подругой, простила их, узнав об этой измене. Однако связь мужа и ее подруги продолжалась. К этим мотивам присоединилось еще несправедливое презрение к покинутой женщине со стороны общества. Строгость родителей и презрение окружающих еще больше усугубляли страдание женщины. Подобное положение было мощным мотивом преступления для большинства детоубийц, у которых до определенной степени это связано с потребностью мстить вероломному отцу за его измену смертью ребенка» [6, с. 198-200]. Итак, можно сделать вывод, что, по мнению Ч. Ломброзо и Г. Ферреро, преступление порождалось общественным мнением и было восстановлением утраченного достоинства женщины. Во многих случаях преступление было реакцией на очень плохое отношение и унижение, которому подвергалась женщина.

Случайные преступницы, по мнению Ч. Ломброзо и Г. Ферреро, совершали преступления против жизни и здоровья окружающих под влиянием внушения. Очень часто женщина совершала преступление помимо своего желания, благодаря внушению со стороны любовника или кого-нибудь из окружающих, как, например, отца, брата. Нужно отметить, что внушение преступления почти всегда исходило от любовника: половое влечение и доверие любимому мужчине делали ее особенно доступной подобному внушению. В некоторых случаях они были абсолютно подчинены воле своих любовников, которые неограниченно распоряжались их судьбами [6, с. 180]. Итак, причиной совершения преступлений было внушение со стороны мужчины для достижения поставленной цели.

Э. Ферри (E. Ferri), ученик Ломброзо, в своей работе «Преступные типы в искусстве и литературе» высказывал солидарное со своим учителем мнение по поводу повышенного преступного потенциала женщин, а также неполноценности их биологического и психического развития. По мнению авто-



ра, причиной преступления является выполнение женщиной материнских функций, самоотдача по отношению к детям. Эти факторы забирают на себя большую часть эмоциональных и физических сил, что приводит к отставанию в развитии психики и биологическом развитии [14, с. 47-49].

Взгляды Ч. Ломброзо на причины женской насильственной преступности разделяла и П.Н. Тарновская. Однако нужно признать, что она не отвергала влияние социальных факторов на причины женской преступности. В своем докладе «О женской преступности» П.Н. Тарновская пыталась доказать, что женщины-преступницы и проститутки отличаются анатомически от честных женщин. С этой целью она провела специальные статистико-анатомические исследования более 140 проституток, 220 воровок и 160 убийц, вывела многочисленные средние и относительные показатели (средний рост, вес, средние размеры нижней и верхней челюсти, черепа, зубов, лба), сравнила их с такими же показателями антропометрического характера, полученного путем обследования честных женщин. К примеру, она установила, что средний рост честных женщин на 1,5 см меньше роста преступниц, а размеры нижней челюсти проститутки на 1,5 мм больше челюсти добропорядочной женщины, причем у преступниц и проституток видно «явные признаки вырождения»: аномалии черепа – 26%, чрезмерное развитие затылочного бугра – 34%; асимметрия лица – 59%. На основании исследованной статистики П.Н. Тарновская утверждала, что «преступнице присущи анатомические и функциональные особенности, отличающие ее от женщины нормальной ... Эти особенности и ненормальности несравненно резче выступают везде у проституток, чем у преступниц» [13, с. 13]. Таким образом, с помощью статистики автор утверждала, что женщины-преступницы отличались от честных женщин анатомическими особенностями. Автор отмечала, что сделанные ею наблюдения во многом совпадали с исследованиями Ч. Ломброзо и поэтому констатировала, что проведенные ею исследования над людьми другой расы и других социальных условий доказывают, насколько верны и точные методы наблюдения, которыми пользуется антропология.

И.Г. Оршанский в своем докладе «Наши преступники и учение Ломброзо: Медико-психологический очерк», пришел к выводу: «Надо раз и навсегда осознать, что не столько плохие люди совершают преступления, сколько плохие условия жизни превращают массу слабохарактерного темного люда в преступников ... Чтобы бороться успешно с преступлением, необходимо изменить условия, порождающие преступления» [11, с. 19-20]. Отсюда следует, что автор объяснял причины преступности, в том числе и причины женской насильственной преступности, социальным положением и социальной ролью женщины в обществе.

Итак, учитывая вышесказанное, по результатам проведенного исследования научной мысли XIX века о причинах женской насильственной преступности, попробуем сделать следующие выводы. В XIX веке обрели свое распространение демонологическое, антропологическое и социологическое направления объяснения причин женской насильственной преступности. Демонологическое направление развивалось в работе А.А. Левенстима; антропологическое направление развивалось в работах Ч. Ломброзо, Я. Оровича, П.Н. Тарновской, Э. Ферри, Г. Ферреро; социологическое направление развивалось в работах Ф.А. Бебеля, Н. Зеленда, А. Кетле, Б.Н. Миронова, Я. Оровича, И.Г. Оршанского, П.Н. Тарновской. Необходимо отметить, что в XIX веке доминировало антропологическое направление объяснения причин совершения женщинами преступлений. Также, исследовав научные мысли ученых XIX века о вышеуказанной проблематике, следует отметить, что социологическое и частично антропологическое направления объяснения причин женской преступности доминировали в России. В этот же период во Франции доминировало социологическое направление, а в Италии – антропологическое направление объяснения причин женской насильственной преступности. По нашему мнению, можно сделать вывод, что сделанный нами комплексный анализ научной мысли XIX века о причинах женской насильственной преступности является основой для исследования вышеуказанной проблематики в XX и XXI веках.

Список использованной литературы:

1. Бородаевский С.В. Незаконно-рожденные в крестьянской среде // Русское богатство. 1898. – № 10. – С. 233–251.
2. Зеланд Н. Женская преступность. – СПб.: Издательство А.А. Пороховщикова, 1899. – 140 с.
3. Кетле А. Человек и развитие его способностей или опыт общественной физики. – СПб.: Питер, 1865. – 331 с.
4. Кузьмин А.В. Крестьянская семья второй половины XIX – начала XX вв. в оценке писателей-современников // Вестник ТГУ. Вып. 1 (45). Тамбов, 2007. – С. 117–119.
5. Левенстим А.А. Суеверие в его отношении к уголовному праву // Журнал министерства юстиции. Год третий. №1. Январь 1897. – С. 157–219.
6. Ломброзо Ч., Ферреро Г. Женщина-преступница и проститутка. / Предисл. В. Чудновского. – Ставрополь: Издательство А.А. Торбы, 1991. – 224 с.
7. Ломброзо Ч., Ферри Э. Женщина-преступница и проститутка. Киев, 1902. – 190 с.
8. Миронов Б.Н. Социальная история России периода империи (XVIII – начало XX вв.). Генезис личности демократической семьи, гражданского общества и правового государства. В 2-х т. Т. 1. – СПб., 2003. – 548 с.
9. Новиков А.И. Записки земского начальника. – СПб.: тип. М.М. Стасюлевича, 1899. – 246 с.
10. Орович Я. Женщина в праве. С приложением всех постановлений действующего законодательства, относящихся к лицам женского пола / Я. Орович. – С.-Пб.: Изд. Я. Канторовича, 1895. – 330 с.
11. Оршанский И.Г. Наши преступники и учение Ломброзо: Медико-психологический очерк: (Доклад, читанный на съезде естествоиспытателей и врачей в январе 1890 года в С.-Петербурге). / [Соч.] Прив.-доц. Харьковск. ун-та И.Г. Оршанского. – С.-Петербург: Тип. Э. Арнольда, 1891. – 20 с.
12. Рейнгардт Н.В. Женщина перед судом уголовным и перед судом историческим. – СПб., 1891. – 120 с.
13. Тарновская П.Н. Новые работы по криминальной антропологии (Доклад I секции русского общества охранения народного здоровья 27 декабря 1891). – СПб.: Тип. Дома призрения малолет. бедных, 1892. – 27 с.
14. Ферри Э. Преступные типы в искусстве и литературе. СПб.: тип. В.Я. Мильштейна, 1908. – 176 с.
15. Bebel F.A. (1891). La femme dans le passe, le present et l'avenir. Paris: Traduit par Rave, 345 p.
16. Tarde G. (1886). La criminalité comparée. Paris: F. Alcan, 211 p.



ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ, ОБЕСПЕЧЕНИЯ И РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ ДЕТЕЙ С ОСОБЫМИ ПОТРЕБНОСТЯМИ В УКРАИНЕ

Виталина НАГОРНАЯ,

аспирант Института права и общественных отношений
Высшего научного учреждения Университета «Украина»

Summary

The article is about theoretical and legal questions of determination of conceptions «child with special needs» «the rights of children with special needs», their classification and types security, guarantees and practical problems of realization these rights by this subject taking into account his special needs and possibilities. Development of law state is not possible without protecting the rights of children with special needs and the effective development of existing national legislation, including the implementation to norms of international standards. Factors are determined that existence problems of realization separate rights for a child with limit possibilities, in particular the implementation of the right of health and right socially provision in Ukraine. The ways of decision main problems with the theoretical and practical motives are offered.

Key words: child with special needs, rights of children with disabilities types of the rights, guarantees, mechanism of realization the rights.

Аннотация

Статья посвящена теоретико-правовым вопросам определения понятий «ребенок с особыми потребностями», «права ребенка с особыми потребностями», их разделения на виды, обеспечения, гарантий и практическим проблемам реализации этих прав данным субъектом с учетом его особенных потребностей и возможностей. Развитие правового государства невозможно без защиты прав детей с особыми потребностями и эффективного развития действующего национального законодательства, в том числе имплементации норм к международным стандартам. Определены факторы, обуславливающие существование проблем реализации отдельных прав ребенком с ограниченными возможностями, в частности при реализации права на охрану здоровья и права социального обеспечения в Украине. Предложены пути решения выявленных проблем теоретических и практических побуждений.

Ключевые слова: ребенок с особыми потребностями, права ребенка с особыми потребностями, виды прав, гарантии, механизм реализации прав.

Постановка проблемы. Обеспечение, защита и реализация прав детей является одним из основных приоритетных задач каждого государства, актуальной и глобальной проблемой современного общественного развития и государственного строительства. Вместе с тем в особой заботе со стороны государства, как отмечается в Конвенции о правах ребенка, нуждаются дети с особыми потребностями, количество которых с каждым годом постоянно растет. Среди 680 млн. людей с особыми потребностями во всем мире более 100 млн. составляют дети [1]. Их количество в Украине на 1 января 2013 года составило в 167059 человек, или 2,0% от всего детского населения. По сравнению с прошлым годом общая численность детей-инвалидов увеличилось на 0,5%. Показатель инвалидности на 10000 детей за последние 3 года вырос на 4,0%, что обусловлено внедрением в соответствии с рекомендациями ВОЗ с 1 января 2007 года порядка регистрации случаев рождения и смертности [2]. Выделение детей с особыми потребностями в отдельную самостоятельную группу жизненно не-

обходимо в связи с их беззащитностью, трудностями социальной адаптации в обществе, несмотря на особые условия, в которых происходит формирование их личности.

В литературе права ребенка, в том числе с ограниченными возможностями, не были объектом внимания ученых-юристов. В настоящее время на теоретическом уровне практически не исследованы история становления прав детей с особыми потребностями, не определены четко их виды, перечень, не проведена классификация прав. В связи с отсутствием конкретизации в правовом статусе детей с особыми потребностями, как субъектов правоотношений, до сих пор существуют проблемы с реализацией основных их прав, отсутствуют кодифицированные нормативно-правовые акты по защите и обеспечению прав детей с особыми потребностями на национальном уровне. На данное время не внедрены в полном объеме в действующее законодательство нормы международных актов, способствующие соответствующей регламентации и обеспечению прав детей. Поэтому освещение вопросов от-

носительно определения понятия, основных видов и гарантий защиты прав детей с особыми потребностями требует научного обоснования, что и стало основанием избрания и исследования одной из основных проблем современности – обеспечения и реализации прав несовершеннолетних граждан, имеющих по состоянию здоровья особые потребности и возможности.

Цель статьи. Целью данной статьи является осуществление комплексного научного анализа теоретического содержания определения понятия «права детей с особыми потребностями», их видов и места в системе прав человека, а также проблем реализации, защиты и охраны их прав, а также внесения предложений относительно путей их совершенствования.

Методы и использованные материалы. Методами исследования данной тематики послужили следующие методы: исторический, сравнительный, систематический. Способствовать достижению поставленной цели будут научные труды ученых, которые уже посвящали свои работы отдельным аспектам существующей



проблемы (права детей, права детей с особыми потребностями на медицинскую помощь, социальное обеспечение, права глухонемых, права людей с особыми потребностями), в частности: В. Абрамова, Е. Азарова, Н. Крестовской, А. Львова, Н. Малофеева, Т. Матюшева, В. Маринец, А. Мурашина, Н. Онищенко, Н. Опольской, Н. Полис, А. Пронина, А. Скакуна, С. Сунегина, Ю. Суркина, В. Тарасенко, А. Шинкаревой и др.

Изложение основного материала.

Проблема создания эффективно действующего правового механизма обеспечения детям с особыми потребностями равных с другими гражданами прав значительно актуализируется на современном этапе развития украинского общества. В нашем государстве, как и в других странах, маленькие граждане имеют права, которые в соответствии с Конституцией Украины уполномоченные государственные органы обязаны выполнять, независимо от их физических, психических возможностей. Поэтому проблемы определения прав детей с особыми потребностями, их видов, гарантий защиты и реализации являются актуальными в современной правовой науке.

В эволюции отношения общества и государства к людям с физическими недостатками Н.Н. Малофеев выделяет пять этапов: первый этап – от агрессии и нетерпимости к признанию необходимости заботы о детях с отклонениями в развитии (открытие в Баварии первого приюта для незрячих детей в 1798, и 1706-1715 годах – создание первых монастырских приютов и в России). Второй этап – от признания необходимости заботы о детях с отклонениями в развитии к признанию возможности обучения хотя бы части из них (в 1770 г. в Париже открыты специальные школы для глухонемых; в 1784 г. открыта школа для незрячих детей). Третий этап – от признания возможности обучения к признанию целесообразности обучения трех категорий детей: с нарушениями слуха, зрения и умственно отсталых. Четвертый этап – от признания необходимости обучения части атипичных детей к пониманию необходимости обучения всех атипичных детей. Пятый этап – от изоляции к интеграции, характеризуется сокращением количества специальных школ и резким увеличением количества

специальных классов в общеобразовательных школах, реорганизацией взаимодействия структур общего и социального образования, ориентацией последней на подготовку детей с отклонениями в развитии в качестве полноценных граждан местного сообщества, к которому они относятся [3, с. 25]. Отдельных исследований по правам детей с особыми потребностями и механизма обеспечения их прав в юридической науке в последнее время не наблюдается. Представители медицины и педагогики проблему рассматривали инвалидность исключительно как медицинскую и социальную. С правовой точки зрения данная проблема привлекла внимание к себе в последнее десятилетие в части освещения только отдельных вопросов обеспечения прав человека с особыми потребностями, в том числе незначительное внимание уделено правам детей с особыми потребностями.

Согласно статистическим данным Министерства здравоохранения (МОЗ) Украины показатель детской инвалидности в Украине имеет устойчивую тенденцию к росту. Уровень общей инвалидности детей больше чем за 10-летний период увеличился более чем на 98% (в 2002 г. – 163,9; в 2008 г. – 199,6; в 2010 г. – 204,3; в 2011 г. – 207, 6 на 10 000 детей) [4]. По данным Европейской академии детской инвалидности в любой стране мира 2-3% всех детей – это дети-инвалиды, еще 10-20% – дети, имеющие ограниченные возможности здоровья – отклонения в неврологическом здоровье (невнимательность, плохая успеваемость, нарушения поведения, головная боль, заикание, энурез, различные тики) и подлежат постоянному медико-педагогическому сопровождению [5].

Ребенок с особыми потребностями в любом обществе и государстве, в том числе и в Украине, выступает субъектом права, имеет особый правовой статус и, соответственно, требует должного внимания государства и его органов как самостоятельный субъект определенных правоотношений. Поэтому мы поддерживаем позицию В.С. Тарасенко, которая в своих исследованиях отметила, что неуместно называть таких лиц инвалидами, слепыми, глухими, с умственной отсталостью, – это люди с особыми потребностями [6]. Мы поддерживаем такое мнение гуманного

отношения к данной категории лиц и, соответственно, считаем допустимым определение их как «людей с определенными особыми потребностями», «детей с определенными особыми потребностями».

Действующее законодательство не содержит единого понятия «ребенок-инвалид». В частности, таким ребенком считается «ребенок со стойким расстройством функций организма, обусловленным заболеванием, травмой или врожденными недостатками умственного или физического развития, объясняющими ограничение его нормальной жизнедеятельности и необходимость дополнительной социальной помощи и защиты» [7], то есть «лицо в возрасте до 18 лет (совершеннолетия) со стойким расстройством функций организма, что при взаимодействии с внешней средой может приводить к ограничению его жизнедеятельности, в результате чего государство обязано создать условия для реализации им прав наравне с другими гражданами и обеспечить его социальную защиту» [8]. Поэтому более удачным в определении инвалидности детей следует признать зарубежное законодательство. Так, законодательство Республики Казахстан определяет такого ребенка как «ребенка (детей) с ограниченными возможностями до восемнадцати лет с физическими и (или) психическими недостатками, имеющего ограничение жизнедеятельности, обусловленное врожденными, наследственными, приобретенными заболеваниями или последствиями травм, подтвержденными в установленном порядке» [9].

В Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г. применяются несколько терминов: «неполноценный ребенок», «ребенок, неполноценный в умственном или физическом отношении». В российском и украинском переводах Конвенции ООН о правах ребенка употребляется термин «неполноценные дети» [10]. В Женевской Декларации прав ребенка 1924 года и в Декларации прав ребенка 1959 года применяются определения «ребенок, который является неполноценным в физическом, психическом или социальном отношении» [11]. В Декларации о правах умственно отсталых лиц применяется термин «умственно отсталый человек» [12]. Итак, ребенок-инвалид – это несовер-



шеннолетний, имеющий определенные ограничения, недостатки умственного или физического развития. Поэтому Закон Украины «Об охране детства» содержит противоречия, требующие устранения. Так, вопреки определению термина «ребенок-инвалид», предоставленного в ст. 1 указанного Закона, в ст. 26 этого же Закона предусмотрена защита прав отдельно детей-инвалидов и детей с недостатками умственного или физического развития, тем самым законодатель фактически выделяет две категории детей с ограниченными возможностями, хотя по содержанию эти категории являются одинаковыми [7].

Для детей с особыми потребностями характерно ограничение их жизнедеятельности, которое проявляется в снижении способности к социальным взаимоотношениям, личного досмотра, двигательной деятельности. Действующее законодательство позволяет разделить детей с особыми потребностями на следующие категории: дети с трудностями в коммуникации, дети с ограничениями двигательной деятельности, дети с пониженными способностями к социальным взаимоотношениям. Поэтому мы предлагаем определять «детей с особыми потребностями» как «категорию лиц в возрасте до 18 лет, в силу своих физиологических, психических, физических недостатков здоровья нуждающихся в необходимых специальных возможностях (потребностях), особом образе жизни, неизолированном от других членов общества с целью дальнейшего их развития, существования посредством как других физических и юридических лиц, так и самого государства.

Любое право ребенка следует определять, исходя из его субъективной природы, как вид и меру возможного поведения, которое предоставляется, охраняется и обеспечивается государством. Под правами ребенка с особыми потребностями следует понимать предоставленные возможности, необходимые для его существования, воспитания, развития, приобретения знаний, навыков, формирования физического, духовного, нравственного и социального потенциала, учитывая особые потребности как следствие физических, психических и умственных ограничений. Правовой статус ребенка с особыми потребностями – это опре-

деленные правом и законодательством возможности, необходимые личности ребенка для его всестороннего развития. Элементами правового статуса ребенка, учитывая общую концепцию правового статуса личности, следует считать: принципы правового статуса; правосубъектность; гражданство, права, свободы и обязанности; гарантии права ребенка, а также средства и способы их защиты, ответственность ребенка.

Признание ребенка с особыми потребностями субъектом права обеспечивается юридически, ведь их права и обязанности признаны государством официально в соответствующих нормативных актах. Для реализации прав и обязанностей ребенка с особыми потребностями юридическое значение имеет волевой характер, т.е. возможность и способность руководить своими действиями и понимать их, а вследствие этого быть свободным в выборе варианта поведения. Волевой характер ребенка с особыми потребностями имеет свои особенности. Воля такого ребенка, как особое свойство индивида и способность и возможность осуществлять права и исполнять обязанности, формируется постепенно в процессе его развития и роста. На конкретном этапе его жизни она дополняется или заменяется волей родителей или лиц, которые их заменяют. Период детства устанавливается государством с учетом физических и психических возможностей организма для формирования способности производить, выражать и осуществлять персонифицированную волю [7], однако по состоянию здоровья ребенок с особыми потребностями не всегда может выразить свою волю, а иногда ее выражение невозможно через определенные физические недостатки.

Первой Конституцией прав детей стала Конвенция ООН о правах ребенка 1989 г., которая вступила в силу в 1990 году. Конвенция о правах ребенка устанавливает полный спектр гражданских, культурных, экономических, социальных и политических прав для детей без какой-либо дискриминации [10]. Ее принятие стало первым важным шагом в вопросе защиты прав детей, а также специфической категории – детей с особыми потребностями. Соответственно, принятие Конвенции ООН о правах инвалидов в 2006 г. засвиде-

тельствовало внимание мирового сообщества и государств-участников ООН к проблемам осуществления общих прав людей с особыми потребностями. Конвенция о правах ребенка 1989 года выделяет определенные группы прав детей [10]. К первой группе относится право на жизнь, на имя. Ко второй группе прав могут быть отнесены права ребенка на семейное благополучие. К третьей – право на свободное развитие личности. Четвертая группа должна включать права, обеспечивающие охрану здоровья. Пятая группа объединяет образовательную сферу и обеспечивает возможность получения ребенком образования, а также право на отдых и другие права. Последняя группа объединяет экономические права, направленные, в первую очередь, на защиту детей от эксплуатации, поддержание надлежащего материального уровня проживания и т.п.

В юридической литературе существует большое количество подходов к классификации прав человека, в том числе и прав ребенка. Однако, по нашему мнению, все права ребенка с особыми потребностями следует разделить на личные и имущественные (экономические и социальные), что позволит не только раскрыть их правовой статус в обществе, но и обеспечит их особые потребности, раскроет их личную индивидуальность. Согласно действующему законодательству среди личных прав ребенка с особыми потребностями следует выделять право на жизнь, право на воспитание, право знать своих родителей и право на их заботу, право на общение с обоими родителями, родственниками, и на совместное проживание с ними, право на государственное воспитание детей-сирот и детей, лишенных родительской опеки, право на имя, отчество и фамилию, право на свободу перемещения и на выбор места жительства, право выражать свое мнение: право быть выслушанными родителями, право на свободу мысли, совести и вероисповедания, право на свободу объединения и доступ к национальной и мировой культуре.

Имущественные права ребенка с особыми потребностями касаются преимущественно сферы экономических (имущественных) общественных отношений, поэтому их можно еще назвать экономическими правами (право



на имущество, право на труд, право на предпринимательскую деятельность и т.п.). В системе имущественных прав особое место занимают социальные права, а именно: право на социальное обеспечение, право на охрану здоровья, право на образование и др. Именно данные права привлекают к себе особое внимание, благодаря им ребенок с особыми потребностями может реализовать свои общие и особые потребности при участии государства и общества в целом, путем осуществления мероприятий по профилактике инвалидности, предотвращению ее роста, обеспечивая полноценность их жизни.

Глобальные проблемы реализации прав ребенком с особыми потребностями возникают именно при обеспечении и гарантировании необходимых для жизни, развития, профилактики социальных прав, а именно права на социальное обеспечение, права на охрану здоровья, права на образование. Остаются нерешенными проблемы обеспечения и реализации прав детей с особыми потребностями, а также их семей. Одним из приоритетных направлений деятельности государства является сфера здравоохранения. Государство гарантирует ребенку право на охрану здоровья, бесплатную квалифицированную медицинскую помощь в государственных и коммунальных заведениях здравоохранения, способствует созданию безопасных условий для жизни и здорового развития ребенка, рациональному питанию, формированию навыков здорового образа жизни. С этой целью государство принимает меры по льготному обеспечению детей лекарствами и питанием в порядке, установленном законодательством. Право детей на охрану здоровья, медицинскую помощь предусматривает предоставление необходимой помощи и обеспечение возможности длительной активной жизни благодаря эффективному медицинскому обслуживанию. Данное право является комплексным и состоит из комплекса прав, в том числе права на достаточный жизненный уровень, включая пищу, одежду, жилище, медицинский уход и социальное обеспечение.

Право детей с особыми потребностями на охрану здоровья является одним из важнейших прав, ведь проблемы со здоровьем непосредственно

связаны с предоставлением в установленном законодательством порядке особого статуса. Дети с особыми потребностями согласно ст. 49 Конституции Украины и Основ законодательства Украины о здравоохранении имеют право на охрану здоровья и медицинскую помощь [13; 14]. На государство возлагается обязанность не только обеспечить их эффективным медицинским обслуживанием, но и принимать участие в разработке программ раннего выявления, оценки и лечения дефектов, предупреждения и сокращения масштабов инвалидности или минимизации ее последствий. Решение проблем в сфере охраны здоровья ребенка с особыми потребностями фактически возложена на семью или учреждение, где она постоянно или временно находится. Поэтому целесообразно уделять значительное внимание эффективному оказанию медицинской помощи детям с особыми потребностями для обеспечения восстановления их здоровья и соответственного попечения. Также государство обязано обеспечить качественное, квалифицированное лечение этих детей, оздоровление, реабилитацию, предоставлять бесплатные средства и меры профилактики и лечения и т.п. Проблема реализации данного права является неосведомленность граждан относительно их прав, входящих в систему права на охрану здоровья. Ненадлежащая государственная финансовая поддержка, обязывающая государство создавать условия для эффективного и доступного для всех медицинского обслуживания, не обеспечивается, поэтому норма ст. 49 Конституции Украины по отношению к детям с особыми потребностями нарушается. Для большинства таких детей получение качественной медицинской помощи требует значительных затрат, особенно для семей, где воспитывается ребенок. Значительная часть таких семей являются малообеспеченными, поэтому расходы семьи на медицинское обслуживание – обременительны.

Несмотря на осуществленные меры по медицинской, социальной, физической реабилитации детей с особыми потребностями, их интеграцию в общество, нерешенными остаются вопросы информирования родителей ребенка, родившегося с недостатками или заболеваниями, об их правах и возможно-

стях, механизме получения помощи от государства и общественных организаций еще на этапе установления ребенку диагноза; о надлежащем финансировании медико-социального обеспечения детей, в частности своевременном финансировании реабилитационных программ для предотвращения развития тяжелых последствий. Поэтому в законодательстве целесообразно закрепить приоритетность финансирования мероприятий по охране здоровья детей, в том числе с ограниченными возможностями. Также необходимо обратить внимание на подготовку и обеспеченность врачами тех специальностей (неонатологами, педиатрами, детскими анестезиологами), которые напрямую влияют на уровень смертности и инвалидности детей. В соответствии с существующими потребностями регионов необходимо обеспечивать финансирование покупки медицинского оборудования и санитарного транспорта для учреждений здравоохранения, оказывающих медицинскую помощь, в первую очередь – детских учреждений. Также представляется целесообразным улучшение доступности качественной первичной медико-санитарной и специализированной медицинской помощи, ведь ее недостаточность негативно влияет на раннее выявление заболеваний у детей, обуславливает высокие показатели смертности. В условиях медицинской реформы необходимо обратить особое внимание на охрану здоровья детей с особыми потребностями, проживающих в сельской местности, ведь показатели их смертности значительно выше по сравнению с детьми, проживающими в городах. Следует признать недостаточной из-за соответствующего финансирования и нехватку специалистов по работе с родителями детей с ограниченными возможностями, в части по вопросам преодоления проблем здоровья их детей.

Украинское государство также признает одним из приоритетных направлений своей социальной политики правовую и социальную защиту детей с особыми потребностями. Действующее законодательство в сфере социальной защиты является основой социального обеспечения детей. Поэтому «социальное обеспечение детей с особыми потребностями – это совокупность гарантированных и реализованных госу-



дарством экономических, социальных и правовых мер с целью обеспечения их нормальной жизнедеятельности». К видам социального обеспечения детей с особыми потребностями необходимо отнести следующие виды социального обеспечения: государственные пособия, социальное обслуживание и льготы (пенсионное обеспечение детей с 2004 года украинское законодательство не предусматривает). Недостатками их социального обеспечения остается незначительный размер государственной социальной помощи, низкий уровень материального обеспечения семей с такими детьми, недостаточность объема предоставляемых социальных услуг, недоступность сети учреждений по социальной реабилитации, детям, проживающих в сельской местности, отсутствие беспрепятственного доступа детей с особыми потребностями к объектам общественного и жилого назначения.

Выводы. На международном уровне ООН уделила значительное внимание лицам, в том числе детям с особыми потребностями, однако не конкретизировала виды прав детей с особыми потребностями и не определила гарантии их защиты. Поэтому целесообразным остается принятие Конвенции прав детей с особыми потребностями.

Украина пытается достичь развития полноценного правового государства, но самих желаний и идей не хватает, нужны конкретные, эффективные действия уполномоченных государственных органов по принятию законодательства по обеспечению и защите прав детей с особыми потребностями, определение понятия «ребенок с особыми потребностями», «права детей с особыми потребностями», обязанности и гарантии защиты их прав. Следовательно, ребенок с особыми потребностями – это лицо, имеющее общие права граждан-детей, нуждающееся в особом внимании со стороны государства. С учетом их прав, крайне необходимых для нормальной жизни, функционирования, развития, труда, обучения. Рассмотрев основные права ребенка с особыми потребностями, необходимо признать наличие законодательно закрепленного, однако не унифицированного их перечня (личные, экономические, социальные права ребенка). Проблемными, учитывая меха-

низм реализации, остаются те права, которые жизненно необходимы ребенку с особыми потребностями (право на охрану здоровья, право на социальное обеспечение и т.д.). Поэтому принятие единого кодифицированного акта для четкого определения и обеспечения прав детей с особыми потребностями позволит существенно повысить гарантии их реализации. Именно законодательное урегулирование отношений в сфере реализации прав детей с особыми потребностями будет способствовать обеспечению их прав при условии соответствующего финансового обеспечения за счет государственного финансирования.

Список использованной литературы:

1. Кульчицкая Т.К. Состояние здоровья детей: региональный аспект / Т.К. Кульчицкая // Больница в XXI веке: управление и организация медицинской помощи: материалы Всеукр. наук-практ. конф. – К., 2008. – С. 90–91.
2. О положении лиц с инвалидностью в Украине: [Электронный ресурс] : Национальный доклад. Государственное учреждение научно-исследовательский институт социально-трудовых отношений. – КИЕВ – 2013 // Режим доступа : mlsp.kmu.gov.ua/document/156474/st.doc.
3. Малофеев Н.Н. Современный этап в развитии системы специального образования в России // Дефектология. – 1997. – № 4. – С. 24–27.
4. Мартынюк В.Ю. Социальная педиатрия в Украине: концепция, задачи, перспективы / В.Ю. Мартынюк // Социальная педиатрия. – 2011. – № 1. – С. 17–23.
5. Моисеенко Р.А. Анализ и тенденции заболеваемости детского населения Украины // Р.А. Моисеенко, Я.И. Соколовская, Т.К. Кульчицкая, Т.М. Бухановский // Современная педиатрия. – 2010. – № 3 (31). – С. 13–17.
6. Тарасенко В.С. Правовое обеспечение социальной защиты детей-инвалидов в Украине : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Тарасенко В.С. ; Одесская национальная юридическая академия. – Одесса, 2005. – 218 с.
7. Об охране детства : Закон Украины от 26.04.2001 года № 2402-III // ВВР. – 2001. – № 30. – Ст. 142.

8. О реабилитации инвалидов в Украине : Закон Украины от 06.10.2005 г. № 2961-IV // Ведомости Верховной Рады Украины. – 2006. – № 2-3. – Ст. 36.

9. Закон Республики Казахстан от 11.07.2002 № 343-II «О социальной и медико-педагогической коррекционной поддержке детей с ограниченными возможностями» // [Электронный ресурс] : Официальный интернет – ресурс Министерства труда и социальной защиты населения Республики Казахстан. – Режим доступа : <http://www.enbek.gov.kz/node/34048>.

10. Конвенция о правах ребенка от 20.11.1989 года, ратифицирована Постановлением ВС РСФСР от 27.02.1991 года // ВВР УССР. – 1991. – № 13. – Ст. 145.

11. Декларация о правах умственно отсталых лиц: резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 20.12.1971 г. // Международные акты о правах человека : сб. документов. – М. : НОРМА-ИНФРА, 2000. – 203 с.

12. Декларация о правах детей: резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 1959 г. // Международные акты о правах человека: Сб. документов. – М. : НОРМА-ИНФРА, 2000. – 203 с.

13. Конституция Украины, принятая на пятой сессии Верховной Рады Украины 28 июня 1996 г. с изменениями и дополнениями // Ведомости Верховной Рады Украины. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

14. Основы законодательства Украины о здравоохранении: Закон Украины от 19.11.1992 г. // ВВР. – 1993. – № 4. – Ст. 19.



ГОРОДСКОЕ САМОУПРАВЛЕНИЕ В СИСТЕМЕ ПУБЛИЧНОЙ ВЛАСТИ УКРАИНЫ

Аркадий НАЗАРКО,

ассистент кафедры конституционного права
Национального университета «Одесская юридическая академия»

Summary

The article is devoted to theoretical, historical, legal and methodological aspects of the phenomenon of «municipality». The author conducted a comprehensive analysis of the legal factors contributing to the formation and development of municipal government as an institution of public authorities and civil society. The paper analyzes the concept, structure and system of municipal government, the main stages of the genesis of the place and role of municipal government in the structure of the political system of the modern state that allowed the author to assess the prospects for improving the system of municipal government in the Ukraine, to develop some recommendations to streamline and improve the effectiveness of this process, formulate the basic provisions concerning the further development of the study of local government in cities of Ukraine.

Key words: public authorities, local government, city government, city.

Аннотация

Статья посвящена теоретическим, историко-правовым и методологическим аспектам феномена «городское самоуправление». Автором проведен комплексный анализ правовых факторов, обуславливающих становление и развитие городского самоуправления как института публичной власти и гражданского общества. В статье проанализированы понятие, структура и система городского самоуправления, основные этапы генезиса, место и роль городского самоуправления в структуре политической системы современного государства, что позволило автору оценить перспективы совершенствования системы городского самоуправления в Украине, выработать некоторые рекомендации по оптимизации и повышению результативности этого процесса, сформулировать базовые положения относительно дальнейшего исследования развития местного самоуправления в городах Украины.

Ключевые слова: публичная власть, местное самоуправление, городское самоуправление, город.

Постановка проблемы. Города всегда играли определяющую роль в развитии государств и на протяжении столетий выступали локомотивом развития цивилизации и центрами (культурными, политическими, экономическими, научными и т.п.) отдельных регионов и страны в целом. Качество жизни каждого гражданина в современных условиях в значительной мере зависит от эффективности управления городами, особенно крупными, с постоянной динамикой его развития как социально-политической системы. Гипотезой выступает представление о «городском самоуправлении» как сложном многогранном явлении, возникающем в условиях диалектического развития общественной практики, которое находит свое проявление в реализации уполномоченными субъектами права на местное самоуправление в пределах города.

Актуальность темы исследования городского самоуправления как теоретического конструкта и общественно-политического и правового явления вызвана глобальными социально-политическими процессами, характеризующимися отмиранием «старых» и появлением новых форм самоорганизации и самоуправления в обществе. Исторический опыт свидетельствует,

что наилучший шанс на выживание и развитие в кризисных условиях имеют города, наделенные достаточной самостоятельностью для формирования системы управления, основанной на самоуправленческих началах. Проблемам функционирования институтов публичной власти, а также вопросам трансформации системы местного самоуправления на современном этапе посвящены, в частности, работы А.В. Батанова, В.М. Кампо, В.В. Кравченко, А.Р. Крусян, В.С. Куйбиды, Н.В. Мишиной, М.Ф. Орзих, С.Е. Саханенко; конституционно-правовой статус городов анализируется в работах М.И. Росенко, М.В. Хонды, В.Н. Шкабаро. Однако основательных, комплексных научных разработок относительно организации городского самоуправления на сегодня недостаточно. Поэтому исследование особенностей развития местного самоуправления в городах на современном этапе имеет важное теоретическое и практическое значения для Украины.

Целью статьи является решение теоретико-методологических проблем исследования феномена «городское самоуправление», переосмысление положений юридической науки о системе управления городами, выработка предложений по совершенствованию

действующего законодательства относительно правового статуса больших городов в Украине. В статье предполагается проанализировать понятие «городское самоуправление», исследовать его генезис, раскрыть содержание института городского самоуправления.

Изложение основного материала.

Термин «городское самоуправление» употребляется в литературе в узком и широком смысле. В широком смысле «городское самоуправление» – это управление городской территорией местным населением посредством государственных и местных органов власти. С позиций исторического подхода, следует признать, что, хотя в «городах-государствах», т.е. в древнем «полисе» греков и римлян городской общины в современном смысле этого слова не существовало, а следовательно, не могло быть и коммунального хозяйства, однако круг ведомства городской власти был для того времени весьма широким. Это объяснялось тем, что муниципальное хозяйство совпадало тогда с государственным хозяйством, охватывая все коллективные потребности населения.

В средние века первоначальная компетенция зародившейся городской общины, или коммуны, ограничивалась призрением бедных и низшим образованием, но затем постепенно рас-



ширялась, по мере развития местных потребностей и товарообмена, а также ослабления в городах феодального влияния. Позднее государство стремилось к централизации власти и ограничению компетенции городов, вследствие чего последние либо вступали в борьбу за свои права, либо заключали с государством союз для совместной борьбы с пережитками феодализма. При этом в некоторых государствах (Англия) городам удавалось не только сохранить свои права, но еще и расширить их, а в других государствах города пережили более или менее продолжительный период подчинения и ограничения своих полномочий. В XIX в. городская буржуазия (бюргерство), вместе с развитием хозяйства, повсеместно становится господствующей силой и отвоевывает в захватываемых ею муниципальных органах все более широкую компетенцию, под надзором и контролем центрального правительства.

В западной литературе термин «городское самоуправление» употребляется также и в узком смысле, выступая синонимом местного самоуправления. В данном случае подразумевается, что хозяйственными и иными делами какой-либо административно-территориальной единицы заведуют ее жители, а не центральные органы власти [1, с. 11]. Этот подход близок и для континентальной, и для англосаксонской системы права, поскольку, в частности, в английском классическом праве термин «самоуправление» трактуется как особенность организации английской внутренней государственной власти. Необходимо отметить также, что термин «самоуправление» (selfgovernment) не встречается в английском законодательстве, не получил и широкого применения в юридическом лексиконе собственно английских исследователей в области конституционного права [2].

В работах ряда современных ученых признается существование городского самоуправления [3; 4; 5; 6]. Так, А.В. Томилов употребляет интегративный термин «городское местное самоуправление», который понимает как «право и реальную способность населения города на самостоятельную и под свою ответственность публично-властную деятельность по решению непосредственно или через представительные и иные выборные органы

местного самоуправления вопросов местного значения, владения, пользования и распоряжения муниципальной собственностью, в рамках закона и в интересах населения, с учетом его исторических и иных местных традиций» [4, с. 19]. Безусловно, городское самоуправление в системе права посредством управления территорией своей «внутренней властью» имеет общие черты и наиболее соответствует узкому определению, поскольку осуществляется на замкнутой территории, среди определенного круга людей, постоянно проживающих в городе, специфичными для данной территории методами. В.С. Куйбида рассматривает городское самоуправление как территориальное системное образование, которое «позволяет громадам с учетом их особенностей оптимально выстраивать систему органов самоуправления» [3, с. 9]. Возможность построения собственной системы органов публично-самоуправленческой власти в городе, максимально приспособленной к потребностям конкретного города, выступает важнейшей составляющей статуса города и должна быть урегулирована законодательно.

Мировая практика правового регулирования городского самоуправления демонстрирует разнообразие моделей организации управления местными делами, определяющих степень самостоятельности и объем полномочий городского самоуправления. Так, основной чертой англосаксонской модели является отсутствие полномочных представителей центральных органов власти, опекающих органы власти на местах [7, с. 53]. Муниципалитеты автономны и не подчиняются вышестоящим органам. В свою очередь, законодательство в Соединенных Штатах проводит определенную грань между положением муниципальных органов графств и городских муниципалитетов, рассматривая первые исключительно как агентуру штатов, а вторые как «руку штатов» лишь в делах, имеющих не только местное значение, однако судебная практика по существу игнорирует это различие, весьма широко толкуя понятие «интерес штата» или же опираясь на презумпцию верховенства власти штата на всей его территории. Как отмечают Бэнфилд и Уилсон, «город – это политическое подразделение

штата, образованное в качестве агентства для осуществления таких правительственных полномочий штата, которые могут быть на него возложены» [8]. Практически режим «позитивного» регулирования распространяется в Соединенных Штатах и Великобритании на всю сферу местного управления, независимо от специфики отдельных видов муниципальных органов.

Основной чертой континентальной системы местного самоуправления является сочетание прямого государственного управления на местах и местного самоуправления, построение определенной иерархической пирамиды. Поскольку ее родиной является Франция, данную систему именуют еще французской [9, с. 31]. В системе местного самоуправления Италии, которая во многих отношениях может рассматриваться как определенная «копия» французской системы, в каждую административно-территориальную единицу (в том числе и в город) направляется представитель государства. Конституция Италии, предоставляя областям право контроля за законностью актов провинции и коммун, указывает на еще один существенный признак континентальной системы – подчиненность нижестоящих органов вышестоящим [10, с. 47].

В современных конституциях, в том числе и в Украине, институт городского самоуправления, к сожалению, не нашел надлежащей регламентации. При этом нужно оговориться, что, упоминая о конституционном регулировании самоуправленческих начал города, следует учесть, что даже при отсутствии единого правового акта конституционного характера соответствующие нормы тем не менее могут содержаться в законодательстве аналогичного юридического статуса. Учитывая, что на сегодня не принят Закон о правовом статусе городов в Украине, единственным наиболее полным нормативным актом, который закрепляет основные принципы и систему городского самоуправления, полномочия городских советов и их исполнительных органов, правовой статус городского головы, материальные и финансовые основы городского самоуправления, а также гарантии и ответственность органов и должностных лиц городского самоуправления, является Закон «О местном



самоуправлении в Украине» от 21 мая 1997 г. Значение этого Закона для становления органов власти в городах тяжело переоценить, поскольку именно этот Закон, по мнению В.Н. Шкабаро, «положил начало создания правовой базы, которая определяет полномочия органов самоуправления и является основой для принятия других нормативно-правовых актов, которые формируют конституционно-правовой статус города» [11, с. 84]. Мировой опыт свидетельствует также и о возможности принятия законодательных актов, где бы учитывались особенности местного самоуправления больших городов. Так, во Франции приняты отдельные законы относительно городов-миллионеров (Париж, Марсель, Лион). Целесообразность данного подхода диктуется неоправданностью применения одних и тех же методов управления, подходов к реализации государственной политики в отношении организации управления малыми, средними городами и крупными городами.

Одним из основных способов регламентации городского самоуправления, безусловно, должны стать локальные акты местного самоуправления, прежде всего – уставы территориальных громад. В действующих уставах территориальных громад довольно широко применяется термин «городское самоуправление». Так, систему местного самоуправления городов Днепропетровска и Запорожья составляют: территориальная громада города; городской совет; городской глава; исполнительный комитет городского совета; органы самоорганизации населения (п. 2 ст. 8 Устава территориальной громады г. Днепропетровска, п. 2 ст. 9 Устава территориальной громады г. Запорожье) [12;13]. Более развернуто определена система местного самоуправления в г. Николаеве: 1) территориальная громада города Николаева; Николаевский городской совет; Николаевский городской голова; исполнительный комитет Николаевского городского совета; администрации районов города; департаменты, управления, отделы и другие исполнительные органы городского совета; органы самоорганизации населения; экспертно-общественный совет исполнительного комитета Николаевского городского совета; консультативно-совещательный

совет Николаевского городского совета (п. 2 ст. 7 Устава территориальной громады города Николаева) [14]. Разделом III Устава территориальной громады города Одессы наряду с законодательно закрепленными составляющими системы городского самоуправления определен также и вопрос взаимодействия городского совета с городским головой и исполнительными органами совета (ст. 18 Устава), взаимодействия городского совета и исполнительных органов совета с органами самоорганизации населения (ст. 20) [15]. Приведенные положения демонстрируют различные подходы к определению системы городского самоуправления и являются положительным примером использования локального нормотворчества для конкретизации положений действующего законодательства.

Правовое обеспечение построения системы органов управления в крупных городских территориальных громадах, определение зон их компетенции относительно решения вопросов местного значения, прежде всего в социально-экономической и культурной сферах, ставят перед юридической наукой и практикой целый ряд проблем. Так, актуальной для Украины остается проблема утверждения полноценного местного самоуправления в городах с районным делением. Конституция Украины (ст. 140) четко определяет, что субъектом права на местное самоуправление в городе с районным делением выступает городская громада. Соответственно, район в городе не может рассматриваться как территориальная основа местного самоуправления, а районная в городе громада не выступает самостоятельным субъектом права на местное самоуправление. Это конституционное положение в целом представляется логичным, если учесть искусственный (неестественный) характер такой административно-территориальной единицы, как район в городе. Искусственные административно-территориальные единицы, согласно общественной теории местного самоуправления (именно эта теория определяет конституционно-правовое регулирование вопросов организации местного самоуправления в Украине), не выступают территориальной основой местного самоуправления, в то время как естественное право на мест-

ное самоуправление могут иметь лишь громады, которые сформировались естественным путем (в пределах поселений). Поэтому существование на уровне городских районов автономных территориальных громад и избранных ими органов самоуправления, наделенных соответствующими полномочиями, материальными и финансовыми ресурсами представляется проблематичным.

Исходя из анализа практики реализации городскими советами своих полномочий, в Украине сложилось по меньшей мере три системы построения системы управления городами с районным делением: 1) «городской совет – районный совет» (Черновцы, Днепропетровск), 2) «городской совет – администрация городского совета в районе» (Львов, Одесса), 3) «совет – государственная администрация» (Киев и Севастополь). Следует отметить, что степень нормативно-правовой определенности последней из моделей на порядок выше, чем другие, исходя из конституционной нормы (ч. 3 ст. 133) о специальном статусе городов Киева и Севастополя. Таким образом, Конституция ограничила поле для нормативно-правового урегулирования статуса определенных городов, прежде всего крупных.

Еще одним аспектом, который представляет интерес в контексте проблем городского самоуправления, является функционирование городов, которые не только имеют муниципальный статус, но и являются крупной территориальной структурой (в федеративных государствах – субъекты федерации, в Украине – города со специальным статусом), как правило, агломерационного характера. Городские агломерации являются целостными территориальными социально-экономическими образованиями, в которых поселения объединены интенсивными экономическими, трудовыми и социально-культурными связями; они являются не только развитой формой расселения, но и территориальной организации производства [11, с. 25]. Системный анализ законодательной и нормативно-правовой базы свидетельствует об отсутствии единого подхода к правовому урегулированию статуса городских агломераций.

Основным инструментом управления агломерациями в зарубежных



странах выступает организация сотрудничества между административными единицами, на территории которых агломерация расположена. Различия возможны относительно формы, которую принимает подобное сотрудничество: 1) делегирование муниципалитетами части полномочий отдельному межсубъектному органу управления, или 2) координация процесса принятия решений, которые затрагивают интересы сторон [16, с. 42]. При этом государство может как «принуждать» муниципалитеты к такому сотрудничеству, законодательно устанавливая его обязательность, так и стимулировать его, ставя организацию соответствующих межмуниципальных институтов условием предоставления субсидий. В обоих случаях из государственного бюджета выделяются значительные средства в поддержку решения транспортных, экологических и других проблем развития агломераций, различаются лишь условия и механизмы их выделения. Так, М.И. Росенко полагает, что фактически объединенные культурно-бытовыми связями агломерированные зоны слабо управляемы, это приводит и к политическим конфликтам, связанным с разделением власти в агломерации, поскольку модель самоуправления, которая закреплена в отечественном законодательстве, не предусматривает соподчинения одних территориальных громад другим, вследствие чего органы и должностные лица территориальных громад, входящих в состав агломерации, обладают одинаковым правовым статусом, и это является причиной компетенционных споров [17, с. 13]. Отстаивая идею создания Севастопольской агломерации, О. Соскин, считает необходимым принятие соответствующего закона, который должен содержать нормы, которые позволят Севастополю и окружающим административно-территориальным единицам развиваться именно в форме агломерации [18].

Если отвергнуть вариант административного слияния административно-территориальных единиц после соответствующих референдумов как сознательно неприемлемый, то можно утверждать, что в современных условиях могут «сработать» следующие формы управления развитием городских агломераций: 1) установление со

стороны государства административного округа, который покрывает территорию агломерации; 2) координация деятельности между субъектами, которые входят в агломерацию, через заключение межмуниципальных соглашений; 3) формирование организаций межмуниципального сотрудничества: советов агломерации, межмуниципальных хозяйственных обществ, отраслевых советов и комиссий (например, по Закону Украины «Об ассоциациях органов местного самоуправления» от 16 апреля 2009 года [19]).

Выводы. Городское самоуправление является составной частью местного самоуправления, обладает специфическими чертами и собственной нормативной базой. Городское самоуправление – это гарантируемое Конституцией и законами Украины право и реальная способность населения города самостоятельно и под свою ответственность решать непосредственно или через представительные и иные выборные органы местного самоуправления вопросы местного значения в рамках закона и в интересах территориальной громады. Подходы к управлению в городах, особенно крупных, должны в большей мере учитывать особенности организации местного самоуправления на их территориях, особенно если это развитие содействует возникновению городских агломераций.

Список использованной литературы:

1. Комарова В.В., Слепак В.А. Проблемы становления городского самоуправления / В.В. Комарова, В.А. Слепак // Юрист. – 1998. – № 11. – С. 11–15.
2. Chester N. The English administrative system, 1780-1870. Oxford, 1981. – 434 p.
3. Куйбіда В.С. Конституційно-правові основи самоврядування в містах обласного значення: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.02 / В.С. Куйбіда; Національна юридична Академія України ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2001. – 21 с.
4. Томилов А.В. Правовое регулирование городского местного самоуправления в Российской Федерации: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.02 –

Конституционное право; Муниципальное право / А.В. Томилов; Академия управления МВД России. – М., 2004. – 22 с.

5. Хонда М.П. Конституційно-правовий статус столиці України – міста Києва: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.02 / М.П. Хонда; НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2007. – 19 с. – укр.

6. Шкабаро В.М. Конституційно-правовий статус міста в Україні: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.02 / В. М. Шкабаро; Ін-т законодавства Верхов. Ради України. – К., 2004. – 19 с. – укр.

7. Евдокимов В.Б., Старцев Я.Ю. Местные органы власти зарубежных стран: правовые аспекты / В.Б. Евдокимов, Я.Ю. Старцев. – М.: Спарк, 2001. – 253 с.

8. Banfield E., Wilson I. City Politics. – NY, 1990. – 264 p.

9. Емельянов Н.А. Местное самоуправление: проблемы, поиски, решения. Монография / Н.А. Емельянов. – Москва-Тула: ТИГИМУС, 1997. – 257 с.

10. Васильева Т.А. Реформы местного самоуправления в Италии / Т.А. Васильева // Реформы местного управления в странах Западной Европы. – М., 1993. – С. 42–47.

11. Шкабаро В.М. Конституційно-правовий статус міста в Україні. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Спеціальність 12.00.02. – конституційне право. На правах рукопису / В.М. Шкабаро. – Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького, 2004. – 243 с.

12. Статут територіальної громади міста Дніпропетровська. – Прийнято Дніпропетровською міською радою XXIII скликання 13 червня 2001 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://dniprorada.gov.ua/statut-teritorialnoi-gromadi-mdnipropetrovska>.

13. Статут територіальної громади м. Запоріжжя. – Затверджено Рішенням міської ради 15 лютого 2006 р. № 4. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.meria.zp.ua/test/index.php?id=21>.

14. Про внесення змін до рішення міської ради від 21 березня 2002 р. № 41/1 «Про затвердження Статуту територіальної громади міста Миколаєва»: Рішення № 36/4 від 3



вересня 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ngik.gorsovnet.mk.ua/ru/showdoc/?doc=13635>.

15. Статут територіальної громади міста Одеси. – Затверджено Рішенням Одеської міської ради №1240-VI від 25 серпня 2011 р. // Одесский вестник. – №175 від 20 жовтня 2011 р.

16. Глазычев В., Стародубровская И. и др. Челябинская агломерация: потенциал развития / В. Глазычев, И. Стародубровская. – Челябинск, 2008. – 207 с.

17. Росенко М.І. Організація влади у містах зі спеціальним статусом (на прикладі м. Севастополь). – Автореф. дис. канд. наук з держ. упр. 25.00.02 – механізми державного управління / М. І. Росенко ; Львівський регіональний інститут державного управління Національної академії державного управління при Президентіві України. – Львів, 2007. – 19 с. – укр.

18. Соскин О. Севастопольская агломерация – оптимальная административно-территориальная модель развития города / О.Соскин. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sevastopol.osp-ua.info/ch-6_fl-r1_2.html.

19. Про асоціації органів місцевого самоврядування: Закон України від 16 квітня 2009 року № 1275-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2009 – № 38. – Ст. 534.

ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ СИРОТСКИХ СУДОВ ТАВРИЧЕСКОЙ ГУБЕРНИИ В УСЛОВИЯХ 1-Й МИРОВОЙ И ГРАЖДАНСКОЙ ВОЙН

Сусанна НИМЕТУЛЛАЕВА,
аспирант

Таврического национального университета имени В. И. Вернадского

Summary

The article is devoted to the research of the process of change the legal framework and activity of orphan courts of Taurida province in 1914-1920. Indicates that the orphan courts were forced to take part in the confiscation of the property of citizens of the warring states with Russia, based on special legal acts. Many of the cases in this period were considered by orphan courts on the trusteeship of children and families of the mobilized people; new categories of the cases, previously not included in the jurisdiction of orphan courts, were appeared.

Key words: Taurida province, orphan courts, the system of guardianship.

Аннотация

Статья посвящена исследованию процесса изменения правовой базы и деятельности сиротских судов Таврической губернии в 1914-1920 гг. В ней указывается, что сиротские суды вынуждены были принимать участие в конфискации собственности граждан воюющих с Россией государств, опираясь на специальные законодательные акты. Множество дел в этот период рассматривались сиротскими судами по опеке детей и семей мобилизованных, появились новые категории дел, ранее не входивших в юрисдикцию сиротских судов.

Ключевые слова: Таврическая губерния, сиротские суды, система опеки.

Постановка проблемы. Актуальность проблемы исследования обуславливается необходимостью обращения к опыту организации регулирования имущественных отношений, возникающих в результате деятельности института опеки и попечительства в современных условиях, а также особенностями их деятельности в особый период. Историографию проблемы составляют труды таких авторов, как Р.Е. Азизбаева [1], О.Е. Думенко [2; 3], Н.В. Киприянова [4], А.М. Нечаева [5], Ю.И. Стародубцев [6] К.И. Ревин [7], О.О. Малышев [8] и другие. Это в основном российские авторы, исследовавшие те или иные аспекты деятельности сиротских судов или же общей системы заботы о малолетних и сиротах и т.д. Украинская историография проблемы менее богата, а проблемы деятельности сиротских судов в Крыму затрагивают лишь работы Б.В. Змерзлого [9] и Т.В. Хутько [10]. При этом других работ, раскрывавших проблемы деятельности сиротских судов в Таврической губернии, нет.

В данной работе предлагаются к рассмотрению следующие проблемы: 1) деятельность сиротских судов региона по опеке семей и близких мобилизован-

ных; 2) решение дел иностранцев в условиях войны; 3) общие изменения в деятельности сиротских судов, их замена опекунами подотделами и нормативно-правовой базой всей системы опеки.

Изложение основного материала.

Одной из значительных категорий дел, решаемых сиротскими судами с начала 1-й Мировой войны, стали дела, относящиеся к родным и близким мобилизованных. В новых условиях они решались иным порядком. Так, 12 января 1915 г. в симферопольском сиротском суде заведено дело об опеке над имуществом большой жены матроса Черноморского Флота П.Ф. Бойко, Н.М. Бойко. Дело передали в Севастопольский сиротский суд, так как опекаемое имущество находилось в Севастополе [11, с. 1]. Или же, 23 декабря 1915 г. в Симферопольский сиротский суд было подано заявление об опеке над Г. Бабенко ее отца, в связи с призывом его на службу. Опекушкой отец просил назначить его тетку Е.К. Хабловскую. Опека состояла «в праве на получение денежного довольствия, причитающегося мне как военнослужащему» [12, с. 1]. 31.12.1915 г. суд опеку установил [12, с. 4].

21 июня 1916 г. было подано в суд заявление от прапорщика М.Н. Ба-



бенко. В нем он, ссылаясь на то, что «вернулся с войны и будет проживать в г. Козлов Тамбовской губернии», просил снять опеку с дочери. Исходя из чего, 25 июля 1916 г. сиротский суд принял решение о прекращении опеки [12, с. 6-7]. Другое дело было начато 3 марта 1919 г. в Керченском сиротском суде по заявлению И.М. Епихина о том, что его сын в 1914 г. призван на войну по мобилизации и пропал без вести. Остались его жена и сын. Дед просил назначить им опекуна. 4 марта 1919 г. опекуном назначили мать [13, с. 1]. В деле также находится опись имущества [13, с. 3] и отчет опекуни за 1920 г., датированный 21 марта 1921 г. [13, с. 8]. Это дело было прекращено лишь 4 октября 1921 г. опекунской коллегией при секторе соцвоса Наробраза [13, с. 9].

И, наконец, дело, начатое по заявлению от 14 февраля 1919 г. в том же суде, об установлении опеки над малолетними детьми их матери попавшего в плен ее мужа А.А. Лысенко [14, с. 1]. В деле – выписки из метрических книг, предоставленные Таврической Духовной Консistorией, и письма мужа из плена [14, с. 2-9]. С приходом в Керчь советской власти делом занимался опекунский подотдел, который просил представить отчеты за 1920 г. об опеке в феврале 1921 г. [14, с. 10]. Решением 22 сентября 1921 г. опекунская коллегия прекратила дело [14, с. 11].

Обращаясь к особенностям рассмотрения сиротскими судами дел иностранцев в годы 1-й мировой войны, следует указать, что большинство таких дел относилось к имуществу иностранцев воевавших с Россией государств. Накануне и после начала войны, по указанию штаба Одесского военного округа, а затем МВД, из Таврической губернии началась высылка подданных воюющих с Россией государств. До 12 августа 1914 г. их выселением занимались воинские начальники уездов. Вначале были арестованы и высланы немецкие и австрийские подданные, числящиеся на действительной военной службе, запасные чины и не служившие, но годные к военной службе. После объявления Германией и Австрией всеобщей мобилизации все их подданные мужского пола от 18 до 45 лет, проживающие в Крыму, объявлены военнопленными, арестованы, и началась их высылка. С конца

июля по 12 августа 1914 г. выслано 587 германских и 117 австрийских подданных [15, с. 63-71].

С учетом вышесказанного царское правительство вынуждено было принять законодательные меры, затронувшие и многих ни в чем не повинных жителей страны. Особо следует выделить указ «О правилах, коими Россия будет руководствоваться во время войны 1914 года» от 28 июня 1914 г. Если говорить более конкретно, то был принят ряд чрезвычайных законов.

На их основе начался процесс слома сложившейся системы землевладения в регионе, так как затронули и многие немецкие колонии. Они также усложнили деятельность сиротских судов, возложив на них в некоторых случаях обязанности по опеке над данным имуществом. Вместе с тем предпринятые меры в отношении граждан и подданных воюющих с Россией государств выразились в фактическом лишении гражданских прав, а также в лишении их имущества [16, с. 13-14].

Кроме того, уже один факт такого количества принятых нормативно-правовых актов в этой сфере говорит о том, что многие из них принимались без четкой проработки их взаимодействия с имперским законодательством и определения конкретных шагов по их исполнению. В связи с этим многие проблемы приходилось регулировать указами сената. Так, сенат вынужден был разъяснить вопрос, возможно ли разрешение продажи недвижимого имущества лиц подопечных по закону 2 февраля 1915 г. вне случаев порядка, указанных в ст. 277 т. X ч. 1 свода законов гражданских. Имелось в виду положение Совмина о прекращении землевладения германских, австрийских и венгерских выходцев, распространенного на приграничные и южные районы, «каковым постановлением предоставляется названным выходцам известные сроки для добровольного отчуждения принадлежащих им имуществ». Сенат решил, что данный вопрос состоит из 2-х частей: 1) возможно ли разрешение добровольной продажи недвижимого имущества лиц подопечных по закону 2 февраля 1915 г. вне случаев, п. 3 ст. 277 Т. X, ч. 1 Св. зак. гражданских предусмотренных; 2) допускается ли добровольная продажа недвижимого имущества подопечных по закону от 2.02.1915 г. вне порядка,

указанного в ст. 277 т. X ч. 1 Св. зак. гражданских.

В результате решили применять и к опекаемым по закону от 2.02.1915 г. имениям прежние правила об их продаже, т.е. сначала соответствующее решение суда, затем его утверждение губернатором и, наконец сенатом. При этом сенат установил, что срок добровольной продажи не может отодвинуть срок принудительной продажи и т.д. [17, с. 71].

Со сменой режима вышеупомянутые законы Временное правительство предложило приостановить и пересмотреть. Это усложнило и затянуло разбирательство уже ведущихся. В то же время, например, в Бахчисарайском сиротском суде находились в 1916-1917 гг. дела «О назначении опекуна над имуществом высланного турецко-подданного Шабана Джевани оглу для ответа на суде» (начато 11.04.1917 г.); «О назначении опекуна к имуществу турецко-подданного Сулеймана Меметова для ответа на суде» [18, с. 19]; «О назначении опекуна над имуществом умерших Бахчисарайских мещан Усеина Эбу Бекир оглу Мемедова и жены турецко-подданной Аджы Ислям» (1916 г.) [18, с. 18].

Наиболее же долго производящимся стало дело по иску об опеке над имуществом германского акционерного общества «Бергман Металлуржик и К^о», г. Берлин. Фирма в Крыму торговала автомобилями, сельскохозяйственными орудиями, двигателями внутреннего сгорания. Должником ее был И.Б. Шапоринский [19, с. 27], имущество которого описали (2 двигателя) и оценили в 1000 руб., сам же должник утверждал, что стоят они 1200 руб. (как раз сумма иска), к тому же, эти двигатели – его движимое имущество, и пока никто не докажет, что они принадлежат фирме, то значит они – его.

Дело было начато с обращения в сиротский суд Симферополя 31 августа 1915 г., однако тот отказал в опеке для ответа по иску поверенному Б.Л. Клейнерааку, присяжного поверенного Л.Я. Айзенштейна. Неоднократно сиротский суд отказывал в опеке, а поверенный жаловался на это решение в окружной суд, где опять получал отказы. В декабре 1915 г. дело дошло до Одесской судебной палаты [19, с. 1-18]. И хотя сиротский суд прекратил это дело 5.12.1915 г., но в связи с частной жалобой в своем за-



седании 11 марта 1916 г. вынужден был опять к нему вернуться, так как палата утвердила решение сиротского суда об отказе в назначении опекуна по этому делу, «в силу чего дело это производством должно быть возобновлено...».

Результатом рассмотрения дела в 1916 г. стало то, что 7 декабря 1916 г. окружной суд предписал сиротскому суду назначить опекуна над имуществом для ответа по иску «руководствуясь указом Одесской судебной палаты от 19 ноября 1916 г.» [19, с. 19]. Во исполнение этого решения 14 декабря 1916 г. сиротский суд назначил опекуном И.Ф. Томашевского [19, с. 23]. При этом суд пытался отказать в производстве дела, так как имущество АО находилось на территории действия сиротского суда Керчи. Но по решению сената от 8 марта 1916 г. опека должна была назначаться по месту жительства истца [19, с. 27]. Дело было прекращено лишь с установлением советской власти [19, с. 34]. Из решения видно, что всех документов по делу у подотдела не было, а дело закрыли.

Близким можно назвать другое дело сиротского суда Керчи. Оно касалось имущества умершего гражданина Австрии Р.Р. Фаркача, а начато было по отношению присяжного поверенного в суд в конце 1916 г. [20, с. 1]. В суд обратились поверенный керчанина И.М. Абрамова присяжного В.Д. Жирова по взысканию закладной крепости от 6 февраля 1917 г. [20, с. 3]; в деле было заявление поверенного купца Г.С. Кушнарера, присяжному поверенному А. Гефтеру для представления в сиротский суд о взыскании с Фаркача в пользу Г. Кушнарера 458 руб. 30 коп. с процентами и издержками, по исполнительному листу мирового судьи 6-го участка Феодосийского судебного-мирового округа от 28 августа 1915 г. [20, с. 2]. Из материалов дела следует, что 7 апреля 1917 г. в связи с призывом в армию присяжного поверенного В.Н. Краута, назначенного опекуном к имуществу Р.Р. Фаркача для защиты его интересов, новым опекуном стал Г.Ю. Кисилевский [20, с. 4]. Последний же документ в деле датирован 10 декабря 1919 г., в нем Кисилевский писал о том, что имущество Фаркача было продано при Симферопольском окружном суде, он его не принимал, и остались ли от продажи деньги, он не знает [20, с. 5]. В этих двух последних

делах усматривается желание заявителей воспользоваться имуществом иностранцев с целью личного обогащения.

Единственным в своем роде было дело, начатое в октябре 1917 г. в Керченском сиротском суде, по иску одного турецко-подданного на другого [21, с. 1-2]. Дело тянулось до 1921 г. и было закончено в Опекуном отделе Керченского военно-революционного комитета 12 апреля по заявлению опекуна Сапожникова об окончании судебного дела [21, с. 6].

В связи с изменением порядка производства дел опеки, а также по решению сената от 8 марта 1916 г., по которому опека должна была назначаться по месту жительства истца, множество дел сиротских судов стали кочевать по территории не только губернии, но и всей империи. Так, дело умершего врача по опеке детей Моисея и Наума Янкель-Мееровичей Нохинсона, начатое 13 февраля 1915 г., из Симферополя передали Московскому сиротскому суду из-за переезда опекаемых в Москву и отсутствия имущества в Симферополе [11, с. 7].

5 августа 1911 г. находившийся на излечении в психбольнице Н.Я. Ровинский бежал из нее. К 1915 г., стараниями опекуна, оказалось, что он в Москве. На заседании от 26 мая 1915 г. Симферопольского сиротского суда была заслушана просьба опекуна больного К.А. Зайчевского об освобождении его от опекунства, так как имущества опекаемого в Симферополе не было. Просьбу удовлетворили, а дело передали в Москву [11, с. 23]. Но, 16 октября дело слушалось опять, так как из Москвы больной уехал, а дело московский суд вернул. В связи с тем, что Зайчевский сообщил о нахождении Ровинского в Харькове, дело отправили в Харьков [11, с. 31].

В 1916 г. в сиротский суд Симферополя пришло дело из Петрограда, умершего Маркина-Горянинова, его отправили в Ялту [11, с. 42]; 31 октября 1916 г. дело об опеке сироты А. Кубякова передали в Полтаву, после выезда его матери, а в Симферополе имущества не осталось [11, с. 43]. 14 декабря 1916 г. дело опекаемого А. Береховича, живущего в Бахчисарае, передали в Евпаторию, так как там находилось имущество сироты [11, с. 45].

19 марта 1918 г. Симферопольский сиротский суд переслал в Карасубазар прибывшее из Белгородского сиротско-

го суда дело по опеке над малолетним П.Н. Дьяченко, по их месту жительства. Подписал это решение комиссар Павленко [23, с. 1]. 27 марта 1919 г. состоялась передача дела в Ялтинский сиротский суд [24, с. 4], а 19 августа 1919 г. состоялась передача дела в Севастопольский сиротский суд, тот его принял 5 сентября 1919 г. [23, с. 15].

По-разному и заканчивалась деятельность сиротских судов региона в связи с событиями 1917-1920 гг. Первым из них прекратил свою деятельность Бахчисарайский. Важно упомянуть и появление новых категорий дел, ранее в этом суде не встречавшихся. Так, еще в 1917 г. в его производстве находим дела «О назначении опекуна к имуществу умершего духовного звания Абибулы Муслюм Эфенди оглу для ответа на суде» (4 апреля 1896 – 2 мая 1917 г.) [18, с. 1]. «О назначении опекуна к имуществу умершего духовного звания Шейх Абдуллы Эфенди для ответа на суде по искам», начатое в 1901 г. [18, с. 2]. И это при том, что ранее ни в одном сиротском суде Таврической губернии опеки над имуществом священнослужителей не рассматривались. Или же дело «Об учреждении попечительства над личностью незаконнорожденного Владимира Чуси» (1.12.1917 г.), свидетельствующее об изменении отношения к «незаконнорожденным». Вполне соответствует и духу эпохи и дело «Об учреждении опеки над имуществом и малолетними детьми казенного беженца К. Ивана Данилова Шивка» (23.05.1918 г.) [25, с. 21]. Всего же дел в этом году в суде находилось 228, многие были окончены 2 мая 1917 г. Около половины дел – для ответа по суду и искам. Также отметим, что в 1914 г. в Бахчисарайском сиротском суде находилось 187 дел [26, с. 16].

Особое влияние на деятельность этого суда оказали политические события в среде крымско-татарского народа. Созданный Временный мусульманский исполком взял на себя решение многих дел, в связи с чем многие учреждения, в том числе сиротский суд в Бахчисарае, были ликвидированы. Последние же данные о деятельности Севастопольского и Симферопольского сиротских судов относятся к 21 мая 1920 г. [23, с. 15]. Ялтинского – к июлю 1920 г. [26, с. 1]. Практически без перерыва, до конца 1920 г., действовал Керченский сиротский суд.



Что же касается личного состава сиротских судов Таврической губернии в данный период, то, в связи с мобилизацией и последствиями войн их состав не был стабильным. К тому же, 29 октября 1915 г. МВД издало распоряжение о занятии ранеными нижними чинами низших должностей в ведомстве МВД [17, с. 66]. С занятием Крыма в конце 1920 г. большевиками на местах стали создаваться соответствующие органы власти. Однако несмотря на перемену власти, многие гражданские и опекунские, хотя и не были доведены до логического завершения, то хотя бы официально закрывались.

К тому же, согласно «Кодексу законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве» от 16 сентября 1918 г., сиротские суды сменили отделы социального обеспечения, которые, в первый период времени, взяли на себя завершение ранее начатых опекунских дел. Этот кодекс во многом наследовал имперское законодательство в области опеки и попечительства, и потому большинство его положений были понятны как местным служащим, так и большинству населения. С установлением советской власти в регионе к прежде начатым делам было применено законодательство РСФСР. Укажем следующие примеры на основе дел, начатых еще Керченским сиротским судом, а законченных уже при советской власти опекунским подотделом.

Так, к примеру, дело об опекунстве было начато, когда опекаемому А.Ф. Кайсину было 19 лет, по его просьбе (17 марта 1919 г.). Закончено же оно было, несмотря на новые законоположения, с формулировкой «по достижении 21 летнего возраста» – 14 февраля 1921 г. [27, с. 1-2.]. Данный случай не единичен. Так, начатое 13 апреля 1919 г. по просьбе 19 летней Н.Д. Дацман опекунское дело, в связи со смертью отца, «ввиду достижения совершеннолетнего возраста», было прекращено 14 февраля 1921 г. [28, с. 1-1 об.]; а начатое по просьбе 17 марта 1919 г. 19-летнего П.И. Еврошина дело о назначении ему опекуна, по достижении 21 года, опекунская коллегия также прекратила 14 февраля 1921 г. [29, с. 1-2.]. Или же, начатое дело об опекунстве по просьбе от 17 марта 1919 г. двух сестер – Евдокии (20 лет) и Анны (18 лет) Москаленко, было прекращено этого же 14 февраля 1921 г. опе-

кунской коллегией «УКерчь Собеса» [30, с. 1-2].

Выводы. Таким образом, можно сделать вывод, что деятельность сиротских судов Таврической губернии в годы 1-й Мировой войны претерпела такие изменения: 1) в сиротские суды в значительной массе стали поступать дела по опеке близких и имущества мобилизованных в армию; 2) на основании принятого комплекса нормативно-правовых актов по отношению к гражданам воюющих с Россией государств в сиротские суды поступали различные дела по искам на имущество иностранцев; 3) был изменен порядок производства дел, на основании решения сената от 8 марта 1916 г., согласно которому дела велись тем сиротским судом, на территории которого находилось имущество и сами опекаемые; 4) принятое советское законодательство в области опеки от 16 сентября 1918 г. хотя и ликвидировало сиротские суды, однако оказалось достаточно близким по своему духу к прежнему, что позволило сменившим их опекунским отделам и подотделам относительно безболезненно завершить ранее начатые дела.

Список использованной литературы:

1. Азизбаева Р.Е. Призрение сирот и незаконнорожденных в России XVIII века : дис. ... канд. ист. наук : 07.00.02 / Азизбаева Раиса Евгеньевна. – М., 2004. – 414 с.
2. Думенко О.Е. Сиротские суды Тверской губернии в последней четверти XVIII – первой половине XIX века : дис. ... кандидата ист. наук : 07.00.02. / Думенко Ольга Евгеньевна. – Тверь, 2010. – 192 с.
3. Думенко О.Е. Документы сиротских судов в справочниках региональных государственных архивов / О.Е. Думенко // Отечественные архивы. – 2012. – № 3. – С. 30–34.
4. Киприянова Н.В. Деятельность Сиротского суда г. Владимира в конце XVIII – первой половине XIX в. / Н.В. Киприянова // Вестник Московского государственного областного университета. Серия : История и политические науки. – 2010. – № 1. – С. 32–41.
5. Нечаева А.М. Государственно-правовая охрана детей-сирот в России / А.М. Нечаева // Советское государство и право. – 1991. – № 6. – С. 121–126.
6. Стародубцев Ю.И. Особые суды для несовершеннолетних в России.

Историко-правовой аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Стародубцев Юрий Ильич. – Санкт-Петербург, 1998. – 255 с.

7. Ревін К.І. Формування та діяльність духовних судів у Таврійській губернії (кінець XVIII – початок XX ст.): історико-правове дослідження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Ревін Кирил Ігорвич Ревін. – К., 2012. – 225 с.

8. Малишев О.О. Миські сирітські суди в Україні: історико-правове дослідження : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «теорія та історія держави і права ; історія політичних і правових учень» / О.О. Малишев. – Київ, 2012. – 20 с.

9. Змерзлий Б.В. Сирітські суди в Таврійській губернії: історія і перспективи вивчення (кінець XVIII – початок XX ст.) / Б.В. Змерзлий // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. – 2011. – № 2, том 24 (63). – С. 23–28.

10. Хутько Т. В. Створення судових органів у Таврійській області у 80-ті – 90-ті роки XVIII століття / Т. В. Хутько // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. – 2011. – № 2, том 24 (63). – С. 357–366.

11. Государственный Архив Автономной Республики Крым (далее – ГА-АРК), ф. 57, оп. 1, д. 402. Дело с определениями Сиротского суда о передаче дел в другие опекунские учреждения за 1915 и 1916 годы (по другим причинам). 12.01.1915 – 2.01.1917 г.

12. Там же, ф. 57, оп. 1, д. 404. Об учреждении опеки над личностью малолетней Галины, дочери призванного по мобилизации на военную службу потомственного почетного гражданина Михаила Николаевича Бабенко (по малолетству). 23.12.1915 – 25.07.1916 г.

13. Там же, ф. 352, оп. 2, д. 396. Об учреждении опеки над сыном призванного по мобилизации на военную службу М.И. Емихина – Николаем и над принадлежащим ему имуществом. 4.03.1919 – 4.10.1921 г. 9 л.

14. Там же, ф. 352, оп. 2, д. 396.

15. Лаптев Ю.Н. Положение немцев в Крыму в годы первой мировой войны // Немцы в Крыму: очерки истории и культуры. – Симферополь, 2000. – С. 63–71.

16. Тесленко А.М. Правовой статус иностранцев в России (вторая половина XVII – начало XX вв.) : автореф. дис. на здобуття наук. Ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория права и государства; история права и государства; история политических и правовых учений» / А.М. Тесленко. – Екатеринбург,



2000. – 18 с.

17. ГААРК, ф. 57, оп. 1, д. 160. Инструкции и указания правительствующего Сената и Министерства Внутренних Дел (по другим причинам). 13.02.1867 – 2.01.1917 г.

18. Там же, ф. 56, оп. 1, д. 1143. Общая опись делам, находящимся на производстве. 1917 г.

19. Там же, ф. 57, оп. 1, д. 405. Тоже над Германским акционерным обществом «Бергман Металлуржик и К°» (по иску). 31.08.1915 – 25.12.1920 г.

20. Там же, ф. 352, оп. 1, д. 233. Об учреждении опеки над имуществом австрийско-подданого Рудольфа Фаркача. 1916 г. 5 л.

21. Там же, ф. 352, оп. 2, д. 72. Об учреждении опеки над турецкоподданным Х. А. Измаила Шомка Кубашароглу. 6.10.1917 г. 6 л.

22. Шидер Т. Возможности и границы сравнительных методов в исторических науках / Т. Шидер // Философия и методология истории / Общая ред. проф. И. С. Кона. – М.: Прогресс, 1977. – С. 143–167.

23. ГААРК, ф. 57, оп. 1, д. 500. О передаче дел Симферопольского суда, в другие опекунские учреждения за 1918 по 1920 гг. 23.03.1918 – 6.11.1920 г.

24. Ревин К.И. Разрешение брачно-семейных дел духовными судами в Российской империи / К.И. Ревин // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. – 2010. – № 2. – Том 23 (62) – С. 337–342.

25. Петрова Э.Б. Феодосия: Очерк-путеводитель / Петрова Э.Б., Катюшин Е.А., Евсеев А.А. – Симферополь: СО-НАТ, 2006. – 192 с. – (Новый крымский путеводитель).

26. ГААРК, ф. 56, оп. 1, д. 1141. Общая опись делам, находящимся на производстве. 1914 г.

27. Там же, ф. 352, оп. 2, д. 400. Об учреждении попечительства над несовершеннолетним А. Ф. Кайсиным. 17.03.1919 – 14.02.1921 г. 2 л.

28. Там же, ф. 352, оп. 2, д. 403. Об учреждении попечительства над несовершеннолетним Н. Д. Дацман. 3.04.1919 – 14.02.1921 г. 1 л.

29. Там же, ф. 352, оп. 2, д. 401. Об учреждении попечительства над несовершеннолетним И. Черюткиным. 17.03.1919 – 14.02.1921 г. 2 л.

30. Там же, ф. 352, оп. 2, д. 402. Об учреждении попечительства над несовершеннолетним Е. и А. Ивановых. 17.03.1919 – 14.02.1921 г. 2 л.

АУТСОРСИНГ, АУТСТАФФИНГ: РАЗГРАНИЧЕНИЕ И ИСПОЛЬЗОВАНИЕ В КАПИТАЛЬНОМ СТРОИТЕЛЬСТВЕ В УКРАИНЕ

Виталий ОЛЮХА,

кандидат юридических наук, доцент,
заведующий кафедрой гражданско-правовых дисциплин
Криворожского факультета Национального университета
«Одесская юридическая академия»

Summary

The article compares the ways of organizing the flexible structure of the enterprise: outsourcing and outstaffing. Also the article concludes that both of those the ways of organizing are separate categories, and not kind to each other. In Ukraine, the legal regulation is fragmented, and therefore the application in practice of construction industry is only possible subject to considerable preparatory work to implement them, as well as the detailed study of the terms of contracts of outsourcing and outstaffing.

Key words: outsourcing contract, outstaffing contract, capital construction.

Аннотация

В статье проводится сопоставление способов организации гибкой структуры предприятия: аутсорсинг и аутстаффинг. Делается вывод о том, что они являются самостоятельными категориями, а не разновидностью друг друга. В Украине их правовая регламентация носит фрагментарный характер, а потому применение в практической деятельности предприятий строительной отрасли возможно только при условии проведения значительной подготовительной работы для их внедрения, а также детальной проработки условий договоров аутсорсинга и аутстаффинга.

Ключевые слова: договор аутсорсинга, договор аутстаффинга, капитальное строительство.

Постановка проблемы. Применение современных способов управления и организации труда необходимо в области строительства, как ни в какой другой отрасли экономики Украины, поскольку снижение валовых затрат является одним из способов повышения прибыльности субъектов, осуществляющих предпринимательскую деятельность в этой сфере хозяйствования. Это является основой для обеспечения устойчивости их развития, позволяет подрядчику получить конкурентное преимущество в виде снижения цены по договору подряда на капитальное строительство. В экономически развитых странах одними из признанных и достаточно часто применяемых на практике для достижения указанных целей хозяйственно-правовых средств являются договоры аутсорсинга и аутстаффинга. В Украине их распространение обусловлено появлением на национальном рынке международных компаний, которые активно начали внедрять наработки рыночной экономики в практику организации и ведения бизнеса. В то же время, нельзя

не отметить крайне настороженного отношения к этим формам менеджмента со стороны профсоюзов и государства, что препятствует их широкому применению в повседневной деятельности отечественных предприятий. Не способствует распространению практики их использования и слабое нормативно-правовое закрепление указанных конструкций, отсутствие однозначного понимания их правовой природы среди украинских ученых-юристов.

Актуальность темы исследования. Правовое обеспечение банковского аутсорсинга рассмотрела в своей статье А.И. Кузнецова. Как одну из форм взаимодействия субъектов хозяйствования определила аутсорсинг М.М. Ефименко. Зарубежный опыт применения аутсорсинга в качестве формы государственно-частного партнерства исследовал С.В. Терещенко. С позиций трудового права, как один из способов организации нестандартной занятости, аутсорсинг и аутстаффинг анализировались в работах О.Л. Войно-Данчишиной, Л.В. Котовой, В.П. Кохан. В то же время, вопросы правового обо-



снования возможности использования указанных договорных конструкций в капитальном строительстве остались без внимания отечественных ученых-правоведов. Обоснование данного вопроса с хозяйственно-правовых позиций необходимо как для развития теории хозяйственного договора, так и из практических соображений для поиска направлений оптимизации процессов в капитальном строительстве.

Целью данной научной работы является сравнение аутстаффинга и аутсорсинга, установление возможностей использования их в капитальном строительстве. Для этого необходимо выполнить такие **задачи**: раскрыть, отличающие их друг от друга признаки; установить сходные для них параметры; определить направления использования в капитальном строительстве.

Изложение основного материала.

По своей экономической сути аутсорсинг представляет собой передачу на обслуживание внешней компании-аутсорсера, специализирующейся в соответствующей сфере деятельности, определенных бизнес-процессов, производственных функций или работ, которые традиционно выполняются штатными работниками компании заказчика. Аутстаффинг же является одним из видов нестандартной занятости, с помощью которого проводится организация привлечения заемного труда любого вида. Автором данной статьи поддерживается понимание аутстаффинга в самом широком смысле (не только как выведение из штата и последующее использование этих работников, но и использование заемного труда в любой форме). Такая позиция основана на том, что основным для понимания этой категории является порядок организации труда: привлекаемые на указанной основе работники находятся в штате работодателя, который и оказывает эту услугу, но постановку производственных заданий и контроль их исполнения осуществляет заказчик.

Для целей исследования необходимо остановиться на общих признаках, присущих сопоставляемым явлениям. Основным фактором, предопределяющим сходство указанных категорий, является привлечение заказчиком внешних ресурсов для решения своих внутренних производственных задач. При этом происходит создание гибкой

организационной структуры предприятия на основе кооперационных связей между независимыми субъектами предпринимательской деятельности, что предполагает устойчивый, длительный характер связей, доверительность отношений между ними.

Субъект хозяйствования может проводить оптимизацию своей внутренней структуры, полностью ликвидируя соответствующие структурные подразделения у себя, либо преобразуя их в самостоятельные юридические лица, путем выделения из своего состава. В последнем случае работники могут переводиться во вновь созданные именно для этой цели субъекты хозяйствования, но зачастую выполняют прежние функции на том же самом рабочем месте. Также работники могут быть переведены и в уже ранее существующие компании, которые не создаются специально для оптимизации внутренних процессов заказчика. Кроме того, привлечение внешних ресурсов возможно вместо создания дополнительных структур внутри компании. Это позволяет экономить материальные ресурсы и время при подъеме спроса, сокращать расходы при наступлении негативной рыночной конъюнктуры, что в конечном итоге повышает конкурентоспособность предприятия. Таким образом, с экономической точки зрения это способы, оптимизирующие экономические, управленческие процессы на предприятии.

Также сходство между исследуемыми явлениями заключается в том, что правовой основой для применения в практической деятельности предприятий указанных инструментов менеджмента служит договор аутсорсинга либо аутстаффинга соответственно. Указанные договоры не поименованы в Хозяйственном и Гражданском кодексах. Согласно ст. 6 Гражданского кодекса Украины (далее по тексту ГК) [1] возможно заключение договоров как предусмотренных в нем, так и не содержащихся, но не противоречащих его общим положениям. Статья 179 ч. 1 Хозяйственного кодекса (далее по тексту ХК) [2] предусматривает, что основой для возникновения хозяйственно-правовых обязательств является хозяйственный договор. Поскольку исследуемые в данной статье договоры соответствуют указанным положениям

кодифицированных актов, их применение на практике является возможным. Договор аутстаффинга регламентируется и пунктом 14.1.183 ст. 14 Налогового кодекса (далее по тексту НК) [3], а также ст. 39 закона Украины «О занятости населения» от 11 августа 2013 года (далее по тексту Закон) [4]. Хотя эти нормы нуждаются в дальнейшем совершенствовании, сам факт внимания законодателя к попытке регламентации этого договора является более позитивным, чем правовое регулирование аутсорсинга. Необходимо подчеркнуть, что фрагментарность и недостаточная правовая регламентация обуславливают необходимость детальной проработки контрагентами условий таких соглашений.

Еще одна общая черта – возможность их трансформации из инструмента повышения конкурентоспособности в фактор, создающий дополнительные проблемы для предприятия, применяющего их в своей деятельности (снижение управляемости процессами, утрата конфиденциальной информации, повышение производственного травматизма). Указанные явления возможны при неправильной организации применения перечисленных инструментов. Потому необходима правильная предварительная организационная работа по выстраиванию новой структуры связей, поскольку ошибки, заложенные на первоначальном этапе, при их внедрении в практическую деятельность вместо решения проблем создают новые и усугубляют старые.

Есть некоторое сходство в субъектном составе участников таких отношений. И в договоре аутсорсинга и в договоре аутстаффинга исполнитель – это всегда субъект предпринимательской деятельности, поскольку и в первом и во втором случае он осуществляет такую деятельность на систематической основе для получения прибыли. Но фигура заказчика в таких контрактах может не совпадать, что и служит одним из критериев для разграничения исследуемых категорий.

Среди ученых, исследующих нестандартные способы организации структуры предприятия, высказывалась точка зрения, в соответствии с которой аутстаффинг – это разновидность аутсорсинга [5, с. 131; 6]. Возможно, это было обусловлено вышеприведен-



ными сходными чертами, присущими указанным категориям. Чтобы обосновать их самостоятельность и независимость друг от друга, необходимо остановиться на различиях, существующих между ними.

Аутсорсинг предполагает передачу стороннему лицу определенных работ, функций, бизнес-процессов, которые могли бы в будущем осуществляться или ранее выполнялись самим заказчиком. Аутсорсер всегда предоставляет услуги, выполняет работы для участников хозяйственной деятельности. Его бизнес построен для других участников бизнеса на принципах удовлетворения только их потребностей. Таким образом, заказчиком результатов его предпринимательской деятельности выступает субъект хозяйствования. Договор аутсорсинга заключается для удовлетворения хозяйственной цели, несвязанной с домашним, личным потреблением. При аутстаффинге же заказчиком может быть не только лицо, осуществляющее хозяйственную деятельность, но и физическое лицо, действующее для удовлетворения своих бытовых, потребительских нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Основание для последнего утверждения содержит ч. 3 ст. 39 Закона, предоставляющая право исполнителю услуги по предоставлению заемного персонала нанимать работников для дальнейшего выполнения работ у физических лиц. Кроме того, п. 14.1.183 НК определяет такое соглашение как хозяйственное либо гражданско-правовое. Таким образом, договор аутсорсинга всегда носит хозяйственно-правовой характер, а договор аутстаффинга может быть, как гражданско-правовым, так и хозяйственно-правовым договором.

Еще одним отличием указанных соглашений является их направленность. При аутсорсинге исполнитель обязуется обеспечить предоставление конкретного результата либо совершение определенных действий, а при аутстаффинге происходит только лишь предоставление работников соответствующей квалификации, а достижение результата при использовании заказчика их труда не гарантируется.

Ввиду того, что трудовое законодательство не содержит норм, регулирующих организацию труда при

использовании заемного персонала, в договоре аутстаффинга целесообразно предусматривать регулирование обеспечения безопасных условий труда работников, предоставление гарантий, льгот, установленных действующим законодательством, определенные вопросы организации их труда. В таком случае этот договор будет содержать элементы не только хозяйственного либо гражданско-правового договора, но и трудового. Поскольку при аутсорсинге организация труда персонала возлагается на исполнителя, договор, опосредующий этот процесс, не будет содержать элементов трудового договора. В связи с изложенным, высказанная в научной периодике позиция о том, что договор аутсорсинга является смешанным с элементами хозяйственного, гражданско- и трудового договоров представляется не совсем точной [7, с. 117].

Еще одно отличие между сопоставляемыми договорами состоит в том, что договор аутсорсинга может предусматривать не только оказание услуг, но и выполнение работ. Например, при капитальном строительстве в рамках аутсорсинговых отношений может осуществляться выполнение части строительных работ на условиях субподряда. Этот субподрядный договор может возлагать обязанности и по оказанию услуг в рамках таких отношений сторон. Услуги в рамках договора аутсорсинга также могут быть разноплановыми (аутсорсинг бухгалтерских, юридических функций аппарата управления, в сфере информационных технологий). Таким образом, можно говорить об определенном режиме договора аутсорсинга в рамках иных хозяйственных договоров. Договор аутстаффинга всегда предусматривает только услуги одного вида – предоставление персонала. Потому он является договором, который непосредственно порождает в силу ст. 11 ГК гражданские права и обязанности, а в силу ст. 179 ХК – хозяйственные.

Кроме того, деятельность по оказанию услуг предоставления персонала в силу требований Закона предполагает получение разрешения соответствующего центрального органа государственной власти, реализующего государственную политику в сфере занятости населения и трудовой миграции,

для проведения аутсорсинга такого решения не требуется.

Необходимо сопоставить возможности использования указанных средств для оптимизации капитального строительства. Как справедливо указывает К.А. Спиридонова, «основная цель аутсорсинга в строительном бизнесе – это снижение общих затрат, времени исполнения заказа и повышения качества строительных работ» [8, с. 223]. Одной из проблем предприятий строительного комплекса является проблема значительных издержек при производстве строительных работ, что при значительных валовых доходах приводит к низкой прибыльности такой предпринимательской деятельности. Правильная организация отношений аутсорсинга позволяет за счет снижения производственных затрат производить понижение стоимости строительных подрядных работ при одновременном повышении прибыльности, что предоставляет дополнительные конкурентные преимущества. Однако для правильного его применения необходимо на подготовительном этапе правильно определить виды деятельности, которые строительному предприятию целесообразно передавать на аутсорсинг. Целесообразно составлять экономическое обоснование. Следующим этапом является определение субъектов хозяйствования, которые будут исполнителями. Для этого может проводиться тендер. Поскольку специфика строительства состоит в поэтапном и взаимосвязанном выполнении работ, необходима организация четкого взаимодействия между заказчиком и исполнителями. Для этого стороны должны четко оговорить алгоритм взаимодействия в договоре аутсорсинга.

Л.В. Чабан основными сферами применения аутсорсинга считает: транспортировку грузов, разработку, адаптацию и внедрение программного обеспечения логистических процессов, обслуживание компьютерного оборудования и информационных систем, регистрацию, реорганизацию и ликвидацию предприятий, таможенное оформление товаров, трансформацию отчетности по международным стандартам, разработку, внедрение и техническую поддержку проектов, проведение аудита, оптимизации системы налогообложения, бухгалтерский, финан-



совый и юридический аутсорсинг [6].

Возможными направлениями, которые будут передаваться строительным предприятием на аутсорсинг, являются: логистика, в том числе и транспортировка грузов, обеспечение их складирования, проведение проектных и изыскательских работ, составление проектно-сметной документации, проведение подготовительных строительных работ, различных видов узкопрофильных строительных работ (в том числе отделочных и ландшафтных работ), бухгалтерские, финансовые и юридические услуги, ведение деловой деятельности.

Возможность использования аутстаффинга в капитальном строительстве оспаривается центральным органом государственной исполнительной власти. Так, в своем письме № 23-13/1052/0/6-11 от 08 февраля 2011 года [9] Минрегионстрой Украины указал, что аутстаффинг будет нарушать условия лицензирования в этой сфере деятельности, которые требуют наличия работников определенной квалификации, а также приводит к повышению уровня травматизма. Такой подход не учитывает, что строительное предприятие может использовать аутстаффинг при производстве строительных работ, не требующих высокой квалификации, а также и возможность его применения в деятельности, обеспечивающей основную производственную строительную деятельность. Например, перевозку грузов, уборку строительного мусора, юридическое и бухгалтерское обеспечение строительства возможно осуществлять на основе договора аутстаффинга.

Проведенное исследование свидетельствует о плодотворности рассмотрения проблем оптимизации капитального строительства при помощи договоров аутсорсинга и аутстаффинга, позволяет прийти к следующим **выводам**:

1. Аутсорсинг и аутстаффинг являются способами оптимизации организационной структуры предприятия, проводятся на договорной основе, предполагают привлечение внешних ресурсов по отношению к заказчику, вместо использования внутренних, регламентируются на законодательном уровне фрагментарно. Вместе с тем, значительные различия позволяют ут-

верждать их самостоятельность по отношению друг к другу.

2. В договоре аутсорсинга заказчик – это всегда субъект хозяйствования, который заключает договор для предпринимательских целей, не связанных с личным, домашним потреблением. Договор аутсорсинга – это хозяйственный договор, который опосредует выполнение работ и оказание услуг, а договор аутстаффинга может быть также и гражданско-правовым, с элементами трудового договора, но направлен он только на оказание услуг по предоставлению персонала.

3. Применение указанных договоров для оптимизации капитального строительства возможно при условии четкого экономически обоснованного определения направлений видов деятельности строительного предприятия, которые будут передаваться внешним исполнителям.

Список использованной литературы:

1. Гражданский кодекс Украины от 16.01.2003 № 435-IV. – [Электронный ресурс] / Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T030435.html.

2. Хозяйственный кодекс от 16.01.2003 № 436-IV. – [Электронный ресурс] / Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T030436.html.

3. Налоговый Кодекс от 02.12.2010 № 2755-VI. – [Электронный ресурс] / Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T102755.html.

4. Закон о занятости населения от 05.07.2012 № 5067-VI. – [Электронный ресурс] / Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T102755.html.

5. Тищенко О.М., Хаустова В.С. Аутсорсинг як фактор ефективності підприємств будівельної галузі / Проблеми економіки. – № 4–2012. – с. 129–135.

6. Чабан Л.В. Вплив аутсорсингу на витрати підприємства. – [Электронный ресурс] / Л.В. Чабан. – Режим доступа : <http://www.nbu.gov.ua>.

7. Єфіменко М.М. Визначення договору аутсорсингу як однієї з форм взаємодії суб'єктів господарських правовідносин // Підприємство, го-

сподарство і право. – 2013. – № 2. – с. 114–117.

8. Спірідонова К.О. Механізм прийняття рішень щодо застосування аутсорсингу для підвищення ефективності діяльності будівельних підприємств // Вісник Чернівецького торговельно-економічного інституту. Економічні науки. – 2012. – № 2 (46). – с. 222–226.

9. Письмо Минрегионстрой Украины № 23-13/1052/0/6-11 от 08 февраля 2011 года. – [Электронный ресурс] / Режим доступа : <http://www.minregion.gov.ua>.



РАСПРОСТРАНЕНИЕ ОРГАНИЗОВАННОЙ ПРЕСТУПНОСТИ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ РАЗВИТИЯ УКРАИНЫ

Андрей ОНОФРЕЙЧУК,

аспирант кафедры оперативно-розыскной деятельности
Национальной академии Службы безопасности Украины

Summary

The article reviewed the criminological aspects of the spread of organized crime at the present stage of development of Ukraine. Based on statistical data it is determined that the Ukrainian organized crime has been getting qualitatively new features, transforming, changing the main areas of criminal activity, which requires concentration of efforts of law enforcement agencies on countering the most spread, latent and dangerous forms of organized crime.

Key words: organized crime, spread, drugs, transformation, factors, crimes.

Аннотация

В статье рассмотрена проблема распространения организованной преступности на современном этапе развития Украины. На основе статистических данных определено, что украинская организованная преступность приобретает качественно новые признаки, трансформируется, меняет основные направления уголовно наказуемой деятельности, что требует концентрации усилий правоохранительных органов в борьбе с наиболее распространенными, латентными и опасными формами организованной преступной деятельности.

Ключевые слова: организованная преступность, распространение, наркотики, трансформация, факторы, преступления.

Постановка проблемы. Характеризуя современную криминологическую ситуацию в условиях политических, социальных и экономических преобразований в Украине, следует учитывать, что на их пути стоит криминализация всех сфер жизнедеятельности государства. При этом следует заметить, что современная преступность приобрела высокоорганизованные формы и черты самостоятельной антисоциальной деятельности, формируя свои специфические цели и решая задачи, обусловленные уголовными интересами, используя противоправные способы и средства их реализации.

Сегодня не только специалистам понятно, что в круг противоправных интересов организованных преступных групп и организаций попадают целые секторы экономики. Современные преступные организации (группы, формирования, объединения, сообщества) ориентированы на системную, масштабную и многоаспектную криминальную деятельность, а распространение организованной преступности в Украине становится фактором, который негативно влияет на национальную безопасность государства.

Цель статьи. Научный анализ феномена организованной преступности, отдельных форм ее проявления и системы ее предупреждения получил отражение в работах ученых-правоведов. Теоретические и практические аспекты криминологической и уголов-

но-правовой проблемы рассматривали в своих трудах такие ученые, как В.В. Василевич [1], В.Д. Гвоздецкий [2], В.Л. Грохольский [3], Л.М. Демидова [4], С.С. Мирошниченко [5], Р.П. Пожидаев [8], И.В. Пшеничный [10], Ю.А. Стрелковская [13] и др.

Анализ криминологической и уголовно-правовой литературы дает основания утверждать, что предметом абсолютного большинства исследований проблемы организованной преступности выступает только выявление закономерностей влияния социальной действительности на развитие этого негативного явления, познание его количественных и качественных характеристик.

Анализ научных работ показывает, что сегодня существует неразрешенный комплекс противоречий между существующими положениями науки и потребностями общества в применении адекватных и системных мер, направленных на противодействие распространению организованной преступности, разрушение ее системного качества и минимизации его общественно опасных последствий. В настоящее время распространение организованной преступности в Украине приобретает качественно новые признаки, которые остались без внимания ученых.

Исходя из этого, **целью** статьи является исследование криминологического аспекта распространения организованной преступности на со-

временном этапе развития Украины.

Изложение основного материала. Статьей 1 Закона Украины «Об организационно-правовых основах борьбы с организованной преступностью» определено, что под организованной преступностью понимается совокупность преступлений, совершаемых в связи с созданием и деятельностью организованных преступных группировок [9]. Это определение следует считать базовым при исследовании криминологического аспекта проблемы распространения организованной преступности в Украине, поскольку оно позволяет рассматривать в целостной взаимосвязи фактор организации с факторами преступной деятельности как таковой.

Как отмечает С.С. Мирошниченко, особая опасность организованной преступности проявляется в том, что она посягает преимущественно на комплекс таких наиболее значимых социальных ценностей, как жизнь и здоровье людей, государственная и частная собственность, нормальная деятельность финансовых учреждений, хозяйственных и управленческих структур, органов правосудия. Организованная преступность пытается проникнуть в важнейшие сферы жизнедеятельности общества и государства, в органы власти и управления, установить контроль над финансово-промышленными группами, отдельными предприятиями, субъектами предпринимательской деятель-



ности, лоббировать свои собственные интересы в законодательных органах и органах государственного управления. Меняются и приоритетные направления деятельности организованных групп и преступных организаций, цель которых – получение значительных материальных доходов. Так, если традиционными формами получения последних были запрещенная торговля наркотиками, «живым» товаром, оружием, игорный бизнес и рэкет, то сейчас организованная преступность ориентирована преимущественно на сферу экономики, а ее деятельность связана с совершением таких видов преступлений, как хищение государственного имущества в крупных и особо крупных размерах, финансовое мошенничество, противоправные операции с валютными ценностями, взятничество, уклонение от уплаты налогов, контрабанда, проведение рейдерских захватов предприятий и т. п. [5, с. 3]

Что касается анализа распространения организованной преступности в Украине, то этот аспект целесообразно рассматривать через призму уголовной статистики, которая отражает текущие тенденции и позволяет определять перспективные направления борьбы с ней. Если рассматривать структуру организованной преступности в Украине, то по данным Министерства внутренних дел в последние годы количество организованных преступных групп и преступных организаций колеблется в пределах 395-397 группировок. Но эту цифру нельзя считать окончательной, поскольку в данном случае речь идет об известных криминальных структурах, деятельность которых либо контролируется, либо прекращена [12].

Правоохранные органы достигли значительных успехов в борьбе с организованной преступностью, уменьшив количество организованных преступных групп и непосредственно организаций за последние 15 лет почти в три раза, если учитывать, что в 1998 г. в Украине была зафиксирована деятельность 1157 организованных преступных групп [6].

Дальнейший анализ статистики показывает, что современной украинской организованной преступности присуща «мгновенность» деятельно-

сти: 75% этих криминальных структур существуют, по данным Министерства внутренних дел, в течение одного года. Продолжительность их действия ограничена, хотя речь может идти лишь о выявленных и локализованных организованных преступных группах и организациях. Более 6 лет действует только 1% таких организаций, а 10% от общего их количества действуют от 3 до 6 лет [12].

Состав этих организаций в достаточной степени стабилен, всего к структуре организованной преступности привлечено 1584 лица, которыми совершено почти 3000 преступлений, из которых 70% относится к категории тяжких и особо тяжких [12].

Как отмечал В.В. Петров «преступные группировки в начале XX века имели тенденцию к консолидации, они часто прибегали к насилию, применению огнестрельного оружия и взрывчатых веществ. Порой их преступная деятельность носила характер уголовного терроризма, наиболее опасными из таких проявлений были бандитизм, убийства «на заказ» и вымогательство» [6].

В то же время, данные статистики свидетельствуют, что правоохранительным органам удалось переломить ситуацию, организованная преступность определенным образом потеряла отдельные признаки общественной опасности в контексте насильственной преступности. Хотя сама структура ее преступной деятельности свидетельствует, о том, что отворачиваясь от насильственных преступлений, организованные преступные группировки и организации концентрируют свое внимание на особо опасных корыстных преступлениях, имеющих высокую экономическую рентабельность.

Обращает на себя внимание то, что организованная преступность в общей структуре преступности по количеству совершенных преступлений занимает менее однопроцентной ниши, в структуре этой преступности 45% преступлений приходится на преступления в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров, 22-23% – это преступления, связанные с кражами, разбойные нападения составляют лишь 3-3,5% от общего количества преступлений, совершенных органи-

зованными преступными группировками; преступления в сфере служебной деятельности занимают 7% от общего количества, такое же количество составляют преступления, связанные с присвоением, растратой имущества или завладение им путем злоупотребления служебным положением, 5-7% преступлений – это вымогательство; торговля людьми, незаконный оборот оружия – 3-4%; убийства, как и бандитизм, составляют лишь 0,5% от общего количества преступлений, а заказные убийства из них – 0,1% [12].

В региональном разрезе большинство организованных преступных группировок сконцентрированы в восточных и юго-восточных регионах Украины, в Днепропетровской, Запорожской, Донецкой, Харьковской, Луганской областях (45%), большое количество преступных организаций выбирают городами своей дислокации приморские регионы АР Крым, города Севастополь, Одессу (20%). При этом Киев является местом дислокации для 6% преступных организаций. Западные регионы являются местом расположения 10-12% преступных организаций, другие преступные организации достаточно равномерно расположены в центре и на севере Украины.

Интересно, что такое расположение региональной организованной преступности практически полностью совпадает со структурой потребления наркотиков в Украине.

По данным украинских ученых, лидерами в потреблении наркотических средств в нашем государстве являются именно восточные и южные регионы, а также Киев, из чего можно сделать вывод, что между показателями распространения наркотических средств, географической структурой расположения организованных преступных группировок и их количеством существует прямо пропорциональная связь [11].

Проанализированные тенденции развития и распространения организованной преступности в Украине свидетельствуют о том, что она трансформируется, приобретает признаки «наркомафии».

Факторами, которые способствуют такой трансформации, следует считать:



1. Геополитическое расположение Украины. В силу своего географического положения Украина превращается в перевалочную базу контрабандистов, перевозящих кокаин по маршруту: страны Латинской Америки – Украина – Приднестровье – Молдова – так называемый «Трансильванский коридор» – страны Евросоюза. Страны СНГ – один из главных каналов поступления кокаина в ЕС.

2. Наличие собственной «производственной базы». В Украине кроме импорта наркотиков существует свое производство наркотических средств – выращивают марихуану и изготавливают в основном синтетические наркотики в домашних мини-лабораториях. Правоохранители периодически сообщают о том, что была обнаружена очередная нарколаборатория по производству психотропных и наркотических средств. Даже при сравнительно небольшой мощности такого предприятия оно обеспечивает своим хозяевам миллионную прибыль при минимальных затратах на оборудование, непосредственно же технологию изготовления наркотиков и оборудование нарколаборатории можно легко узнать в Интернете.

3. Развитие информационных технологий. Уже сегодня в нашем государстве приобрести наркотические средства можно через Интернет, что минимизирует риски преступных организаций, которые занимаются распространением наркотиков.

4. Низкое развитие профессиональной этики медицинских работников. Врачи-наркологи также вовлечены в сеть распространения наркотических средств. Борьба с этим явлением очень сложно, поскольку медики имеют законный доступ к психотропным и наркотическим препаратам. Определить, где заканчиваются их действия в рамках профессиональных обязанностей, а где начинается преступный бизнес правоохранителям очень тяжело, часто требуется большая подготовительная работа и целый ряд следственных действий, чтобы получить доказательства именно преступной деятельности [7].

Изменения в организованной преступной среде, её переориентация на высокодоходный, но в то же время особенно опасный вид преступной

деятельности требует научной классификации преступлений, связанных с наркоторговлей, которые уже сейчас меняют структуру общенациональной преступности.

Во-первых, это преступления, связанные с распространением наркотиков в их наиболее общественно опасной форме. Это организованная преступность в сфере наркобизнеса. Распространители, сбытчики наркотического зелья данного уровня сами, как правило, не употребляют наркотики. Они объединены в организованные группировки, имеющие разветвленные связи в различных регионах страны, в ближнем и дальнем зарубежье. Их влияние распространяется на финансовые, экономические, а порой и политические процессы, происходящие в стране. На их счету не только преступления, связанные с незаконным оборотом наркотиков, но и заказные убийства, физические расправы и запугивание конкурентов, подкуп, вымогательство, взяточничество, другие общественно опасные деяния.

Ко второй группе относятся преступления, совершаемые потребителями наркотиков, которые находятся в тесной взаимосвязи с их распространением, именно эти лица чаще привлекаются к перевозке наркотиков. При этом, как правило, оплата таких услуг осуществляется именно наркотиками, которые представляют собой экономический эквивалент услуги, предоставленной наркозависимым лицом. Следует отметить, что рано или поздно почти все наркоманы-потребители вынуждены идти на контакт со сбытчиками, представителями преступных группировок, попадая в материальную и психологическую зависимость. Не имея необходимых денег на приобретение очередной порции наркотика для себя, они берут в долг, а потом «отрабатывают», в том числе предоставляя услуги по распространению наркотических средств. Тем самым лица, попавшие в наркотическую зависимость, незаметно для себя преодолевают хрупкую грань от себя криминально наказуемого деяния (потребления) к тяжкому преступлению (распространению).

К третьей группе преступлений, связанных с наркотиками, относятся корыстные и корыстно-насильствен-

ные общественно опасные деяния, на которые решаются пойти для получения новой территории для распространения наркотиков. Речь идет о так называемых «нарковойнах» – особых формах криминального перераспределения рынка, когда жертвами становятся не только наркоторговцы, но и потребители наркотиков.

К четвертой группе преступлений, связанных с наркотиками, входят те, которые совершаются против подрастающего поколения. Невозможно в полной мере оценить опасность и размер ущерба, наносимый наркоманией здоровью детей, подростков и молодых людей, а в итоге – будущему генофонду общества. К этой группе преступлений относятся общественно опасные деяния, связанные с распространением наркомании, вовлечением в это все новых жертв из числа молодежи. Попав в хроническую зависимость от наркотиков, не в силах самостоятельно справиться с тяжелым недугом, при этом потеряв работу, а с ней и зарплату, такая категория лиц вынуждена рано или поздно решать вопрос об источнике получения денег на наркотические средства. Нередко ради денег они идут на совершение корыстных преступлений, но самый простой способ решения своей проблемы – втянуть в занятие наркоманией новых людей, на средства которых можно некоторое время продолжать получать необходимые порции наркотических средств. Проще всего это сделать путем вовлечения в занятие наркоманией несовершеннолетних и молодых людей.

Таким образом, современная организованная преступность в Украине становится все более корыстной по своим признакам, особую же опасность представляет ориентация украинских организованных преступных группировок на торговлю наркотическими средствами. Это само по себе требует первоочередной реакции правоохранительных органов по нейтрализации именно тех организованных преступных группировок, которые задействованы в этой сфере уголовного преступного бизнеса.

Соответственно, уже сейчас существует необходимость внесения изменений в Стратегию государственной политики в отношении наркотиков на



период до 2020 года, определив, что эффективность правоохранительной деятельности в сфере государственной политики в отношении наркотиков должна повыситься за счет активного противодействия организованным преступным группировкам, которые задействованы в незаконном обороте наркотиков, поскольку именно они определяют современную наркоситуацию в государстве, а уже потом в повышении уровня выявления контрабанды наркотиков, выявлении системных связей наркобизнеса, прекращении коррупционных схем и т. д.

Выводы. Безусловно, эта статья не позволяет определить все трансформационные аспекты, которые происходят в украинской организованной преступности, но есть возможность определить общую тенденцию. Анализ статистических данных доказывает, что современная организованная преступность в Украине испытывает ныне определенную трансформацию, отходит постепенно от насильственных форм преступной деятельности, концентрируя свое внимание на наркоторговле.

Этот вид преступности привлекает организованную преступность своей рентабельностью, постоянным спросом на наркотики, который ежегодно растет. Эта экономическая составляющая наркоторговли формирует общую картину преступности в Украине, поскольку вместе с наркоторговлей развиваются другие виды преступности, которые тем или иным образом попадают в поле зрения ее организованного сегмента. Эта форма организованной преступности влияет на состояние национальной безопасности, требует первоочередной реакции со стороны правоохранительных органов.

В этой статье не были рассмотрены такие важнейшие аспекты развития организованной преступности, как ее коррупционные связи. Эта тема требует отдельного исследования, на что и должны быть направлены дальнейшие научные поиски.

Список использованной литературы:

1. Василевич В.В. Борьба с вооруженными формами организованной пре-

ступности криминально – насильственного направления : дис. канд. юрид. наук / В.В. Василевич. – К., 1998. – 205 с.

2. Гвоздецкий В.Д. Организованная преступность как объект социально-философского анализа : дис. канд. филос. наук / В.Д. Гвоздецкий. – К., 1997. – 195 с.

3. Грохольский В.Л. Управление деятельностью специальных подразделений МВД Украины по борьбе с организованной преступностью : дис. д-ра юрид. наук / В.Л. Грохольский. – М., 2004. – 425 с.

4. Демидова Л.М. Уголовная ответственность за создание преступной организации : дис. канд. юрид. наук / Л.М. Демидова. – М., 2009. – 221 с.

5. Мирошниченко С.С. Основные направления деятельности органов прокуратуры Украины по предупреждению организованной преступности : дис. канд. юрид. наук / С.С. Мирошниченко. – М., 2007. – 221 с.

6. Петров В.В. насильственно-корыстная преступность организованных групп: тенденции, причины и условия, меры противодействия / В.В. Петров // Сб. науч. трудов Харьковского Центра изучения организованной преступности. Вып. 1. – Харьков, 2000. – 364 С.

7. Пивовар А. наркобизнеса в Украине: старые проблемы и новые угрозы / А. Пивовар. – Режим доступа : <http://www.bagnet.org/news/ukraine/62575>.

8. Пожидаев Г.П. Административно-правовые основы противодействия организованной транснациональной преступности : дис. канд. юрид. наук / Г.П. Пожидаев. – К., 2009. – 210 с.

9. Об организационно – правовых основах борьбы с организованной преступностью : Закон Украины от 30.06.1993 // Ведомости Верховной Рады Украины (ВВР), 1993, № 35, ст. 358. – Режим доступа : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3341-12>.

10. Пшеничный И.В. Организованная транснациональная преступность и роль правоохранительных органов в противодействии ей : дис. канд. юрид. наук / И.В. Пшеничный. – К., 2000. – 220 с.

11. Раецкая Л.В. Тенденции распространения наркомании в Украине / Раецкая Л.В. – Режим доступа : http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/bozk/18text/g18_08.htm.

12. Сайт Министерства вну-

тренних дел. Раздел: статистика МВД. – Режим доступа : http://mvs.gov.ua/mvs/doccatalog/document;jsessionid=479AB56B5_DE66AD932FA2383EA98D9FB?Id=717065.

13. Стрелковская Ю.А. Маргинальные группы в структуре организованной преступности : криминологическое исследование : дис. канд. юрид. наук / Ю.А. Стрелковская. – Одесса, 2009. – 221 с.



СУЩЕСТВУЮТ ЛИ ПРАВОВЫЕ ОСНОВАНИЯ ДЛЯ ИСТРЕБОВАНИЯ АРЕНДАТОРОМ ИМУЩЕСТВА В АРЕНДУ?

Елена ОПАНАСЕНКО,

аспирант кафедры правового регулирования экономики
Киевского национального экономического университета имени Вадима Гетьмана

Summary

The article provides the research of the question on: which remedies (obligatory means or property means) of protection of rights the lessee is endowed under applicable Ukrainian legislation to protect the right to receive property to lease in case of violation of this right by the lessor or any third party. This problem is analyzed by considering the priority scientific and theoretical concepts, comparison of legal regulation of this issue in Ukrainian, Russian and Moldovan legislation, as well as by coverage of disputes decisions offered by the highest judicial authorities.

Key words: the lease agreement, vindication the property to lease, obligatory means of protection of rights, property means of protection of rights, title holder, «in rem effect».

Аннотация

В статье проводится исследование вопроса о том, какими: вещно-правовыми или обязательственно-правовыми средствами защиты, согласно действующему украинскому законодательству, наделен арендатор для защиты своего права на получение имущества в аренду в случае нарушения этого права арендодателем или третьими лицами. Данная проблема анализируется путем рассмотрения приоритетных научно-теоретических концепций, проведения сравнительной характеристики правового регулирования указанного вопроса в украинском, российском и молдавском законодательстве, а также освещения практических решений спорных ситуаций, предлагаемых высшими судебными органами.

Ключевые слова: договор аренды, истребование имущества в аренду, вещно-правовые способы, обязательственно-правовые способы, титульный владелец, «вещный эффект».

Постановка проблемы. Вступая в арендные правоотношения, арендодатель и арендатор на стадии заключения договора аренды и передачи в аренду арендованного имущества нередко сталкиваются с комплексом практических ситуаций, вызванных конкретным поведением сторон в связи с исполнением своих обязательств из договора аренды. Такие ситуации в большом количестве случаев приобретают проблемный характер в связи с недостатками хозяйственно-правового регулирования арендных отношений, которые проявляют себя во время правоприменительной деятельности субъектов правоотношений. К проблемным вопросам подобного характера можно отнести реализацию механизмов юридической защиты права арендатора на передачу ему арендованного имущества на основании заключенного договора аренды в случае неисполнения арендодателем данного обязательства в добровольном порядке, а также в случае заключения нескольких договоров аренды в отношении одного и того же имущества.

Актуальность темы. Данный вопрос неизменно поднимается учеными, которые исследуют правовые отношения аренды и связанные с ними вопросы, в том числе: является ли аренда по своей природе вещным или обязатель-

ственным правоотношением, присутствует ли в аренде вещный эффект и с какого момента, должен ли арендатор при истребовании имущества в аренду выступать в качестве его титульного владельца или основываться исключительно на принципе реального исполнения обязательства и прочие (при подготовке данной статьи использовались научные выводы российских правоведов М.И. Брагинского и В.В. Витрянского [1], а также украинских исследователей: коллектива авторов во главе с А.В. Дзерой, Н.С. Кузнецовой, Р.А. Майдаником [1; 2], авторского коллектива научно-практического комментария Гражданского кодекса Украины во главе с В.В. Богатырем [4] и др.). Способы принуждения арендодателя к передаче имущества в аренду предлагаются и судебной практикой, так как в реальных экономических отношениях эта проблема часто имеет место. Однако, поскольку на данный момент ни в научно-теоретической, ни в законодательной, ни в практической сферах для этого вопроса не утверждено окончательного решения, целесообразными являются дальнейшие его исследования.

Цель данной статьи: исследовать вопрос о том, какими средствами защиты согласно действующему украинскому законодательству наделен арен-

датор для защиты своего права на получение имущества в аренду в случае отказа арендодателя от передачи объекта аренды в добровольном порядке, а также провести сравнительный анализ правового регулирования данного вопроса в украинском, российском и молдавском законодательстве.

Изложение основного материала.

Приступая к исследованию данного вопроса, в первую очередь, необходимо определить нормативную базу, с помощью которой осуществляется его правовое регулирование. В украинском законодательстве хозяйственно-правовые отношения аренды регулируются нормами параграфа 5 «Аренда имущества и лизинг» главы 30 Хозяйственного кодекса Украины от 16.01.2003 № 436-IV (далее – ХК Украины). Согласно ч. 1 ст. 283 ХК Украины по договору аренды одна сторона (арендодатель) передает другой стороне (арендатору) за плату на определенный срок в пользование имущество для осуществления хозяйственной деятельности; а в соответствии с ч. 6 ст. 283 ХК Украины к регулированию хозяйственных отношений аренды применяются нормы Гражданского кодекса Украины от 16.01.2003 № 435-IV (далее – ГК Украины) с учетом положений ХК Украины. В ст. 759 ГК Украины содержится следующее понятие договора имущественного найма



(аренды): по договору найма (аренды) наймодаделец передает или обязуется передать нанимателю имущество в пользование за плату на определенный срок. Согласно положениям ст. 765 ГК Украины наймодаделец обязан передать нанимателю имущество в пользование немедленно или в срок, установленный договором найма. Из вышеуказанных норм закона можно сделать вывод о том, что в случае несогласования сторонами срока передачи имущества в аренду, о чем свидетельствует неукрепление такого срока в договоре аренды, обязанность арендодателя по передаче имущества считается подлежащей немедленному исполнению, то есть сразу же после заключения договора.

Следует отметить, что в научной доктрине договор аренды рассматривается как консенсуальный [1, с. 441-442], то есть такой, что вступает в силу с момента достижения сторонами согласия по всем существенным условиям договора. Однако, исходя из названных положений ХК Украины и ГК Украины, очевидно, что юридически значимые действия сторон по достижению согласия относительно существенных условий аренды (заключения договора аренды) и передачи объекта аренды могут совпадать во времени, что придает такому договору аренды черты реальной сделки. В таких случаях передача имущества в аренду является тем действием, с момента фактического осуществления которого арендный договор приобретает юридическое значение и порождает права и обязанности для сторон. Напротив, при заключении консенсуального договора аренды передача имущества арендодателем происходит исключительно с целью реализации этих прав и обязанностей.

Таким образом, в случае, когда согласно договоренности сторон передача объекта в аренду совпадает с моментом вступления в силу договора аренды, арендатор в таком правоотношении не несет рисков, связанных с возможным отказом арендодателя в дальнейшем от передачи имущества в аренду. Если же стороны договариваются о том, что передача объекта аренды происходит через некоторое время после вступления в силу договора аренды, арендатор может столкнуться с ситуацией, при которой в будущем арендодатель откажется от передачи имущества, или окажется, что имущество уже передано в пользование

другим лицам. Способы защиты прав арендатора, к которым он может прибегнуть в случае выявления таких нарушений, определены в ГК Украины.

В частности, в соответствии со ст. 620 ГК Украины в случае неисполнения должником обязанности передать кредитору в собственность или в пользование вещь, определенную индивидуальными признаками, кредитор имеет право истребовать эту вещь у должника и требовать ее передачи в соответствии с условиями обязательства. Кредитор теряет право на истребование у должника вещи, определенной индивидуальными признаками, в случае, если эта вещь уже передана третьему лицу в собственность или в пользование. Если вещь, определенная индивидуальными признаками, еще не передана, преимущественное право на ее получение имеет тот из кредиторов, обязательство, в пользу которого возникло раньше, а если это невозможно определить, – кредитор, который первым предъявил иск. Специальная по отношению к указанной правовая норма, с помощью которой урегулированы правовые последствия неисполнения обязанности арендодателя передать имущество в аренду, содержится в ст. 766 ГК Украины: если наймодаделец не передает нанимателю имущество, наниматель вправе по своему выбору *потребовать от наймодателя передачи имущества* и возмещения убытков, причиненных задержкой, или отказаться от договора найма и потребовать возмещения причиненных ему убытков. Отдельно способы защиты права арендатора на своевременное получение имущества в аренду предусматриваются в ч. 3 ст. 13 Закона Украины «Об аренде государственного и коммунального имущества» от 10.04.1992 г. № 2269-ХІІ, согласно которой если арендодатель в сроки и на условиях, определенных в договоре аренды, не передаст арендатору объект аренды, арендатор имеет право *требовать от арендодателя передачи объекта* и возмещения убытков, причиненных задержкой передачи, или отказаться от договора и потребовать возмещения убытков, причиненных ему неисполнением договора аренды. Дополнительно в ч. 2 ст. 28 Закона Украины «Об аренде государственного и коммунального имущества» в пределах общей защиты прав арендатора на арендованное имущество предусматривается, что арендатор может потребовать возврата

арендованного имущества из *любого незаконного владения*, устранения препятствий в пользовании им, возмещения вреда, причиненного имуществу гражданами и юридическими лицами, включая арендодателя.

Для дальнейшего исследования данного вопроса следует обратить внимание на его научно-теоретический анализ, осуществленный ведущими российскими и украинскими учеными. В частности, в правовой доктрине распространено мнение о том, что при неисполнении наймодателем обязательства предоставить сданное в наем (аренду) имущество, наниматель не имеет права его *истребовать* ни у наймодателя, ни у третьего лица *на основании виндикационного иска*, поскольку до передачи имущества (до получения его в собственное фактическое держание) не является его *титულным владельцем*, и посему не может использовать вещно-правовые способы защиты от третьих лиц. Это допускается только после передачи вещи, в ситуации, когда она выбывает из владения нанимателя. Наниматель имеет право истребовать имущество, подлежащее передаче во владение и пользование, только по обязательственному иску [4, с. 662].

С указанным научным выводом относительно невозможности использования арендатором, не получившим имущество по договору аренды, вещных способов защиты своего нарушенного права можно дискутировать, используя правовую позицию украинского ученого-правоведа В.В. Цюры, согласно которой титульное владение по своей правовой природе связано не столько с самим фактическим господством над вещью, сколько с юридическими правомочиями по отношению к такой вещи [3, с. 787]. То есть, при заключении консенсуального договора аренды, в отличие от реального, о чем упоминалось выше, арендатор становится титульным владельцем арендованного имущества с момента вступления договора в силу (наиболее часто этот момент определяется сторонами подписанием договора). В этом случае именно действующий договор аренды и является правовым основанием (титолом) арендатора для владения арендованной вещью. Рассуждая далее, можно предположить, что передача имущества в аренду, вопреки согласованным условиям *действующего*



договора аренды, со стороны арендодателя составляет форму злоупотребления правом (в данном случае – правом собственности) в понимании ст. 13 ГК Украины, значит, арендатор, будучи титульным владельцем, вправе требовать прекращения такого злоупотребления, то есть незаконного фактического держания имущества арендодателем, в том числе и способами, предусмотренными для защиты владения.

Возможность юрисдикционной защиты права арендатора (титульного владельца) на получение арендованного имущества в аренду в случае отказа арендодателя от добровольного исполнения данного обязательства путем *предъявления иска об истребовании арендованной вещи у собственника (виндикация)* находило свое закрепление в законодательстве советского периода, как общесоюзном, так и отдельных республик. В частности, в случае непередачи в пользование нанимателю нанятого имущества, нанимателю предоставлялось право, по своему усмотрению, или *истребовать* имущество от наймодателя, или отступить от договора и взыскать убытки (ст. 158 ГК УССР 1922 года, ст. 263 ГК УССР 1963 года). Однако Гражданская кассационная коллегия Верховного суда СССР тут же замечала, что истребование нанятого имущества нанимателем возможно при условии, что имущество не передано другому лицу, имеющему однородное право [5], чем подчеркивалась обязательно-правовая природа отношений имущества найма.

Право арендатора «истребовать» имущество в аренду, закрепленное в гражданском законодательстве советского периода, можно рассматривать как своеобразный «перегиб» воплощения принципа реального исполнения обязательства. По этому поводу ведущий украинский ученый М. Сибилёв указывал, что в условиях директивной (плановой) экономики принцип реального исполнения обязательства (который находит свое проявление в необходимости осуществления должником именно тех действий, которые предусмотрены содержанием договорного обязательства, и невозможности их замены денежной компенсацией (возмещением убытков)) приобретал особое значение из-за того, что кредитор в случае получения возмещения убытков не имел возможности приобрести необходимые ему вещи,

заказать выполнение работ или оказание услуг и т. п. Поскольку в условиях рыночной экономики при наличии конкурентной среды возмещение убытков, причиненных кредитором в полном объеме из-за невыполнения договорного обязательства в натуре, удовлетворяет его интерес, автор прогнозирует постепенное снижение роли этого принципа в современном праве [6, с. 423–424].

В действующем законодательстве постсоветских республик способы защиты прав арендатора от владельца во всех случаях носят обязательно-правовой характер, поскольку общепринятой является научная позиция, которую можно изложить утверждениями украинского специалиста в отрасли права М. Мороз: когда имущество истребуется арендатором от третьих лиц, речь идет о виндикационном иске, т.е. иске вещного характера; в случае же, если имущество истребуется арендатором от владельца, наличие между сторонами обязательственного правоотношения исключает предъявление виндикационного иска для защиты этих правоотношений [7].

К примеру, в ст. 884 Гражданского кодекса Республики Молдова последствия просрочки или отказа передать нанятую вещь урегулированы следующим образом: если наймодатель не передает в установленный срок нанятую вещь или отказывается ее передать, наниматель вправе *потребовать исполнения* этой обязанности и возмещения причиненных убытков, или расторжения договора и возмещения причиненных убытков [8], что соответствует по содержанию ст. 766 ГК Украины.

Интересен тот факт, что в ч. 3 ст. 611 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), в которой также, как и в ст. 766 ГК Украины, и в ст. 884 Гражданского кодекса Республики Молдова, определяются права арендатора в случае непредоставления арендодателем сданного внаем имущества, оставлена формулировка *истребовать*, хотя и с оговоркой, что порядок такого истребования определяется ст. 398 Гражданского кодекса Российской Федерации, которая по своему содержанию является подобной указанной выше ст. 620 ГК Украины.

Анализируя правоприменительную практику судов хозяйственной юрисдикции в данном вопросе, следует отметить, что она является преимущественно однообразной. В большинстве случаев

при рассмотрении споров про нарушение прав арендатора на получение арендованного имущества в аренду на условиях заключенного договора, Высшим хозяйственным судом Украины признаются обоснованными и законными требования об обязательстве ответчика осуществить фактическую передачу истцу арендованной вещи. Признавая в таком случае за истцом право пользования арендованным имуществом, постановляя обязать ответчика фактически передать его в пользование, суд кассационной инстанции со ссылкой на ч. 3 ст. 13 Закона Украины «Об аренде государственного и коммунального имущества» и ст. 766 ГК Украины отмечает, что истцом избран надлежащий способ защиты права в виде принуждения к исполнению обязанности в натуре, поскольку такой способ соответствует установленным в законодательстве правовым последствиям непередачи арендодателем арендатору предмета договора найма [9; 10]. Вместе с тем, в современной судебной практике *отсутствует четкое правовое обоснование позиции* по отношению к правомерности заявления арендаторами в данной ситуации исковых требований об устранении препятствий в пользовании арендованным имуществом (требования вещного характера) против собственника и третьих лиц [11; 12].

В постановлении от 29 мая 2013 года № 12 Пленумом Высшего хозяйственного суда Украины были предоставлены хозяйственным судам руководящие разъяснения по вопросам практики применения законодательства об аренде (найме) имущества. К сожалению, в данном постановлении вопрос о праве требования передачи арендованного имущества в аренду и способах его защиты арендатором против собственника и третьих лиц не нашел своего отражения.

В связи с этим, учитывая большую потребность участников правоотношений в качественном регулировании отношений аренды, заслуживают внимания рекомендации Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее – ВАС РФ), которые были изложены в Информационном письме ВАС РФ № 66 от 11 января 2002 г. Президиумом ВАС РФ был сделан вывод о том, что арендатор, которому не было передано сданное внаем имущество, *не может истребовать его у третьего лица*, в пользовании которого оно фак-



тически находится, как титульный владелец имущества на основании ст. 301, 305 ГК РФ, исходя из следующего. В соответствии со ст. 606 ГК РФ по договору аренды арендодатель обязуется предоставить арендатору имущество за плату во временное владение и пользование или во временное пользование. Таким образом, передача имущества арендатору является *обязанностью арендодателя*. Поскольку передача арендодателем помещения арендатору не состоялась, последний не вступил во владение им, арендатор *не стал законным владельцем* спорного имущества и, следовательно, не имеет права на использование вещно-правовых способов защиты от действий третьих лиц. Его права могут быть защищены лишь путем предъявления к арендодателю одного из требований, указанных в ч. 3 ст. 611 ГК РФ, требование же истца, предъявленное непосредственно к третьему лицу, занимающему спорное недвижимое имущество, не может подлежать удовлетворению [13].

17 ноября 2011 года было принято Постановление Пленума ВАС РФ № 73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды», а 25 января 2013 года — Постановление Пленума ВАС РФ № 13 «О внесении дополнений в постановление Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 г. № 73. Пленумом ВАС РФ было отмечено, что при разрешении споров из договоров аренды, которые были заключены по поводу одного и того же имущества (за исключением случаев, когда арендаторы пользуются различными частями одной вещи или пользование вещью осуществляется арендаторами попеременно в различные периоды времени), судам необходимо исходить из следующего. Если объектом нескольких договоров аренды, заключенных с несколькими лицами, является одно и то же имущество в целом, то (поскольку договоры аренды, предусматривающие такое пользование (владение и пользование) арендуемым имуществом, не могут быть должным образом исполнены) к отношениям арендаторов и арендодателя подлежат применению положения статьи 398 ГК РФ. Арендатор, которому не было передано имущество, являющееся объектом договора аренды, вправе требовать от арендодателя, не исполнившего договор аренды, *возмещения причиненных убытков и уплаты*

установленной договором неустойки [14]. Стоит обратить внимание, что о праве арендатора, которому не было передано имущество в аренду, требовать от арендодателя передачи этого имущества, в данном Постановлении Пленума ВАС РФ не упоминается вовсе.

При помощи вышеуказанных разъяснений судебная система РФ стремится к разрешению общих для большинства бывших советских республик практических затруднений, связанных с тем, что вследствие деления всех гражданских прав на вещные и обязательственные каждый договор, предусматривающий передачу вещи имеет и вещный, и обязательственный эффект, причем они не совпадают по содержанию и по моменту, основаниям и последствиям возникновения и прекращения [15, с. 366].

Анализ правовых позиций ВАС РФ, изложенных в Информационном письме ВАС РФ № 66 от 11 января 2002 г., а также Постановлениях Пленума ВАС РФ № 73 от 17.11.2011 г. и № 13 от 25.01.2013 г., помимо прочего указывает, на то, что *«вещный эффект» аренды возникает не в момент заключения арендного договора, а лишь после осуществления фактической передачи объекта аренды арендатору*, что необходимо принять во внимание.

Выводы. Как известно, правовая конструкция договора аренды была разработана в римском частном праве как чистое обязательственное правоотношение. Советским гражданским законодательством была создана неклассическая модель арендного договора с привлечением нескольких вещно-правовых элементов; данная постклассическая модель договора аренды была воспринята правовыми системами бывших советских республик. Однако некоторые абсолютные элементы арендного обязательства, которые были объективно необходимы в условиях планового народного хозяйства, являются излишними в рыночной экономике. В частности право арендатора требовать от арендодателя передачи имущества в аренду на основании заключенного договора (которое в тех или иных формулировках существует в современном законодательстве) ныне создает излишнюю нагрузку на право собственности. Представляется, что в случае проявления недобросовестности арендодателя в этом вопро-

се, права арендатора в условиях рыночной экономической системы могут быть полностью и эффективно защищены исключительно путем привлечения недобросовестного контрагента к юридической ответственности *компенсационного характера*. Следует обратить внимание на разрабатываемую в Российской Федерации теорию необходимости разграничения момента возникновения обязательственно-правовой связанности сторон договора и появления «вещного эффекта» аренды [15]. Данная теория видится надлежащим правовым основанием для дальнейшего упорядочивания институтов и реформирования системы вещных прав на чужое имущество. Ее разработка в украинской науке и практике позволит добиться сужения последствий вещного эффекта аренды, в ограничении формально доступных способов защиты прав арендатора на арендованное имущество против неограниченного круга лиц, что вызывает проблемы правоприменения в современной практике.

Список использованной литературы:

1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. Изд. 2-е, стереотипное. — М. : «Статут», 2000. — 800 с.
2. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. — 3-тє вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 976 с.
3. Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. — 3-тє вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 1176 с.
4. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. Станом на 1 травня 2012 р. / За заг. ред. В.В. Богатиря — К. : «Центр учбової літератури», 2012. — 1024 с.
5. Гражданский кодекс УССР : практический комментарий : Текст с постатейными разъяснениями из циркуляров, инструкций и постановлений Н. К. Ю. и Верховного Суда и определений Гражданской Кассационной Коллегии Верховного Суда УССР (по 1 октября 1927 года) / сост. И.И. Курицкий, Л.А. Гиммельфарб ; под редакцией



Л.С. Дубинского. – Х. : Юридическое издательство Наркомюста УССР, 1928. – 292 с. – С. 124.

6. Сібільов М. Договірне зобов'язання та його виконання. // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 2 (33) – № 3 (34). – С. 414–424.

7. Мороз М. В. Речово-правові засоби захисту прав орендаря. // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченій пам'яті професора О.А. Пушкіна 23 травня 2009 р. Харків 2009 ббк 67. 9(4укр)304+310я7 П32 Електронний ресурс – Режим доступу : <http://zavantag.com/docs/1938/index-5785-1.html?page=23>.

8. Гражданский кодекс Республики Молдова от 6 июня 2002 года № 1107-XV Електронний ресурс – Режим доступу : http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=3244.

9. Постановление ВГСУ от 19.02.2013 № 26/17-3772-2011 Електронний ресурс – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29513395>.

10. Постановление ВГСУ от 10.04.2013 № 5019/1089/12 Електронний ресурс – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30602092>.

11. Постановление ВГСУ от 08.02.2012 № 9/5007/17/11 Електронний ресурс – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21397146>.

12. Постановление ВГСУ от 10.04.2013 № 5019/1089/12 Електронний ресурс – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30602092>.

13. Информационное письмо ВАС РФ № 66 от 11 января 2002 г. – П. 9 Електронний ресурс – Режим доступу : http://arbitr.ru/as/pract/vas_info_letter/2986.html.

14. Постановление Пленума ВАС РФ № 13 от 25 января 2013 г. – П. 13 Електронний ресурс – Режим доступу : http://arbitr.ru/as/pract/post_plenum/81907.html.

15. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве : учеб.-практ. пособие. – 2-е изд. – М. : Дело, 2000. – 512 с.

НОТАРИАЛЬНОЕ УДОСТОВЕРЕНИЕ ДОГОВОРОВ ДАРЕНИЯ

Сергей ПОЧТАРЕВ,

нотариус, соискатель Научно-исследовательского института частного права и предпринимательства имени академика Ф. Г. Бурчака Национальной академии правовых наук Украины

Summary

The article deals with the rules of notarial acts, in particular the donation. Attention is drawn to the general rules and their compliance with principles of reasonableness and fairness where the donee cannot dictate the terms of the contract and in case of disagreement may refuse to accept the gift.

Also points to the need to respect the rights of minors in the donation of the property to which they are entitled to the property, especially if it has arisen as a result of privatization of housing. Offered additional safeguards to ensure such rights as part of notarial acts, as well as changes and additions to the acts of the current legislation.

Key words: donation, donor, donee, notarization, rosters.

Аннотация

В статье рассказывается о правилах совершения нотариальных действий, в частности при дарении. Обращено внимание на общие правила, их соответствие началам разумности и справедливости при дарении, когда одариваемый не может диктовать условия договора, а в случае его несогласия может отказаться от принятия дара.

Указывается также на необходимость соблюдения прав несовершеннолетних при дарении имущества, на которое они имеют право собственности, особенно, если оно возникло вследствие приватизации жилища. Предложены дополнительные гарантии обеспечения такого права, как часть нотариальных действий, рассмотрены изменения и дополнения актов действующего законодательства.

Ключевые слова: дарение, даритель, одариваемый, нотариальное удостоверение, реестры.

Постановка проблемы. Нотариальное удостоверение и регистрация договоров дарения в Украине периодически сталкивается с такими сложностями, которые приводят к приостановке этих нотариальных действий. С внесением изменений в Закон Украины «О нотариате» и принятием «Порядка совершения нотариальных действий нотариусами Украины», а затем, в течение года его действия, внесения в него ряда существенных изменений, казалось бы, был снят ряд спорных моментов, однако, как выяснилось, не до конца. По крайней мере, их новеллы требуют популяризации и осознания. Кроме того, следует установить их правовую природу и направление правового регулирования.

В научной литературе эти правоотношения анализировались такими специалистами, как М.С. Долинская, И.В. Жилинкова, И.В. Спасибо-Фатеева, Е.И. Фурса и С.Я. Фурса и другие.

Цель публикации – выявить недостатки актов действующего законодательства, дать им оценку и предложить изменения для обеспечения прав участ-

ников нотариальных действий и иных лиц. Объектом исследования стали гражданские и нотариальные правоотношения, возникающие при совершении нотариальных действий, в частности при дарении таких подарков, которые требующих нотариальной формы. Предметом стали акты действующего законодательства, нотариальная практика, бесспорные положения доктрины материального и процессуального права, касающиеся дарения и нотариальных процедур.

Изложение основного материала.

В главе 9 «Порядок совершения нотариальных действий нотариусами Украины» [1] установлено, что тексты договоров и других документов излагаются на специальных бланках нотариальных документов с лицевой и обратной стороны этих бланков. Перед подписанием документа нотариус обязан обеспечить ознакомление с содержанием документа сторон (участников), при совершении нотариальных действий, требующих собственноручной подписи, нотариус проверяет подлинность подписи этих лиц путем их идентификации с



документами, определенными ст. 43 Закона Украины «О нотариате» [2]. Мы полагаем, что дальнейшее уточнение требует пояснений и обоснования.

Так, установлено: если физическое лицо вследствие физического недостатка, болезни или иной причины (например, неграмотности) не может собственноручно подписать документ, то по его поручению в его присутствии и в присутствии нотариуса этот документ может подписать другое лицо, которое указано физическим лицом. Причины, по которым физическое лицо, обратившееся за совершением нотариального действия, не могло подписать документ, отмечаются в тексте документа и в удостоверительной надписи. Однако документ не может подписывать лицо, в пользу или при участии которого его удостоверили.

Если физическое лицо, обратившееся за совершением нотариального действия, имеет недостатки зрения, вследствие этого не имеет возможности прочитать документ, то нотариус читает ему текст документа, о чем на документе делается соответствующая отметка. Если такое лицо является грамотным, оно может самостоятельно подписать документ. Если глухой, немой или глухонемой обратился для совершения нотариального действия, то возникает необходимость довести содержание документа до его сведения.

Если такое лицо в связи с болезнью или физическим недостатком не может подписать документ, то при совершении нотариального действия обязательно должно присутствовать лицо (сурдопереводчик), которое владеет техникой общения с глухим, немым или глухонемым лицом, может подтвердить своей подписью, что содержание сделки, заявления или иного документа соответствует воле (волеизъявлению) участника нотариального действия. Подпись (сурдопереводчика) проставляется после текста документа. Подпись лица или его представителя, в случае необходимости – свидетеля, переводчика на нотариальном документе выполняется собственноручно.

Указанные правила фактически ведут к заключению договора дарения, являющиеся специальными. Одновременно, они являются обременительными и ненужными, поскольку от одаренного не зависит ни дар, ни условия его совершения. Возникает тогда вопрос:

чему служит императивизм приведенного выше?

Отчасти это объясняется правом нотариуса отказать в совершении нотариальных действий в случаях, когда: совершение такого действия противоречит законодательству Украины; не представлены сведения (информация) и документы, необходимые для совершения нотариального действия, у нотариуса есть сомнения в том, что физическое лицо, обратившееся за совершением нотариального действия, осознает значение, содержание, правовые последствия этого действия, или есть подозрение о том, что это лицо действует под влиянием насилия; с просьбой о совершении нотариального действия обратилось лицо, которое в установленном порядке признано недееспособным, или уполномоченный представитель не имеет необходимых полномочий; сделка, совершаемая от имени юридического лица, противоречит целям, указанным в его уставе или положении, или выходит за пределы ее деятельности; лицо, обратившееся с просьбой о совершении нотариального действия, не внесло плату за его совершение; лицо, обратившееся с просьбой о совершении нотариального действия, не внесло установленные законодательством платежи, связанные с его совершением, в других случаях, предусмотренных законом. Одновременно это не всегда касается дарения, подлежащего нотариальному удостоверению.

Нотариус по требованию лица, которым отказано в совершении нотариального действия, обязан изложить причины отказа в письменной форме и разъяснить порядок его обжалования. В этих случаях, он в течение трех рабочих дней выносит постановление об отказе в совершении нотариального действия.

В «Порядке совершения нотариальных действий нотариусами Украины» установлены основные правила удостоверения сделок. В частности, предусмотрено, что удостоверение сделок по отчуждению или залогоу жилого дома, квартиры, дачи, садового дома, гаража, земельного участка, другого недвижимого имущества, а также имущества, на которое распространяется режим недвижимой вещи, управления недвижимостью; сделок по отчуждению и залогоу транспортных средств, подлежащих государственной реги-

страции, производится по местонахождению (месту регистрации) этого имущества или по местонахождению (месту регистрации) одной из сторон соответствующей сделки. Можно сделать вывод, что совершение такой сделки, в том числе и сделки дарения, должно состояться с соблюдением установленного правила.

Но это уже устарело в отношении транспортных средств, их регистрация либерализована, и в настоящее время не отвечает здравому смыслу. С введением единых реестров сделок, каждый нотариус имеет возможность доступа к этим реестрам, может проверить необходимые ему сведения, а при регистрации сделки – довести изменения о принадлежности предмета дара другому лицу до заинтересованных лиц и органов. С целью предвращения этого положения в реальность следует отказаться от императива об удостоверении сделок только по месту регистрации имущества или места его нахождения, что расширит права собственников.

Здесь установлены и процедуры их совершения, в том числе документы о письменных сделках, которые удостоверяются нотариально, изготавливаются нотариусом не менее чем в двух экземплярах, один из которых остается в материалах нотариального дела. Все экземпляры подписываются участниками сделки и имеют силу оригинала, в том числе экземпляр, который хранится в делах нотариуса. Удостоверительная надпись совершается на всех экземплярах сделки. По желанию сторон договора каждой из них выдается по одному экземпляру, о чем указывается в тексте договора. Соответственно, при дарении недвижимости речь идет о трех необходимых экземплярах договора: одаренному, дарителю и нотариусу. Даритель в таком случае имеет письменное подтверждение отчуждения подарка, прекращения в отношении него бремени (ст. 322 ГК) и рисков (ст. 323 ГК).

При заключении сделок, подлежащих нотариальному удостоверению и (или) государственной регистрации, в том числе договоров дарения жилья с участием малолетних лиц, а также лиц, над которыми установлена опека или попечительство, нотариус проверяет наличие разрешения органа опеки и попечительства на совершение таких сделок. Сделки малолетних, а также от



имени физических лиц, признанных в судебном порядке недееспособными, совершают родители (усыновители) или опекуны. Одновременно здесь следует уточнить, что нотариус, при удостоверении таких сделок, должен обеспечить права совладения малолетних, если они были субъектами приватизации, на новое имущество или обеспечить обременение приобретенного взамен имущества правами таких малолетних на долю в нем.

Заметим, что до сих пор эти права малолетних или несовершеннолетних не были должным образом обеспечены: при отсутствии паспорта отметка о праве на приватизированное жилье не указывалась; в случае выдачи паспорта по достижению 16-летия эти данные не всегда вносились; существовала неполнота проведения положений о гарантиях приватизационных прав в подзаконных актах.

Документ дарения имущества, являющегося общей совместной собственностью, подписывается всеми совладельцами этого имущества или уполномоченными ими лицами. При удостоверении по распоряжению общим имуществом супругов, если правоустанавливающий документ оформлен на имя одного из супругов, нотариус требует письменное согласие другого супруга. Подлинность подписи другого супруга на заявлении о таком согласии должна быть нотариально засвидетельствована. Если в заявлении о согласии на отчуждение общего имущества указаны фамилия, имя, отчество физического лица, наименование юридического лица, на отчуждение которого предоставляется согласие, нотариус при удостоверении соответствующего договора обязан проверить соблюдение условий, указанных в таком заявлении.

Разумеется, что, если совладельцем такого имущества, например, жилища, является несовершеннолетний, то он также является содарителем и это проводится с соблюдением правил, предусмотренных ч. 6 ст. 203 ГК Украины и специальных актов законодательства. В частности, речь идет о разрешении органа опеки и попечительства на совершение таких сделок.

Сделка по распоряжению имуществом может быть удостоверена нотариусом без согласия второго из супругов в случае: если из правоу-

станавливающих документов, договора, заключенного между супругами, акта гражданского состояния о браке и других документов следует, что указанное имущество является личной частной собственностью одного из супругов, то есть приобретено до регистрации брака, во время брака, но на условиях, предусмотренных брачным или иным договором, по договору дарения или в порядке наследования, или на средства, которые принадлежали ей (ему) лично. О проверке этих обстоятельств нотариус делает отметку на экземпляре сделки, что остается в материалах нотариального дела, со ссылкой на реквизиты соответствующих документов, если эти документы не присоединяются к экземпляру такой сделки.

При удостоверении нотариусом сделок по отчуждению имущества от лица, у которого нет супруга (замужем не замужем, вдова/вдовец), отчуждатель подает соответствующее заявление, в котором также отмечается, что имущество, которое является предметом этой сделки, не является общей совместной собственностью. Нотариус проверяет содержание такого заявления, доводит его до сведения второго участника сделки и отмечает об этом в его тексте. Заявление должно исходить лично от отчуждателя, а в случае совершения сделки через представителя – от представителя, если отчуждатель предоставил ему право при оформлении сделки подавать от его имени заявление о принадлежности ему (отчуждателю) имущества на правах личной частной собственности. В подтверждение того, что имущество приобретено одним из супругов во время раздельного проживания со вторым из супругов в связи с фактическим прекращением брачных отношений, подается копия решения суда, вступившего в законную силу, о признании личной частной собственностью одного из супругов имущества, являющегося предметом данного договора.

В договоре об отчуждении собственником доли имущества по желанию сторон может быть установлен порядок владения и пользования ими в соответствии с размером доли каждого из совладельцев. В договоре об отчуждении одним из участников общей долевой собственности принадлежащей ему доли имущества, порядок владения

и пользования конкретными его частями может быть указан только при наличии соответствующего договора между участниками общей долевой собственности о порядке владения и пользования имуществом, по их письменному согласию или при наличии судебного решения о порядке владения и пользования имуществом (конкретными его частями).

Договоры о дарении имущества, как разновидности сделок об отчуждении имущества, право собственности на которое подлежит регистрации, удостоверяются при условии представления документов, подтверждающих право собственности (доверительной собственности) на отчуждаемое или заложенное, и, в предусмотренных законодательством случаях, документов, подтверждающих государственную регистрацию прав на это имущество у лиц, что его отчуждают. Так, право собственности на жилой дом, квартиру, дачу, садовый дом, гараж, другие здания и сооружения, которые дарятся, может быть подтверждено следующими документами (их дубликатами): нотариально удостоверенным договором купли-продажи, пожертвования, пожизненного содержания, ренты, дарения, мены, наследственным договором; свидетельствами о приобретении арестованного недвижимого имущества с публичных торгов (аукционов), о приобретении заложенного имущества на аукционе (публичных торгах), о праве собственности на объекты недвижимого имущества, о праве на наследство, о праве собственности на долю в общем имуществе супругов; договорами о разделе наследственного имущества, о прекращении права на содержание при условии приобретения права на недвижимое имущество, о прекращении права на алименты для ребенка в связи с передачей права собственности на недвижимое имущество, о выделении доли в натуре (разделе), ипотеки, об удовлетворении требований ипотечного держателя, если условиями таких договоров предусмотрена передача ипотечного держателя права собственности на предмет ипотеки; решением суда; договором купли-продажи, который зарегистрирован на бирже, заключен в соответствии с требованиями законодательства, при наличии отметки на нем о регистрации соответствующих прав.



Право собственности на земельный участок удостоверяется государственным актом, а на земельный участок, приобретенный в собственность из земель частной собственности без изменения его границ, целевого назначения, по гражданско-правовому договору на отчуждение земельного участка, заключенному в порядке, установленном законом, в случае приобретения права собственности на земельный участок; свидетельством о праве на наследство.

При дарении жилища, кроме правоустанавливающего документа на жилой дом, квартиру, усадьбу и другое недвижимое имущество, если оно подлежит регистрации, приобщается извлечение из Реестра прав собственности на недвижимое имущество. Одновременно изменения в регистрационном праве и открытость реестров предоставляет нотариусу возможность тут же установить и проверить сведения, которые помещены в реестрах, что свидетельствует о несоответствии этого правила и потребности его изменить и изложить в редакции: «При дарении жилища, кроме правоустанавливающего документа на жилой дом, квартиру, усадьбу и другое недвижимое имущество, если оно подлежит регистрации, по Реестру прав собственности на недвижимое имущество, его отягощениями устанавливается нотариусом в обязательном порядке».

Соответственно, следующий абзац ст. 1.7. устарел и, на наш взгляд, должен быть изложен в редакции: «Если в Реестре прав собственности на недвижимое имущество является информация...», дальше по тексту о том, что если имущество, подлежащее отчуждению, возведено, достроено, перестроено или перепланировано владельцем самостоятельно, нотариус требует представления решения органа местного самоуправления о разрешении осуществить перестройку, пристройку, перепланировку или возвести хозяйственные, бытовые здания и сооружения. В случае отсутствия такого решения нотариус отказывает в удостоверении договора отчуждения жилого дома, владельцем которого осуществлена такая перестройка, пристройка, переоборудование или возведены хозяйственные бытовые здания и сооружения.

Нотариус должен отказать в удостоверении договора дарения, если из

представленных нотариусу документов следует, что жилой дом, здание, сооружение и т.д. построены (или строятся) на земельном участке, не отведенном для этой цели.

Для обеспечения охраны прав малолетних и несовершеннолетних детей, недееспособных или ограниченно дееспособных лиц на пользование отчуждаемыми жилым домом, квартирой, комнатой или их частью нотариус требуется выдача ему справки о составе семьи от жилищно-эксплуатационной организации, квартального комитета или иного уполномоченного органа по вопросам регистрации места жительства. В случае выявления в представленных отчуждателем документах права собственности или права пользования отчуждаемым жилым домом, квартирой, комнатой или их частью, что принадлежат малолетним или несовершеннолетним детям, недееспособным или ограниченно дееспособным лицам, нотариус должен истребовать у отчуждателя разрешение органа опеки и попечительства на совершение такой сделки в форме выписки из решения соответствующей районной, районной в городах Киева и Севастополе государственной администрации, соответствующего исполнительного органа городских, районных в городах, сельских, поселковых советов.

При удостоверении договора дарения земельного участка, нотариус проверяет отсутствие/наличие ограничений (обременений) такого земельного участка. Переход права собственности на земельный участок не прекращает установленного ограничения или обременения. Об установлении ограничения или обременения, его содержании нотариус отмечает в тексте договора. Кроме того, в случаях, установленных Законом Украины «Об оценке земель» [3], нотариус требует предоставить ему документы о денежной оценке отчуждаемого земельного участка. При наличии запрета сделка об отчуждении имущества, обремененного долгом, удостоверяется лишь в случае согласия одаряемого и приобретателя на перевод долга на приобретателя.

При подготовке к удостоверению сделок об отчуждении по договору дарения недвижимого имущества нотариусом проверяется отсутствие запре-

та отчуждения или ареста имущества по данным Единого реестра запретов отчуждения объектов недвижимого имущества. Также такие договоры удостоверяются нотариусом после проверки отсутствия налогового залога. Кроме того, договоры дарения имущества (имущественных прав) налогоплательщиком, активы которого находятся в налоговом залоге, удостоверяются при условии письменного согласия соответствующего налогового органа. Также нотариус проверяет отсутствие обременения недвижимого имущества ипотекой по данным Государственного реестра ипотек. Как и в предыдущем случае при наличии обременения ипотекой на заключение таких договоров требуется письменное согласие ипотечодержателя, если это не запрещено ипотечным договором.

При дарении ценного имущества не исключено проведение его нормативной денежной оценки, в частности земельного участка с целью определения ее стоимости в соответствии с требованиями ст. 5 Закона Украины «Об оценке земель», а другого имущества – в соответствии с Законом Украины «Об оценке имущества, имущественных прав и профессиональной оценочной деятельности в Украине» [4]. Это обусловлено правилами формирования платы за удостоверение таких договоров, взыванием пошлины.

Вывод. Таким образом, нотариальное удостоверение договора дарения является правообразующим фактом или только частью предусмотренных законодательством юридических процедур осуществления субъективного права по правилам накопительного юридического состава. Оно имеет ряд особенностей, которые предусмотрены «Порядком совершения нотариальных действий нотариусами Украины», произведенных нотариальной практикой.

Бесспорным является то, что нотариальная деятельность сейчас развивается в ракурсе правоохранительной деятельности и, прежде всего, при совершении нотариальных действий как части нотариального процесса, нотариус должен обеспечивать соблюдение прав участников: а) которые принимают участие в совершении нотариальных действий; б) которые имеют права в отношении объектов нотариальных сделок.



Список использованной литературы:

1. Порядок совершения нотариальных действий нотариусами Украины [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1298-11>.

2. О нотариате : Закон Украины от 02.09.1993 № 3425-ХІІ. // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua/go/3425-12>.

3. Об оценке земель : Закон Украины от 11.12.2003 г. № 1378-ІV. // Ведомости Верховной Рады Украины (ВВР). – 2001. – № 47. – Ст. 251.

4. Об оценке имущества, имущественных прав и профессиональной оценочной деятельности в Украине : Закон Украины от 12 июля 2001 г. № 2658-ІІІ // Ведомости Верховной Рады Украины (ВВР). – 2001. – № 47. – Ст. 251.

ПОНЯТИЕ, СОДЕРЖАНИЕ ТЕРМИНА «ТАМОЖЕННАЯ ПРОЦЕДУРА» В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ СТРАН-УЧАСТНИЦ СОДРУЖЕСТВА НЕЗАВИСИМЫХ ГОСУДАРСТВ

Виктор ПРОКОПЕНКО,

кандидат юридических наук,

доцент, доцент кафедры морского и таможенного права
Национального университета «Одесская юридическая академия»

Summary

The present article is concerned with the consideration of the «customs procedure» legal concept; it's content under the legislation of countries-participants of the Commonwealth of Independent States. The author focuses his attention on the absence of comprehensive scientifically-legal researches in this field that creates certain problems for complete understanding of a customs procedure. Based on a comparative analysis of codification acts in the customs rules and procedures sphere of countries-participants of the Commonwealth of Independent States and some international statements the author came to the point that there is an uncertainty and absence of the integrated tractability and meaning of the given legal concept. It was ascertained that in the Ukrainian customs legislation are applied such concepts as «customs procedure» and «customs formalities», thus the first concept is wider than the second one and includes in each specific case certain quantity of such formalities.

Key words: customs procedures, customs formalities, customs treatment, customs registration, customs control, customs services.

Аннотация

Статья посвящена рассмотрению правового понятия «таможенная процедура», его содержания по законодательству стран-участниц Содружества Независимых Государств. Автор акцентирует внимание на отсутствии комплексных научно-правовых исследований в данной области, что создает определённые проблемы для целостного понимания таможенной процедуры. На основе компаративного анализа кодифицированных актов в области таможенного дела стран-участниц Содружества Независимых Государств и некоторых международных актов автор приходит к выводу о неоднозначности и отсутствии единообразной трактовки, смысловой нагрузки данного правового понятия. В ходе исследования установлено, что в украинском таможенном законодательстве применяются такие понятия как «таможенная процедура» и «таможенные формальности», при этом первое понятие шире второго и включает в себя в каждом конкретном случае определенное количество таких формальностей.

Ключевые слова: таможенные процедуры; таможенные формальности; таможенный режим; таможенное оформление; таможенный контроль; таможенные услуги.

Постановка проблемы. Проблема определения понятия и характеристики категории правовых отношений является одной из самых сложных как с точки зрения общей теории права, так и с точки зрения определения принципиальных основ регулирования и функционирования отдельных отраслей права. Проведение исследований отдельных дефиниций (речь идет о понятии «таможенная процедура») позволяет выявить «смысловую нагрузку» понятия и других элементов понятийно-категориального аппарата, используемых в международных и национальных нормативных актах.

Актуальность темы исследования обусловлена отсутствием фундаментальной, комплексной работы, посвященной компаративному анализу понятия и содержания термина «таможенная процедура», применяемого в законодательстве стран-участниц Содружества Независимых Государств (далее – СНГ).

Состояние исследования. Научные исследования в области таможенных процедур, порядка их выполнения (реализации) всегда были дискуссионными с точки зрения науки таможенного права. Особое внимание ученые уделяли таможенным процедурам на транспорте. Например, вопрос опре-



деления таможенных процедур на морском транспорте в системе права Украины, их взаимосвязи с другими институтами таможенной системы рассматривались в работах Е.В. Додина, П.В. Пашка, В.Г. Деркача, О.Б. Егорова, С.А. Трофимова, А.А. Зотенко, А.Н. Кузьменко и др.

Анализ понятия «таможенная процедура», его смысловое наполнение и применение в законодательстве стран-участниц СНГ не проводился, хотя отдельные статьи по этой тематике были опубликованы в специальной литературе и посвящены исследованиям данной дефиниции в отдельных государствах. Поэтому целью данной статьи является анализ законодательных, кодифицированных актов стран СНГ в области таможенного дела относительно понятия и содержания термина «таможенная процедура».

Изложение основного материала.

Впервые на законодательном уровне правовое понятие «таможенные процедуры» было закреплено во втором Таможенном кодексе (далее – ТК) Украины 2002 г., под которым понимались «операции, связанные с осуществлением таможенного контроля за перемещением товаров и транспортных средств через таможенную границу Украины, таможенного оформления этих товаров и транспортных средств, а также с взиманием предусмотренных законом налогов и сборов» [1]. Другими словами, законодатель в понятие таможенных процедуры включал операции по таможенному контролю, таможенному оформлению, взиманию налогов.

В третьем ТК Украины 2012 г. присутствует совершенно иной подход законодателя к определению основных терминов и понятий – целый ряд нововведений в понятийно-категориальный аппарат (например, понятия «таможенные формальности», «таможенный статус товаров», «тарифная квота» и т. п.) и оперирование ранее введенными понятиями, но уже с другими смысловыми нагрузками. Само понятие «таможенные процедуры» в ТК Украины 2012 г. уже трактуется по-другому, а именно: «таможенная процедура – обусловленные целью перемещения товаров через таможенную границу Украины совокупность таможенных формальностей и порядок их выполнения» [2]. Таким образом, законодатель в понятие «та-

моженные процедуры» вводит понятие «таможенные формальности», которое до этого времени не использовалось в украинском законодательстве. В соответствии с п. 29 ст. 4 ТК Украины 2012 г. «таможенные формальности – совокупность действий, которые подлежат выполнению соответствующими лицами и органами доходов и сборов с целью соблюдения требований законодательства Украины по вопросам государственного таможенного дела» [2]. Анализ этой дефиниции позволяет сделать следующие выводы: во-первых, такие действия касаются как субъектов внешнеэкономических операций, так и органов доходов и сборов; во-вторых, это действия относительно соблюдения требований таможенного законодательства при перемещении товаров через таможенную границу Украины.

Но дефиниция «таможенные формальности» используется и в таможенных конвенциях. Например, анализируя раздел 2 Международной конвенции об упрощении и гармонизации таможенных процедур, к которой Украина присоединилась в установленном порядке [3], «Определение понятий» общего дополнения к вышеупомянутой Конвенции, обращаем внимание на два понятия, а именно «таможенное оформление» и «таможенные формальности», где «таможенное оформление – это осуществление таможенных формальностей, необходимых для выпуска товаров в свободное обращение, с целью внутреннего потребления, экспорта или перевода в другие таможенные режимы. Таможенные формальности – совокупность действий, которые подлежат выполнению соответствующими лицами и таможенной службой с целью соблюдения требований таможенного законодательства» [4].

Таким образом, разработчики данной Конвенции вкладывают в содержание правового понятия «таможенное оформление» понятие «таможенные формальности», то есть, практически отождествляя их. Название раздела 3 общего дополнения именно об этом и свидетельствует – «Таможенное оформление и другие таможенные формальности». Ознакомление с содержанием норм этого раздела позволяет понять, какие же именно действия выполняются как соответствующими лицами, так и таможенной службой,

при таможенном оформлении перемещаемых товаров. Во-первых, перед подачей декларации на товары декларанту разрешается осуществлять осмотр товаров и брать образцы (пробы). Во-вторых, непосредственно сама подача, регистрация и проверка декларации, на товары. В-третьих, проверка товаров, то есть проведение операции по фактической проверке товаров силами таможенной службы с целью установления соответствия характера, происхождения, состояния, количества и стоимости товаров, данным, приведенным в декларации на товары. Считаем, что такие действия являются не чем иным, как осуществлением таможенной администрацией именно таможенного контроля. В-четвертых, пропуск товаров, то есть товары, отмеченные в товарной декларации, пропускаются после принятия решения не проводить их проверку, при условии, что: не было обнаружено никаких правонарушений; представлены лицензии на ввоз или вывоз, любые другие необходимые документы; представлены все разрешения, которые касаются конкретной процедуры; оплачены все пошлины и налоги или приняты необходимые меры для обеспечения их уплаты.

Анализ раздела 3 общего дополнения Киотской Конвенции позволяет прийти к выводу, что понятие «таможенные формальности» включает в себя не только таможенное оформление, но и таможенный контроль, уплату пошлин, налогов [5, с. 63].

В названии этой Конвенции содержится словосочетание «таможенные процедуры», однако само понятие так и не раскрывается. Тем не менее, анализ содержания Конвенции позволяет утверждать, что под таможенными процедурами необходимо понимать комплекс мероприятий по соблюдению порядка перемещения товаров через границы государств, что касается и таможенного контроля, и таможенного оформления, и взимания таможенных платежей, но никоим образом не касается выбора таможенного режима.

В глоссарии международных таможенных терминов, опубликованном Всемирной таможенной организацией, под таможенными процедурами понимают применение таможенным органом обработки товаров, которые находятся под таможенным контролем [6].



Тем не менее, мы можем допустить, что в международных таможенных конвенциях понятие «таможенные процедуры» значительно шире понятия «таможенные формальности», которые и включают в себя последние.

Какая же ситуация в законодательстве стран-участниц СНГ относительно применения понятия «таможенная процедура» и какая смысловая нагрузка вложена в него?

Прежде всего, необходимо обратить внимание на Основы таможенного законодательства стран-участниц СНГ, которые были подписаны в 1995 г. 12 странами СНГ. Анализ содержания настоящего международного акта позволяет констатировать отсутствие использования в нем понятия «таможенная процедура» [7]. В Таможенных кодексах некоторых стран СНГ (Армения, Узбекистан) этот термин также не употребляется. В ТК Грузии содержание этого срока не раскрывается, однако словосочетание «таможенные процедуры» применяется. Например, в соответствии с ч. 3 ст. 71 ТК Грузии таможенные сборы взимаются за таможенные процедуры [8]. Анализ других статей ТК Грузии позволяет сделать вывод, что таможенные процедуры включают в себя действия, связанные с: оформлением международных почтовых отправлений; снятием товаров и транспортных средств с таможенного контроля; выдачей лицензий и т. п.

Практически идентичные понятия «таможенная процедура» содержатся в Таможенных кодексах Республики Таджикистан и Туркменистан. Так, согласно п. 23 ст. 10 ТК Республики Таджикистан «таможенная процедура – совокупность положений, предусматривающих порядок совершения операций и определяющих статус товаров и транспортных средств для таможенных целей» [9]. В соответствии с п. 7 ст. 5 ТК Туркменистана «таможенная процедура – совокупность положений, предусматривающих порядок совершения таможенных операций и определяющих статус товаров и (или) транспортных средств для таможенных целей» [9].

Раздел II ТК Республики Таджикистан посвящен таможенным процедурам, в структуру которого входят три подраздела «Таможенное оформление» (включает гл. 8-16), «Таможен-

ные режимы» (включает гл. 17-35) и «Специальные таможенные процедуры» (включает гл. 36-40). В подразделе «Таможенное оформление» содержатся главы относительно общих вопросов таможенного оформления, декларирования товаров, временного хранения, прибытия и отбытия товара, на (из) таможенную (таможенной) территорию (территории) Республики Таджикистан, а также главы, которые посвящены внутреннему таможенному транзиту, таможенному перевозчику, таможенному брокеру. В подразделе «Таможенные режимы» содержатся главы, посвященные конкретным видам таможенных режимов, а также глава, относительно перемещения припасов. В подразделе «Специальные таможенные процедуры» содержатся главы относительно перемещения: транспортных средств; товаров физическими лицами; товаров в международных почтовых отправлениях; товаров отдельными категориями иностранных лиц; товаров трубопроводным транспортом и линиями электропередач.

Практически такая же структура и содержание ТК Туркменистана, в котором раздел II также посвящен таможенным процедурам, в его структуру входят три подраздела: «Таможенное оформление», «Таможенные режимы» и «Специальные таможенные процедуры».

Таким образом, законодатели Республики Таджикистан и Туркменистан в понятие «таможенная процедура» включают осуществление операций, которые связаны с: таможенным оформлением, таможенными режимами; получением соответствующих разрешений относительно деятельности таможенного перевозчика, таможенного брокера и т. п. Не входят в вышеуказанное понятие такие блоки, части таможенного дела как таможенный контроль и таможенные платежи.

В ТК Киргизской Республики понятие «таможенные процедуры» совсем иное. В соответствии с п. 30 ст. 9 ТК Киргизской Республики это «...отдельные действия, совершаемые в соответствии с Кодексом, как таможенными органами, так и лицами, в отношении товаров и транспортных средств, находящихся под таможенным контролем, а также по представлению, принятию и оформлению документов, необхо-

димых для таможенных целей» [11]. Однако анализ содержания ТК Киргизской Республики позволяет прийти к выводу, что в понятие «таможенные процедуры» включены действия, которые связаны с таможенным оформлением, временным хранением, идентификацией товара, осуществлением внутреннего таможенного транзита и перемещением: транспортных средств; товаров физическими лицами; товаров в международных почтовых отправлениях; товаров отдельными категориями иностранных лиц. Как видим, несмотря на иное содержание термина «таможенные процедуры», законодатель Республики Киргизстан включает в это понятие практически такие же действия (с некоторыми исключениями), как и законодатели Республик Таджикистан и Туркменистан.

Совсем другое содержание относительно рассматриваемого вопроса вложено в это понятие в соответствии с ТК Республики Молдова. Согласно ст. 121 ТК Республики Молдова таможенными процедурами являются все виды таможенных услуг, предоставляемых таможенными органами в сфере таможенной деятельности [12]. В дополнении 2 к Закону Республики Молдова «О таможенном тарифе» содержится перечень таможенных услуг и размер сбора за осуществление таможенных процедур (например, за таможенное оформление товаров, помещенных в некоторые таможенные режимы, хранение товара, наложение таможенной пломбы, информационную обработку таможенных деклараций, выдачу сертификата происхождения товара и тому подобное) [13]. Таким образом, в законодательстве Республики Молдова таможенные услуги, предоставляемые таможенными органами, и являются таможенными процедурами, исключительный перечень которых содержится в Законе Республики Молдова «О таможенном тарифе».

В 2007 г. в Душанбе Беларусь, Казахстаном и Россией подписан Договор о создании единой таможенной территории и формировании Таможенного союза, который впоследствии трансформировался в ЕврАзЭС. С лета 2010 г. на всей таможенной территории таможенного союза действует ТК ЕврАзЭС. В соответствии с п. 26 ст. 4 ТК Таможенного союза ЕврАзЭС тамо-



женная процедура – это совокупность норм, определяющих для таможенных целей требования и условия пользования и (или) распоряжения товарами на таможенной территории Таможенного союза или за его пределами [14].

Раздел 6 ТК Таможенного союза ЕврАзЭС посвящен таможенным процедурам, в котором предусмотрены процедуры экспорта, реэкспорта, реимпорта, таможенного транзита и так далее. Другими словами и «языком украинского таможенного законодательства», таможенные процедуры в ТК Таможенного союза ЕврАзЭС есть не что иное, как таможенные режимы.

Национальное таможенное законодательство стран-участниц этого Таможенного союза адаптировано к ТК Союза. Так, раздел IV Федерального закона «О таможенном регулировании в Российской Федерации» посвящен таможенным процедурам и в соответствии со ст. 225 данного Закона «... виды таможенных процедур установлены ст. 202 МК Таможенного союза» [15]. В соответствии с п. 16 ст. 4 Кодекса Республики Казахстан «О таможенном деле в Республике Казахстан» таможенная процедура – это совокупность норм, определяющих для таможенных целей требования и условия пользования и (или) распоряжения товарами на таможенной территории Таможенного союза или за его пределами [16]. Раздел 6 этого Кодекса также посвящен таможенным процедурам, который практически идентичен разделу 6 ТК Таможенного союза ЕврАзЭС.

В соответствии с п. 1.29. ст. 8 ТК Республики Беларусь таможенная процедура – это «совокупность положений, определяющих для таможенных целей специальный порядок перевозки, хранения или иного использования товаров, ввезенных на таможенную территорию или вывозимых за ее пределы без их таможенного декларирования и помещения под таможенный режим» [17]. Как видим, совсем другая смысловая нагрузка данного понятия вложена в ТК Республики Беларусь. Анализ содержания этого Кодекса позволяет свидетельствовать о достаточно частом применении и оперировании словосочетанием «соответствующий таможенный режим и соответствующая таможенная процедура». В разделе IV ТК Республики Беларусь посвященном таможенным

процедурам, речь идет о транзите, временном хранении и таможенных процедурах, относительно транспортных средств, международной перевозки и припасах, то есть содержится исключительный перечень этих процедур. Таким образом, в национальном таможенном законодательстве Республики Беларусь разделяются таможенные процедуры и таможенные режимы, что никоим образом не отвечает нормам ТК Таможенного союза ЕврАзЭС. Однако в ч. 2 ст. 1 ТК Таможенного союза ЕврАзЭС закреплено, что таможенное регулирование в Таможенном союзе осуществляется в соответствии с таможенным законодательством Таможенного союза, а в части, не урегулированной таким законодательством, до установления соответствующих правоотношений на уровне таможенного законодательства Таможенного союза, – в соответствии с законодательством государств-членов Таможенного союза [14]. Таким образом, таможенные правоотношения, которые возникают на территории Республики Беларусь, урегулированы нормами ТК Таможенного союза. Тем не менее, неясно, почему белорусский законодатель до этого времени не внес соответствующие изменения в национальное таможенное законодательство относительно рассматриваемого вопроса.

Следует отметить, что в ТК Азербайджанской Республики содержится совсем другое понятие «таможенная процедура». В соответствии с п. 1.0.18. ст. 1 ТК Азербайджанской Республики «таможенная процедура – одна из процедур вывоза, реэкспорта, временного вывоза, выпуска в свободное обращение, реимпорта, под которые могут быть помещены товары и транспортные средства, находящиеся под таможенным контролем в соответствии с положениями этого Кодекса, и специальных таможенных процедур» [18]. К специальным таможенным процедурам относятся: транзит, склад, свободная зона, особое использование и переработка. Таким образом, в национальном таможенном законодательстве Азербайджанской Республики помещения товара в соответствующий таможенный режим и является таможенной процедурой, хотя раздел X свидетельствует, что к таможенным процедурам относится также и декларирование товара.

Следует отметить, что в ТК Азербайджанской Республики практически без изменений восстановлена норма ТК Европейского Сообщества относительно понятия «таможенная процедура». В соответствии с п. 15 и 16 ст. 4 ТК Европейского Сообщества «термин «таможенный режим» значит: помещение под таможенную процедуру; помещение в свободную зону или на свободный склад; обратный вывоз из таможенной территории Содружества; уничтожение. Термин «таможенная процедура» означает: выпуск в свободное обращение; транзит; складирование на таможенном складе; активная переработка; переработка под таможенным контролем; временное использование; пассивная переработка; вывоз товара» [19].

Выводы. Анализ таможенного законодательства стран-участниц СНГ позволяет прийти к выводу об отсутствии единообразной трактовки и смысловой нагрузки правового понятия «таможенная процедура». В некоторых странах (Армения, Узбекистан) вообще данное понятие не применяется. В странах Таможенного союза ЕврАзЭС, где действует ТК этого союза, под этим понятием понимается не что иное, как помещение товара в соответствующий таможенный режим. Вообще ТК Таможенного союза ЕврАзЭС не оперирует понятием «таможенный режим». Если национальное законодательство России и Казахстана приведено в соответствии с ТК Таможенного союза ЕврАзЭС, то в национальном законодательстве Беларуси сложилась совершенно непонятная ситуация – ТК Республики Беларусь содержит исключительный перечень таможенных процедур и это не таможенные режимы. Надеемся, что белорусский законодатель внесет соответствующие изменения в ТК.

Практически такая же смысловая нагрузка заложена в понятие «таможенная процедура» в ТК Азербайджанской Республики, то есть помещение товара под соответствующий таможенный режим, а также декларирование.

В некоторых странах СНГ – Таджикистане, Туркменистане, Киргизстане структура и содержание Таможенных кодексов за некоторыми исключениями одинакова. Идентичное понятие «таможенная процедура» содержится в ТК Таджикистана и Туркменистана, в ТК



Киргизии закреплена совершенно иная дефиниция. Однако анализ норм статей ТК вышеназванных Республик позволяет прийти к выводу о том, что в этих странах под правовым понятием «таможенная процедура» понимается осуществление действий по: таможенному оформлению; выбору таможенных режимов; получению соответствующих разрешений.

Совершенно иной подход к рассматриваемой категории у молдавского законодателя, где таможенными процедурами являются все виды таможенных услуг, исключительный перечень которых содержится в Законе Республики Молдова «О таможенном тарифе» и которые представляются таможенными органами.

Считаем необходимым заметить, что наиболее адаптированным к международным правовым правилам, нормам, стандартам является украинское таможенное законодательство. В украинском таможенном законодательстве применяются такие правовые понятия, как «таможенная процедура» и «таможенные формальности». Понятие «таможенные процедуры» шире понятия «таможенные формальности» и включает в себя в каждом конкретном случае (зависит от цели перемещения) определенное количество таких формальностей. Таможенные формальности – это действия как лиц, перемещающих товары через таможенную границу (получение, заполнение, предъявление необходимых документов, предъявление товара к досмотру, оплата таможенных платежей), так и должностных лиц органов доходов и сборов по осуществлению таможенного контроля, таможенного оформления, взиманию таможенных платежей, связанные с обеспечением законности перемещения товаров через таможенную границу.

Список использованной литературы:

1. Митний кодекс України від 11 липня 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 38-39. – Ст. 288 (втратив чинність).

2. Митний кодекс України від 13 березня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 44–45, № 46–47, № 48. – Ст. 552.

3. Про приєднання України до Протоколу про внесення змін до Міжнародної конвенції про спрощення та гармонізацію митних процедур: Закон України від 05.10.2006 року // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 48. – Ст. 476.

4. Міжнародна конвенція про спрощення та гармонізацію митних процедур від 18.05.1973 року // Офіційний Вісник України. – 2011. – № 71. – Ст. 2711.

5. Прокопенко В.В. Митні формальності: поняття, зміст (міжнародно-правовий аспект) // Митна справа. – 2011. – № 5. – С. 61–69.

6. Glossary of international customs terms. World Customs Organization. – Brussels, 2006.

7. Рішення про Основи митних законодавств держав – учасниць Співдружності Незалежних Держав від 10 лютого 1995 р. // Офіційний вісник України. – 2007. – № 85. – Ст. 3141.

8. Таможенный кодекс Грузии. [Электронный ресурс]. Режим доступа : <http://policy.mofcom.gov.cn/english/flaw!fetch.action?id=02d6513d-9298-4010-b41f-d7af702a6963&pager.pageNo=21>.

9. Таможенный кодекс Республики Таджикистан от 3 ноября 2004 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа : http://www.base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=7870.

10. Таможенный кодекс Туркменистана от 25 сентября 2010 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа : http://www.base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=32438.

11. Таможенный кодекс Киргизской Республики от 12 июля 2004 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа : http://www.customs.kg/index.php/custzak/posgov/145-tamkod#my_anchor0.

12. Таможенный кодекс Республики Молдова от 20 июля 2000 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа : http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=3435.

13. О таможенном тарифе: Закон Республики Молдова от 20 ноября 1997 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа : http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=3431#A37M0JNFHF.

14. Таможенный кодекс Таможенного союза ЕврАзЭС в ред. Протокола от 16.04.2010 г. [Электронный ресурс].

Режим доступа : http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_100808.

15. О таможенном регулировании в Российской Федерации: Федеральный закон от 27.11.2010 г. № 311-ФЗ. [Электронный ресурс]. Режим доступа : http://www.consultant.ru/popular/custom_new/103_41.html#p2770.

16. Кодекс Республики Казахстан «О таможенном деле в Республике Казахстан» от 30 июня 2010 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30776062#sub_id=40000.

17. Таможенный кодекс Республики Беларусь от 7 января 2007 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа : http://www.base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=14871.

18. Таможенный кодекс Азербайджанской Республики от 24 июня 2011 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа : http://www.base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=48844.

19. Регламент Ради (ЄЕС) № 2913/92, що засновує Митний кодекс співтовариства. [Електронний ресурс]. Режим доступа : <http://uazakon.com/big/text857/pgl1.htm>.



ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОБЫЧИ МИНЕРАЛЬНЫХ РЕСУРСОВ КОНТИНЕНТАЛЬНОГО ШЕЛЬФА УКРАИНЫ

Яна САЛМИНА,

аспирант кафедры экологического права юридического факультета
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Summary

The article analyzes the legal regulation of the extraction of mineral resources of the continental shelf beyond the legislation of Ukraine, and also formulates the concept of «the extraction of mineral resources on the continental shelf», reveals the peculiarities and the order of the extraction of mineral resources of the continental shelf, makes proposals on improving the legislation of Ukraine in the sphere of the extraction of mineral resources of the continental shelf.

Key words: continental shelf, mining of mineral resources, the special permit

Аннотация

В статье анализируется правовое регулирование добычи минеральных ресурсов континентального шельфа законодательством Украины, а также сформулировано юридическое понятие «добыча минеральных ресурсов континентального шельфа», раскрываются особенности и порядок добычи минеральных ресурсов континентального шельфа, вносятся предложения по усовершенствованию законодательства Украины в сфере добычи минеральных ресурсов континентального шельфа.

Ключевые слова: континентальный шельф, добыча минеральных ресурсов, специальное разрешение.

Постановка проблемы. Украина в последние годы активно ведет добычу нефти и газа на собственном черноморском и азовском шельфе. Исследования аналитического центра «Номос» указывают на то, что наиболее перспективным в плане добычи является континентальный шельф Черного моря, называют текущее десятилетие для Черного моря таким, что может повторить успех Каспия 90-х годов XX столетия. По экспертным оценкам, добыча природного газа на шельфе Черного моря может дать в перспективе 20-х годов XXI столетия порядка 8 млрд м³. Если это объединить с перспективой расширения газодобычи на суше, то, как минимум, Украина сможет отказаться от импорта природного газа и перейти на самообеспечение, что, безусловно, повысит уровень энергетической безопасности Украины [1].

Несмотря на это, в Украине отсутствует нормативно-правовой акт, который бы четко определял понятие «добыча минеральных ресурсов континентального шельфа», регулировал особенности и порядок добычи минеральных ресурсов континентального шельфа, к примеру, закон о континентальном шельфе Украины, либо другой специальный нормативный акт.

Нормы законодательства Украины о добыче минеральных ресурсов континентального шельфа рассеяны по значительному количеству нормативно-правовых актов разных уровней, а отдельные важные вопросы добычи минеральных ресурсов континентального

шельфа вообще не урегулированы на законодательном уровне. Таким образом, имеющиеся недостатки правовой регламентации добычи минеральных ресурсов континентального шельфа обуславливают актуальность статьи.

При этом мы понимаем, что Республика Молдова не имеет собственного континентального шельфа, в отличие от Украины. Полагаем, что предложенная тема статьи послужит обмену опытом между государствами в данной области. Ведь каждое иностранное государство имеет право по согласию с прибрежным государством осуществлять разведку континентального шельфа и разработку его природных ресурсов.

Так, из Конвенции между правительством Республика Молдова и правительством Украины во избежание двойного налогообложения доходов и имущества, для предотвращения уклонения от уплаты налогов от 29.08.1995 г., ратифицированной 23.04.1996 г., следует, что Молдова в установленном законом порядке может осуществлять хозяйственную деятельность на континентальном шельфе Украины. При этом статья 3 данной Конвенции указывает, что термин «Республика Молдова» означает Республику Молдова, и при использовании в географическом смысле включает территорию воды, воздушное пространство, относительно которых Республика Молдова осуществляет свои суверенные права и юрисдикцию, в т. ч. право на эксплуатацию недр и природных ресурсов со-

гласно нормам международного права. Термин «Украина», при использовании в географическом значении, означает территорию Украины, ее континентальный шельф и ее исключительную (морскую) экономическую зону, а также какую-либо другую территорию за пределами территориальных вод Украины, которая в соответствии с международным правом определяется или может быть в дальнейшем определена как территория, в пределах которой могут применяться права Украины в отношении морского дна, недр и их природных ресурсов. К тому же, в 2009 году Республика Молдова стала морской державой, так как получила выход к морю через Дунай и доступ ко всем прибрежным странам региона [2].

Состояние исследования. К сожалению, на данный момент вопрос правового регулирования добычи минеральных ресурсов континентального шельфа Украины не получил надлежащего освещения в доктрине экологического права. Специальные исследования по этой проблематике в отечественной науке не проводились. В то же время, научный анализ проблем добычи минеральных ресурсов континентального шельфа осуществлялся рядом зарубежных авторов. Среди них следует отметить научные исследования в данной области ученых: И.В. Алешина, С.М. Баскакова, Ю.Л. Воробьева, В.Г. Воробьева, В.Б. Добрецова, Н.Н. Кроера, А.А. Лукинских, А.Н. Маковских, Ю.Н. Семенова, Н.Н. Соколова и др.



Цель предлагаемой статьи – определить юридическое понятие «добыча минеральных ресурсов континентального шельфа», провести анализ особенностей и порядка добычи минеральных ресурсов континентального шельфа, а также разработать предложения по усовершенствованию законодательства Украины в этой области.

Изложение основного материала.

В законодательстве Украины, регулирующем отношения в области добычи минеральных ресурсов континентального шельфа, используются такие термины, как «добыча нефти и газа в пределах континентального шельфа Украины» и «пользование недрами в пределах территории континентального шельфа Украины» (постановление Кабинета министров Украины (далее – КМУ) «Об утверждении Порядка предоставления специальных разрешений на пользование недрами» № 615 от 30.05.2011 г.), «добыча горючих полезных ископаемых (газа природного, нефти, конденсата) на глубоководном шельфе» (постановление КМУ «О проведении конкурса на заключение соглашения о распределении углеводородов, которые будут добываться в пределах участков Скифский и Форосский» № 455 и № 454 от 23.05.2012 г.), «разработка месторождений нефти и газа в акваториях Черного и Азовского морей» (Правила безопасности при выполнении работ по разведке и разработке месторождений нефти и газа в акваториях Черного и Азовского морей, утвержденные приказом Министерства чрезвычайных ситуаций Украины № 1423 от 14.12.2012 г.), «использование природных ресурсов континентального шельфа Украины» (статья 255 Кодекса Украины об административных нарушениях) и т. д. Специальные международные конвенции ООН о континентальном шельфе 1958 г. и по морскому праву 1982 г. оперируют понятиями «разработка природных богатств» или «ресурсов континентального шельфа».

Но в законодательстве Украины определение понятия «добыча минеральных ресурсов континентального шельфа» отсутствует. Непосредственно «Горная энциклопедия» определяет, что добыча полезных ископаемых – это процесс извлечения твёрдых, жидких и газообразных полезных ископаемых

из недр Земли с помощью технических средств. Кроме того, подчеркивается, что процесс добычи полезных ископаемых заключается в разработке месторождений полезных ископаемых. При разработке месторождений производится выемка полезного ископаемого и транспортировка его к местам дальнейшей переработки или полезного использования [3]. При этом мы говорим о добыче исключительно минеральных ресурсов континентального шельфа, так как считаем, что в отношении живых ресурсов, которыми также богат континентальный шельф, нужно говорить как об их промысле.

В продолжение толковый словарь Ожегова объясняет, что разработка месторождений полезных ископаемых – это система организационно-технических мероприятий по добыче полезных ископаемых из недр Земли. Также, названный словарь дает несколько значений слова «разработка», например, как: а) процесс проектирования и конструирования изделия; б) способ добычи ископаемых, а также место такой добычи, и т. д. [4].

Полагаем, что понятия «добыча минеральных ресурсов» и «разработка месторождений минеральных ресурсов» очень близки, но не тождественны. Разработка месторождений минеральных ресурсов – это совокупность мероприятий по добыче таких месторождений. В то время как «разработка минеральных ресурсов – это один из способов их добычи. Поэтому, на наш взгляд, в отношении работ по извлечению минеральных ресурсов из недр в пределах континентального шельфа целесообразно говорить об их добыче, а не о разработке.

Кодекс Украины о недрах (далее – КУоН) содержит положения о том, что государственный фонд недр включает и используемые участки недр, и участки недр, которые не вовлечены в использование, в том числе континентального шельфа и исключительной (морской) экономической зоны (ст. 5), а также раскрывает понятие недр как части земной коры, расположенной под поверхностью суши и дном водоемов, простирающейся до глубин, доступных для её геологического изучения и освоения (ст. 1). Собственно КУоН уделяет достаточно внимания вопросу добычи полезных ископаемых (ст. ст.

14, 24, 51-55). Исходя из вышеотмеченного, считаем, что значительная часть положений КУоН, в том числе направленная на регулирование отношений в области добычи полезных ископаемых, распространяет свое действие на континентальный шельф.

Принимая во внимание, что принципиальной разницей между добычей полезных ископаемых недр и добычей минеральных ресурсов континентального шельфа является место проведения – на сухопутной материковой территории и в пределах континентального шельфа, по нашему мнению, понятие «добыча минеральных ресурсов континентального шельфа» можно определить как процесс извлечения минеральных ресурсов из недр в пределах континентального шельфа с помощью специальных технических средств, направленный на удовлетворение экономических, энергетических и других потребностей общества.

Процесс добычи минеральных ресурсов в пределах континентального шельфа организовывается и координируется Министерством экологии и природных ресурсов Украины (далее – Минэкологии) в соответствии с пунктом 1-м Положения, утвержденного указом Президента Украины № 452/2011 от 13.04.2011 г. Минэкологии является главным органом в системе центральных органов исполнительной власти в вопросах формирования и обеспечения реализации государственной политики в сфере рационального использования природных ресурсов континентального шельфа. Организацию процесса добычи минеральных ресурсов континентального шельфа обеспечивает Государственная служба геологии и недр Украины (далее – Госгеонедр) согласно Положению, утвержденному указом Президента Украины № 391/2011 от 06.04.2011 г., Госгеонедр является уполномоченным органом по выдаче специальных разрешений на добычу нефти и газа в пределах континентального шельфа. Единственная украинская компания, по состоянию на 2013 год, осуществляющая весь комплекс работ по добыче минеральных ресурсов континентального шельфа – ГАО «Чорноморнефтегаз» [5].

Порядок выдачи специальных разрешений на пользование недрами, утвержденный постановлением Ка-



бинета Министров Украины № 615 от 30.05.2011 г., устанавливает, что добыча минеральных ресурсов континентального шельфа осуществляется на основании специального разрешения на добычу нефти и газа в пределах континентального шельфа с обязательным определением площади морского дна (участка недр) и с указанием координат, в которых разрешается осуществление деятельности.

Специальные разрешения на добычу нефти и газа в пределах континентального шельфа и другие виды пользования недрами выдаются только «победителям аукционов по их продаже», за исключением случаев, когда не нужно принимать участие в аукционе (пункт 2 выше указанного Порядка). В результате де-факто, разрешение на добычу минеральных ресурсов континентального шельфа получит только то лицо, которое больше за него (легально) заплатит. И это с учетом того, что согласно статье 28 КУоН, в дальнейшем еще осуществляется плата за пользование недрами в целях добычи полезных ископаемых. Более того, такая практика сложилась задолго до принятия постановления КМУ «Об утверждении Порядка выдачи специальных разрешений на пользование недрами» № 615 от 30.05.2011 г., о чем говорят постановления КМУ об утверждении Порядка проведения в 2005 и в 2006 годах аукционов по продаже специальных разрешений (лицензий) на пользование недрами от 30.08.2005 г. № 828 и 20.02.2006 г. № 167.

На наш взгляд, сама по себе формулировка «аукцион по продаже специальных разрешений» не корректна. Целесообразнее говорить о получении, а не о продаже разрешений на пользование недрами и установленной государственной пошлины за это. Очень прогрессивным, на наш взгляд, в данном контексте является законодательство Российской Федерации. Так, статья 7 ФЗ «О континентальном шельфе Российской Федерации» от 25.10.1995 г. говорит, что предоставление в пользование участков континентального шельфа осуществляется без проведения аукционов. Но, несмотря на это, лица, заинтересованные в проведении на континентальном шельфе работы по добыче минеральных ресурсов, должны получить соответствующую лицен-

зию на пользование недрами (ст. 8).

Учитывая положительный зарубежный опыт, предлагаем внести изменения в «Порядок выдачи специальных разрешений на пользование недрами», утвержденный постановлением КМУ № 615 от 30.05.2011 г. в части закрепления требования не о проведении аукциона по продаже специальных разрешений на пользование недрами, а аукциона, который будет определять его победителями компании, наилучшим образом соответствующие требованиям (наличие специальной техники, компетентного персонала, финансовых возможностей, соблюдения экологической безопасности и т. д.) для осуществления работ по добыче полезных ископаемых, в т. ч. и минеральных ресурсов континентального шельфа. Мы убеждены, что за получение специального разрешения на пользование недрами, в т. ч. и добычу минеральных ресурсов континентального шельфа, должна взиматься определенная государственная пошлина. При этом целесообразно утвердить на законодательном уровне методику расчета размера государственной пошлины за получение специального разрешения на пользование недрами, включая добычу минеральных ресурсов континентального шельфа, с учетом площади участка недр или морского дна и с указанием границ, в которых планируется осуществление деятельности, а также предварительной оценки потенциальных запасов минеральных ресурсов на данном участке недр или в пределах континентального шельфа.

Важно отметить, что в законодательстве Украины часто хаотично используются категории – «разрешение», «специальное разрешение» и «лицензия». Поэтому, на наш взгляд, важно определить, есть ли различия между ними или они тождественны по содержанию, и о чем более целесообразно говорить в отношении добычи минеральных ресурсов континентального шельфа.

Во-первых, надо подчеркнуть, что выдача лицензии и документа разрешительного характера регулируется разными нормативными актами. Лицензии предоставляются согласно Закону Украины «О лицензировании определенных видов хозяйственной деятельности» и утвержденных лицен-

зионных условий для каждого конкретного вида хозяйственной деятельности. Выдача документов разрешительного характера (разрешения, согласования и др.) регулируется Законом Украины «О разрешительной системе в сфере хозяйственной деятельности», а также постановлениями КМУ и другими нормативно-правовыми актами, определяющими порядок выдачи.

Во-вторых, во всех законодательных актах Украины (Хозяйственном кодексе Украины, Законе «О лицензировании отдельных видов хозяйственной деятельности» и др.) присутствует идентичное определение понятия «лицензия» как документа государственного образца, удостоверяющего право субъекта хозяйствования-лицензиата на осуществление указанного в нем вида хозяйственной деятельности в течение определенного срока при условии выполнения лицензионных условий. Однако общепринятое понятие «разрешение» в законодательстве Украины отсутствует, а специальные отраслевые нормативные акты по-разному определяют это понятие. Закон Украины «О государственном контроле за международными передачами товаров военного назначения и двойного использования» № 549-IV от 20.02.2003 г. определяет понятие «разрешение» как документ, выданный специально уполномоченным органом исполнительной власти по вопросам государственного экспортного контроля, который предоставляет право на экспорт или импорт товаров, а постановление КМУ «Об утверждении Положения о порядке осуществления перевозки радиоактивных материалов по территории Украины» № 1373 от 15.10.2004 г. – как документ, дающий право на фактическое осуществление отдельной перевозки радиоактивных материалов по территории Украины с соблюдением требований законодательства, норм и правил ядерной и радиационной безопасности.

В-третьих, оба понятия «лицензия» и «разрешение» – компоненты одного разрешительного режима: юридическое или физическое лицо, подав в соответствующий орган заявление о разрешении совершить определенные действия, получает разрешение или лицензию от государства [6].

Также существует позиция, согласно которой лицензия выдается на



право осуществления определенной хозяйственной деятельности вообще, а специальное разрешение – на право использования определенного природного ресурса на конкретном определенном участке недр [7].

Таким образом, есть основание считать, что «лицензия» и «разрешение», либо «специальное разрешение» – разные понятия. Разрешение должно выдаваться уполномоченным лицом и предоставлять законное право на осуществление определенного вида хозяйственной деятельности с обязанностью соблюдать установленные законом нормы. Лицензия также дает законное право на осуществление определенного вида хозяйственной деятельности в течение определенного срока, но при условии не только соблюдения установленных законом норм, а и выполнения лицензионных условий. Таковым лицензионным условием может являться возможность закрепления за субъектом хозяйствования требования выполнять природоохранные меры для предупреждения возникновения чрезвычайной экологической ситуации или ухудшения экологической среды. Поэтому, на наш взгляд, целесообразнее говорить о лицензировании деятельности по добыче минеральных ресурсов континентального шельфа.

Согласно части 2 статьи 5 Конвенции о континентальном шельфе прибрежному государству принадлежит право возводить, содержать или эксплуатировать на континентальном шельфе сооружения и иные установки, необходимые для разработки его естественных богатств. В соответствии со статьей 80 Конвенции ООН по морскому праву к искусственным островам, установкам и сооружениям на континентальном шельфе применяется статья 60 этой Конвенции. В частности, часть 1 статьи 60 указанной Конвенции устанавливает, что прибрежное государство имеет исключительное право сооружать, а также разрешать и регулировать создание, эксплуатацию и использование: а) искусственных островов; б) установок и сооружений для целей, предусмотренных статьей 56, и для других экономических целей; с) установок и сооружений, которые могут препятствовать осуществлению прав прибрежного государства в зоне.

Важно отметить, что право при-

брежного государства сооружать, а также разрешать и регулировать создание, содержание и эксплуатацию искусственных островов, а также установок и сооружений определено исключительно в Конвенции ООН о континентальном шельфе и Конвенции ООН по морскому праву. Ни один нормативно-правовой акт Украины не закрепляет за ней указанного права, что является очень серьезным недостатком законодательства Украины в области использования минеральных ресурсов континентального шельфа. Поэтому, мы убеждены, что в проекте закона «О континентальном шельфе Украины» должно существовать положение о том, что Украина имеет право сооружать, а также разрешать и регулировать создание, содержание и эксплуатацию искусственных островов, а также установок и сооружений на своем континентальном шельфе.

Законодательство Украины и даже нормы международного права (Конвенция ООН о континентальном шельфе и Конвенция ООН по морскому праву) не определяют типы и виды сооружений и установок, какие имеет право государство сооружать на континентальном шельфе Украины в целях добычи его минеральных ресурсов, а также разрешать и регулировать их создание, содержание и эксплуатацию. На это дают ответ только природные науки: морская геология, океанография, гидрография.

В частности, выполнение работ по добыче минеральных ресурсов континентального шельфа осуществляется при помощи специальных сооружений – подвижных и стационарных буровых оснований и платформ, а также разнообразных технических средств. При разработке эксплуатационных скважин на подводных месторождениях минеральных ресурсов континентального шельфа применяют два основных типа морских платформ: 1) конструкции, опирающиеся непосредственно на дно водоема: стационарные буровые основания, устанавливаемые однократно на морское дно на весь период эксплуатации, и плавучие передвижные буровые основания; 2) суда специального назначения, среди которых различают: самоходные буровые суда; полупогруженные буровые основания; буровые суда с динамическим позиционированием [8, с. 7-8].

На наш взгляд, нецелесообразно закреплять в законодательстве Украины те виды сооружений и установок, которые имеет право государство сооружать на континентальном шельфе Украины в целях добычи его минеральных ресурсов, а также разрешать и регулировать их размещение, содержание и эксплуатацию. Ведь научно-технический прогресс идет постоянно вперед и сфера добычи минеральных ресурсов континентального шельфа не является исключением. К примеру, до 40-х годов XX столетия практическое освоение континентального шельфа не велось, так как не существовало необходимых сооружений и техники, уже с 60-х годов прошлого столетия, благодаря созданию нового класса сооружений и техники, рядом стран началось активное освоение континентального шельфа. Также постоянный научно-технический прогресс дает возможность добывать полезные ископаемые континентального шельфа со все большей глубины морского дна, которая ранее не была доступна. Поэтому не представляется логичным, закрепление в законодательстве Украины конкретных видов сооружений и установок, какие имеет право государство размещать на континентальном шельфе Украины в целях добычи его минеральных ресурсов, а также разрешать и регулировать их размещение, содержание и эксплуатацию, исключает возможность использования новых видов сооружений и техники.

Мы считаем, что на законодательном уровне могут быть закреплены типы сооружений и установок, которые имеет право государство сооружать на континентальном шельфе Украины в целях добычи его минеральных ресурсов, а также разрешать и регулировать их размещение, содержание и эксплуатацию. ФЗ «О континентальном шельфе Российской Федерации» от 25.10.1995 г. определяет, что установки, сооружения – это гибко или стационарно закрепленные в соответствии с проектной документацией на их создание по месту расположения на континентальном шельфе Российской Федерации стационарные и плавучие (подвижные) буровые установки (платформы), морские плавучие (передвижные) платформы, морские стационарные платформы и другие



объекты, а также подводные сооружения (включая скважины) [9]. Таким образом, российское законодательство выделяет следующие типы установок и сооружений, используемых в целях добычи минеральных ресурсов континентального шельфа, а именно: 1) стационарные и 2) и плавучие (подвижные или передвижные).

Важно отметить, что в законодательстве Украины закреплен ряд требований, которые должны соблюдаться при выполнении работ по добыче минеральных ресурсов континентального шельфа. Приказом Министерства по вопросам чрезвычайных ситуаций Украины (сейчас – Государственная служба Украины по чрезвычайным ситуациям) № 1423 от 14.12.2012 г. были утверждены новые Правила безопасности при выполнении работ по разведке и разработке месторождений нефти и газа в акваториях Черного и Азовского морей. Правила безопасности подробно регламентируют: требования безопасности к оборудованию, которое используется при осуществлении разведки и разработки энергетических ресурсов континентального шельфа, требования безопасности эксплуатации, ремонта морских нефтегазовых объектов, требования безопасности бурения и крепления скважин, требования безопасности устройства, эксплуатации и ремонта скважин с подводным окончанием, требования безопасности эксплуатации нефтяных и газовых месторождений, требования безопасности промышленно – геофизических работ, требования безопасности консервирования и ликвидации скважин.

Выводы. Установлено, что законодательство Украины в области добычи минеральных ресурсов континентального шельфа требует существенного усовершенствования. Учитывая, что в Украине отсутствует закон либо другой специальный нормативно-правовой акт о континентальном шельфе, принятие которого чрезвычайно важно, ряд положений о добыче минеральных ресурсов континентального шельфа должен найти свое место именно в проекте закона о континентальном шельфе Украины.

Обосновано, что в отношении работ по извлечению минеральных ресурсов из недр в пределах континентального шельфа целесообразно говорить как об их добыче, а не только о

разработке, так как понятия «добыча минеральных ресурсов» и «разработка месторождений минеральных ресурсов» являются очень близкими, но не тождественными. Разработка месторождений минеральных ресурсов – это совокупность мероприятий по добыче таких месторождений. В то время как «разработка минеральных ресурсов – это понятие более узкое и является одним из способов их добычи. Поэтому предложено определить понятие «добыча минеральных ресурсов континентального шельфа» как процесс извлечения минеральных ресурсов из недр в пределах континентального шельфа с помощью специальных технических средств, направленный на удовлетворение экономических, энергетических и других потребностей общества.

Сформулированы предложения о внесении изменений в законодательство Украины, в Порядок выдачи специальных разрешений на пользование недрами, утвержденный постановлением КМУ № 615 от 30.05.2011 г. в части закрепления требования о проведении аукциона не по продаже специальных разрешений на пользование недрами, а аукциона, который будет определять победителями компании, соответствующие требованиям (наличие специальной техники, компетентного персонала, финансовых возможностей, соблюдение экологической безопасности и т. д.) для осуществления работ по добыче полезных ископаемых, в т. ч. и минеральных ресурсов континентального шельфа.

Также предложено дополнить указанный Порядок путем определения ставки государственной пошлины, которая должна взиматься за получение специального разрешения на пользование недрами, в т. ч. и добычу минеральных ресурсов континентального шельфа. При этом сформулировано предложение об утверждении на законодательном уровне методики по расчету размера государственной пошлины за получение специального разрешения на пользование недрами, включая добычу минеральных ресурсов континентального шельфа, с учетом площади участка недр или морского дна, с указанием границ, в которых планируется осуществление деятельности, а также предварительной оценки потенциаль-

ных запасов минеральных ресурсов на данном участке недр или в пределах континентального шельфа.

Обосновано, что «лицензия» и «разрешение» либо «специальное разрешение» – разные понятия. Разрешение должно выдаваться уполномоченным лицом и давать законное право на осуществление определенного вида хозяйственной деятельности с обязанностью соблюдать законом эти установленные нормы. Лицензия также дает законное право на осуществление определенного вида хозяйственной деятельности в течение определенного срока, но при условии не только соблюдения законом установленных норм, а и выполнения лицензионных условий. В отношении возможности закрепления за субъектом хозяйствования требования выполнять природоохранные меры для предупреждения возникновения чрезвычайной экологической ситуации или ухудшения экологической среды, на наш взгляд, более правильно говорить о лицензировании деятельности по добыче минеральных ресурсов континентального шельфа.

Также доказана важность определения в проекте закона о континентальном шельфе положения о том, что государство имеет право сооружать, а также разрешать и регулировать размещение, содержание и эксплуатацию искусственных островов, а также установок и сооружений на своем континентальном шельфе. При этом обоснована целесообразность закрепления в законодательстве Украины видов сооружений и установок, какие имеет право прибрежное государство сооружать на континентальном шельфе Украины в целях добычи его минеральных ресурсов, а также разрешать и регулировать их создание, содержание и эксплуатацию в связи с научно-техническим прогрессом. Сфера добычи минеральных ресурсов континентального шельфа не является исключением.

Список использованной литературы:

1. Разработка черноморского шельфа удвоит добычу газа в Украине: нефтяное обозрение «Терминал» от 24.10.2013. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://oilreview.kiev.ua/2013/10/24/razrabotka>



ПРАВОВОЙ РЕЖИМ СЕВЕРНОГО МОРСКОГО ПУТИ

Виктория СЕРГЕЙЧИК,

кандидат юридических наук, доцент кафедры морского и таможенного права
Национального университета «Одесская юридическая академия»

Summary

The article is devoted to the development prospects of the Northern Sea Route as a new sea route. Analyzes the legal regime of governing the Northern Sea Strait. The paper discusses the history of the Northern Sea Route and the main reasons for its research and development in the past years. The urgent need for the present and future time in the opening new trade routes as alternatives to the nowadays used channels. Defined the meaning of the Northern Sea Route for trade, industry and energy sector.

Key words: Arctic, the Northern Sea Route, Northwest Passage, maritime law.

Аннотация

Статья посвящена перспективам развития Северного морского пути в качестве нового морского пути. Анализируется правовой режим использования Северного морского пролива. В работе рассмотрена история развития Северного морского пути и основные причины его исследования, развития в прежние годы. Острая необходимость в открытии новых торговых путей как альтернативы ныне используемым в современном мире каналам. Определено значение Северного морского пути для развития торговли, промышленности и энергетического комплекса.

Ключевые слова: Арктика, Северный морской путь, Северо-Западный проход, морское право.

Постановка проблемы. Повышение среднегодовой температуры в Арктике постепенно освобождает северные моря ото льда. Это позволяет рассчитывать на открытие круглогодичной навигации по Северному морскому пути (далее – СМП). Ныне на долю морского транспорта приходится более 80% общего объема мировых перевозок. Возрастающие объемы освоения и использования новых источников природных ресурсов – минерально-сырьевых, энергетических и биологических, разработки дна и недр Мирового океана отражают объективные процессы развития мировой экономики, потребности которой выражаются в повышении роли морского транспорта как наиболее экономичного способа перевозки грузов на различные расстояния.

Изложение основного материала.

В последние десятилетия мировое общество столкнулось с проблемами экологического характера. Одной из самых актуальных проблем является изменение климата, которое наиболее отчетливо прослеживается именно в Арктике [9, с. 2]. С одной стороны, потепление климата окажет негативное влияние на окружающую среду арктического региона, а, с другой – освобождает северные навигационные пути

(Северный морской путь¹ и Северо-Западный проход (далее – СЗП)²) ото льда, что значительно сократит путь из Европы в Азию и обратно. Также появятся новые возможности освоения арктических ресурсов. По предположениям Геологической службы США, четверть мировых запасов нефти и газа находится именно в Арктике [15].

Северный морской путь проходит от Мурманска до Петропавловска-Камчатского и охватывает семь северных морей. Это кратчайший маршрут из Европы в Азию, он намного короче морского пути из Европы в Индию и Китай вокруг Африки или пути из Атлантического океана в Тихий вокруг мыса Горн или по Панамскому каналу, но освоение его всегда представляло и поныне представляет значительные трудности, так как Северный морской путь проходит по ледовитым морям. Еще недавно навигация по нему была ограничена климатическими условиями и осуществлялась всего несколько месяцев в году.

За последние несколько лет площадь ледового покрова в Арктике сократилась. Ученые объясняют это общим потеплением климата. Если этот процесс продолжится, то к 2021 году Северный морской путь будет открыт восемь месяцев в году, а морское со-

chernomorskogo-shelfa-udvoit-dobychugaza-v-ukraine.

2. Moldova Photo Gallery, 2009/03/17. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.photo.md/news_info.php?news_id=1810&lang=rus.

3. Горная энциклопедия / Гл. редактор Е.А. Козловский. — М. : «Советская энциклопедия», 1986. — Т. 2. — С. 234–235.

4. Толковый словарь Ожегова / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. – 1949–1992. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://academic.ru/dic.nsf/bse/125991/Разработка>.

5. Энергоресурсы черноморского шельфа: проблемы и перспективы освоения [Электронный ресурс]. – Режим доступа : Национальный институт стратегических исследований при Президенте Украины / Волович А.А. См.: <http://od.niss.gov.ua/articles/511>.

6. Соотношение понятий лицензия и специальное разрешение [Электронный ресурс] : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации / Е.И. Спектор. – Режим доступа : <http://electrosvyaz.com/forum/viewtopic.php?f=18&t=6936>.

7. Лицензия и специальное разрешение на пользование недрами [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://blog.i.ua/user/888299/416644>.

8. Кроер Н.Н., Лукинских А.А., Соколов Н.Н. Морские основания для добычи нефти и газа на континентальном шельфе : учебное пособие. – М.: 1999. – 52 с.

9. Федеральный закон от 30.11.1995 № 187-ФЗ (ред. от 30.09.2013) «О континентальном шельфе Российской Федерации» [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_152519.



общение через Арктику вырастет примерно в 10 раз – такой прогноз сделал капитан российского флота атомных ледоколов Валентин Даянц. В перспективе это может привести к серьезным изменениям в мировой логистике. Эксперты Морского института Южной Кореи предполагают, что к 2030 году на долю Северного морского пути будет приходиться примерно четверть всех торговых перевозок между Европой и Азией [12, с. 10].

С одной стороны, СМП и СЗП через Серверный Ледовитый океан открывают новые возможности для мировой торговли, 90 % которой приходится на морской транспорт [18, с. 222], с другой стороны, навигация в арктических водах подвержена большим рискам. Альтернативный маршрут по сравнению с традиционной схемой транспортировки товаров из Европы в Азию и из Северной Америки в Европу сократит расстояние примерно на 40 % [16]. Соответственно, уменьшится количество затраченного топлива, а с ним и объемы эмиссий CO₂. Наконец, СМП безопасней с точки зрения пиратства и политической нестабильности на Ближнем Востоке, северном и восточном африканских побережьях.

В интенсивном коммерческом судоходстве одинаково заинтересованы как прибрежные арктические государства, так и те страны, у которых нет прямого выхода в Северный Ледовитый океан. В первую очередь, это страны Азиатско-Тихоокеанского региона, такие как Китай, Япония, Южная Корея и Индия. Однако возникает вопрос, кто будет управлять и контролировать ресурсы, заложенные в СМП, и кто будет ответственен за риски, которым подвержено морское арктическое судоходство, другими словами, какой правовой режим применим к СМП.

Цели. Таким образом, перед нами стоят следующие цели научного исследования: во-первых определить правовой режим СМП как в перспективном, так и в ретроспективном аспекте; во-

вторых, выяснить значение СМП для практики международного сотрудничества и международно-правового регулирования; в-третьих, определить вопросы и дальнейшие пути развития предложенного торгового морского направления.

Методология. Результат любого научного исследования напрямую зависит от правильности выбора методов познания, ведь какая бы ни была проблемная и интересная выбрана тема, она не будет раскрыта и исследована на должном уровне, если автор (исследователь) пошел по ложному пути, выбрал ненадлежащие методы научного познания и мышления вообще. В основе научной работы положен диалектический метод исследования, который, по нашему глубокому убеждению, является единственно правильным и верным методом для достижения истины. Основными принципами диалектики являются такие принципы: 1) принцип объективности мышления, реализуется благодаря принципу деятельностного отражения; 2) принцип развития тесно связан с принципом противоречия; 3) принцип конкретности истины, т. е. принцип системности мышления.

Несмотря на то, что мы высказали категоричное утверждение по поводу диалектического метода познания применительно к этой работе, он был дополнен специальными методами познания.

Так, значительное применение в исследовании получил метод анализа и синтеза: он используется при изучении литературы по теории государства и права, морскому праву, международному праву, а также ряда нормативно-правовых актов.

Метод моделирования применялся при формулировке предложений и рекомендаций по совершенствованию правового положения СМП.

Среди исключительно специальных (юридических) методов стоит отметить догматический метод, который позволит проанализировать содержа-

ние законодательных положений о регулировании СМП.

Историко-правовой метод обеспечил возможность исследовать становление и развитие понятия СМП, динамику развития правового положения СМП. Следует отметить, что исторический и логический методы выступают методологической реализацией принципа историзма и диалектики исторического и логического.

Изложение основного материала. СМП расположен во внутренних морских водах, в территориальном море (территориальных водах) или экономической зоне СССР (России), что прилагает к северному побережью СССР (России), его национальная транспортная коммуникация, включающая пригодные к ледовой проводке судов трассы, крайние пункты которых ограничены на западе западными входами в новоземельские проливы и меридианом, проходящим на север от мыса Желания, на востоке в Беринговом проливе параллелью 66° северной широты и меридианом 168°58'37" западной долготы [11, с. 2].

СМП почти в 2 раза короче других морских путей из Европы на Дальний Восток — от Ленинграда до Владивостока по СМП – 14 280 км, от Ленинграда до Владивостока через Суэцкий канал – 23 200 км, а вокруг мыса Доброй Надежды – 29 400 км.

Длина основной ледовой трассы СМП от новоземельских проливов до порта Провидения – 5610 км; протяженность судоходных речных путей, примыкающих к СМП, составляет около 37000 км.

Итак, Северный морской путь не имеет единой и фиксированной трассы. Сохраняя общую направленность по широте – восток – запад или запад – восток, – этот путь от года к году, а нередко и в течение одной навигации перемещается на значительные расстояния в широтном направлении. Так, он может огибать с севера архипелаги Новая Земля и Северная Земля, минуя проливы, отделяющие их от материка (высокоширотная трасса), но в случаях повышенной ледовитости трасса Северного морского пути может приближаться к самому побережью Евразийского континента. Тем не менее, при любых обстоятельствах в своей значительной части этот путь распола-

¹Северный морской путь – кратчайший морской путь между Европейской частью России и Дальним Востоком, проходит по морям Северного Ледовитого океана (Баренцево, Карское, Лаптевых, Восточно-Сибирское, Чукотское) и частично Тихого океана (Берингово море).

²Северо-Западный проход (СЗП) – это морской проход вдоль северного побережья Северной Америки, соединяющий Тихий океан с Атлантикой. Существует несколько вариантов пересечения данного прохода, поскольку СЗП представляет собой водные пути, проходящие через канадский Арктический Архипелаг. Количество водных путей варьируется от пяти до семи.



гается в пределах исключительной экономической зоны России, в ее территориальном море либо даже в российских внутренних морских водах.

Навигация по трассам СМП практикуется уже на протяжении 75 лет. Арктические конвои времен Второй мировой войны стали первым опытом, открывающим геостратегическое значение арктического судоходства. Транспортная активность в море по трассам СМП достигла своего пика в 1980-е годы. В это же время президент СССР М. Горбачёв выдвинул мурманские инициативы, в которых он заложил первый камень в международное судоходство вдоль российского арктического побережья. Он предложил открыть СМП для навигации иностранных судов при поддержке советских (на тот момент) атомных ледоколов. Однако распад Советского Союза привел к значительной стагнации всей экономики страны, и такая отрасль как морское судоходство не стала исключением.

Функциональная граница СМП начинается от западной части Кольского полуострова. СМП является важнейшей частью инфраструктуры экономического комплекса Крайнего Севера и связующим звеном между российским Дальним Востоком и западными районами страны. СМП объединяет в единую транспортную сеть крупнейшие речные артерии Сибири, сухопутные, воздушные и трубопроводные виды транспорта. Для некоторых районов арктической зоны – Чукотки, островов арктических морей и ряда населенных пунктов побережья Таймырского (Долгано-Ненецкого) автономного округа морской транспорт является единственным средством перевозок грузов и жизнеобеспечения населения. На направлении Мурманск – Дудинка осуществляется круглогодичная навигация в целях обеспечения деятельности Норильского горно-металлургического комбината (ГМК).

В ноябре 1999 г. в Осло состоялась международная конференция, на которой обсудили результаты 6-летних исследований потенциальных возможностей Северного морского пути для международного использования, проведенных в рамках INSROP. В работе конференции впервые приняли участие судовладельцы, которые также обсуж-

дали ключевые проблемы судоходства по Северному морскому пути.

Следует согласиться с О.В. Белым, что интерес иностранных судоходных и деловых кругов к Северному морскому пути определяется двумя важнейшими факторами. Прежде всего, он может стать более выгодной с экономической точки зрения альтернативой осуществляемым ныне перевозкам между портами Европы, Дальнего Востока и Северной Америки. По этому пути, например, от Гамбурга до Йокогамы всего 6 600 морских миль, тогда как через Суэцкий канал – 11 400 миль [7, с. 4].

С другой стороны, Северный морской путь интересен для иностранцев как транспортная артерия для перевозки минерального сырья из арктических регионов России. В прилегающих к нему районах содержится 35% мировых запасов нефти и газа [10, с. 46]. Перевозки же российского газа и нефти морским путем могут оказаться выгоднее строительства газо- и нефтепроводов. Такие магистральные трубопроводы в Западную Европу могут проходить только через бывшие советские республики, политика которых не всегда предсказуема, а транспортировка через их территорию обходится достаточно дорого. В то же время ледовая обстановка в Баренцевом море и в западной части Карского моря вполне благоприятна и позволяет проходить танкерам ледового класса без сопровождения ледоколами в течение большей части года. Кроме того, по Северному морскому пути можно организовать перевозку минеральных удобрений с Кольского полуострова в Восточную Азию, в Китай.

На данный момент атомный флот включает в себя шесть ледоколов. В августе 2011 секретарь Совбеза Николай Патрушев озвучил планы правительства: до 2015 года в России построят четыре ледокола, в том числе универсальный атомный ледокол и три линейных дизельных ледокола [5].

В августе 2010 года российские власти впервые дали разрешение на ледовую проводку иностранного сухогруза из Норвегии через российские воды в Китай для транспортировки концентрата железной руды (балкер Nordic Barents, дедвейт – 43,731 т, груз – 41,000 т, экономия топлива на сумму примерно USD 180,000) [14]. Уже

летом 2011 года танкер STI Heritage (дедвейт – 73 799 т, груз – 61,000 т), перевезший газоконденсат из порта Витино также в Китай, установил рекорд по прохождению трассы СМП за восемь дней со скоростью 14 узлов.

Открытие офиса информационной поддержки навигации на трассе СМП в городе Киркенесе (Норвегия) в рамках совместной программы «Росатомфлота» и норвежского Центра логистики Крайнего Севера демонстрирует желание, а также потребность в коммерческом использовании арктических вод.

Идея прокладки торговых путей через российские и канадские северные воды имеет долгую историю. История Северного морского пути начинается с первых плаваний поморов в XI – XIII вв., но идея практического использования Северного морского пути (до начала XX в. называвшегося Северо-Восточным морским проходом) была высказана русским дипломатом Дмитрием Герасимовым в 1525 году. Большой вклад в изучение полярных морей внёс М.В. Ломоносов, который высказал догадку о существовании генерального дрейфа льдов в Арктическом бассейне с востока на запад, разработал классификацию льдов (которая во многом сходна с современной), а также занимался проблемами, связанными с изучением Северного Ледовитого океана [6, с. 56].

Попытки достичь Азии с севера – через Северо-Западный проход и через Северо-Восточный проход (Северный морской путь, СМП) стали предприниматься вскоре после открытия Америки и кругосветного плавания Магеллана. И только в конце XIX – начале XX века эти усилия увенчались успехом. Сначала, в 1879 г., было совершено первое плавание через Северо-Восточный проход (экспедиция Нильса Норденшельда), а в начале XX века был открыт и Северо-Западный проход (экспедиция норвежского исследователя Руаля Амундсена в 1903 – 1906 гг.).

Однако возможность следования кораблей из Атлантического в Тихий океан через воды, омывающие северное побережье России и Канады, не привела автоматически к возникновению новых торговых путей. С одной стороны, к началу XX века потребность в таком транзите несколько снизилась: в 1869 г. был открыт для судоходства



Суэцкий канал, а в 1906 г. было начато и в 1920 г. завершено строительство Панамского канала. С другой стороны, наличие льдов и сравнительно невысокий уровень развития кораблестроения не позволяли использовать эти северные проходы ни по техническим, ни по экономическим основаниям. Показательно, что хотя в 1920-е годы СССР и Канада объявили о суверенитете над землями и островами в своих арктических секторах, они не издали в тот момент никаких отдельных постановлений, касающихся правового статуса и порядка следования судов через Северо-Западный проход и по Северному морскому пути.

Разработка соответствующего законодательства началась только в 1960-е годы и стала реакцией на попытки неамериканского ледокольного прохода американских ледоколов через Северо-Западный проход и по Северному морскому пути. Сегодня функционирует следующая система нормативных документов, устанавливающих правовой статус СМП: 1971 год – Положение об Администрации Северного морского пути; 1990 год – Правила плавания по трассам Северного морского пути; 1996 год – Правила ледокольно-лоцманской проводки судов по Северному морскому пути; 1996 год – Требования к конструкции, оборудованию и снабжению судов, следующих по Северному морскому пути; 1998 год – ФЗ «О внутренних морских водах, территориальном море и прилегающей зоне Российской Федерации»; 2011 год – Приказ ФТС «Об установлении тарифов на услуги ледокольного флота на трассах Северного морского пути».

Северный морской путь в соответствии с Федеральным законом «О внутренних морских водах, территориальном море и прилегающей зоне Российской Федерации» (1998 г.) определяется как «исторически сложившаяся национальная единая транспортная коммуникация Российской Федерации в Арктике». Плавание по трассам СМП, в том числе в проливах Вилькицкого, Шокальского, Дмитрия Лаптева, Санникова, осуществляется в соответствии с настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами, международными договорами Российской Федерации и правилами плавания по трассам СМП, утвержденными Пра-

вительством Российской Федерации и опубликованными в «Извещениях мореплавателям». Кроме того, помимо «Правил плавания по трассам СМП», «Требований к конструкции, оборудованию и снабжению судов, следующих по СМП от 14.09.90 г. и перечня разрешённых для захода портов, необходимо пользоваться «Руководством для сквозного плавания судов по СМП» 1995 г. и Приказом № 322 от 26.07.2005 г. Федеральной службы по тарифам.

12 марта 1997 года Россия ратифицировала Конвенцию ООН по морскому праву 1982 года. В результате акватория СМП получила статус международных вод. Согласно статье 234-ой этой Конвенции, СМП рассматривается Россией как исторически сложившаяся единая национальная транспортная коммуникация страны. По 234-ой статье, прибрежное государство, морская акватория которого более полугода покрыта льдом, может принимать дополнительные меры для предотвращения загрязнения морской среды с судов и осуществлять плавание в таких акваториях, регулируя судоходство правилами национального законодательства. Поэтому статус СМП по конвенции позволяет России устанавливать режим страхования пользующихся им судов, обеспечивать спасательные операции, а также предлагать ледокольное сопровождение на трассе [8, с. 296]. В настоящее время Россия продолжает освоение и использование Северного морского пути. Посредством СМП по-прежнему осуществляется «северный завоз» в Красноярский край, Якутию и на Чукотку. Основными пользователями СМП в России сегодня являются компании: «Норильский никель», «Газпром», «Лукойл», «Роснефть» и «Росшельф». Компания «Норильский никель» владеет шестью ледокольно-транспортными судами-контейнеровозами. Годовой грузооборот по части трассы СМП морского флота «Норильского никеля» составляет порядка 1 млн тонн, из которых 0,45 млн тонн – это товарная металлопродукция, а 0,55 млн тонн – грузы для Норильского промышленного района. В состав флота «Лукойла» входят десять ледокольных танкеров, а также один многофункциональный ледокол и ледокольный буксир. «Газфлот» эксплуатирует два многоцелевых ледокольно-транспорт-

ных судна. Тем не менее, по сравнению с 1980-ми годами объем российских перевозок по СМП сократился примерно в 5-6 раз с бывшего максимума в 6-8 миллионов тонн грузов в год. В 2009 году была разработана программа строительства Мурманского арктического узла, который призван повысить грузопоток по СМП. В 2012 году морской порт Дудинка на Таймыре получил статус международного пункта грузопассажирского пропуска. В России планируется открыть десять специализированных территориальных центров для обеспечения безопасности мореплавания на Северном морском пути. Первые центры начали свою работу в навигацию 2013 года.

4 июля 2012 года Госдума приняла федеральный закон № 132-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части государственного регулирования торгового мореплавания в акватории Северного морского пути». В законе предусмотрен ряд мер по развитию СМП, в том числе, создание администрации Северного морского пути в форме федерального государственного казенного учреждения. Означенный документ ввел новое определение и границы акватории Северного морского пути, под которой понимается водное пространство, прилегающее к северному побережью РФ, охватывающее внутренние морские воды, территориальное море, прилежащую зону и исключительную экономическую зону страны и ограниченное с востока линией разграничения морских пространств с США и параллелью мыса Дежнева в Беринговом проливе, с запада – меридианом мыса Желания до архипелага Новая Земля, восточной береговой линией архипелага Новая Земля и западными границами проливов Маточкин шар, Карские ворота и Югорский шар. Таким образом, СМП начинается от Карских ворот и заканчивается Беринговым проливом. Закон ввел обязательное страхование гражданской ответственности владельцев судов, совершающих плавание по акватории СМП. Закон вступил в силу в январе 2013 года. В середине мая 2013 года в Москве начала свою работу администрация Северного морского пути. Российский морской регистр судоходства вводит в свои правила новые требова-



ния для судов, эксплуатирующихся в арктических морях. Они должны вступить в силу в 2014 году.

Для международного судоходства Северный морской путь был открыт в 1991 году. Сейчас международный интерес к СМП растет. Состояние ледовой обстановки в Арктике позволяет использовать в летние месяцы на СМП даже суда без специального усиления конструкции, позволяющего плавать в ледовой обстановке. По СМП могут совершать плавание самые обычные корабли, как из Европы в Азию, так и из Азии в Европу. В сентябре 2010 года первый балкер под иностранным флагом прошел по СМП из норвежского Киркенеса в Китай. Всего в 2010 году СМП воспользовались четыре иностранных корабля, в 2011 – 34, а в 2012 – 46. В этом году – минимум 58 судов. Предполагают, что с учетом российских судов, проходящих только по отдельным участкам трассы, в эту навигацию количество судов побывавших на трассе СМП составит 462 единицы.

Выводы. В целом, иностранные судовладельцы признают потенциал СМП. Однако они полагают, что потребуются годы для утверждения представления о коммерческой жизнеспособности маршрута. Руководители судоходных компаний опасаются, что внезапные изменения погоды на трассе СМП могут либо сорвать прибытие в срок их судна в порт назначения, что приведет к необходимости уплаты неустоек, либо потребуют ледокольное сопровождение, что в форс-мажоре увеличит стоимость фрахта. К факторам риска на СМП относят дрейфующие айсберги, поля однолетнего льда, механическое воздействие которого на корпус судна не менее опасно, чем пакового, нестабильные погодные условия. До сих пор остается неясным, имеют ли нынешние изменения климата в Арктике долгосрочный характер, либо же нынешний цикл потепления через 10-20 лет сменится очередным похолоданием, которое усложнит навигацию по СМП. Однако перед тем как СМП станет полноценно функционировать, необходимо найти ответы на следующие вопросы: каким рискам подвергнется коммерческое судоходство в Северном ледовитом океане? Какие действия смогут предпринять морские страховые клубы в случае наступления стра-

хового случая, какова будет их политика в целом? Насколько быстро смогут отреагировать береговые службы при возникновении экологической угрозы?

Также необходимо упомянуть проект Полярного кодекса, разрабатываемый Международной морской организацией (ИМО). Полярный кодекс станет юридически обязывающим документом, регулирующим требования обеспечения безопасности навигации в ледовой обстановке: постройка, оборудование, эксплуатация судов, специализированная подготовка экипажа, поиск и спасение, противодействие риску экологического загрязнения. Полярный кодекс будет включать положения Конвенции по морскому праву, СОЛАС [3], МАРПОЛ [4], ПДМНВ [2] и другие рекомендации и требования ИМО [13]. СМП привлекает и те страны, у которых нет прямого выхода ни в Северный Ледовитый океан, ни в Арктический регион в целом. В первую очередь, это такие державы, как Китай, Южная Корея, Япония и Индия. Также в коммерческом судоходстве стоит отметить интерес США, Дании, Германии и Европейского Союза в целом. Эти страны опираются на право транзитного прохода, закрепленного в Конвенции по морскому праву, и называют СМП (как, впрочем, и СЗП) частью международной транспортной системы. Все суда и летательные аппараты пользуются правом транзитного прохода, которому не должно чиниться препятствий, за исключением того, что, если пролив образуется островом государства, граничащего с проливом, и его континентальной частью... [1]. Транзитный проход представляет собой... свободу судоходства и полета единственно с целью непрерывного и быстрого транзита через пролив между одной частью открытого моря или исключительной экономической зоны и другой частью открытого моря или исключительной экономической зоны. Однако требование о непрерывном и быстром транзите не исключает проход через пролив для целей входа, выхода или возвращения из государства, граничащего с проливом, при соблюдении условий входа в такое государство (ст. 38, § 1) [1]. В 2009 году США опубликовал президентскую директиву [17], в которой четко высказывается позиция касательно СМП и СЗП как проливов,

использующихся для международной навигации. К ним применим режим транзитного прохода.

Список использованной литературы:

1. Конвенция ООН по морскому праву, 1982 год. / Электронный ресурс // Режим доступа : http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_r.pdf
2. Международная конвенция о подготовке и дипломировании моряков и несению вахты, 1978 год / Электронный ресурс // Режим доступа : <http://www.omctf.od.ua/morpodgot.html>.
3. Международная конвенция по охране человеческой жизни на море, 1974 год / Электронный ресурс // Режим доступа : <http://www.femida.info/12/ktksolas74london1n1974g000.htm>.
4. Международная конвенция по предотвращению загрязнения с судов, 1983 год / Электронный ресурс // [Режим доступа] www.sur.ru/sites/default/files/.../Morpolrus.doc
5. Арктика получит новые ледоколы и рациональные решения. URL: <http://www.arcticuniverse.com/ru/news/20110808/01206.html>.
6. Белов М.И. История открытия и освоения Северного морского пути. – М.: Морской транспорт. – Т. 3. – 1959. – 256 с.
7. Белый О.В. Северный морской путь и основные задачи его решения / Электронный ресурс // Режим доступа : https://www.google.com.ua/search?q=Северный+морской+путь+УДК&rlz=1C1GTPM_ruUA548UA549&aq=Северный+морской+путь+УДК&aqs=chrome..69i57j14.
8. Кивалов С.В., Додин Е.В., Кузнецов С.А., Аверочкина Т.В., Никиша Д.А. Морское право источники. – Одесса : Феникс. – книга 2, Т.3. – 2011. – 450 с.
9. Межправительственная группа экспертов по изменению климата. Изменение климата, 2001 г. : Смягчение последствий. Резюме для лиц, определяющих политику и Техническое резюме доклада рабочей группы III. URL : <http://www.ipcc.ch/pdf/climate-changes-2001/mitigation/mitigation-spm-ru.pdf>.
10. Пазовский В.М. Северный морской путь: оценки зарубежных специалистов. Дальневосточная государствен-



ная морская академии имени адмирала Г.И. Невельского, г. Владивосток, 2002. – С. 45–51.

11. Правила плавания по трассам Северного морского пути. Утверждены Министерством морского флота СССР 14 сентября 1990 года / Электронный ресурс // [Режим доступа] : <http://forum.katera.ru/index.php?app=core&module=attach§ion>.

12. «Трафик Северного морского пути может вырасти в 10 раз», *Голос России*, 24.07.2013. – С. 9–12.

13. Deggim H. Update on work to develop the Polar Code (October 2011). IMO, Marine Technology Section. URL : <http://www.imo.org/MediaCentre/HotTopics/polar/Documents/polarcodePPT2011.pdf>.

14. Fact Sheet. Northern Sea Route project. 26 August 2010. URL : http://www.nordicbulkcarriers.com/images/Media/Filer/nsr_factsheet_uk.pdf.

15. Geological Survey U.S. Circum-Arctic Resource Appraisal. URL : <http://energy.usgs.gov/arctic>.

16. International Northern Sea Route Programme (INSROP). URL : <http://www.fni.no/insrop>.

17. National Security Presidential Directive 66 / Homeland Security Presidential Directive 25 (NSPD 66/ HSPD 25).

18. Sharma D. C. Ports in a Storm. *Environmental Health Perspective*. 2006. No 4. P. 220–228.

ОРГАНИЗАЦИЯ ПИТАНИЯ ЗАКЛЮЧЕННЫХ В ТЮРЬМАХ ТАВРИЧЕСКОЙ ГУБЕРНИИ В КОНЦЕ XVIII – НАЧАЛЕ XX ВВ.

Анна СИБИЛЕВА,

аспирант кафедры истории и теории государства и права Таврического национального университета имени В. И. Вернадского

Summary

The work is devoted to study the problems of organization of nutrition in the prisons of Taurida province in the end of XVIII – beginning of XX century. In the article indicated that the problem of ensuring the nutrition of prisoners by the treasury emerged only in the early of XIX century. Up to this, because most of the prisoners were serfs, the nutrition was produced by landlords. Products, which donated by the citizens for prisoners, were the main part of the ration. In despite of the assuming of responsibility by the state for a system nutrition of the prisoners, the whole XIX century voluntary donations constituted a significant part of the means for nutrition in the prisons. Funds, which the state had allotted, constantly sufficed. The situation complicated by the low effectiveness of work of trustee committees of prisons and their branches, which were regulating these questions in the field. A factor of different religious affiliation of prisoners has not been considered unlike birth. Most often the organization of nutrition of prisoners was effected by economic way, that is when the prisoners themselves cooked and baked bread. In these conditions, sometimes it was a fight between prisoners for the workstations in the kitchen, which were paid by the state.

Key words: nutrition of prisoners, Taurida province, prison.

Аннотация

Работа посвящена изучению проблемы организации питания в тюрьмах Таврической губернии в конце XVIII – начале XX в. В статье указывается, что государство обратилось к проблеме обеспечения питания заключенных за счет казны лишь в начале XIX в. Однако весь XIX в. добровольные пожертвования составляли значительную часть средств на питание в тюрьмах. Выделяемых же государством средств постоянно не хватало. Осложнялась ситуация низкой эффективностью работы попечительных комитетов, регулирующих эти вопросы. В отличие от сословного, не учитывался фактор различной религиозной принадлежности заключенных. Чаще всего организация питания заключенных производилась «хозяйственным способом».

Ключевые слова: питание заключенных, Таврическая губерния, тюрьма.

Постановка проблемы. Пенитенциарная система Украины переживает процесс реформирования, усложненный непростым экономическим положением и политизацией всех сторон жизни государства. Остро стоит вопрос о задачах пенитенциарной системы, ключевых моментах ее деятельности, отдельные стороны которой справедливо вызывают многочисленные нарекания. Таким образом, обращение к опыту организации и деятельности всех составляющих пенитенциарной системы должно способствовать осмыслению имеющегося опыта, его концентрации и возможного использования. Все это и составляет актуальность проблемы.

Необходимо указать, что историография проблемы достаточно разнообразна, но работ, в которых затронуты вопросы организации пи-

тания заключенных, немного. В первую очередь следует указать труды таких авторов, как В.Н. Никитин, О.П. Неалов, В.В. Россихин, Д.В. Коломенцев, С.К. Гогель, М.Н. Гернет, В.Н. Малюков и других [1-7]. Проблема же изучения применяемых подходов к обеспечению питанием заключенных в тюрьмах Крыма остается неисследованной.

Изложение основного материала.

К периоду организации пенитенциарной системы в Таврической губернии, Россия постепенно обращалась к проблеме централизованного обеспечения заключенных питанием. Но так как единого подхода к развитию самой тюремной системы еще не было, то и проблема пищевого довольствия заключенных претерпевала различные метаморфозы с определенными искривлениями на местах. Зачастую зна-



чительную часть рациона заключенных формировали подаяния, как деньгами, так и продуктами, а для сбора этих пожертвованных заключенных выпускали в города, но под стражей.

Дифференциация заключенных по сословиям, по принадлежности к тому или иному ведомству, а также по родам преступлений приводила к необходимости установления и различных норм довольствия. Так, Указом от 16 октября 1802 г. (№ 20465), в зависимости от категории осужденных, предусматривалось и различное питание: на заключенных, совершивших тяжкие преступления выделялось 3 коп. в сутки, за менее тяжкие – 4 коп. в сутки [8, с. 309]. Указ не предусматривал меры практической реализации такого подхода в ситуации, когда пища готовилась одновременно на всех заключенных. И потому он на местах не применялся. Организация питания заключенных сталкивалась в тюрьмах губернии с нехваткой посуды, дров, приспособленных для приготовления пищи помещений, с необходимостью учитывать религиозные потребности заключенных. На практике эти проблемы решались с большим трудом, часто не без помощи города, где была тюрьма, толерантным отношением смотрителей и т. д.

Так в 1815 г. для варения пищи заключенным власти Евпатории приобрели 2 казана за 6 руб. [9, с. 7]. Что касается раздельного питания, то, например, в тюрьме Симферополя долгое время мусульманам позволялось самостоятельно готовить пищу. В этот же период сложилась дифференциация средств на питание 1 заключенного в разных уездах губернии. Так, в 1817 г. было назначено на содержание каждого заключенного в сутки в уездах Симферопольском, Евпаторийском, Перекопском, Феодосийском и Тьмутараканском по 13 коп., а в Днепровском и Мелитопольском по 11 коп. [10, с. 3].

Указ от 22 декабря 1819 г. № 28040 «О принятии на счет казны продовольствия всех арестантов» отменил сложившуюся практику, когда питание движущихся по этапу заключенных возлагалось на сельские и городские общества, помещиков. Им же унифицировалось отношение в вопросах питания к обычным заключенным и заключенными военными, хотя эту проблему удалось решить окончательно

лишь с созданием отдельных пенитенциарных систем [11, с. 512-513]. Указом от 10 февраля 1820 г. за № 28551 закреплялась практика привлечения заключенных к работам, и устанавливалось, что часть заработанных ими денег шла на улучшение их питания [12, с. 618]. Унификация подхода к проблеме пищевого довольствия заключенных в масштабах империи себя не оправдывала, требуя если не индивидуального расчета средств на 1 заключенного в каждом городе, то хотя бы усредненных показателей для одной губернии. Для Крыма это усложнялось тем, что его прибрежные города в вопросах ценообразования на продукты зависели от их завоза морским путем. Любое изменение в навигации отображалось на ценах, предвидеть колебание которых на ближайший год или месяц было сложно.

Так произошло в начале 1831 г. На этот год, согласно табелю о кормовых деньгах на 1831 г., утвержденному 7 (23) февраля этого же года, на содержание заключенных в губернии выделялось по 9 коп. в сутки на 1 человека. Но их не хватало, а решить проблему своими силами на местах не могли. Гражданский губернатор констатировал, «что положение арестантов из-за недостаточного продовольствия из 9 коп. в сутки доходит до такой крайности по дороговизне съестных припасов, что на 9 коп. в нынешнее время не только нельзя быть сытым, но и невозможно даже утолить голод». Он из собственных средств увеличил расходы на питание в тюрьмах Симферополя и Перекопа, «полагая, что и в прочих тюрьмах Таврической губернии необходимо будет сделать такое же распоряжение, в отвращение того, дабы крайность и недостаток в пище не могли повести арестантов к беспорядкам и несчастным последствиям». Лишь 15 апреля 1831 г. был принят указ «О прибавке кормовых денег арестантам Таврической губернии», им предписывалось запрашиваемую губернатором прибавку к назначенным по табелю 9 коп. еще по 6 коп. утвердить до понижения цен на припасы в губернии. Потраченные губернатором его деньги, были ему возвращены [13, с. 312-313]. Подобные ситуации в губернии возникали и в последующие годы. Так, в 1858 г. Ялтинский уездный стряпчий и полиция просили

об увеличении кормовых денег для заключенных (9 человек) от положенных 7,5 коп. до 10 из-за дороговизны продуктов [14, с. 1, 3].

Документом, на долгие годы определившим правила пищевого довольствия заключенных, стала инструкция смотрителю губернского тюремного замка 1832 г. В ней этой проблеме были посвящены п. 196-204. Ими предусматривалось, что пища должна готовиться в кухне тюрьмы за счет казны и подаяний благотворителей. Заключенным не разрешалось отправлять кого-либо за едой в город или принимать ее от приходящих в заведение, за исключением должовых. Закупка продуктов и их учет возлагалась на эконома, он же руководил поварами, набранными из заключенных, совершивших менее тяжкие преступления. Инструкция также гласила, что «Содержащимся в тюремном замке дается пища умеренная, хорошего качества». Заключенным предписывалось завтракать после утренней молитвы, обедать в 12, а ужинать в 20 ч. Отпускаемую пищу составляли «для чиновных лиц обоего пола: хлеб черный, в сутки 2 ½ фунта; щи или суп в скоромные дни, с разрубленной говядиной, а в постные со снятками каша; для питья квас. На завтрак дается часть из определенной суточной порции хлеба. В большие праздники и торжественные дни дается за обедом изрезанная на кухне говядина».

Так предписывалось кормить, когда подаяний для питания не хватало. Инструкция вообще предусматривала преобладающую роль подаяний в питании заключенных. Кроме того, отдельно прописывался рацион «людям простого состояния». Им, независимо от пола, полагались: «хлеб черный 2 ½ фунта в сутки; щи или похлебка, для которой можно употреблять картофель, горох, крупу; в скоромные дни класть туда несколько сала, а в постные снятков и постного масла; для питья квас. ... на завтрак уделять часть хлеба из суточной порции. К пище сей, во время тяжелых работ, делать некоторую прибавку и улучшение; также в большие праздничные и торжественные дни». Как видим, мясо простолюдным не полагалось, не говоря уже о более полезной пище. Наличие эконома также было дорого, и их обязанности обычно выполнял сам смотритель. Так, долж-



ность эконома в тюрьме Симферополя мы можем обнаружить лишь в конце 1850-х гг. [15, с. 1]. Во многих же тюрьмах, чаще всего, готовую еду привозили подрядчики.

Следует указать, что в начале 1860 г. была составлена новая «Ведомость о роде пищи назначенной для продовольствия арестантов и количестве припасов потребных для приготовления оной». И она предусматривала сословное разделение. Так, «благородным» полагалось: «Щи, суп перловый, каша. Сверх этого в праздничные дни прибавляется... Постная пища. Щи, суп перловый, горох, каша, в табельные дни прибавляется...». А вот «разночинцам»: «Скромная пища. Щи, каша овсяная, гречневая», обязательно «прибавка в табельные дни. Постная – щи, также каша, горох, в табельные дни в замене рыбы каша». Отдельной строкой определялась для благородных порция хлеба [16, с. 114].

Качество приготовления пищи и ее объем для тюрем Крыма всегда были весьма острыми проблемами. Так, когда 15 декабря 1852 г. была произведена ревизия тюрьмы Перекопа вице-губернатором, кроме прочих недостатков, было указано и на низкий уровень продовольственного обеспечения [17, с. 3]. По результатам проверки даже были увольнения и выговор делопроизводителю Воскобойникову.

К середине XIX в. выделяемые государством средства на питание заключенных стали превышать объемы пожертвований, а к концу века их уже просто не смешивали. В 1854 г. для заключенных тюрьмы Симферополя были произведены пожертвования «съестными припасами» от 41 чел. на 59 руб. [18, с. 24]. В тоже время, из казны на питание заключенных в этом году поступило 2650 руб. [18, с. 28]. Следует также указать, что в 1854 г. в данной тюрьме находилось 639 заключенных [18, с. 9-10].

Приведем и другой пример. В октябре 1863 г. на питание заключенных этой тюрьмы, при количестве людей от 132 до 162, было потрачено 259 руб. 68 коп. из расчета 8 коп. в сутки на 1 [16, с. 167]. Таким образом, частные пожертвования, на которых настаивала инструкция 1832 г., не могли обеспечить нормальное питание заключенных. С другой стороны, в особо

критические моменты, они могли позволить несколько его улучшить. Так в 1873 г. в Ялте на питание заключенных расходовали положенные 9 коп. на человека в сутки от казны, да еще от пожертвований по 2 коп. На дворян – положенные от казны по 15 коп. и из частных пожертвований также еще по 2 коп. [19, с. 51].

Кроме продуктов, их качества и приготовляемой из них пищи для многих тюрем губернии остро стояла проблема обеспечения водой, особенно питьевой. В Симферополе заключенные вынуждены были самостоятельно носить воду для приготовления пищи из Салгира вручную в любую погоду. Лишь на заседании от 28 февраля 1863 г. губернский попечительный комитет предложил взять для доставки воды лошадей арестантской роты [16, с. 38]. Губернатор встал на сторону комитета и отдал местному полицмейстеру приказ решить проблему. 31 мая 1863 г. полицмейстер, в свою очередь, чтобы не отрывать лошадей арестантской роты, предложил купить лошадь для этой цели [16, с. 41].

Однако данные намерения так и не были реализованы. А вопрос опять встал на повестку дня лишь в 1870 г. Его поднял развивший бурную, но недолгую активность Завадовский, некоторое время бывший одним из директоров попечительного комитета. В своем письме губернатору он, обосновывая необходимость покупки лошади, предлагал с ее помощью возить воду, «которой по ночам не бывает иногда ни капли в таком громадном здании, где есть все условия для пожара, но, к удивлению, нет ни одной лошади, а где нужно иметь ручной брандспойт». С помощью этой же тягловой силы он собирался вывозить мусор и привозить материалы для мастерской [20, с. 16-17]. Нельзя сказать, что воду носили только вручную, много ее доставляли на основе подряда с арестантской ротой, которой приходилось за это платить. Согласно произведенным расчетам, тюрьме нужно было в день до 300 ведер воды, а привозили значительно меньше. Все остальные потребности опять-таки возлагались на заключенных, которые и носили воду из реки, если, конечно же, удавалось выделить для их охраны караул. Завадовский расторг контракт с арестантской ротой

и выделил для доставки воды лошадь, кроме того, по некоторым данным, он принял меры «к устройству водоворотни» [20, с. 34].

Однако его деятельность была недолгой, сумев рассориться с единомышленниками, вызвав со стороны губернатора, полицмейстера и других чинов недоверие, он оставил эту работу. А потому к 1879 г. вода в тюрьму, по-прежнему привозилась арестантоводовозом с участием специального надзирателя, что обходилось дорого [21, с. 5-6].

Но следует указать, что именно стараниями Завадовского в тюрьме появился колодец, однако вода в нем была непригодна для питья. С указания начальника главного тюремного управления, губернский попечительный комитет 15 декабря 1879 г. выдвинул опять задачу «решить проблему доставки воды в замок...» [21, с. 11].

В конце 1907 г. решили провести для тюрьмы водопровод, который предлагалось проложить от казенного винного склада. В склад она подавалась тоже паровым насосом из колодца на берегу Салгира. О чем и запросили у городских властей. Но 8 февраля 1908 г. вице-президенту попечительного комитета пришел отрицательный ответ [22, с. 30].

Пытаясь учитывать нужды тюрьмы, городская управа Симферополя 21 июня 1908 г. сообщила ее руководству, что по ходатайству комитета тюрьме выделено на 1908 г. бесплатный отпуск воды до 500 ведер ежедневно из городских водоразборов [22, с. 92]. А вот способ ее доставки оставался прежним – водовозкой, которая, правда уже в июле 1908 г. пришла в совершенную негодность, а потому заведение вынуждено было просить новую водовозку за 35 руб. и новую к ней бочку за 15 руб. [22, с. 103]. Так проблема обеспечения заключенных питанием наталкивалась еще и на дефицит питьевой воды.

С середины 1870-х гг. меняются подходы в деле обеспечения заключенных продуктами питания. Предпринимаются шаги, направленные на больший контроль за местным ценообразованием, а также на исключительно самостоятельное приготовление пищи в тюрьмах. 22 июня 1874 г. управлением МВД издан циркуляр № 71 «О доставлении информации о закупочных



ценах на продукты для арестантов». Им предписывалось закупать продукты по реальным, а не завышенным ценам, делалась попытка контроля ценообразования в регионах. На губернаторов возлагалась обязанность проверять их на местах. К циркуляру прилагались в дополнение формы и ведомости [23, с. 24].

Циркуляр же МВД от 10 сентября 1874 г. за № 104 предписывал прекратить практику, по которой тюремные заведения заключали подряды не только на заготовку продуктов, но и приготовление пищи, которую в готовом виде привозили заключенным [23, с. 26]. Благодаря этим циркулярам, поощрявшим труд заключенных в тюрьмах, во многих из них в губернии было введено хлебопечение. К ним относятся тюрьмы Бердянска, Алешек, Симферополя. Удавалось экономить средства, которые опять же направлялись на улучшение питания. Это было особенно актуально для тех тюрем, где на питание выделялось мало средств (в Бердянске в 1879 г. 6 коп. в сутки на заключенного). Перевод же с подряда на «хозяйственный способ» при закупке и приготовления пищи, производился «на артельных началах», когда заключенные избирали себе старосту под надзором смотрителя, и сами определяли, что и по какой цене покупать [112, с.14-15].

В некоторых тюрьмах, например в Феодосии, хлебопечение не получило развития из-за отсутствия опытных хлебопеков. В других же не было условий для этого.

6 ноября 1879 г. губернатору А.А. Кавелину пришло письмо от начальника главного тюремного управления (ГТУ) Галкина-Враскина, осмотревшего места заключения губернии. В нем он указывал, что в губернской тюрьме нет общей столовой, и пища раздавалась по камерам, в которых арестанты хранили и выдаваемый им хлеб [21, с. 5-6]. В тюрьме Феодосии в комнате столовой не было столов и скамеек, а пища раздавалась по камерам. Феодосийцам в который раз было указано на необходимость самостоятельно заниматься приготовлением пищи и хлебопечением.

По результатам ревизии попечительный о тюрьмах комитет 15 декабря 1879 г. поставил задачу удешевления

продовольствия и устройства помещения для сушильни на южном дворе тюремного замка, так чтобы летом там была столовая [21, с. 11].

К началу 1880-х г. ситуация с обеспечением заключенных довольствием стабилизировалась, они сами стали готовить пищу, что давало значительную экономию, но ценообразование все же оставалось одним из слабых мест этого вопроса. Так, табелем ГТУ на 1880 г. заключенным в губернии было определено по 7 коп. в сутки на питание [25, с. 4]. Лишь благодаря переписке с управлением Керченского градоначальника, кормовые деньги увеличили от 11 февраля 1880 г. до 10 коп. [25, с. 13]. Так, в тюрьме Феодосии, в 1880 г. на питание было потрачено 1524 руб. 15 коп. казенных денег и еще пожертвования [24, с. 2-3]. Следует указать и то, что к 1 января 1880 г. в ней было 67 муж. и 1 жен., а за год могло прибыть и убыть до 150 чел. [24, с. 6]. В Бердянске в 1882 г. заключенные «продовольствовались» хозяйственным способом, пища была удовлетворительна и жалоб не поступало. Питание происходило из расчета до 15 мая по 11 коп. на человека, а в связи с понижением цен – по 10 коп. На продовольствие в этом году израсходовали: на местных заключенных 2771 руб. 28 коп., ссыльных – 7 руб., пересыльных – 30 руб. 99 коп. [26, с. 2].

В Мелитополе в 1882 г. также пищевое довольствие заключенных производилось «хозяйственным образом» [26, с. 42-43]. Также обстояли дела и в тюрьме Ялты, вот только у них на каждого заключенного расходовалось по 13 коп в сутки [26, с. 36]. Наиболее проблемной была ситуация в Евпатории. 11 июня 1882 г. на заседании ее тюремного отделения констатировалась нехватка средств на питание заключенным. В тюрьме постоянно содержались лица разных исповеданий, которым их религией не разрешалось употребление пищи из общего котла. Отделение предлагало назначить на приварок им по 2,5 коп., между тем как цены на продукты, необходимые для приварка и привозимые из других мест, были высоки. Из-за отсутствия огорода при тюрьме и хлебопечения, приходилось исходить из суммы по 10 коп. в сутки на чел. [27, с. 2].

Тем не менее, последующие события развивались далеко не всегда в

пользу улучшения питания заключенных. Так, 20 января 1883 г. с № 514 вышел циркуляр ГТУ об уменьшении ассигнования по кредитам на питание арестантов в 1883 г. В статье «по продовольствию» произошло уменьшение на 10% с мест заключения довольствуемых по общему кормовому табелю, и 25% с прочих мест заключения [28, с. 335]. В абсолютных цифрах, согласно выписке о тюремных кредитах, назначенных на 1883 г. по губернии, на продовольствие заключенным было выделено 25464 руб. из общей суммы финансирования тюрем в 88321 руб. [28, с. 336-337]. Циркуляром № 819 от 31 января 1884 г. ГТУ сообщило губернатору, что из-за уменьшения числа заключенных, из-за понижения цен на продовольствие, выделяемые средства на содержание тюрем и, конечно же, питание опять были урезаны [28, с. 361]. На 1884 г. губернии на питание выделялось 24766 руб. из общей суммы содержания тюрем в 76544 руб. [28, с. 362-363]. И, наконец, циркуляром от 28 февраля 1885 г. за № 2393 ГТУ опять сообщило о сокращении расходов на тюрьмы в 1885 г. [28, с. 401]. На продовольствие заключенных было выделено 16638 руб. из общей суммы расходов на тюрьмы по губернии в 65335 руб. [28, с. 402].

Последствия данной политики не заставили себя долго ждать. Так, к началу 1885 г. в тюрьме Евпатории значительная часть посуды тюрьмы пришла в негодность и требовала замены. Остро стояла необходимость приобретения 4 маленьких бачков для пищи женщинам и больным [29, с. 13]. Еще в 1884 г. вскрылись случаи злоупотребления качеством и количеством продуктов для заключенных. Так, чиновник по особым поручениям при начальнике губернии вынужден был расследовать факт по Симферопольскому исправительному отделению о муке и пшене низкого качества, поставленных на продовольствие заключенным, что привело к началу следствия и увольнению директора губернской тюрьмы [30, с. 47].

Учитывая ситуацию, в дело включился временный Одесский генерал-губернатор. Он своим письмом от 8 августа 1885 г. Таврическому попечительному комитету требовал выслать ему различные документы по делу [29,



с. 67-68]. Но 19 августа 1885 г., пытаясь замаять скандал, из попечительного комитета был направлен ответ, согласно которому подлинных бумаг не было. Они, по мнению комитета, находились у полковника Михайлова, расследовавшего жалобу Дементьева на неправильные действия Бобовича. Это расследование губернским правлением было передано еще 10 января 1885 г. судебному следователю по г. Симферополю, согласно его требованию от 4 декабря 1844 г. В письме также указывалось, что управляющий Таврической казенной палатой Минченко проводил проверку счетов по продовольствию заключенных [29, с. 68].

Чем закончилось данное дело документы ответа не дают. Но по имеющимся данным за последующие годы, выводы губернатора и руководство мест заключения сделали. Так, в 1886 г. пища в тюрьме Бердянска была удовлетворительной [31, с. 2-4]. В апреле 1890 г. в тюрьме Симферополя был сделан куб из красной меди на 14 ведер [32, с. 14]. Он использовался для приготовления чая заключенным. Использовались активно в пенитенциарных и исправительных учреждениях губернии и внебюджетные средства. Иногда они превышали казенные в два раза [33, с. 38]. Однако удерживать на таком высоком уровне своими силами такое обеспечение местные органы власти и общественные организации исключительно своими силами не могли, они активно поддерживали решение на государственном уровне об удвоении этих расходов.

Последующие годы не принесли ничего нового в деле развития проблемы продовольственного обеспечения заключенных. Обычные для тюрем вопросы – приобретение посуды или регуляция цен на продукты, сбор пожертвований оставались ключевыми. Так, в январе 1908 г. тюрьма Симферополя просила у попечительного комитета 18 руб. для приобретения 4 ушатов для воды и 15 бачков розлива обеда [22, с. 1]. А 18 января 1908 г. начальник тюрьмы вынужден был констатировать резкое подорожание продуктов: «До 15 января 1908 г. – 1 пуд картофеля – 16 коп., 1 пуд свеклы – 50 коп., голова бычья – 80 коп., 1 фунт сала – 14 коп., 1 фунт мяса – 14 коп., а в настоящее время 1 пуд картофеля – 80 коп., 1 пуд свеклы

– 60 коп., голова бычья – 1 руб., 1 фунт сала – 15 коп., 1 фунт мяса – 15 коп.». При этом на 1 заключенного полагалось 10 коп. в сутки [22, с. 13]. В этот же день полицмейстер Симферополя доложил губернскому комитету о том, что им собрано пожертвований и передано в тюрьму для улучшения питания заключенных на праздники Рождества Христова 170 руб. 70 коп. [22, с. 22]. Очевидно, успокоенный этими данными комитет не принял ответственных решений. Однако уже 8 февраля смотритель тюрьмы вынужден был сообщить о нехватке продуктов. Муку брали в кредит, и смотритель спрашивал, что ему делать [22, с. 29]. Лишь в марте 1908 г. губернское правление добавило еще по 1 коп. на питание 1 заключенного [22, с. 41].

С учетом проблем с питанием в начале года, 31 декабря 1908 г. были увеличены нормы денежных средств выделяемых на питание заключенных в 1909 г. А именно: на питание заключенных и арестованных в Симферополе – 11, Бердянке – 10, Феодосии – 11, Ялте – 13, Мелитополе – 10, Перекопе – 8, Алешки – 11, Евпатории – 10 коп. на 1 чел. в сутки. В уездах: Симферопольском – 11, Бердянском – 9, Феодосийском – 11, Ялтинском – 13, Мелитопольском – 9, Перекопском – 9, Днепровском – 10 и Евпаторийском – 10 коп. [22, с. 179-179]. Исходя из этих данных, губернский попечительный комитет в декабре 1908 г. утвердил таблицу для ежедневного довольствия заключенных тюрьмы Симферополя на 100 чел. Обед ежедневно должны были составлять: борщ, капуста, мясо, мука подправленная, сало говяжье, соль, перец, лавровый лист, лик, картофель, хлеб черный. На всех выходило 10 руб. 16 коп. Ужин – суп: крупа пшеничная, сало говяжье, соль, картофель – 11 руб. на всех заключенных [22, с. 185].

Выводы. Подытоживая деятельность государства в деле обеспечения продуктового довольствия заключенных тюрем на примере Таврической губернии, следует отметить, что данный процесс лишь в начале XIX в. стал принимать централизованный подход с постепенным возложением на казну основной его финансовой составляющей. Правовой основой данной деятельности стали указы от 16 октября 1802 г. (№ 20465), 22 декабря

1819 г. (№ 28040), 10 февраля 1820 г. (№ 28551), инструкция 1832 г., а также различные ведомости и таблицы, определявшие количество выделенных 1 заключенному денег на питание и конкретное наполнение пищевого довольствия. Процесс приготовления пищи первоначально возлагался на подрядчиков, которые привозили в тюрьмы продукты, а иногда и готовую пищу. Деньги им выплачивались попечительным комитетом и его отделениями на местах [22, с. 42]. Во второй половине XIX в. сделан акцент на приготовление пищи в тюрьмах заключенными, которым за это определялась плата. Само пищевое довольствие заключенных было весьма скромным, с соответствующим сословным разделением и, зачастую, без обеспечения раздельного питания лиц различных религиозных воззрений.

Список использованной литературы:

1. Никитин В.Н. Тюрьма и ссылка: История законодательства, административное и бытовое положение заключенных, пересыльных, их детей и освобожденных из-под стражи, со времени возникновения тюрьмы до наших дней: 1560 – 1880 гг. / В.Н. Никитин — СПб., 1880.
2. Неалов О.П. Організаційно-правове забезпечення реалізації тюремної реформи в Російській імперії в другій половині XIX – на початку XX ст. (на матеріалах Українських губерній) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / О.П. Неалов. – Харків, 2003. – 20 с.
3. Россіхін В.В. Пенітенціарна система Російської імперії в XIX – на початку XX ст. (на матеріалах українських губерній) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / Россіхін Василь Васильович. – Харків, 2005. – 21 с.
4. Коломенцев Д.В. Тюремная система России в 50-80-е годы XIX века и ее реформирование : дис. ... кандидата ист. наук : 07.00.02 / Коломенцев Денис Витальевич. – Воронеж, 2004. – 177 с.



5. Гогель С.К. Арестантский труд в русских и иностранных тюрьмах / С.К. Гогель // Из журнала Министерства Юстиции (Февраль и Март 1897 г.). – СПб. : Типография Правительствующего сената, 1897. – 158 с.
6. Гернет М.Н. История царской тюрьмы / М.Н. Гернет. – Т. 4. – М., 1962. – С. 36–38.
7. Малюков В.Н. Неудобство русского острога и мнения о преобразовании его / В.Н. Малюков : Сб. «Луч» – СПб., 1886.
8. Полное собрание законов Российской империи. С 1649 года. Т. XXVII. 1802 – 1803. – СПб, 1830. – 1122 с.
9. Государственный Архив Автономной Республики Крым (ГААРК), ф. 26, оп. 1, д. 1446. 1.02. – 5.05.1815 г. Донесения о колодниках, содержащихся в городских тюрьмах. 103 с.
10. Там же, ф. 26, оп. 1, д. 2687. О количестве денег, определенных на содержание колодников. 14.04.1817 – 20.01.1819 г. 30 с.
11. Полное собрание законов Российской империи. С 1649 г. Т. XXXVI. 1819. – СПб, 1830. – 734 с.
12. Полное собрание законов Российской империи. С 1649. Т. XXXVII. 1820 – 1821. – СПб., 1830. – 983 с.
13. Полное собрание законов Российской империи. Собрание второе. Т. VI. Отделение первое. 1831. – СПб., 1832. – 834 с.
14. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 82. О прибавке кормовых денег арестантам, содержащимся в Ялтинском городском остроге. 28.05.1858 г. 8 с.
15. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 66. Документы о приходе и расходе денег на содержание чинов в симферопольском тюремном замке. 31.07.1857 – 30.10.1857 г. 8 с.
16. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 52. Проект положения об исправительных тюрьмах; прошения арестантов и рапорты смотрителей о выдаче денег и пособиях. 21.07.1856 – 31.08.1873 г.
17. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 15. С определениями, состоявшимися на заседании Симферопольского тюремного комитета. 31.12.1852 г.
18. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 41. Отчет о положении и действиях комитета за 1854 г. 1855 г.
19. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 710. Относительно отчета тюремных учреждений Таврической губернии и действий их в 1879 г. 24.02.1880 – 3.06.1882 г. 54 с.
20. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 368. Об устройстве мастерских в Симферопольской тюрьме. 1870 г. 55 с.
21. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 690. Об исправлении симферопольского тюремного замка по замечению главного тюремного управления. 13.11.1879 – 39.01.1885 г.
22. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 1167. Цирюляры главного тюремного управления по вопросу становления смет, копия отношения главного тюремного управления о результатах обследования состояния и содержания симферопольской тюрьмы, материалы о работе и сведения об обслуживающем персонале тюрьмы. 3.01.1908 – 27.07.1909 г.
23. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 496. Цирюляры министерства по тюремной части за 1874 – 1886 г. 7.02.1874 – 17.11.1886 г. 492 с.
24. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 710. Относительно отчета тюремных учреждений Таврической губернии и действий их в 1879 г. 24.02.1880 – 3.06.1882 г. 54 с.
25. ГААРК, ф. 351, оп. 1, д. 366. Распоряжения полицейского управления в отношении арестантов с указанием фамилий. Рапорты смотрителя и прошения заключенных. Приказы тюремного управления о наказании арестантов нанесших раны тюремному персоналу. 61.01.1880 – 30.12.1880 г. 83 с.
26. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 859. Отчетные сведения тюремного отделения Таврической губернии. 18.02.1883 – 17.11.1883 г. 119 с.
27. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 849. По ходатайству Евпаторийского тюремного отделения об оказании содействия к устройству в тюремном замке больницы. 3.01.1883 – 20.12.1884 г. 4 с.
28. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 496. Цирюляры министерства по тюремной части за 1874 – 1886 г. 7.02.1874 – 17.11.1886 г. 492 с.
29. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 902. Сведения о работе и состоянии уездных тюремных отделений и тюрем. Здесь же сведения об арестантах с указанием фамилий, их содержании и перемещениях. 7.01.1885 – 31.12.1885 г.
30. ГААРК, ф. 727, оп. 1, д. 68. О взятии в опеку имущества ушедших за границу татар – Евпаторийских мещан. Т. 6. 1858 – 1874 гг.
31. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 962. О положении тюрем и действиях тюремного комитета и тюремных отделений Таврической губернии за 1886 год. 28.03.1887 – 29.10.1888 г. 54 с.
32. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 1005. Об устройстве мастерских при симферопольской тюрьме и об открытии школы грамотности и о приобретении медного куба для нагревания воды на чай. 6.03.1890 – 31.12.1890 г. 169 с.
33. ГААРК, ф. 36, оп. 1, д. 1085. Рапорты и переписка об удвоении платы из казны в пользу исправительных заведений, об устройстве столярной мастерской при феодосийской тюрьме, о ревизии отчетности и др. 28.01.1897 – 31.12.1897 г.



EFFECTIVE LEGAL GUARANTEEING OF THE QUALITY OF AGRICULTURAL PRODUCTION AS THE CONDITION OF COMPETITION ABILITY OF AGRARIAN SECTOR OF ECONOMY

Yaroslav SYDOROV,

PhD in Jurisprudence, Associate Professor,
Department of Administrative and Commercial Law, Zaporizhzhya National University

Summary

This scientific article is devoted to the analysis of the effectiveness of legal guaranteeing of the quality of agricultural production taking into account its significance in the conditions of economic integrative processes, which display the urgent problem of competition ability of agrarian sector of economy. Modern situation of legal regulation in the sphere of agrarian sector of economy is analyzed. Conceptions of the system of regulation of the quality of agricultural production described in the agricultural law literature are generalized and systematized, main directions of further development of above described legal relations are determined.

Key words: agrarian sector, agrarian legal relations, legislation, euro integration, World Trade Organization, legal guaranteeing, agricultural production.

Аннотация

Научная статья посвящена вопросам эффективности правового обеспечения качества сельскохозяйственной продукции с учетом особого его значения в условиях экономических интеграционных процессов, обуславливающих актуализацию проблемы конкурентоспособности аграрной сферы экономики. Проанализировано современное состояние законодательного регулирования указанных вопросов и практики его применения. Обобщены и систематизированы отраженные в аграрно-правовой литературе положения и концепции касательно системы регулирования качества сельскохозяйственной продукции, определены основные направления дальнейшего развития указанных правоотношений.

Ключевые слова: аграрный сектор, аграрные правоотношения, законодательство, евроинтеграция, ВТО, качество, правовое обеспечение, сельскохозяйственная продукция.

Statement of the problem. An important condition to guarantee the human right to a decent standard of living, enshrined at the constitutional level, «one of the most concrete manifestations of which is the right to getting and consumption of quality food to meet the needs and the needs of family members to adequate food» [1, p. 105], presents an optimal and effective enforceability for agricultural products' quality. No coincidentally that among the main tasks of the agrarian law in modern terms experts define «enforcement of the rights and freedoms of the peasant, on the one hand, and on the other one – the assurance of the constitutional rights of citizens of Ukraine to complete, environmentally safe nutrition according to health indicators» [2, p. 217]. The understanding of country food security is becoming more common based not only on quantitative parameters that define sufficient food volume, its economic availability, but on its safety and quality, reduction of which occurs on a global scale, especially in low-income countries. Gradually, the quality of agricultural products, which is the basis of nutrition, becomes the main criterion for its competitiveness in the domestic market, where it competes with imported ones, and foreign market.

Modern international economic integration processes, in which our

country takes part actively, open the way for the implementation of rather ambitious plans in the sphere of production and sale of domestic agricultural products. Thus, despite the negative outlook on the development of the agricultural sector in the case of Ukraine's accession to the WTO, after joining the organization national agribusiness increased its exports almost threefold, and in 2012 it showed impressive growth – almost a half, from 10.7 billion to 15.5 billion dollars. In its turn, as the Food Program of the United Nations (FAO) projected, in the coming years Ukraine will have the world's highest rate of growth of agricultural production and, consequently, agricultural exports, which will increase by 60% by 2020 [3]. Among the objectives of public policy for 2013-2014, defined in the National Programme of economic development intensification for 2013-2014 and the Action Plan for its implementation (approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine on February, 27, 2013) there is an increase of agricultural production in the domestic market by 25 percent and an increase in exports of agricultural products and foodstuffs.

However, please note that the features mentioned above can be implemented in the long-term perspective and in conditions of effective public policies

to ensure the quality of agricultural products. Failure of this task reduces the level of competitiveness of domestic agricultural products significantly, and under conditions of openness of the domestic market, it may lead to the displacement of domestic products' import and to limitation of these products' access to world markets under the pretext of non-compliance with quality standards.

State of the study. Recently there has been the increasing interest among agrarian scientists to these issues, which are dealt with as a part of more general topic, including food security, agricultural development in the international integration process, law regulation of agriculture manufacturing, etc. (works of M. Grebenyuk, J. Bogdan, V. Ermolenko, V. Zharenko, T. Kovalchuk, S. Marchenko, A. Polivodskyy, S. Romanko, A. Stativko, V. Semchyk, V. Urkevych et al.), and it becomes the direct object of scientific inquiry (works of S. Bugera and S. Kaydashov). Stressing the importance of scholars' developments the advisability of further in-depth study of the most pressing issues of legal regulation of agrarian relations in the field of agricultural products' quality for the formulation of the proposals should be emphasized. The



above indicates **the relevance of the chosen topic** of the article, the **purpose** and **object** of which is generalization and systematization of the legal provisions regarding the effectiveness of the quality enforceability of agricultural products, defining and clarifying of the main ways to improve it.

Statement of the material. One of the main objectives of the legal regulation of the quality of agricultural production is to increase its competitiveness in modern integration processes in the international economy, which leads to a significant impact of international law norms on the formation of agrarian legislation in the field of the study of social relations. In particular, international agreements, adopted at the WTO, aimed at «a compromise between two opposing positions: the promotion of international trade, which is in elimination of administrative barriers (these tasks sets the WTO) to provide health care of plant and animal products' consumers [4, p. 76]. Extrapolating this approach to determine the effectiveness of national regulation of agrarian relations in the field of quality agricultural products, as the latter criterion we can determine the balance between public and private interests: on the one hand, the need to ensure consumers' rights to healthy and safe food, as well as a favorable legal climate without excessive and unwarranted government intervention, conducting of agricultural activities, and on the other one, expanding the conditions of free access of domestic producers on foreign markets, their competitiveness.

Instead, according to foreign and domestic experts, the Ukrainian government regulation of food safety means that enterprises to incur unreasonable expenses, but it does not guarantee higher than anywhere else indicators of the health of Ukrainian citizens and their safety [5, p. 5]. As approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine on October 17, 2013 the Development Strategy for the agricultural sector until 2020 among the key issues identified, among other things, the volatile competitive positions of domestic agricultural products and food on international markets due to the incomplete process of adaptation to European requirements for quality and

safety of agricultural commodities and food products. Scientists-economists argue persuasively that «for domestic agricultural producers the standards harmonized with WTO and EU law are the only way to compete on the international market» [6, p. 27].

The issue of legislation harmonization concerning the quality and safety of products to the international legal requirement is, A. Polivodskyy says, in bringing the existing regulations to date with the requirements of EU and WTO, and in using them with the same approach as the most international partners of Ukraine, and he identifies the following components of the concept of legal regulation of the quality and safety of agricultural products in the EU: 1) the principle of «horizontal» legislation (legal approaches that are common to all types of food) and the gradual restriction of the use of «vertical» legislation (requirements for each specific product), 2) the concept of «risk analysis», which is carried out at two levels: the legal one and the level of control, 3) the responsibility of manufacturer and dealer for the products they offer for sale and for damage that may cause with such products, 4) the concept of tracking «from farm to fork» (producer or seller of products keeps track of all the documents on the way to the consumer), 5) implementation of agricultural quality management system of HACPS (Hazard Analysis and Critical Points System), thus eliminating the need for certification of enterprises, 6) the voluntary use of standards adopted under the influence of the market as a competitive advantage [4, p. 75-81].

Recently there has been legislative and organizational work towards increasing the effectiveness of the legal provision of quality agricultural products, including adapting it to the requirements of WTO and EU. The letter is recognized as a priority in a number of legal programmatic acts. In particular, the state target program of development of Ukrainian village until 2015 provided the implementation of the policy guaranteeing safety and quality of food that are aimed at developing and implementing quality standards for major agricultural products in accordance with international ones and improvement of the mechanism of state control over

the quality of agricultural products and food products in accordance with WTO regulations and Action Plan «Ukraine – EU». One should also note the Action Plan for Adaptation of Ukrainian economy to WTO requirements, approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine on October, 30, 2008, a significant portion of provisions which aims to ensure quality and safety of food products, in particular conform their legal acts to the WTO Agreement on sanitary and phytosanitary measures, including exclusion provisions for compulsory product certification, conduct in accordance with international standards, upgrading laboratory facilities of state sanitary-epidemiological service and veterinary medicine.

Basic organizational legal and legislative initiatives for the near future are enshrined in the National Action Plan for 2013 to implement the program of economic reforms in 2010-2014 «Prosperous Society, Competitive Economy, Effective State», approved by Decree of the President of Ukraine on March, 12, 2013 № 128/2013. That plan provides quite significant number of measures for adapting domestic legislation and government regulation in the area of quality and safety to EU law and WTO requirements, including amendments and additions to some legislative acts of Ukraine regarding safety and quality of food products aimed to establish principles and mechanisms of state regulation of safety and quality of food products in accordance with legislation of the European Union and WTO requirements; entrusting the power to organize and control safety and quality of all the food on the single supervisory authority, the abolition of the requirements for obtaining and/or playing (exercise) food manufacturers permits, opinions, certificates, consents, examinations, etc., which do not apply to law of the European Union, the state registration of only those objects of sanitary measures that are appropriate to register in accordance with the European Union; introducing the use of the standards of food on a voluntary basis, mandatory implementation of operator facilities that carry out activities for the production and/or treatment of food products, agri-food market operators of Hazard Analysis and Critical Points System (HACPS) and similar systems to



ensure safety and quality of food products based on HACPS principles, providing for the phased implementation of such requirements, research (tests) of food for the checking of safety and quality by only accredited laboratories and other measures aimed at reforming the enforcement powers in the field of safety and quality of food.

In the implementation of the Plan of on October, 17, 2013 at a cabinet meeting the strategy of the agricultural sector for the period until 2020 was approved (as a basis for the development of future programs of the agricultural sector through 2020), the provisions of which were determined as a priority to ensure quality and safety of agricultural commodities and food products, to comply with their production through: improvement of the product certification and standardization of agricultural products, the maximum coverage of quality management systems and safety of processing and food industry, the formation of a network of laboratories to determine the quality of agricultural products and foodstuff, the delegation of the powers of control for conformity of agricultural production and food self-regulatory associations based on mutual responsibility. Also it is expected to adapt technical regulation of food safety to the requirements of EU and WTO, increase accountability of self-regulatory industry, cooperative associations in monitoring the quality and safety of products produced by its members, limiting the direct control of domestic, small and medium-sized farms if all products are sold on the commodities markets through cooperatives.

Analysis of regulations that support further ways of reforming agrarian-legal relations in the sphere of agricultural products' quality indicates that it is carried out on the basis compatible with EU and WTO, and the borrowing of foreign experience of government regulation of these relations. In particular, today more than half of international standards in the field of agriculture and food industry are implemented in Ukraine, in particular, 52% of international standards ISO in agriculture and 59% in food industry. In addition, 64% of standards of the European Commission are harmonized in agriculture and 40% – in the food industry [7].

Assessing the dynamics of envisaged legislative changes' implementation the need to activate them should be recognized, as the majority of planned activities is unrealized or realized in incomplete condition. B. Kaydashov rightly points to the lack of systematic approaches to the development of these programs and plans for process improvement of legal regulation in accordance with EU and WTO, which occurs at the annual plans based on proposals by the central authorities without reference to the general requirements specified in the construction EU legislation *acquis communautaire*. This approach goes as contrary one to the legally established norms according to which Ukraine is an adaptation of a planned process involving several stages, each of which has achieved a certain degree of compliance with the legislation of Ukraine to the *acquis communautaire* [8, p. 65]. Improvement of the legal aspects of quality assurance and food safety is an important concern of institutional change, experts in the field of public administration note. The current concept of quality and food safety, the principle of which is to respond to violations of quality standards and which does not provide for preventive measures to prevent violations of the current legislation, should be customized towards the elaboration of a systematic approach to quality management and food safety. Methodologically, this approach assumes that the under the influence of management there are not the individual parts (components), but the system as a whole as a single object, and therefore changes of individual elements lead to some qualitative changes in general [9].

S. Bugera insists on the need for a systematic approach, who considers legislative strengthening of Systematization legislation concept to be appropriate to improve the efficiency of agricultural legislation that regulates the quality of agricultural products, the end result of the implementation of which the adoption of the Agricultural Code of Ukraine shall be with the relevant part on the quality of agricultural products. He believes the use of international legal experience providing quality agricultural products in Ukraine is necessary and possible with: 1) developing of Concept of regulation of agricultural

products' quality with the peculiarities of the domestic agricultural market and international requirements, 2) the effective combination of administrative and economic levers of influence on the development of quality indicators for agricultural products as basic factors of competitiveness, and 3) the development of the Programme on domestic legislation adapting of agricultural product quality regulation to international standards, including the requirements of the European Union. Also S. Bugera considers as appropriate specialized adoption statute – Law of Ukraine «On the System of agricultural products' quality» [10, p. 11-15]. Suggested idea as a whole is maintained and developed by other researchers [11]. In turn, V. Kaydashov also proposes to adopt separate legislation, namely Law of Ukraine «On the production and sale of safe and high-quality agricultural products» and argues the need for the development and approval of State program to promote the production and sale of safe and high-quality agricultural products [8, p. 9]. Certainly, scientists made proposals for the codification of legislation on the quality of agricultural products deserve attention and support of the legal community and can be thorough basis for further accumulation of Legislative Initiatives. –

Thus it can be **concluded** that the agricultural sector remains the industry that does not fully realize its export and investment potential, due to, among several other reasons, ineffective regulation of both the quality of agricultural products and practice of their usage. Fundamental for the rise of national agroproducts in terms of expansion and diversification of export markets and import substitution in the domestic market, acquiring safety for legal and organizational level for availability of agricultural products according to international standards and systems of food quality. It is necessary to activate reforming of the current legal framework in this field relations in the conceptual basis of an integrated approach, international agreements, WTO and EU law to the legal regulation of the quality and safety of agricultural products that are intended to: 1) the introduction of foreign experience in providing comprehensive quality



management system for agricultural products «from farm to fork» (one of the prerequisites of a formula proposed by S. Bugera on account of the basic factors of production, especially the presence of inseparable, complementary connection «soil quality» – «quality of plant products» – «quality of animal products» [10, p. 5]), 2) the transition from control of finished product to control of manufacturing processes (control not product samples, but production cycle, not declarative, but actual implementation of the HACPS system), 3) liberalization and ensuring transparency of organizational and legal regime of the state control in this area, including the elimination of duplication of control, excessive and inefficient checks provided increased responsibility of the private sector in agriculture (the formula «state control over private control») and the extension of the legal conditions for the functioning of social control, 4) development of ecological and economic component of the legal regulation of the quality of agricultural products, in particular the use of GMO control, promotion of organic production etc. Legal registration of these areas should be in the systematization of legislation on the quality of agricultural products, in which it is necessary to eliminate the fragmentation and inconsistency, excessive detail and outdated requirements and relevant national standards, accelerating the pace of harmonization with the relevant documents of the Codex Alimentarius Commission and of the European Union. The academics should be supported in designing and adopting of a single legal act (in our opinion, this could be a «law on the system of agricultural products quality and state control in the field»), return to work on the bill of the organic production of agricultural products and subsequently, the regulation of these relations in a special section of the Agricultural Code.

List of reference links:

1. Рабінович А. Право людини на якісні продукти харчування: нормативно-юридичний механізм його забезпечення в Україні (загальна характеристика) / А. Рабінович // Підприємництво, господарство та право. – 2006. – № 8. – С. 105–109.
2. Статівка А.М. Про роль та завдання аграрно-правової науки в сучасних умовах / А.М. Статівка // Розвиток наук земельного, аграрного, екологічного та природоресурсного права [Електронний ресурс] : збірник наукових праць Круглого столу (19 жовтня 2012 р.) / за ред. Г.І. Балюк, М.В. Краснової, А.М. Мірошніченка, В.В. Носіка. – Режим доступу : <http://law.univ.kiev.ua/science.html>.
3. Вітчизняна сільгосппродукція динамічно просувається на нові продовольчі ринки [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=246769008&cat_id=244277212.
4. Поліводський О.А. Гармонізація законодавства України до вимог ЄС та СОТ щодо якості та безпеки сільськогосподарської продукції як чинник залучення іноземних інвестицій до аграрної сфери економіки України / О.А. Поліводський // Інвестиційна діяльність у сільському господарстві: правові питання : монографія / [кол. авт.] за ред. В.І. Семчика. – К. : «Юридична думка», 2008. – С. 71–89.
5. Система державного регулювання безпеки харчових продуктів в Україні на шляху вдосконалення : аналітичний звіт. К. : IFC, 2009. – 70 с.
6. Зінчук Т.О. Євроінтеграційна перспектива аграрного сектора економіки України: теорія, методологія, практика : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра екон. наук : спец. 08.00.03 «Економіка та управління національним господарством» / Т.О. Зінчук. – Київ, 2009. – 41 с.
7. Більше половини міжнародних стандартів у сфері АПК вже прийняті в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://minagro.gov.ua/uk/node/10322>.
8. Кайдашов В.С. Організаційно-правові засади безпеки та якості сільськогосподарської продукції : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / Віталій Сергійович Кайдашов. – Х., 2012. – 216 с.
9. Ульяновченко Ю. Державне регулювання стандартизації та сертифікації продукції аграрного сектора економіки [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/putp/2013-2/doc/3/01.pdf>.
10. Бугера С.І. Аграрно-правове забезпечення якості сільськогосподарської продукції в Україні : дис. ... д-ра. юрид. наук : 12.00.06 / Серій Іванович Бугера. – К., 2013. – 450 с.
11. Застрожнікова І.В. Підвищення ефективності державного регулювання сільського господарства України : дис. ... канд. наук з держ. управління : 25.00.02 / Ірина Володимирівна Застрожнікова. – К., 2011. – 187 с.
12. Павлюченко Ю.М. Перспективи та напрямки розвитку законодавства щодо безпеки та якості сільськогосподарської продукції / Ю.М. Павлюченко, М.Ю. Таратухин // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://hozpravo.com.ua/conferences/uchastnik/index.php?ELEMENT_ID=678.



ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ОТНОШЕНИЙ В ИННОВАЦИОННОЙ И НАУЧНО-ТЕХНИЧЕСКОЙ СФЕРЕ

Ольга СИМСОН,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права № 2
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Summary

This article examines the legal nature of the relationships, which arise by the implementation of innovative as well as scientific and technological activities. Here are analyzed different approaches to their definition. Private law foundation of relations in the field of creation and use of research results is grounded. It is argued in the present article about the need of a differentiated approach to the definition of the function of the government in the field of the basic science, pre-competitive research and commercial innovation sphere. The author comes to the conclusion about the inadequacy of the binding model based on the management and control to the scientific, technological and innovation sphere, where should be kept the principles of freedom of creativity and entrepreneurial initiative. It is suggested to base on the relationship model of private-public partnership.

Key words: innovative activities, scientific and technical activities, relations in science, technology and innovation sector, legal nature, the legal relationship model.

Аннотация

В статье исследуется правовая природа отношений, которые возникают при осуществлении инновационной и научно-технической деятельности. Анализируются различные подходы к их определению. Обосновывается частноправовой фундамент отношений в сфере создания и использования научных результатов. Аргументируется необходимость дифференцированного подхода к определению функции государства в области фундаментальной науки, доконкурентных исследований и коммерческой сфере инноваций. Автор приходит к выводу о неадекватности обязывающей модели, основанной на управлении и контроле в научно-технической и инновационной сфере, где должны соблюдаться принципы свободы творчества и предпринимательской инициативы. Предлагается взять за основу отношений модель частно-публичного партнерства.

Ключевые слова: инновационная деятельность, научно-техническая деятельность, отношения в научно-технической и инновационной сфере, правовая природа, правовая модель отношений.

Постановка проблемы. В правовой науке наблюдается активное возникновение новых отраслей права, таких как информационное, медицинское, энергетическое право, связанных с развитием соответствующих сфер общественных отношений и расширением их нормативной регламентации. Представляется, что значение правового обеспечения деятельности в сфере науки и ее достижений является очевидным и не требует доказательств. В то же время, заметных исследований отношений в области научно-технической деятельности не проводилось со времен существования СССР, когда правовая доктрина была направлена на достижение научно-технического прогресса. Стоит упомянуть работы: «Правовые вопросы научно-технического прогресса в СССР» под редакцией М.М. Богуславского (1967 г.), «Социалистическое право и научно-техническая революция» под редакцией Р.О. Халфиной (1979 г.), монографии В.А. Дозорцева «Законодательство и научно-технический прогресс» (1978 г.), Ч.Н. Азимова «Договорные отношения в области научно-технического прогресса» (1981 г.), А.А. Подопригоры «Научно-технический прогресс и право» (1988 г.) и др.

В 90-е годы XX века доктрина научно-технического прогресса постепенно трансформировалась в концепцию инновационного развития, которая имела существенные отличия. Если в теории НТП вектор развития науки задавался государством, обозначая центральную его роль в определении научно-технической политики, то законы возникновения и продвижения инноваций не подчинялись регулируемой экономике, а строились по рыночной модели. Новые веяния социально-экономической трансформации XXI века были подхвачены юриспруденцией. Были опубликованы монографии Ю.Е. Атамановой, М.В. Волынкиной, О.А. Городова, О.Э. Симсон. Возникла определенная дискуссия, однако широты научного направления она не достигла. В Украине такое положение дел отражает реальную потребность в обеспечении инновационного развития, а точнее сказать, ее отсутствие. Беспомощность правовой науки сказалась на состоянии законодательства в научно-технической и инновационной сфере, которое является «передовым» по числу часто меняющихся и не работающих норм. В 2014 году наступает итоговый этап реализации Программы экономических

реформ Украины на 2010-2014 годы. Перспективы реализации цели и задач развития научно-технической и инновационной сферы, предусмотренные программой, неутешительны. Один из индикаторов достижения цели Программы – наукоёмкость ВВП вместо прогнозируемого повышения (до 1,5%) снизился до 0,75%.

Актуальность темы. Состояние научно-технической и инновационной сферы демонстрирует тот факт, что в основу ее регулирования была заложена правовая модель, неадекватная сложившимся экономическим условиям. И эта тенденция характерна не только для Украины, а и для всех постсоветских государств. Известный российский теоретик права С.С. Алексеев указывает на проблему построения неэффективной правовой модели, которая не опирается на «энергетическое поле» интересов и не отвечает им. В качестве примера ученый приводит как раз применение обязывающей модели к инновационной сфере в России. «На первый взгляд, – пишет ученый, – может показаться вполне оправданным применение императивной модели, которая будет обязывать субъектов хозяйствования в плановом характере под угрозой ответственности



максимально использовать в производстве все изобретения, находящиеся в их распоряжении. Но такая модель будет неэффективной со знаком «минус», так как противоречит интересам предприятий: не отказываться от привычного производства в пользу налаживания нового, избегать риска. В то же время, существует проблема применения диспозитивной модели в отсутствие «позитивного поля» – общей, устойчивой, свободной заинтересованности предприятий в использовании изобретений и технических новинок». Необходимо искать оптимальную сбалансированную модель, которая учитывала бы характер отношений в сфере науки и инноваций, а также экономические условия их формирования.

Цель данной статьи – проследить правовую природу отношений в научно-технической и инновационной сфере, заложить основу их реализации в рамках адекватной модели правового регулирования.

Изложение основного материала.

Характер исследуемых отношений нельзя определить постоянной величиной, константой. Он варьировался на разных исторических этапах в зависимости от социально-экономических условий, которые влияли на формирование правовой мысли. Так, характерной чертой развития науки и техники в социалистическом обществе определялось государственное руководство, а технический прогресс был предметом целенаправленной плановой деятельности государства. «Государство, по мнению ведущих специалистов по правовому обеспечению НТП в СССР, планирует и координирует проведение научных исследований, устанавливает планы создания новой техники и ее внедрения, определяет материальные средства, выделяемые на развитие науки и техники, организует подготовку научных кадров». В период введения системы хозрасчета акценты смещаются в сторону комплексного характера «экономических и организационных отношений», составляющих предмет комплексного разноотраслевого правового регулирования группой норм и правовых актов, входящих в хозяйственное, трудовое, гражданское и административное законодательство.

Наличие публичной и частной составляющих отношений в инноваци-

онной сфере признают и современные специалисты. Н.С. Кузнецова отмечает [1, с. 58], что правоотношения в инновационной сфере являются разноотраслевыми, поскольку в них присутствует публичная составляющая, которая определяется активным участием государства и его органов, а также частнопредметная составляющая, которая обеспечивается участием творца – индивида или соответствующих коллективных образований. Причем основной сегмент инновационных отношений по своей природе и содержанию является гражданско-правовым. Это обусловлено объектом правового регулирования, которым выступает результат творческой интеллектуальной деятельности, в первую очередь, объект гражданского института прав интеллектуальной собственности; оборотом этих объектов в рамках общего гражданского оборота на основании гражданских договоров, а также защитой прав творцов, что происходит в формах и способах, предусмотренных гражданским законодательством.

Российские исследователи также сходятся во мнениях относительно комплексного характера отношений в инновационной сфере. Д.В. Грибанов пишет, что «инновационное развитие – это межотраслевой общественный процесс, который требует сложной системы комплексного регулирования, соединяющей различные социальные регуляторы, и обязательного участия государства» [2, с. 104]. Комплексный характер как признак инновационной деятельности выделяет О.А. Городов [3, с. 27]. О.И. Худокормова рассматривает две группы общественных отношений, регулируемых комплексным межотраслевым правовым институтом: 1) собственно инновационные отношения, то есть отношения, возникающие в процессе осуществления инновационной деятельности хозяйствующими субъектами; 2) отношения, возникающие в процессе государственного регулирования и организации инновационной деятельности. Правовое обеспечение инновационной деятельности, по мнению автора, осуществляется на основе сочетания императивных и диспозитивных начал, закрепленных в разноотраслевых правовых нормах [4, с. 9-10]. М.В. Волынкина [5, с. 37] также указывает на наличие как отношений юридического равенства, так и субор-

динационных властных отношений в составе юридического механизма, который осуществляет правовую обеспеченность участников инновационного процесса, но приходит к выводу, что наиболее близкой отраслью права для регулирования отношений в инновационной сфере является гражданское право.

Действительно, правовым фундаментом инновационных отношений выступает сфера частного (гражданского) права. В ст. 1 Закона Украины № 40-IV от 04.07.2002 г. «Об инновационной деятельности» она определяется как «деятельность, направленная на использование и коммерциализацию результатов научных исследований и разработок и предопределяет выпуск на рынок новых конкурентоспособных товаров и услуг». Исходя из ст. 5 Закона такая деятельность осуществляется путем вложения имущественных и интеллектуальных ценностей, собственных или заемных средств для реализации в Украине инновационных проектов. В таком контексте инновационная деятельность становится видом инвестиционной деятельности, а инновации трактуются как инвестиции в виде интеллектуальных ценностей, вкладываемые в объекты собственной предпринимательской деятельности, или предпринимательской деятельности других лиц, в результате которой создается прибыль и достигается социальный эффект. Статья 9 Закона Украины «Об инвестиционной деятельности» определяет, что основным правовым документом, регулирующим взаимоотношения между субъектами инвестиционной деятельности, является договор (соглашение), при этом заключение договоров, выбор партнеров, определение обязательств, любых других условий взаимоотношений, не противоречащих законодательству Украины, является исключительной компетенцией субъектов инвестиционной деятельности. Таким образом, подчеркивается диспозитивный характер отношений, которые строятся на принципах гражданско-правового регулирования, а именно равенства сторон, собственной инициативы, свободы договора и т. д. Подтверждением гражданско-правовой природы инвестиционной деятельности является формулировка ст. 20 Закона Украины № 143-V



от 14.09.2006 г. «О государственном регулировании деятельности в сфере трансфера технологий», которая прямо указывает, что во время передачи технологий заключаются договоры, определенные Гражданским кодексом Украины как договоры о распоряжении имущественными правами интеллектуальной собственности.

Федеральный закон РФ № 254-ФЗ от 21.07.2011 г. «О внесении изменений в Федеральный закон «О науке и государственной научно-технической политике» предлагает более широкую трактовку инновационной деятельности, определяя ее как деятельность (включая научную, технологическую, организационную, финансовую и коммерческую деятельность), которая направлена на реализацию инновационных проектов, а также на создание инновационной инфраструктуры и обеспечение ее деятельности. Расширенное толкование инновационной деятельности содержит и Руководство Осло 2005 г., которое определяет инновационную деятельность как все научные, технологические, организационные, финансовые и коммерческие действия, реально приводящие к осуществлению инноваций или задуманные с этой целью. При этом Руководство, определяя отраслевую принадлежность сферы своего регулирования, подчеркивает в п. 27 частнопредпринимательский характер инновационной деятельности.

Нельзя отрицать и наличие публичного элемента в инновационных правоотношениях. Этим элементом может являться: 1) субъект публичного права; 2) объект, находящийся в государственной собственности или 3) публичный характер самих отношений. Кодекс Республики Молдова о науке и инновациях № 259 от 15.07.2004 г. прямо определяет круг организаций публичного права в области науки и инноваций. Это коммерческие или некоммерческие организации, созданные в распорядительном порядке, на основе документа, изданного органом центрального или местного публичного управления и/или Академией наук, и финансируемые полностью или частично из средств государственного бюджета, выделяемых на науку и инновации. Однако участие публичного субъекта в инновационных отношениях не означает изменения частноправового характера самих от-

ношений. Гражданский кодекс Украины разрешает таким субъектам участвовать в гражданско-правовых отношениях на равных правах с субъектами частного права. Объект инновационной деятельности, находящийся в государственной или коммунальной собственности также не меняет частноправового характера этой деятельности. Однако включение таких нетипичных для гражданского права публичных элементов имеет свои особенности. В первую очередь, это связано с целым рядом ограничений. Например, согласно украинскому законодательству государственные организации не имеют имущественной самостоятельности, одной из характерных особенностей субъекта частного права, не являются собственниками, а действуют в рамках ограниченных режимов хозяйственного ведения и оперативного управления. Ограничения, касающиеся объектов, существуют, например, в сфере оборота технологий, содержащих государственную тайну.

Существенным шагом на пути предоставления имущественной самостоятельности академическим научным организациям и учреждениям стал Закон Украины № 3065-III от 07.02.2002 г. «Об особенностях правового режима деятельности Национальной академии наук Украины, отраслевых академий наук и статуса их имущественного комплекса». Согласно ст. 5 этого Закона учреждения, организации и предприятия, находящиеся в ведении НАНУ и государственных отраслевых академий наук получили право самостоятельно распоряжаться доходами и другими поступлениями, полученными от предоставления разрешенных законодательством платных услуг. Закон Украины № 143-V от 14.09.2006 г. «О государственном регулировании деятельности в сфере трансфера технологий» в ст. 11 закрепил имущественные права интеллектуальной собственности на технологии, созданные за бюджетные средства за научными организациями, учреждениями – исполнителями научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ. Однако единственной формой внедрения технологий остается договор. Законодательство Украины не предоставляет возможности государственным научным учреждениям, высшим учебным заведениям

создавать инновационные предприятия, предпринимательские общества для коммерциализации результатов научных исследований и разработок. В Российской Федерации напротив были сделаны заметные шаги на этом пути. Стоит упомянуть хотя бы принятие Федерального закона № 217-ФЗ от 02.08.2009 года «О внесении изменений в законодательные акты РФ по вопросам создания бюджетными научными и образовательными учреждениями хозяйственных обществ в целях практического применения результатов интеллектуальной деятельности».

Как уже отмечалось, само участие субъектов публичного права в инновационных отношениях не влияет на их правовую природу. Определяющее значение имеет характер этого участия, его методология и принципы. Традиционно к публичным отношениям относятся такие виды отношений, в которых государственные образования выступают как носители властных полномочий. Эти отношения строятся по вертикали и основываются на императивах, принципах власти и подчинения. Например, отношения по формированию и реализации инновационной политики, государственному регулированию инновационной деятельности, бюджетному финансированию науки, формированию приоритетных направлений инновационной деятельности, внедрению специального режима инновационных проектов, их регистрации и т.п. Значительное внимание публичным отношениям уделяет Глава 34 «Правовое регулирование инновационной деятельности» Хозяйственного кодекса Украины и Закон Украины «Об инновационной деятельности». Основной удельный вес данных актов составляют нормы о государственном регулировании инновационной деятельности, государственному финансированию, гарантиям, экспертизе в сфере инноваций и даже контролю над инновационной деятельностью субъектов хозяйствования. Модель активного участия государства в инновационной сфере, внедряемая по инерции со времен советской эпохи давно перестала отвечать реальному положению дел. Доля государственного финансирования инновационной деятельности составляет 2,2% общего объема финансирования по результатам 2012 года, а основным



источником финансирования (63,9%) являются собственные средства предприятий, которые осуществляют инновационную деятельность. Иным образом выглядит ситуация в сфере научной и научно-технической деятельности (доля участия государства в финансировании составляет 44,9%), при этом 50% бюджетных ассигнований идет на поддержку фундаментальной науки, а 30% – прикладной.

Подходы к участию государства в сфере науки и инноваций не могут быть одинаковыми. Это отчетливо демонстрирует и европейская практика, которая разделяет доконкурентную сферу научных исследований и конкурентную (сферу инновационной деятельности), минимизируя участие государства в последней¹. Аналогичный подход впервые был предложен в Концепции научно-технического и инновационного развития Украины в 1999 году. Так, предлагалось провести четкое структурное размежевание научно-технического потенциала на неприбыльную и коммерческую части: неприбыльная охватывает науку, связанную исключительно с ростом научных знаний (фундаментальную науку), а коммерческая – инновации, прикладные исследования, разработки новых технологий и продуктов. Суть комбинаторного подхода сводилась к применению регуляторных механизмов для обеспечения фундаментальной науки и рыночных – для прикладных исследований и инноваций. Такой комбинаторный подход не был впоследствии реализован в отраслевом законодательстве. В результате наука, которая финансировалась из государственного бюджета, прекратила ориентироваться на реальные потребности промышленности и утратила конкурентоспособность, а субъекты частного бизнеса потеряли мотивационные рычаги к инновациям, так как их интересы фактически не учитывались.

Традиционная модель привела к образованию «провалов рынка» между сферой генерации знаний и сферой их использования, то есть фактически между наукой и инновациями. Компенсация таких «провалов» предполагает определенную степень участия

государства в научно-технической и инновационной сфере, но это участие должно строиться на совершенно иной методологии отношений и только в рамках установленных пределов. Такими пределами являются зоны социальной ответственности государства как выразителя интересов общества. Речь идет о фундаментальных исследованиях, лишенных рыночной привлекательности, инновациях в социально важных сферах здравоохранения, энергетики, окружающей среды, обороны, которые требуют значительных затрат и достаточно длительного времени на получение ожидаемых прибылей. Меняется и методология связей, образующихся между субъектами публичного и частного права. Властная функция государства заменяется его социальной функцией, а отношения выстраиваются на паритетной, партнерской основе.

Модель частно-публичного партнерства позволяет обеспечить баланс интересов государства, общества и частных лиц в направлении научно-технического и инновационного развития. Интересы государства сконцентрированы в сфере наращивании научно-технического потенциала страны, повышения наукоемкости и технологичности государственного сектора. Интересы общества выражаются в развитии науки для решения насущных проблем в сфере экологии, здравоохранения, образования и т.д. Частные интересы в научно-технической и инновационной сфере определяются стремлением получить конкурентные преимущества на рынке и обеспечить прибыль за счет внедрения новых технологий. Эти интересы не должны противопоставляться, конкурировать, а должны быть гармонизированы на благо социально-экономического развития.

Представляется, что применение конструкции управления, контроля, что свойственны публичным отношениям, не применимо к сфере прогресса научной мысли, высокорисковой инновационной деятельности, где в первую очередь должны обеспечиваться свобода творчества и предпринимательская инициатива. Политика в научно-технической и инновационной сфере, опре-

деление приоритетов развития науки и технологий не могут быть навязаны сверху, а должны стать результатом совместных усилий всех заинтересованных сторон. Это может быть обеспечено за счет внедрения различных механизмов стратегического партнерства, совместного финансирования проектов в сфере науки и инноваций, партнерства между государственными научными организациями и частными компаниями при проведении исследований и внедрении их результатов, созданием научной и инновационной инфраструктуры на партнерской основе. Такие отношения должны носить системный характер и исключать всякого рода вертикали. Отношения в модели партнерства имеют более сложный неодносторонний характер, им присуще образование специфических корпоративных организационных форм: инновационных центров, научных и технологических парков, кластерных организаций, фондов венчурного финансирования.

Выводы. Характер отношений в научно-технической и инновационной сфере менялся на разных этапах социально-экономического развития. В советской системе науки определяющей была роль государства, которое планировало и координировало проведение научных исследований, устанавливало планы создания новой техники и ее внедрения, определяло материальные средства, выделяемые на развитие науки и техники. С введением системы хозрасчета повысилась роль научных организаций, самостоятельность в проведении научных исследований и использовании их результатов. В рыночной системе отношений большое внимание стало уделяться частноправовым вопросам, законодательное закрепление получили права интеллектуальной собственности, свобода творчества, договора, предпринимательская инициатива. Однако подходы к правовому регулированию сферы науки и инноваций во многом стали инерцией советской эпохи. В действующем специальном законодательстве продолжает внедряться модель отношений, основанная на активном участии государства.

Между тем, подходы к участию государства в сфере науки и инноваций не могут быть одинаковыми. Наибольшей поддержки со стороны государства требует сфера фундаментальной науки, в

¹Статья 87 Договора о создании ЕС; Рамки сообщества по государственной помощи для исследований, разработок и инноваций/ Community Framework for State Aid for Research and Development and Innovation (2006/C 323/01); Official Journal of the European Union [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:323:0001:0026:en:PDF>.



меньшей степени в ней нуждается сфера прикладной науки, которая должна быть ориентирована на коммерческую применимость и рыночный спрос; в конкурентной сфере инноваций участие государства должно сводиться к минимуму. Отечественная наука, которая долгое время опиралась на бюджетное финансирование, прекратила ориентироваться на реальные потребности промышленности и утратила конкурентоспособность. Традиционная модель привела к образованию «провалов рынка» между сферой генерации знаний и сферой их использования, наукой и инновациями. Нужны новые подходы, которые позволят обеспечить баланс интересов государства, общества и частных лиц в направлении научно-технического и инновационного развития. Методология отношений между субъектами частного и публичного права должна приобрести партнерскую основу, исключая властную вертикаль, управление и контроль.

Список использованной литературы:

1. Кузнецова Н.С. Цивільно-правові засоби забезпечення інновацій у сучасному законодавстві України // Інноваційний розвиток України : тези доповідей Всеукраїнської науково-практичної конференції. 27–28 жовтня 2006 р. / Упорядники: Петришин О.В., Кизим М.О. – Х. : ВД «ІНЖЕК», 2007. – С. 56–60.
2. Грибанов Д.В. Теоретико-правовое осмысление инновационного развития общества // Государство и право. – 2011. – № 5. – С. 104–107.
3. Городов О.А. Правовая инноватика (правовое регулирование инновационной деятельности) – СПб. : ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008. – 408 с.
4. Худокормова О.И. Правовое регулирование инновационной деятельности в Российской Федерации : автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.03 – гражданское право ; предпринимательское право ; семейное право ; международное частное право / О.И. Худокормова ; науч. рук. И.В. Ершова. – М., 2010. – 33 с.
5. Волынкина М.В. Инновационное законодательство России / М.В. Волынкина. – М. : Аспект Пресс, 2005. – 240 с.

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОПРЕЕМСТВА В КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЯХ ПРИ РЕОРГАНИЗАЦИИ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОБЩЕСТВ

Лилиана СИЩУК,

аспирант кафедры гражданского права Юридического института Прикарпатского национального университета имени Василия Стефаника, младший научный сотрудник Лаборатории корпоративного права НИИ частного права и предпринимательства имени академика Ф. Г. Бурчака Национальной академии правовых наук Украины

Summary

In the article mentioned succession during the reorganization of a legal entity (entities) that defines the essence of reorganization and by which ensured the achievement of expected legal outcome, namely the transfer of rights and obligations from one legal entity (predecessors) to another entity (successor), which makes the goal of reorganization. In this case, the main focus is on research issues concerning the emergence of a succession of corporate rights of participants in the reorganization of business entities.

Key words: succession, reorganization, corporate law, corporate relations, conversion of shares.

Аннотация

В статье раскрыто значение правопреемства при проведении реорганизации юридического лица (юридических лиц), которое определяет сущность реорганизации, с помощью которого обеспечивается достижение ожидаемого правового результата, а именно: переход прав и обязанностей от одного юридического лица (правопреемника) к другому юридическому лицу (правопреемнику), что обуславливает цель реорганизации. При этом основное внимание обращается на исследование вопроса возникновения правопреемства относительно корпоративных прав участников при реорганизации хозяйственных обществ.

Ключевые слова: правопреемство, реорганизация, корпоративные права, корпоративные отношения, конвертация акций.

Постановка проблемы. В условиях развития рыночных отношений в Украине одним из важных вопросов, которому следует уделить внимание, является осуществление реорганизации хозяйственных обществ. Реорганизация является одним из процессов, который обуславливает восстановление конкурентоспособности и улучшения экономического положения хозяйственных обществ. Следовательно, целью проведения реорганизации является переход на более простую и экономичную форму бизнеса, получение большей доли рынка, привлечение новых инвесторов, получение доходов (увеличение доходов), уменьшение расходов, расширение возможностей финансирования и прочее. Поэтому гарантией надлежащего проведения реорганизации есть обеспечение эффективного правового регулирования реорганизации, что является одним из условий стабильного функционирования хо-

зяйственных обществ в конкурентной среде в рыночном пространстве.

Актуальность темы исследования. В правовой доктрине существуют научные исследования, в которых рассматривались вопросы о понятии реорганизации юридических лиц, особенности ее проведения и порядок обжалования, правовые последствия реорганизации, обуславливающие необходимость защиты прав и интересов участников (акционеров) общества и его кредиторов. Тем не менее, для эффективной деятельности хозяйственных обществ, созданных как путем учреждения, так и возникших в процессе реорганизации, значение имеют корпоративные отношения, возникающие между юридическим лицом и его участниками. Это обусловлено тем, что среди ученых ведутся дискуссии относительно понятия и правовой природы корпоративных отношений, рассматриваются особенности перехода корпоративных прав от участников общества



к другим лицам в порядке отчуждения путем заключения договоров, вследствие наследования, и вносятся предложения для изменения некоторых положений действующего законодательства по этим вопросам. В то же время, в научных трудах отсутствуют исследования, которые бы раскрывали особенности правопреемства корпоративных прав участников при реорганизации хозяйственных обществ, что и обуславливает актуальность данной проблематики.

Состояние исследования. Общие теоретические вопросы, касающиеся как самого понятия института реорганизации, так и отдельных способов ее проведения, рассматривались в научных исследованиях таких отечественных и зарубежных ученых, как В.И. Бобрик, А.В. Бакулина, О.М. Винник, В.В. Дзера, В.П. Емельянец, А.П. Ефименко, Д.В. Жданов, А.М. Зубатенко, А.А. Карлин, А.Р.Кибенко, А.В.Коровайко, В.М.Кравчук, Н.С. Кузнецова, И.М. Кучеренко, Д.В. Ломакин, С.В. Мартышкин, В.В. Рябота, И.В. Спасибо-Фатеева, М.Л. Шелухин, Н.В. Щербакова, В.С. Щербина, Д.С. Юдин и др. Следует отметить, что среди основных работ, направленных на раскрытие сущности корпоративных отношений и корпоративных прав, которые играют сейчас важную роль в гражданском обороте, следует отметить научные труды В.А. Васильевой, О.И. Зозуляк, И.Р. Калаура, В.М. Кравчука, С.С. Кравченко, А.Р. Кибенко, В.В. Луца, И.В. Спасибо-Фатеевой, И.Б. Саракун, В.И. Цикало и др.

Учитывая вышесказанное, следует раскрыть теоретические основы перехода корпоративных прав участников при реорганизации юридических лиц и, на основе анализа норм действующего законодательства, указать на практические аспекты правопреемства корпоративных прав, что и определяет **цель научной статьи.**

Изложение основного материала. В настоящее время основными нормативными актами в Украине, которые направлены на регламентацию создания, деятельности и прекращения деятельности юридических лиц, в том числе путем реорганизации, являются: Гражданский кодекс Украины (далее – ГК), Хозяйственный кодекс Украины (далее – ХК), а также

Законы Украины «О хозяйственных обществах», «Об акционерных обществах», «О государственной регистрации юридических лиц и физических лиц-предпринимателей» и ряд других законных и подзаконных нормативно-правовых актов. В ч. 1 ст. 104 ГК говорится, что юридическое лицо прекращается в результате передачи всего своего имущества, прав и обязанностей другим юридическим лицам – правопреемникам (слияние, присоединение, разделение, преобразование) или в результате ликвидации.

В правовой литературе большинство ученых-исследователей, учитывая отказ законодателя от понятия «реорганизация» в нормативных положениях, рассматривают реорганизацию как особую процедуру, во время которой происходит прекращение и (или) создание юридического лица, сопровождающееся переходом прав и обязанностей юридического лица-правопреемника в порядке правопреемства к юридическому лицу-правопреемнику [1, с. 95], выделяют следующие формы реорганизации: слияние, присоединение, преобразование, разделение, и выдел. В.А. Белов указывает на то, что с точки зрения динамики гражданского правоотношения реорганизация есть сложным фактическим (юридическим) составом, который является основанием не только для возникновения и (или) прекращения юридического лица, а также основанием для универсального правопреемства [2, с. 484]. Следовательно, как отмечает Д.И. Степанов, любая реорганизация сопровождается выбытием из гражданского оборота одного субъекта права, как минимум, или существенным изменением имущественного состояния юридического лица. Но прекращение деятельности одного юридического лица выступает не как цель реорганизации, а только как сопутствующее ей явление [3].

Соглашаясь с приведенными суждениями, следует отметить, что именно универсальное правопреемство является признаком, раскрывающим сущность реорганизации. Ведь с помощью универсального правопреемства обеспечивается достижение ожидаемого правового результата, то есть перехода прав и обязанностей от одного юридического лица (правопреемника) к другому юридическому лицу (право-

преемнику), что и обуславливает цель реорганизации. Поскольку проведение реорганизации происходит либо с целью укрупнения бизнеса путем слияния (присоединения) юридических лиц или в результате разделения юридического лица на несколько новых, или в результате изменения организационно-правовой формы, что приводит к изменению правового статуса субъекта права, то правопреемство выступает тем звеном, которое предполагает переход прав и обязанностей от юридического лица-правопреемника к юридическому лицу-правопреемнику и, как следствие, влечет прекращение и/или возникновение юридических лиц. При этом в процессе осуществления реорганизации юридического лица (юридических лиц) ее участниками выступают сами юридические лица, которые были инициаторами укрупнения или раздела бизнеса, выбирая ту или иную правовую форму реорганизации. Именно у таких участников возникает правопреемство в отношении имущества, прав и обязанностей их правопреемников.

Однако невозможно оставить без внимания вопрос об особенностях реализации прав участников (акционеров) и их перехода при реорганизации, что обусловлено возможностью изменения не только правового и экономического положения реорганизованных юридических лиц, но и субъектного состава их участников, а также вопрос изменения или прекращения корпоративных прав, которыми обладают последние. По этому поводу возникает вопрос, имеет ли место правопреемство относительно корпоративных прав, которыми обладают участники юридического лица, находящегося в процессе реорганизации?

В научных исследованиях отмечается, что правоотношения, в которых находится юридическое лицо, можно разделить на внутренние и внешние. Под внешними правоотношениями следует понимать гражданско-правовые отношения, в которые вступает общество с третьими лицами [4, с. 30]. Внутренними правоотношениями выступают корпоративные отношения, а именно – отношения, возникающие внутри корпорации. Но не все внутренние отношения следует рассматривать как корпоративные, а только те, которые могут возникать вследствие приоб-



ретенция, осуществления, прекращения и защиты корпоративных прав [5, с. 28; 6, с. 14]. При этом организационно-правовая форма юридического лица будет определять содержание корпоративных прав того или иного субъекта корпоративных отношений. Например, в акционерных обществах первое место отводится имущественным корпоративным правам, а если речь идет о создании товарищества, определяющими являются управленческие полномочия [7, с. 22]. Поэтому следует согласиться с А.В. Коровайко, что для правильного понимания института реорганизации необходимо при его исследовании акцентировать внимание на внутренних, корпоративных отношениях [8, с. 10]. Однако среди научных позиций относительно перехода корпоративных прав при реорганизации высказываются разные взгляды, что вызывает необходимость исследования вопроса более подробно.

Например, А.В. Качалова отмечает, что в процессе реорганизации хозяйственного общества не происходит правопреемства корпоративных прав в буквальном смысле этого слова. Здесь имеет место первоначальный способ приобретения корпоративных прав, поскольку в результате проведения реорганизации происходит приобретение акций (долей), что никому не принадлежали к этому, а, следовательно, не основанные на праве предшественника и не требуют его волеизъявления [9, с. 20-21]. Д.В. Ломакин по поводу реорганизации акционерных обществ отмечает, что в результате проведения реорганизации возникновения корпоративных прав у акционеров происходит первичным способом. Обосновывается такая позиция тем, что закон не наделяет участников (акционеров) правом решения вопроса об участии в размещении акций [10, с. 166].

Такая аргументация понятна в силу ряда положений, которые приводятся авторами, но согласиться с ней сложно. Реорганизация является сложной процедурой, которая состоит из нескольких этапов, которые возникают в законодательно определенной последовательности, в любом случае зависит от деятельности общего собрания общества и, как следствие, от деятельности участников юридического лица. Ведь реорганизация на-

чинает свой отсчет именно с момента принятия решения о реорганизации на общем собрании и заканчивается внесением в реестр сведений о юридическом лице-правопреемнике. С одной стороны, общее собрание является органом юридического лица, через который осуществляется ее волеизъявления относительно основных задач, направленных на надлежащее функционирование юридического лица. Но с другой стороны, общее собрание может эффективно осуществлять свою деятельность только путем принятия решений через голосование участников, присутствующих на общем собрании. Участники общества на общем собрании решают вопрос о необходимости реорганизации юридического лица, что не уменьшает их участия в этом процессе. При этом одной из гарантий проведения реорганизации выступает не только обеспечение эффективного функционирования юридического лица и увеличение прибыли от такой деятельности в будущем, но и возможности сохранения за участниками хозяйственного общества-правопреемника объема корпоративных прав, что обусловлено определением размера акций (долей) в уставном капитале юридического лица-правопреемника.

По общему правилу, корпоративные права возникают в учредителей общества в обмен на имущественные вклады, внесенные при создании общества путем учреждения или при принятии в общество новых участников. При реорганизации юридических лиц их участники не лишаются правового статуса участника общества, что является одним из оснований перехода корпоративных прав участника при реорганизации. В связи с этим встает вопрос о порядке перехода корпоративных прав при реорганизации к участникам хозяйственного общества-правопреемника, что обуславливает необходимость обратить внимание на конвертацию (обмен) акций (долей, паев) реорганизуемого общества на акции (доли, паи) общества-правопреемника.

В действующем законодательстве о конвертации ценных бумаг при реорганизации говорится со ссылкой на необходимость определения порядка конвертации акций в договоре о слиянии (присоединении) или в решении общего собрания о реорганизации.

В ст. 81 Закона Украины «Об акционерных обществах» отмечается, что наблюдательный совет каждого акционерного общества, участвующего в слиянии, присоединении, разделении, выделении или преобразовании, разрабатывает условия договора о слиянии (присоединении) или плана разделения (выдела, преобразования), среди которых должны содержаться сведения о порядке и коэффициенте конвертации акций и других ценных бумаг, которые утверждаются общим собранием. Из приведенного положения следует, что общее собрание участников принимает решение об утверждении договора о слиянии (присоединении) или плана разделения (выдела, преобразования), в котором содержатся положения о конвертации акций при реорганизации. При этом условия договора слиянии (присоединении) или плана разделения (выдела, преобразования) хотя и разрабатываются и предлагаются к рассмотрению общего собрания наблюдательным советом, они могут изменяться в случае внесения на рассмотрение общего собрания и обсуждения предложений участников общества, касающихся условий конвертации акций при реорганизации.

В п. 19 раздела 5 Положения о проведении депозитарной деятельности № 735 от 23.04.2013 г. (далее – Положение), если обратить внимание на правовую форму реорганизации путем слияния, указано, что конвертация акций акционерного общества-эмитента, что прекращается вследствие слияния, в акции общества-правопреемника, что создается, осуществляется в соответствии с условиями договора о слиянии акционерных обществ, утвержденных общим собранием акционерных обществ-эмитентов. Также в Положении содержатся нормы, определяющие порядок конвертации акций акционерных обществ-эмитентов при осуществлении реорганизации в других правовых формах, в которых также обращается внимание на то, что условия о коэффициентах и порядке конвертации акций определяются и утверждаются на общем собрании общества.

В то же время согласно п. 20 Положения избранные общим собранием уполномоченные органы акционерных обществ на осуществление дальнейших действий по прекращению акци-



онерных обществ-эмитентов путем слияния должны: 1) заключить с Центральным депозитарием договор об обслуживании выпуска ценных бумаг; 2) не позднее, чем за три рабочих дня до даты начала конвертации – оформить временный (и) глобальный (и) сертификат (ы) выпуска (ов) акций акционерного общества, создаваемого в результате слияния, и предоставить депозитарию:

– оформленный временный (и) глобальный (и) сертификат (ы);

– распоряжение о проведение конвертации акций акционерного общества-эмитента, участвующего в слиянии, в акции акционерного общества-правопреемника;

– другие документы в соответствии с внутренними документами Центрального депозитария.

Таким образом, можно сделать выводы, что условия порядка и коэффициентов конвертации акций определяются участниками на общих собраниях акционерных обществ-эмитентов, выступающих непосредственными участниками конвертации акций, а процедура конвертации осуществляется с привлечением органов, определенных законом, которые исполняют функции обслуживания по обмену и выпуску ценных бумаг в порядке конвертации. Такими органами есть Центральный депозитарий и депозитарные учреждения.

Также осуществляя анализ конвертации акций, следует согласиться с А.С. Швиденко, который отмечает, что владельцем акции, как до конвертации, так и после нее, будет одна и та же личность – акционер. Поэтому и сущность конвертации акций должна быть не в переходе права собственности на акции, а изменение акции, как объекта права собственности, путем изменения количества и номинальной стоимости акций, принадлежащих акционеру [11, с. 139-143]. Поскольку акция является эмиссионной ценной бумагой, то передача прав, удостоверенных ею, возможна только путем переноса таких прав из зарегистрированных акций реорганизуемого общества на акции его правопреемника (ов). В качестве основного способа обеспечения данного права используется процедура конвертации [12, с. 24]. При этом отсутствие согласия собственника на осуществление конвертации акций имеет своим след-

ствием возникновение обязанности у акционерного общества выкупить принадлежащие ему акции. В то же время, самостоятельным способом перехода корпоративных прав, вытекающих из доли в уставном (складочном) капитале общества, является обмен, который по своей природе похож на конвертацию акций, но отличается тем, что при реорганизации участвуют общества различных организационно-правовых форм и происходит обмен доли (пая) на акции или наоборот.

Выводы. Корпоративное правопреемство является критерием, отделяющим реорганизацию от других способов правопреемства [4, с. 39]. Ведь при приобретении контрольного пакета акций акционерного общества лицом, которое намерилось их приобрести, к нему переходят корпоративные права в рамках действующего общества. В случае принятия решения обществом об отчуждении определенного имущества (имущественного комплекса), правопреемство происходит только в отношении прав и обязанностей на такое имущество (например, совершения крупной сделки или сделки, в совершении которой имеется заинтересованность и др.).

При реорганизации же возникает правопреемство как относительно имущества, прав и обязанностей, которые переходят от юридического лица-правопредшественника к юридическому лицу-правопреемнику по распределительному балансу (передаточному акту), так и относительно корпоративных прав участников, которые их приобретают в результате конвертации акций (обмена долей (паев)) в уставном капитале общества. Осуществление конвертации акций или обмена долей (паев) выступает одной из гарантий возникновения корпоративных прав в участника (акционера) юридического лица-правопреемника, что указывает на невозможность получения статуса участника (акционера) лицом, которое не было наделено правовым статусом участника (акционера) юридического лица-правопредшественника. Корпоративное правопреемство же является той правовой категорией, которая раскрывает особенности перехода корпоративных прав, что является гарантией защиты прав участников хозяйственного общества, принявших решение о проведении реорганизации.

Список использованной литературы:

1. Шиткина И.С. Корпоративное право : учеб. для студ. вузов / под ред. И.С. Шиткиной. – М. : Волтерс Клувер, 2009. – 312 с.
2. Корпоративное право: Актуальные проблемы теории и практики / под. общ. ред. В.А. Белова. – М. : Издательство Юрайт, 2009. – 678 с.
3. Степанов Д.И. Формы реорганизации коммерческих организаций: вопросы законодательной реформы / Д.И. Степанов // Хозяйство и право [Электронный ресурс]. – М. – № 2001.
4. Юдин Д.С. Правопреемство в корпоративных правоотношениях при реорганизации акционерного общества / Д.С. Юдин // Российское правосудие. – 2009. – № 9 (41). – С. 30–41.
5. Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения как составная часть системы гражданско-правовых отношений: на примере хозяйственных обществ : автореф. дис. на соискание ученой степени докт. юрид. наук : 12.00.03 / Д.В. Ломакин. – М., 2009. – 65 с.
6. Каржавина Н.С. Юридическая природа внутрикорпоративного договора : автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : 12.00.03 / Н.С. Каржавина. – М., 2009. – 23 с.
7. Здійснення і захист корпоративних прав в Україні (цивільно-правові аспекти) : монографія / [Луць В.В., Васильєва В.А., Кобецька Н.Р., Калаур І.Р., Кашина О.В., Саракун І.Б.]; під заг. ред. В.В. Луця – Тернопіль. Підручники і посібники. – 2007. – 320 с.
8. Коровайко А.В. Реорганизация хозяйственных обществ. Теория, законодательство, практика : учебное пособие. / А.В. Коровайко. – М. : Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА – ИНФРА. М), 2001. – 112 с.
9. Качалова А.В. Осуществление и защита прав участников хозяйственных обществ при реорганизации : автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : 12.00.03 / А.В. Качалова. – Москва. – 2011. – 30 с.
10. Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах / Д.В. Ломакин. – М. : Статут, 2008. – 350 с.
11. Швиденко О.С. Акція як об'єкт права власності : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / О.С. Швиденко. – Київ, 2006. – 235 с.



ПЕРЕВОД ПРАВ И ОБЯЗАННОСТЕЙ ПОКУПАТЕЛЯ НА АКЦИИ (ДОЛИ) ОБЩЕСТВА КАК СПЕЦИАЛЬНЫЙ СПОСОБ ЗАЩИТЫ ПРЕИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВ

Наталья СЛИПЕНЧУК,

аспирант кафедры гражданского права Юридического института
Прикарпатского национального университета имени Василя Стефаника

Summary

The paper analyzes the prerequisites for the establishment of a legislator method of protecting the violated rights of preferred shares of the company as a transfer of rights and duties of the buyer duties, its essence and problematic aspects. The study developed proposals to improve the legal regulation of the investigated method of protecting the mechanism and its effective application in practice.

Key words: pre-emptive right, transferring rights and duties, the acquisition of shares, a way to protect the principle of proportionality.

Аннотация

В статье проанализированы предпосылки установления законодателем такого способа защиты нарушенного преимущественного права на акции (доли) общества, как перевод прав и обязанностей покупателя, его суть и проблемные аспекты. В результате исследования разработаны предложения по совершенствованию законодательного регулирования исследуемого способа защиты и предложен механизм его эффективного применения на практике.

Ключевые слова: преимущественное право, перевод прав и обязанностей, приобретение акций (долей), способ защиты, принцип пропорциональности.

Постановка проблемы. Данный специальный способ защиты нарушенного преимущественного права на приобретение акций (доли) впервые на законодательном уровне был установлен в Законе Украины «Об акционерных обществах». Согласно ч. 5 ст. 7 которого, в случае нарушения преимущественного права на приобретение акций, любой акционер общества вправе в течение трех месяцев со дня, когда он узнал или должен был узнать о таком нарушении, потребовать в судебном порядке перевода на него прав и обязанностей покупателя акций. В ч. 5 ст. 17 проекта Закона Украины «Об обществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» также предусмотрена соответствующая возможность участника, но исковой давностью в один год. Законодательные новации впервые за много лет внесли некоторую ясность в вопросы защиты нарушенных преимущественных прав на приобретение акций (долей), однако не прекратили в научных кругах дискуссии относительно эффективности их внедрения.

Актуальность исследования такого способа защиты, как перевод прав и обязанностей, обусловлена необходимостью установления предпосылок его возникновения (с помощью историко-правового и сравнительного методов), выяснения преимуществ указанного способа защиты (с использованием аналитического метода), определения

условий его применения не только в отношении акционерных обществ, но и в отношении других видов корпораций (логико-юридический метод).

Целью данной статьи является разработка предложений по совершенствованию законодательного регулирования исследуемого способа защиты и механизма его эффективного применения на практике.

Изложение основного материала. Идея применения такого способа защиты прав, как перевод прав и обязанностей покупателя на другое лицо, возникла в ч. 4 ст. 362 Гражданского кодекса Украины (далее ГК Украины), согласно которой в случае продажи доли в праве общей долевой собственности с нарушением преимущественного права покупки совладелец может предъявить в суд иск о переводе на него прав и обязанностей покупателя [1]. Ключевым здесь является формулировка «преимущественное право на приобретение доли в общей долевой собственности». Поскольку понятие «преимущественное право» также используется относительно акций закрытых акционерных обществ (по Закону Украины «Об акционерных обществах» – частных акционерных обществ), долей обществ с ограниченной и дополнительной ответственностью, командитных обществ (только в отношении участников со статусом вкладчика), к отношениям, возникшим до вступления вышеупомянутого закона в силу, суды часто

применяли по аналогии ч. 4 ст. 362 ГК Украины.

Местные суды, суды апелляционной и кассационной инстанции часто неодинаково применяли данную норму материального права, в результате чего принимались разные по содержанию судебные решения в одинаковых правоотношениях.

Например, в постановлении от 22.08.06 (дело № 30/361) Киевский апелляционный хозяйственный суд указал, что правоотношения по реализации акционером закрытого акционерного общества своего преимущественного права на приобретение акций в случае их отчуждения другими акционерами этого общества, похожие на правоотношения, которые урегулированы ч. 2 ст. 147 ГК Украины, то есть к правоотношениям по реализации участниками общества с ограниченной ответственностью своего преимущественного права на покупку доли в уставном фонде общества в случае его отчуждения другими участниками этого общества, и к правоотношениям, урегулированным ч. 2, ч. 4 ст. 362 ГК Украины, то есть к правоотношениям по реализации преимущественного права покупки совладельцем доли в праве общей долевой собственности, в случае ее продажи другими совладельцами, поскольку все указанные правоотношения основываются на преимущественном праве на приобретение имущества при его отчуждении [2].



Но Высший хозяйственный суд Украины, пересматривая данное дело, выразил противоположную позицию (постановление от 03.10.2006 года), согласно которой Хозяйственный кодекс Украины не предусматривает использование аналогии закона или аналогии права. Таким образом, отношения по продаже акций и отношения по продаже доли в общей долевой собственности не похожи, поскольку они имеют разный по своей юридической природе объект, и, следовательно, разную правовую природу. Акция не является долей в общей долевой собственности (частью вещи), а является отдельным объектом гражданских прав, удостоверяет корпоративные права акционера по отношению к акционерному обществу, а не право собственности акционера на имущество акционерного общества, владельцем которого является само акционерное общество как юридическое лицо [3].

Такая же позиция изложена и в Рекомендациях президиума Высшего хозяйственного суда Украины «О практике применения законодательства в рассмотрении дел, возникающих из корпоративных отношений» от 28.12.2007 № 04-5/14 ГСУ № 04-5/14. Как отмечается в п. 3.12, акционеры закрытого акционерного общества не являются совладельцами имущества общества и между ними отсутствуют отношения общей долевой собственности, поскольку акции, размещенные акционерным обществом, не являются его имуществом. Поэтому у хозяйственных судов отсутствуют основания для применения ч. 4 ст. 362 ГК Украины в решении споров, связанных с защитой преимущественного права на приобретение акций закрытого акционерного общества, которые продаются [3].

Однако уже в Постановлении Пленума Верховного Суда Украины «О практике рассмотрения судами корпоративных споров» от 24.10.2008 № 13, ВСУ разъяснил, что в случае продажи акционером закрытого акционерного общества акций с нарушением преимущественного права, любой акционер ЗАО вправе требовать в судебном порядке перевода на него прав и обязанностей покупателя по аналогии с нормой части четвертой статьи 362 ГК Украины [4].

На сегодняшний день пропала необходимость применять аналогию с

нормами, регулирующими отношения общей собственности. Определив способ защиты, который подлежит применению, законодатель не детализировал механизм его осуществления [6, с. 119].

Так, в соответствии с ч. 3 ст. 7 Закона Украины «Об акционерных обществах», акционеры частного акционерного общества имеют преимущественное право на приобретение акций, продаваемых другими акционерами этого общества, по цене и на условиях, предложенных акционером третьему лицу, пропорционально количеству акций, которые принадлежат каждому из них [7]. Пропорциональный выкуп предложенной третьему лицу доли также предусмотрено ч. 3 ст. 147 ГК Украины и ч. 3 ст. 53 Закона Украины «О хозяйственных обществах», которые определяют объем преимущественного права участников в обществах с ограниченной и дополнительной ответственностью, а также в коммандитном обществе. Участники (вкладчики) этих обществ пользуются преимущественным правом покупки доли (ее части) пропорционально размерам своих долей, если уставом общества или договоренностью между участниками не будет установлен иной порядок его осуществления [1; 7].

Как отмечает С.В. Томчишен, приведенные нормы не содержат четких положений, которые бы дали возможность однозначно определить, как предусмотренный ими принцип пропорциональности влияет на объем прав и обязанностей как участников (акционеров), имеющих преимущественное право, так и участника (акционера), который намерен продать свою долю (акции) третьему лицу. В частности, из содержания приведенных положений не понятно: принцип пропорциональности определяет только объем права каждого из участников (акционеров) по отношению к другим, которые изъявили желание выкупить долю (акции), или этот принцип определяет также объем права требования к участнику (акционеру), который хочет продать свою долю (акции) третьему лицу [9, с. 109]?

Сама сложность применения принципа пропорциональности распределения всех неправомерно проданных долей (акций) зависит от количества участников (акционеров), желающих

воспользоваться преимущественным правом их покупки.

Так, при рассмотрении судами исков о переводе прав и обязанностей покупателя на доли (акции) общества, распространенный подход, при котором вышеупомянутый принцип действует только тогда, когда в суд обратились несколько участников (акционеров), если же в суд обратился только один участник (акционер), он вправе претендовать на все количество проданных акций [10, с. 104].

К.К. Лебедев критикует такую позицию судов и считает, что и в этом случае участник (акционер) вправе требовать выкупа только той части акций, которая пропорциональна количеству принадлежащих ему акций, за исключением случаев, определенных уставом [11, с. 37].

С одной стороны, нельзя не согласиться с тем, что данный подход позволит реализовать и защитить преимущественное право, как участников (акционеров), которые обратились в суд, так и тех, которые будут обращаться в суд позже. С другой стороны, сведение преимущественного права к праву в судебном порядке требовать выкупа только части, которая пропорциональна размеру доли (акций) участника (акционера), не исключает возможность дробления доли (акций), которая была отчуждена третьему лицу, а это противоречит цели существования преимущественных прав – сохранению объема участия. Кроме того, реализация в судебном порядке преимущественного права не всеми участниками (акционерами) может приводить к наступлению негативных последствий для лица, которое приобрело долю (акции), отчужденную с нарушением преимущественных прав. В этом случае будет меняться не только объем ее права на управление, но и может непропорционально уменьшаться стоимость доли (акций), оставшейся у него после рассмотрения судом требований участников (акционеров), которые воспользовались преимущественным правом. Такой подход ограничивает в праве и участников (акционеров), желающих выкупить всю предложенную третьему лицу долю (акции), таким образом не допустить его вхождения в общество [12, с. 45].

Высший хозяйственный суд Украины, в данном случае, рекомендует



хозяйственным судам при разрешении спора, связанного с нарушением преимущественного права акционеров ЗАО, привлекать к участию в деле всех акционеров закрытого акционерного общества (п. 3.12 Рекомендаций Президиума ВХСУ «О практике применения законодательства в рассмотрении дел, возникающих из корпоративных отношений» от 28.12.2007 № 04-5/14).

Такая позиция является наиболее правильной, однако она не лишена трудностей в исполнении. Ведь на момент обращения с иском заявлением, суду неизвестен точный список участников (акционеров).

Вышесказанное обуславливает необходимость детализации механизма защиты преимущественного права. В связи с этим, предлагаем такие его стадии:

1) участник (акционер) обращается в суд с иском о переводе на него прав и обязанностей покупателя по договору. Ответчиками по такому иску должны быть стороны договора – продавец и покупатель;

2) суд истребует у общества выдержку из учредительных документов относительно состава участников общества или у регистратора – реестр акционеров, на дату заключения договора купли – продажи долей (акций);

3) по предоставленным учредительными документами (реестру) суд привлекает всех участников (акционеров) общества в качестве третьих лиц без самостоятельных требований на предмет спора, с возможной последующей сменой процессуального статуса тех участников (акционеров), которые тоже захотят приобрести отчужденные доли (акции) – на третьих лиц, заявляющих самостоятельные требования на предмет спора;

4) суд обязывает истца и третьих лиц, которые заявили самостоятельные требования на предмет спора, внести на депозит суда средства пропорционально стоимости той части долей в уставном капитале общества (акций), которые им будут принадлежать, в случае удовлетворения иска. Если же данная сумма не была внесена, суд оставляет исковые заявления этих лиц без рассмотрения;

5) суд рассматривает в одном производстве требования тех лиц, которые внесли средства в депозит суда, и выносит решение. В случае удовлетворения иска в судебном решении отмечается о переводе прав покупателя на каждого

из истцов пропорционально причитающейся каждому из них количества долей (акций), а также, какую сумму с депозитного счета следует выплатить (вернуть) покупателю.

Стоит отметить, что на время действия статьи 81 Хозяйственного кодекса Украины (далее – ГК Украины) суды руководствовались принципом, согласно которому владелец акций закрытого акционерного общества при их продаже должен учитывать преимущественное право акционеров этого общества на приобретение акций, но нормы ГК Украины, ГК Украины и Закона Украины «О хозяйственных обществах» не возлагают на продавца акций закрытого акционерного общества обязанности продавать эти акции всем акционерам поровну или в зависимости от количества принадлежащих им акций в уставном фонде общества, то есть владелец акций закрытого акционерного общества может свободно выбирать покупателя своих акций из числа лиц, имеющих такое преимущественное право [13; 14; 15; 16].

С момента утраты силы статьи 81 ГК Украины, правовое регулирование вопроса о переводе прав покупателя по договору купли-продажи акций закрытого акционерного общества осуществляется по статье 7 Закона Украины «Об акционерных обществах» в части, касающейся порядка отчуждения акций частного акционерного общества. То есть акционеры ЗАО имеют преимущественное право на приобретение акций, продаваемых другими акционерами этого общества, пропорционально количеству акций, принадлежащих каждому из них.

Еще один проблемный аспект перевода прав – отсутствие гарантий выполнения истцом обязанности по оплате приобретенных акций (долей). Поэтому мы предлагаем изложить ч. 5 ст. 7 Закона Украины «Об акционерных обществах» в следующей редакции: «В случае нарушения указанного в настоящей статье преимущественного права на приобретение акций, любой акционер общества вправе в течение трех месяцев со дня, когда он узнал или должен был узнать о таком нарушении, потребовать в судебном порядке перевода на него прав и обязанностей покупателя акций при условии внесения на депозитный счет суда денежной суммы, которую по договору должен уплатить покупатель». Соответствующее усло-

вие законодатель предусмотрел и в ч. 5 ст. 17 проекта Закона Украины «Об обществах с ограниченной и дополнительной ответственностью».

Выводы. Проведенное исследование свидетельствует о необходимости и обоснованности внедрения в специальное законодательство такого способа защиты корпоративных прав, как перевод прав и обязанностей покупателя на акции (доли) общества. Однако его правовое урегулирование требует усовершенствования, в том числе с учетом уже имеющихся теоретических разработок.

Список использованной литературы:

1. Гражданский кодекс Украины от 16 января 2003 г. // Ведомости Верховной Рады Украины. – 2003 г. – № 40, Ст. 356.
2. Постановление Киевского апелляционного хозяйственного суда от 22.08.06 г., дело № 30/361 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.reyestr.court.gov.ua>.
3. Постановление Высшего хозяйственного суда Украины от 03.10.06 г., дело № 30/361 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.reyestr.court.gov.ua>.
4. О практике применения законодательства в рассмотрении дел, возникающих из корпоративных отношений : рекомендации Высшего Хозяйственного суда Украины, 28 декабря 2007 № 04-5/14 // Бухгалтерское – Право. Налоги. Консультации от 11.02.2008 – 2008 г., № 6, С. 25.
5. О практике рассмотрения судами корпоративных споров : Постановление Пленума Верховного Суда Украины № 13 от 24.10.2008 года // Вестник Верховного Суда Украины. – № 11. – 2008.
6. Опрыско М.В. Защита преимущественного права акционеров на приобретение акций частного акционерного общества // Проблемы охраны прав субъектов корпоративных правоотношений: Материалы научно-практической конференции. – Ивано-Франковск : Прикарпатский национальный университет имени Василия Стефаника 2012. – С. 117–119.
7. Об акционерных обществах : Закон Украины, 17 сентября 2008 // Офи-



циальный вестник Украины. – 2008 – № 81, с. 7, статья 2727.

8. О хозяйственных обществах: Закон Украины от 19.09.1991 № 1576-ХП // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1576-12>.

9. Томчишен С.В. Проблемы осуществления и защиты преимущественного права покупки доли (акций) // Охрана корпоративных прав : Материалы Всеукраинского научно-практического семинара, 1–2 октября 2010 года – Ивано-Франковск : Прикарпатский национальный университет имени Василия Стефаника, 2011. – С. 109–119.

10. Кравчук В.М. Проблемы реализации и защиты преимущественного права на приобретение акций по Закону Украины «Об акционерных обществах» / В.М. Кравчук // Вестн. хоз. судопроизводства. – 2009. – № 6. – С. 104–107.

11. Лебедев К.К. Защита прав обладателей бездокументарных ценных бумаг (материально- и процессуально-правовые аспекты разрешения споров, связанных с отчуждения бездокументарных ценных бумаг) / К.К. Лебедев. – М. : Волтерс Клувер, 2007.

12. Томчишен С.В. Особенности осуществления, охрана и защита преимущественных прав на приобретение долей (акций) в уставном капитале хозяйственных обществ: проблемы теории и практики / С.В. Томчишен // Научно-практический журнал Актуальные вопросы гражданского и хозяйственного права 2010. – № 3 (22). – С. 35–48.

13. Постановление Верховного Суда Украины от 20.04.10 г., дело № 5020-3/118-12/539-5/02 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.reyestr.court.gov.ua>.

14. Постановление Верховного Суда Украины от 26.03.12 г., дело № 9/170-46/68 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.reyestr.court.gov.ua>.

15. Постановление Высшего хозяйственного суда Украины от 13.12.10 г., дело № 5020-3/123-12/544-5/032 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.reyestr.court.gov.ua>.

16. Постановление Высшего хозяйственного суда Украины от 23.08.11 г., дело № 12/5007/1/11 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.reyestr.court.gov.ua>.

КОРПОРАТИВНЫЕ И УНИТАРНЫЕ ПРЕДПРИЯТИЯ: DE LEGE LATA S. DE LEGE FERENDA

Андрей СМИТЮХ,

кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры административного и хозяйственного права
Одесского национального университета имени И. И. Мечникова

Summary

The subject of the article is a classification of enterprises for unitary and corporate ones under the legislation of Ukraine. The current classification has serious shortages because there is no a fine criterion nor adequate subject of division. That fact makes a chance that a «marginal» enterprise subjected for a lot of legal risks may be founded. The article provides revised subject and criterion of that division as well as new concepts of the corporate and unitary enterprises to be provided at the legislation of Ukraine.

Key words: unitary enterprise, corporate enterprise, legal title of assets.

Аннотация

Предметом настоящей статьи является классификация предприятий на корпоративные и унитарные по законодательству Украины. Существующая классификация имеет серьезные недостатки, так как в ней не определен надлежащим образом предмет и отсутствует четкий критерий классификации. Это обстоятельство позволяет создавать «маргинальные» предприятия, деятельность которых подвержена многим правовым рискам. Настоящая статья предлагает новое видение предмета и критерия классификации предприятий, а также по-новому определяет понятия корпоративного и унитарного предприятий.

Ключевые слова: унитарные предприятия; корпоративные предприятия; правовой режим имущества.

Постановка проблемы. Ст. 63 Хозяйственного кодекса Украины (далее – ХК) предусматривает деление предприятий в зависимости от способа создания и формирования уставного капитала на унитарные и корпоративные. Подобное деление кажется простым, возможно даже банальным, однако в формулировках ст. 63 ХК присутствует серьезный изъян, а именно – неопределенность в предмете и критерии классификации.

Актуальность темы исследования. Деление предприятий на унитарные и корпоративные является основополагающим для хозяйственного права Украины, изъяны классификации приводят на практике к возможности создания «маргинальных» предприятий, концептуально не вписывающихся в предусмотренные законом правовые формы, ярким примером чего могут служить частные предприятия с несколькими учредителями, обладающие имуществом на праве хозяйственного ведения. Все это свидетельствует о необходимости переосмысления указанной классификации.

Состояние исследования. Из авторов, критически осмысливавших

классификацию, необходимо упомянуть Е.Р. Кибенко, И.Н. Кучеренко, О.П. Подцерковного, О.З. Хотинскую, однако целостная концепция никем из этих авторов не предлагается, поэтому актуальность проблемы сохраняется до сих пор.

Целью и задачей исследования является формулирование предмета и критерия классификации предприятий на унитарные и корпоративные, определение понятий корпоративного и унитарного предприятия.

Изложение основного материала. Ч. 3 ст. 63 ХК делит предприятия в зависимости от способа создания и формирования уставного капитала на унитарные и корпоративные.

Унитарное предприятие, в соответствии с ч. 4 ст. 63 ХК создается одним учредителем, который выделяет необходимое для этого имущество, формирует в соответствии с законом уставный капитал, не разделенный на доли (паи), утверждает устав, распределяет доходы, непосредственно либо через руководителя, который им назначается, руководит предприятием и формирует его трудовой коллектив на началах трудового найма, решает вопросы ре-



организации либо ликвидации предприятия. Закон прямо называет среди унитарных государственные, коммунальные предприятия, а также предприятия, основанные на собственности объединения граждан, религиозной организации либо на частной собственности учредителя.

Корпоративное предприятие, как сказано в ч. 5 ст. 63 ХК, создается, как правило, двумя либо более учредителями по их совместному решению (договору), действует на основании объединения имущества и/или предпринимательской либо трудовой деятельности учредителей (участников), их общего управления делами, на основании корпоративных прав, в том числе – через создаваемые ими органы, участия учредителей (участников) в распределении доходов и рисков предприятия. Корпоративными в соответствии с законом являются кооперативные предприятия, предприятия, создаваемые в форме хозяйственного общества, а также иные предприятия, в том числе основанные на частной собственности двух либо более лиц.

В основу этой классификации легла мысль авторов ХК о том, что предприятия очевидным образом можно разделить на однособственнические – создаваемые одним учредителем исключительно по его воле и многособственнические – создаваемые двумя и более учредителями на основе их соглашения [1, с. 293].

Действительно, государственные коммерческие и казенные предприятия, коммунальные коммерческие и некоммерческие предприятия создаются и действуют всегда с единственным учредителем, и, безусловно, являются унитарными предприятиями. Полные и коммандитные общества, производственные кооперативы всегда создаются несколькими учредителями, и, безусловно, являются корпоративными предприятиями. Вместе с тем, действующее законодательство предусматривает возможность создания частных предприятий (ЧП), а также акционерных обществ, обществ с ограниченной и дополнительной ответственностью в составе как одного, так и нескольких учредителей. При этом анализ ст. 63 ХК позволяет сделать вывод о том, что хозяйственные общества являются корпоративными в любом случае, незави-

симо от количества учредителей, тогда как ЧП с одним учредителем относятся к унитарным предприятиям, а ЧП с несколькими учредителями – к корпоративным.

Очевидно, что имеет место неопределенность в предмете и критерии классификации: неясно, что именно классифицирует законодатель – конкретные предприятия либо их организационно-правовые формы и как именно реализуется названный законодателем критерий «способа создания и формирования уставного капитала предприятия».

Если предметом классификации являются конкретные предприятия, а названный законодателем критерий сводится к фактическому количеству учредителей, то ЧП, АО, ООО и ОДО следовало бы считать унитарными либо корпоративными в зависимости от количества учредителей (далее – классификация по критерию *de facto*).

Если же предметом классификации являются организационно-правовые формы, то возникает вопрос, почему законодатель относит АО, ООО, ОДО к безусловно корпоративным предприятиям, а ЧП трактует как унитарное либо корпоративное в зависимости от количества учредителей?

По нашему мнению содержательная юридическая классификация предприятий на унитарные и корпоративные – это классификация, **предметом** которой являются организационно-правовые формы, а **формальным критерием** – возможность функционирования предприятия в составе более чем одного учредителя, как следствие:

– унитарные предприятия создаются и действуют исключительно с единственным учредителем;

– корпоративные предприятия могут либо должны создаваться и действовать с более чем одним учредителем.

Категории корпоративных и унитарных предприятий в таком понимании подпадают под признаки того, что И.Н. Кучеренко называет «системообразующими организационно-правовыми формами», т.е. не существующими реально, но объединяющими организационно-правовые формы юридических лиц [2, с. 5]. Таким образом, предприятие оказывается унитарным либо корпоративным не в зависимости от наличного количества учреди-

телей, а в зависимости от того, к какой организационно-правовой форме оно принадлежит. При этом ряд корпоративных организационно-правовых форм может создаваться и действовать в составе как одного, так и нескольких учредителей.

Комментируя возможность создания корпоративного предприятия с единственным учредителем, О.П. Подчерковный отмечает, что это имеет экономический смысл в случае, если первоначальный учредитель имеет намерение в дальнейшем привлечь инвесторов для участия в капитале предприятия, ведь состав учредителей корпоративного предприятия может быть в любой момент расширен без смены организационно-правовой формы предприятия. В то же время, по мнению О.П. Подчерковного, лицу целесообразно создавать унитарное предприятие, если оно имеет намерение в будущем осуществлять управление предприятием самостоятельно [3, с. 143].

По нашему мнению, унитарный характер предприятия означает его ограниченность, определенную «ущербность» по сравнению с предприятием корпоративным: жизненные обстоятельства изменчивы и при прочих равных условиях для учредителя имеет смысл создавать предприятие, состав учредителей которого может быть в будущем легко расширен без реорганизации. Отказ от такой возможности уже в момент создания предприятия должен быть обусловлен важными причинами и для законодателя, который относит определенные организационно-правовые формы к унитарным предприятиям, и для лица, принимающего решение создать унитарное предприятие.

Именно поэтому деление организационно-правовых форм на унитарные и корпоративные ни в коем случае не может рассматриваться как самодвелеющее и самообусловленное: ограничения, налагаемые на унитарные предприятия, должно быть следствием некоей более глубокой причины.

Законодатель называет в качестве критерия классификации «способ создания предприятия и формирования уставного капитала». По нашему мнению это описательная характеристика и действительной причиной классификации может быть только режим имущества предприятия.



ХК предусматривает три основных правовых режима имущества субъектов хозяйствования: право собственности, право хозяйственного ведения и право оперативного управления (ч. 1 ст. 133 ХК).

Для большинства субъектов хозяйствования режим имущества прямо устанавливается императивными нормами законодательства.

Так, ст.ст. 73-78 ХК прямо предусматривают закрепление имущества на праве хозяйственного ведения за государственными и коммунальными коммерческими предприятиями, на праве оперативного управления – за государственными казенными и коммунальными некоммерческими предприятиями. Подобным образом ст. 112 ХК Украины предусматривает, что предприятия, созданные объединениями граждан либо религиозными организациями, осуществляют свою деятельность на праве оперативного управления либо хозяйственного ведения. Все указанные выше организационно-правовые формы относятся к унитарным предприятиям.

С другой стороны, ч. 1 ст. 115 ГК, ст. ст. 85, 100 ХК закрепляют имущество хозяйственных обществ и производственных кооперативов на праве собственности. Данные организационно-правовые формы относятся к корпоративным предприятиям.

Самой проблемной организационно-правовой формой в делении предприятий на унитарные и корпоративные *de lege lata* являются ЧП: как уже было сказано, они относятся к корпоративным либо унитарным предприятиям в зависимости от количества учредителей *de facto*; кроме того, что не менее важно, законодательство не определяет правовое основание, на котором ЧП обладает закрепленным за ним имуществом. Означает ли это, что учредитель ЧП может произвольно выбирать правовое основание, на котором он закрепит имущество за создаваемым им предприятием? Ученые по данному вопросу высказывают различные точки зрения: что ЧП всегда становится собственником имущества, переданного ему учредителем [4, с. 296]; что учредитель ЧП может закрепить имущество за ЧП на праве собственности либо хозяйственного ведения [5, с. 37]; что имущество может принадлежать ЧП на

любом из правовых оснований, предусмотренных ХК Украины [6, с. 116].

На практике учредители большинства ЧП передают имущество в собственность предприятия. Вместе с тем, из Решения Конституционного Суда Украины N17-рп/2012 от 19 сентября 2012 г. в деле по конституционному обращению ЧП «ИКИО» относительно официального толкования ч. 1 ст. 61 СК можно сделать вывод о том, что имущество ЧП остается в собственности учредителей. Таким образом, налицо полная неопределенность правового режима имущества ЧП.

De lege lata корпоративные и унитарные предприятия соотносятся с режимами имущества в следующих комбинациях:

- корпоративные предприятия, обладающие имуществом на праве собственности («классические» корпоративные предприятия);
- унитарные предприятия, обладающие имуществом на праве полного хозяйственного ведения либо оперативного управления («классические» унитарные предприятия);
- корпоративные предприятия, обладающие имуществом на праве хозяйственного ведения либо оперативного управления («маргинальные» корпоративные предприятия);
- унитарные предприятия, обладающие имуществом на праве собственности («маргинальные» унитарные предприятия).

Рассмотрим ниже все эти комбинации подробнее.

«Классическое» корпоративное предприятие. Сюда могут быть отнесены хозяйственные общества и производственные кооперативы, т.к. в них учредитель передает вклад в собственность предприятия, а количество учредителей может либо должно быть более одного. Взамен права собственности на вклад учредитель получает особый объект, который в различных видах корпоративных предприятий понимается как доля в уставном капитале, акции, пай. Этот объект может быть отчужден, заложен, унаследован, передан правопреемникам и т.д. Соответственно, состав учредителей корпоративного предприятия может изменяться. В свою очередь доля (акции, пай) является своеобразным «субстратом» прав особого рода – корпоративных прав

учредителя в отношении предприятия, отличных от права собственности. Для классических корпоративных предприятий законодательством предусматриваются сложные механизмы согласования воли учредителей, воплощенные в различных моделях систем органов управления и процедур принятия решений.

Какие бы то ни были причины ограничивать количество учредителей у таких предприятий одним лицом отсутствуют, что и приводит к признанию их корпоративной природы.

De lege lata ЧП также может создаваться и действовать с несколькими учредителями, передавшими вклады в собственность предприятия. Тем не менее, такое ЧП не может быть отнесено к «классическим» корпоративным предприятиям в силу следующих причин:

- законодательство не определяет систему органов управления, порядок их действия, взаимодействия, компетенцию, что создает проблемы в случае, если ЧП создано несколькими учредителями;
- закон не оперирует понятием «доля в уставном капитале» в отношении ЧП, что создает проблемы в случае необходимости смены учредителей ЧП;
- законодательство не определяет порядок выхода, исключения учредителя (если их несколько), отчуждения прав учредителя, обращения на них взыскания, что создает проблемы в случае необходимости смены учредителя ЧП.

Деятельность ЧП регулируется минимумом норм по аналогии с безусловно унитарными государственными и коммунальными предприятиями, однако этот минимум оказывается принципиально недостаточным для корпоративного ЧП. Как следствие такое ЧП оказывается подвержено многим юридическим рискам. В силу этого, а также в связи с тем, что правовое регулирование ООО принципиально достаточно для реализации тех же законных интересов, которые призвано реализовать корпоративное ЧП, считаем необходимым исключить возможность создания корпоративных ЧП *de lege ferenda*.

«Классическое» унитарное предприятие. Сюда могут быть отнесены государственные, коммунальные предприятия, а также некоторые ЧП. Учредитель передает вклад в хозяйственное



ведение либо оперативное управление предприятия (в зависимости от характера деятельности), количество учредителей не может быть более одного. Учредитель сохраняет право собственности на вклад и получает право собственности на имущество, приобретенное либо произведенное предприятием.

По мнению Е.Р. Кибенко сущность отношений, возникающих между учредителем и предприятием, одинакова независимо от вида предприятия (корпоративное либо унитарное), как и комплекс прав, принадлежащих учредителям [5, с. 38]. Такая позиция представляется ошибочной, т.к. комплекс прав учредителя «классического» унитарного предприятия (например, казенного предприятия) принципиально отличен от комплекса прав учредителя «классического» корпоративного предприятия (например, хозяйственного общества) хотя бы тем, что учредитель казенного предприятия сохраняет право собственности на вклад и обладает всем имуществом предприятия на праве собственности, в т.ч. может изъять у предприятия закрепленное за ним имущество.

Также, в отличие от корпоративных прав, права учредителя «классического» унитарного предприятия не могут быть отчуждены. Так, для смены учредителя государственного коммерческого предприятия необходимо осуществить реорганизацию такого предприятия, вследствие чего предприятие прекращается. Таким образом, «классическое» унитарное предприятие создается и действует с единственным, несменяемым учредителем – собственником его имущества.

Исторически как унитарные сложились именно государственные и коммунальные предприятия, вместе с тем *de lege lata* ЧП также может быть создано как классическое унитарное предприятие (с единственным учредителем, закрепившим за ЧП имущество на праве хозяйственного ведения либо, что менее вероятно, оперативного управления). Предположим, такой учредитель решит передать (например, продать) свои права на ЧП другому лицу (учредитель государственного унитарного предприятия – всегда государство в лице некоего органа, в то время, как потенциальных учредителей частного предприятия – великое множество).

В этом случае возникает проблема объекта купли-продажи: имущество ЧП принадлежит учредителю на праве собственности, вместе с тем права учредителя в отношении ЧП не исчерпываются правами на его имущество. Учредитель может продать принадлежащий ему на праве собственности единый имущественный комплекс ЧП, именуемый в ст. 191 Гражданского кодекса Украины «предприятием» и понимаемый как недвижимость, права на которую подлежат регистрации в соответствии с Законом Украины «О государственной регистрации вещных прав на недвижимое имущество и их обременений». Следствием такой продажи может стать переход к покупателю прав на все закрепленное за ЧП имущество, но не смена учредителя самого ЧП: такое «пустое» ЧП остается за первоначальным учредителем. Необходимо отметить, что продажа либо передача в аренду целостных имущественных комплексов государственных коммунальных предприятий приводит к тому же эффекту. Продажа абстрактной «совокупности имущественных прав» учредителя в отношении такого ЧП является, по нашему мнению, не более, чем попыткой обхода нормы ст. 191 ГК Украины о «предприятии как недвижимости».

По нашему мнению, *de lege ferenda* смена учредителя ЧП, созданного по классической формуле унитарного предприятия должна быть невозможна, как и смена учредителя других классических унитарных предприятий: формой передачи такого бизнеса третьему лицу может быть только продажа единого имущественного комплекса предприятия (т.е. имущества), но не прав учредителя на юридическое лицо.

«Маргинальное» унитарное предприятие. Сюда относится ЧП с единственным учредителем, передавшим имущество в собственность предприятия. «Маргинальный» характер такого ЧП *de lege lata* неочевиден, более того, именно такие ЧП считаются нормой. Вместе с тем по сравнению с ООО одного лица данное предприятие характеризуется недостатками, которые уже упоминались выше, а именно: закон не оперирует понятием «доля в уставном капитале» в отношении ЧП, не определяет порядок отчуждения прав учредителя, обращения на них взыскания, что

создает проблемы в случае необходимости смены учредителя ЧП. Унитарное ЧП с единственным учредителем, передавшим имущество в собственность предприятия, представляет собой ухудшенное подобие ООО одного лица и является совершенно излишним институтом.

«Маргинальное» корпоративное предприятие. Сюда относится ЧП с несколькими учредителями. Маргинальный характер корпоративного ЧП, в котором вклады учредителей переданы в собственность предприятия, рассмотрен выше при описании «классических» корпоративных предприятий. Все эти замечания можно отнести и к корпоративному ЧП, в котором вклады учредителей были переданы в хозяйственное ведение либо оперативное управление предприятия (возможность чего прямо следует из положений действующего законодательства и о чем упоминают некоторые исследователи) [5, с. 37; 6, с. 116], кроме того в деятельности такого предприятия возникнут следующие дополнительные трудности.

Законодательство не содержит никаких норм относительно того, как следует понимать распределение прав на имущество, закрепленное за корпоративным предприятием на праве хозяйственного ведения между учредителями:

– учредители сохраняют отдельные права на вклады, в то время как имущество приобретенное предприятием, принадлежит учредителям на праве общей долевой собственности пропорционально размерам их вкладов, либо

– и вклады учредителей, и имущество, приобретенное предприятием, находится в общей долевой собственности учредителей.

В любом случае пребывание имущества предприятия (либо его части) в общей долевой собственности учредителей означает необходимость осуществления прав собственников по их согласию в соответствии со ст. 358 ГК. А поскольку в данном случае осуществление прав собственников налагается на осуществление ими управления предприятием (порядок которого для корпоративных ЧП законом не установлен в принципе), несовпадение интересов учредителей может привести к



серьезным осложнениям в деятельности такого предприятия.

Серьезнейшие проблемы будут возникать и при попытке учредителей уступить права на имущество такого предприятия: как и в случае «классического» унитарного ЧП, учредители могут все вместе продать принадлежащие им доли в праве собственности на единый имущественный комплекс ЧП в соответствии со ст. 191 ГК третьим лицам без смены собственно состава учредителей ЧП. Вместе с тем намерение одного из учредителей продать долю в праве собственности на единый имущественный комплекс предприятия третьим лицам может быть осуществлено лишь в случае выделения этой доли в натуре и прекращения его участия в ЧП. Иначе возникнет парадоксальная ситуация, при которой учредитель ЧП и новый собственник доли в имуществе ЧП не совпадают.

Таким образом, критическая масса проблем «маргинального» корпоративного предприятия позволяет говорить о необходимости законодательно исключить возможность создания таких предприятий.

По нашему мнению, в свете предложения о том, что предметом классификации предприятий на корпоративные и унитарные должны быть организационно-правовые формы, *de lege ferenda* должны быть предусмотрены только «классические» формы корпоративных и унитарных предприятий. Таким образом, к корпоративным должны относиться предприятия, обладающие имуществом на праве собственности, тогда как к унитарным – предприятия, за которыми имущество закреплено на праве хозяйственного ведения либо оперативного управления (в зависимости от целей деятельности предприятия).

Выводы. Из изложенного выше можно сделать вывод о том, что легальная классификация предприятий на корпоративные и унитарные должна быть пересмотрена на следующих основаниях:

1. Предметом легальной классификации предприятий на корпоративные и унитарные должны быть организационно-правовые формы предприятий, а не отдельные предприятия;

2. Критерием классификации должна быть возможность создания предприятия соответствующей организаци-

онно-правовой формы более чем одним учредителем и последующей смены такого учредителя;

3. Основанием критерия классификации должен быть режим имущества предприятия;

4. Унитарные предприятия создаются единственным и несменяемым учредителем, который передает предприятию имущество в хозяйственное ведение либо оперативное управление, формирует за счет этого имущества неделимый уставный капитал предприятия, осуществляет права собственника имущества предприятия, а также лично либо через назначенного им руководителя принимает любые решения по вопросам деятельности предприятия (государственные, коммунальные, частные предприятия, предприятия общественных объединений и религиозных организаций).

5. Корпоративные предприятия могут либо должны создаваться более чем одним учредителем на основании объединения имущества и/или предпринимательской либо трудовой деятельности учредителей, каждый из которых передает имущество предприятию в собственность и получает взамен долю в уставном (складочном) капитале предприятия (акцию, пай), которые могут отчуждаться в пользу третьих лиц со сменой учредителей и предоставляют каждому из учредителей в отношении предприятия корпоративные права, в том числе – позволяющие в случаях, формах и порядке, предусмотренных законом и учредительным документом предприятия участвовать в принятии решений по вопросам деятельности предприятия (хозяйственные общества, производственные кооперативы).

Список использованной литературы:

1. Хозяйственное право : учебник / В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, К.С. Хахулин и др.; Под ред. Мамутова В.К. – К. : Юринком Интер, 2002. – 897 с.

2. Кучеренко І.М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / НАН України ; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького / І.М. Кучеренко. – К., 2004. – 37 с.

3. Господарське право : підручник / О.П. Подцерковний, О.О. Квасницька,

А.В. Смітюх та ін., за ред. О.П. Подцерковного. – Х. : Одісей, 2011. – 640 с.

4. Господарський кодекс України. Науково-практичний коментар. За заг. ред. Д.М. Притики, І.В. Булгакової. – К. : «Юрисконсульт», «Юстініан», 2010. – 1088 с.

5. Кібенко О. Правовий режим майна приватного підприємства / О. Кібенко // Юридичний радник. – 2005. – № 1(3). – С. 37-41.

6. Вінник О.М. Господарське право : навчальний посібник / О.М. Вінник. – К. : Правова єдність, 2009. – 766 с.



ВРЕМЕННАЯ ВЫДАЧА КАК МЕРА ОБЕСПЕЧЕНИЯ УГОЛОВНОГО ПРОИЗВОДСТВА ПРИ ПРЕДОСТАВЛЕНИИ МЕЖДУНАРОДНОЙ ПРАВОВОЙ ПОМОЩИ

Ярослав СТОРОЖИК,

аспирант кафедры уголовного процесса и криминалистики
Львовского государственного университета внутренних дел

Summary

The article describes the concept, features, purpose and the application of temporary extradition as one of the measures of criminal proceedings in the provision of international legal assistance. Imprecision and lack of adjustment of the terms of use of this measure of providing criminal proceedings entails creating difficulties in the criminal procedural activities, violation rights, freedoms and lawful interests of individuals, necessitates further special theoretical and practical research of this problem. In case of that the wanted person in a foreign country is serving a sentence for crimes committed in that country, international agreements of Ukraine and the CPC provides for an appeal by the competent authority of Ukraine on temporary issuance of person.

Key words: International Legal Assistance, international cooperation, issuance of a temporary, criminal proceedings.

Аннотация

В статье раскрываются понятия, признаки, цель и порядок применения временной выдачи правонарушителей, как одной из мер обеспечения уголовного производства при предоставлении международной правовой помощи. Нечеткость и недостаточность регулирования условий применения данного мероприятия обеспечения уголовного производства влечет создание трудностей в процессе уголовной процессуальной деятельности, нарушения прав, свобод и законных интересов личности, обуславливает необходимость дальнейшего специального теоретического и практического научного исследования данной проблемы. В случаях установления, что разыскиваемое лицо на территории иностранного государства отбывает наказание за преступления, совершенные в этой стране, международными договорами и УПК Украины предусмотрено обращение компетентного органа Украины о временной выдаче такого лица.

Ключевые слова: международная правовая помощь, международное сотрудничество, временная выдача, уголовное производство.

Постановка проблемы. Современное состояние международного сотрудничества характеризуется углублением взаимодействия правоохранительных и судебных органов в сфере борьбы с преступностью. Расширяются географические рамки международного сотрудничества, совершенствуются формы взаимодействия и растут ее объемы. Объясняется это тем, что в мире происходит быстрое развитие интеграционных процессов, существенно упростился порядок въезда и выезда в страны, и тем, что эта проблема приобретает глобального характера.

Именно отсутствие единого научного видения в определении понятия и правильного применения мер обеспечения уголовного производства при предоставлении международной правовой помощи, в частности временной выдачи, побуждает высказать свои соображения по этому поводу. Кроме того, важность этого исследования возрастает в связи с принятием нового Уголовного процессуального кодекса Украины 13 апреля 2012 года, который призван урегулировать процессуальные вопросы сотрудничества украинских компетентных органов с иностранными

коллегами в ходе осуществления уголовного судопроизводства.

Состояние исследования проблемы. Обращение ученых к проблеме международной правовой помощи является логичным ответом на требования времени, потребности общества, государства и его правоохранительных органов. Отдельные аспекты этой проблемы рассматривали в своих научных трудах российские исследователи В. В. Панов, И. И. Карпец, Г. В. Игнатенко, В. П. Зимин, М.Н. Зуев, И. П. Блищенко, Н. В. Жданов, В. Ф. Цепелев, отечественные – Ю.П. Аленин, Р.И. Благута, А. И. Виноградова, Л.М. Лобойко, М. И. Смирнов, А.С. Сизоненко, И. Л. Олейник, В. М. Тергишник и другие.

Также следует указать, что 21.05.2010 года КПК Украины 1960 года дополнен разделом девятым «Выдача лица (экстрадиция)», в котором впервые появился институт временной выдачи.

Одновременно опыт международного сотрудничества в процессе борьбы с преступностью, требует научно-го обобщения и систематизации для повышения эффективности борьбы с различными проявлениями международной организованной преступности.

Целью исследования является анализ содержания понятия, особенностей применения временной выдачи как меры обеспечения уголовного производства при предоставлении международной правовой помощи правоохранительными органами Украины в борьбе с международной преступностью.

Изложение основных положений. Международное сотрудничество государств в борьбе с преступностью – это сотрудничество государств, направленное на разработку и координацию мероприятий по предупреждению, раскрытию преступлений и обращению с правонарушителями, а также выработка комплексных целей и задач по минимизации транснациональных и внутригосударственных противоправных деяний [8, с. 225].

В Уголовном процессуальном кодексе Украины 2012 года (далее – УПК Украины) указано, что международное сотрудничество в ходе уголовного производства заключается в принятии необходимых мер в целях оказания международной правовой помощи путем вручения документов, выполнение отдельных процессуальных действий, выдачи лиц, совершивших уголовное преступление, временной передачи



лиц, уголовного преследования, передачи осужденных и исполнения приговоров. Международным договором Украины могут быть предусмотрены иные, чем в уголовном процессуальном законе, формы сотрудничества в ходе уголовного производства [6, с. 233].

Принцип взаимопомощи является основным положением для любого процессуального вида международного сотрудничества в уголовном судопроизводстве, а международная правовая помощь – одной из процессуальных форм такого сотрудничества. Правовая помощь в уголовном производстве, по мнению ученого Л.М. Лобойко : «... это форма международного сотрудничества государств в борьбе с преступностью, содержанием которой является осуществление одним государством по запросу уполномоченного органа другого государства уголовно-процессуальных действий, основанием которых являются международные соглашения и положения национального законодательства» [7, с. 446].

В.М. Гребенюк под правовой помощью понимает: «отношения взаимного сотрудничества между государствами в области уголовного судопроизводства, которые заключаются в выполнении на основании международных соглашений и национального законодательства определенных действий необходимых для осуществления иностранным государством правосудия по конкретному делу» [1, с. 8].

Согласно УПК Украины международная правовая помощь – проведение компетентными органами одного государства процессуальных действий, выполнение которых необходимо для предварительного расследования, судебного разбирательства или для исполнения приговора, принятого судом другого государства или международным судебным учреждением [6, с. 201].

В случаях установления, что разыскиваемое лицо на территории иностранного государства отбывает наказание за преступления, совершенные в этой стране, международными договорами и УПК Украины предусмотрено обращение компетентного органа Украины о временной выдаче такого лица.

В УПК Украины определено, что временная выдача – выдача на определенный срок лица, отбывающего

наказание на территории одного государства, другому государству для проведения процессуальных действий с ее участием и привлечение к уголовной ответственности с целью предотвращения истечения сроков давности или утере доказательств по уголовному делу [6, с. 201]. Аналогично, данное определение указанная в УПК Украины 1960 года.

Согласно Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 года если отсрочка выдачи может повлечь истечение срока давности уголовного преследования или причинить ущерб расследованию преступления, лицо, выдача которого требуется по ходатайству, может быть выдано на время.

Согласно ч. 2 ст. 19 Европейской конвенции о выдаче правонарушителей 1957 года вместо того, чтобы отложить передачу, запрашиваемая Сторона может временно выдать требуемое лицо запрашивающей Стороне в соответствии с условиями, определяемыми на основе соглашения между Сторонами [3, с. 5].

Согласно Договору между Украиной и Республикой Панама о выдаче правонарушителей от 04.11.2003 года, если на территории запрашиваемой стороны в отношении лица, выдача которого запрашивается, привлечено к уголовной ответственности или отбывает наказание за другое преступление, согласие на выдачу может быть предоставлена, но передача соответствующей лица откладывается до завершения уголовного преследования и, в случае вынесения приговора, до отбытия наказания или освобождения упомянутого лица, о чем сообщается запрашивающему стороне.

Вместо отсрочки выдачи запрашиваемая сторона может временно передать соответствующее лицо запрашивающей стороне на взаимно согласованных условиях [2, с. 3].

Анализируя предложенную законодателем дефиницию понятия «временная выдача», можно выделить следующие его признаки:

- это мера обеспечения уголовного производства при предоставлении международной правовой помощи;

- субъектом является лицо, которое отбывает наказание на территории одного государства;

- заключается в выдаче указанного лица другому государству;

- направлена на проведение процессуальных действий с этим лицом и привлечение к уголовной ответственности;

- имеет временные ограничения;
- предусматривает обязательное возвращение выданного лица.

Цель временной выдачи заключается в предотвращении:

- 1) истечения сроков давности привлечения к уголовной ответственности (ч. 1 ст. 579 УПК Украины);

- 2) потере доказательств в уголовном производстве (ч. 1 ст. 579 УПК Украины);

- 3) причинения ущерба расследованию преступления (ч. 1 ст. 64 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г.);

Следует различать временную выдачу от временной передачи, поскольку временная выдача предусматривает привлечение к уголовной ответственности с целью предотвращения истечения сроков давности или потере доказательств в уголовном производстве лица, отбывающего наказание на территории другого государства, а временная передача – если для дачи показаний или участия в других процессуальных действиях в ходе уголовного производства необходимо присутствие лица, содержащегося под стражей или отбывает наказание в виде лишения свободы на территории иностранного государства и не привлекается к уголовной ответственности в этом уголовном производстве [6, с. 208].

Итак, временная выдача – это мера обеспечения уголовного производства при предоставлении международной правовой помощи, которая заключается в выдаче на определенный срок лица, отбывающего наказание на территории запрашиваемого государства, запрашивающему государству для проведения процессуальных действий с ее участием и привлечение к уголовной ответственности данного лица с целью недопущения истечения сроков давности привлечения к уголовной ответственности, утере доказательств в уголовном производстве или причинения ущерба расследованию преступления.

В соответствии с ч. 1 ст. 579 УПК Украины в случае необходимости пре-



дотращения истечения сроков давности привлечения к уголовной ответственности или потере доказательств в уголовном производстве может быть направлен запрос о временной выдаче [6, с. 214].

В случае удовлетворения запроса о временной выдаче такое лицо должно быть возвращено в соответствующее иностранное государство в согласованный срок [6, с. 214]. Также, в случае необходимости компетентный орган Украины, который осуществляет уголовное производство, готовит документы о продлении срока временной выдачи, которые направляются соответствующему уполномоченному органу не позднее чем за двадцать дней до окончания срока временной выдачи [6, с. 214].

Анализируя данную норму не понятно, в каких временных рамках согласовывается срок, в течение которого может находиться выданное на время лицо на территории запрашивающего государства для проведения действия в уголовном производстве.

В отличие от УПК Украины в ч. 2 ст. 64 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. определено, что выданное на время лицо должно быть возвращено после проведения действия в уголовном производстве, для которого оно было выдано, но не позднее, чем через три месяца со дня передачи лица. В обобщенных случаях срок может быть продлен [5, с. 17].

Считаем необходимым дополнить частью четвертой статью 579 УПК Украины и осуществить имплементацию международно – правовой нормы в национальное законодательство следующего содержания: «Выданное на время лицо должно быть возвращено после проведения действия в уголовном производстве, для которого оно было выдано, но не позднее, чем через три месяца со дня передачи лица».

Период содержания лица под стражей на территории Украины на основании решения компетентного органа иностранного государства во время временной выдачи не засчитывается такому лицу в срок наказания, назначенного по приговору суда Украины.

Запрос о временной выдаче подобен запросу о выдаче лица (экстради-

ции), однако он обязательно должен содержать гарантии центрального органа Украины о содержании лица под стражей в течение всего периода временной выдачи и своевременного возврата такого лица в иностранное государство для дальнейшего отбывания наказания.

Порядок подготовки запроса о временной выдаче определяется ст. 575 УПК Украины. По нашему мнению, законодатель допустил логическую ошибку при конструировании ч. 1 ст. 575 УПК Украины изложив ее следующим образом: «Ходатайство о выдаче лица в Украину готовит следователь, прокурор, осуществляющий надзор за соблюдением законов при проведении досудебного расследования или суд, который ...». Из содержания может представляться, что следователь также может осуществлять «надзор за соблюдением законов при проведении досудебного расследования», поскольку между словами стоит знак препинания «запятая», который означает равнозначность двух элементов. Поэтому логичным представляется данную норму изложить в следующей редакции «Ходатайство о выдаче лица в Украину готовит следователь или прокурор, осуществляющий надзор за соблюдением законов при проведении досудебного расследования или суд, который рассматривает дело или которым вынесен приговор, с соблюдением требований, предусмотренных УПК Украина и соответствующим международным договором Украины».

Ходатайство составляется в письменной форме и должно содержать данные о лице, выдача которого требуется, обстоятельства и квалификацию совершенного преступления. К ходатайству прилагаются следующие документы: заверенная копия постановления следственного судьи или суда о содержании лица под стражей, если выдача запрашивается для привлечения к уголовной ответственности; копия приговора с подтверждением вступления в законную силу, если выдача запрашивается для исполнения приговора; справка о сведениях, указывающих на совершение уголовного преступления лицом, или справка о доказательствах, которыми подтверждается виновность разыскиваемого лица в его совершении; положение статьи закона Украины об

уголовной ответственности, по которому квалифицируется уголовным преступлением; вывод компетентных органов Украины о гражданстве лица, выдача которого запрашивается, составленный согласно требований закона о гражданстве Украины; справка о части неотбытого наказания, если речь идет о выдаче лица, которое уже отбыло часть назначенного судом наказания; информация о ходе сроков давности; другие сведения, предусмотренные международным договором Украины, который также действителен для иностранного государства, на территории которого установлено разыскиваемое лицо [6, с. 213].

Ходатайство и приложения к ходатайству будут направлены запрашиваемой стороне, указанные документы должны быть заверены гербовой печатью учреждения, органа или ведомости, которое их составило или выдало, а также подписью уполномоченного лица с указанием должности и фамилии.

Важное значение имеет перевод ходатайства на соответствующий язык согласно международным договорам. Так, в соответствии со ст. 17 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. в взаимоотношениях при выполнении настоящей Конвенции учреждения юстиции договаривающихся сторон пользуются государственными языками Договаривающихся Сторон или русским языком [5, 3].

В течение пяти дней со дня получения ходатайства о выдаче лица центральный орган Украины обязан проверить документы на предмет их соответствия УПК, законам Украины и международным договорам. После этого составляется запрос о выдаче лица (экстрадиции), который и направляется руководителем центрального органа Украины в компетентный орган иностранного государства. В случае выявления нарушений центральный орган Украины обязан немедленно направить документы компетентному органу Украины на доработку с указанием на них.

В случаях, когда запрашиваемое государство нуждается в дополнительной информации или ей нужны документы для выполнения запроса, центральный орган Украины обязан организовать их предоставления. Примером могут служить ст. 13 Европейской конвенции о выдаче правонарушителей 1957 р.,



Ст. 59 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г., А также ст.5 Договора между Украиной и Арабской Республикой Египет о выдаче правонарушителей от 10 октября 2004 г., Согласно которой если запрашиваемое Государство считает, что информация, предоставленная для целей настоящего Договора, является недостаточной для принятия решения по запросу, может быть запрошена дополнительная информация в срок, который установлен запрашиваемым Государством.

Что касается фактической передачи лица, в отношении которого принято решение о выдаче (экстрадиции), следует отметить, что центральный орган Украины после вступления в силу этого решения дает соответствующие поручения (направляет обращения) компетентным органам Украины.

Передача лица должна быть осуществлена в течение пятнадцати дней с даты, установленной для ее передачи. Этот срок может быть продлен центральным органом Украины до тридцати дней, после чего лицо подлежит освобождению из-под стражи.

Если компетентный орган иностранного государства по независящим от него обстоятельствам не может принять такое лицо, центральный орган Украины устанавливает новую дату передачи в указанные выше сроки.

При фактической передаче лица компетентному органу иностранного государства информируется о сроке пребывания ее под стражей на территории Украины.

Доставки в учреждения системы исполнения наказаний лица, в отношении которого компетентным органом иностранного государства принято решение о выдаче в Украину, обеспечивают компетентные органы Украины по поручению (обращению) центрального органа Украины [6, 220].

Анализируя указанную норму уголовного процессуального законодательства непонятно где, в каком месте и когда производится передача запрашиваемой лица между Сторонами.

В отличие от УПК Украины, статьей 67 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 года кроме указанных положений

также определено место и время выдачи [5, 17].

В статье 18 Европейской конвенции о выдаче правонарушителей 1957 года указано, что если запрос удовлетворяется, запрашивающая Сторона информируется о месте и дате передачи и о продолжительности срока, в течение которого соответствующее лицо содержалось под стражей с целью ее передачи [3, 5].

Согласно статьи 7 Соглашения между Правительством Украины и Правительством Латвийской Республики о передаче и приеме лиц в запросе о сопровождении должны содержаться сведения о дате, месте и времени передачи лица [9, 2].

Учитывая вышеизложенное, считаем необходимым дополнить частью шестой статью 593 УПК Украины (2012) и осуществить имплементацию международно-правовой нормы в национальное законодательство следующего содержания: «Компетентный орган иностранного государства информирует центральный орган Украины о месте и времени выдачи».

Согласно приложению к Инструкции о порядке использования правоохранительными органами возможностей Национального центрального бюро Интерпола в Украине в предупреждении, раскрытии и расследовании преступлений утверждена приказом МВД Украины, Генеральной прокуратуры Украины, Службы безопасности Украины, Госкомграницы Украины, Государственной таможенной службы Украины, Государственной налоговой администрации Украины от 9 января 1997 № 3/1/2/5/2/2, передача лица осуществляется на основании протокола передачи лица, содержащегося под стражей. В протоколе указывается: дата, время начала и окончания передачи. Название правоохранительного органа (органов) Украина, должности, фамилии лиц, которые принимают участие в передаче и название правоохранительного органа, должность, фамилия, иностранного государства, согласно положениям Соглашения между Украиной и иностранным государством, О правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, на основании решения Генеральной прокуратуры Украины передали представителям иностранного государства гражданина (фамилия,

имя, отчество, год и место рождения). Одновременно перечисляются вещи, документы, предметы, которые были переданы. Указываются сведения о месте передачи. Протокол составляется в четырех экземплярах по два для каждой стороны и подписывается представителями правоохранительных органов Украины и иностранного государства [4, 20]. Данные предписания по нашему мнению также стоило бы закрепить в УПК Украины.

Вывод. Итак, временная выдача – меры обеспечения уголовного производства при предоставлении международной правовой помощи, которая заключается в выдаче на определенный срок лица, отбывающего наказание на территории запрашиваемого государства, запрашивающему государству для проведения процессуальных действий с ее участием и привлечение к уголовной ответственности с целью истечения сроков давности привлечения к уголовной ответственности, потеря доказательств в уголовном производстве или причинения ущерба расследованию преступления.

Выдача обеспечивается обращением компетентного органа Украины запросом о временной выдаче, в котором обязательно должны содержать гарантии содержания лица под стражей в течение всего периода временной выдачи и относительно своевременного возврата такого лица в иностранное государство для дальнейшего отбывания наказания.

Передача лица должна быть осуществлена в течение пятнадцати дней с даты, установленной для ее передачи. Этот срок может быть продлен федеральным органом Украины до тридцати дней, после чего лицо подлежит освобождению из-под стражи. Передача лица осуществляется на основании протокола передачи лица, содержащегося под стражей.

Список использованной литературы:

1. Гребенюк В.Н. Договорные отношения Украины в сфере взаимопомощи по уголовным делам (теория и практика) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1997. – 20 с.

2. Договор между Украиной и Республикой Панама о выдаче правонарушителей от 04.11.2003 г. [Электронный



ресурс]. – Режим доступа : www.rada.gov.ua.

3. Европейская конвенция о выдаче правонарушителей 1957 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : www.rada.gov.ua.

4. Инструкция о порядке использования правоохранительными органами возможностей Национального центрального бюро Интерпола в Украине в предупреждении, раскрытии и расследовании преступлений утверждена приказом МВД Украины, Генеральной прокуратуры Украины, Службы безопасности Украины, Госкомграницы Украины, Государственной таможенной службы Украины, Государственной налоговой администрации Украины от 9 января 1997 г. № 3/1/2/5/2/2 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : www.rada.gov.ua.

5. Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, заключили государства – члены Содружества Независимых Государств в г. Минске 22 января 1993 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : www.rada.gov.ua.

6. Уголовный процессуальный кодекс Украины. – М. : «Центр учебной литературы», 2012. – 292 с.

7. Уголовно – процессуальное право : Курс лекций, Издание второе, измененное и дополненное // Под редакцией Л.М. Лобойко. – К. : «Истина» 2008. – 485 с.

8. Современное международное право : учеб. пособие / Н.В. Пронюк. – К. : КНТ, 2010. – 280 с.

9. Соглашение между Правительством Украины и Правительством Латвийской Республики о передаче и приеме лиц 1998 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : www.rada.gov.ua.

СИСТЕМА ИСТОЧНИКОВ ПРАВА СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ УКРАИНЫ: ПОНЯТИЕ И ПРИЗНАКИ

Татьяна ТАРАСЮК,

соискатель кафедры трудового права и права социального обеспечения
Национального университета «Одесская юридическая академия»

Summary

Definition of system of sources of social security law as a complex multi-level combination of normative-legal acts, normative agreements, international acts, regulating social security relations is given in the article.

The notion of system of social security law is a definition that encompasses the features typical of this phenomenon. Features of the system of sources of social security law, immanent to the system of sources of law in general are being characterized, and features inherent only to the system of sources of this branch of law, which provide an opportunity to highlight the sources of social security law of sources other branches of law, to understand their nature and relevance.

Key words: sources of social security law, system of sources of social security law, features of system of sources of social security law.

Аннотация

В статье определяется понятие системы источников права социального обеспечения как сложная многоуровневая совокупность нормативно-правовых актов, нормативных договоров, международных актов, регулирующих социально-обеспечительные отношения. Понятие источников права социального обеспечения представляет собой дефиницию, которая охватывает черты, характерные для данного явления. Характеризуются признаки системы источников права социального обеспечения, свойственные системе источников права в целом, а также выделяются признаки, присущие только системе источников данной отрасли права, которые дают возможность выделить источники права социального обеспечения среди источников других отраслей права, понять их сущность и актуальность.

Ключевые слова: источники права социального обеспечения, система источников права социального обеспечения, признаки системы источников права социального обеспечения.

Постановка проблемы. Право приобретает общеобязательное значение и, соответственно, может влиять на общественные отношения лишь тогда, когда оно находит свое выражение в источниках права.

Цель статьи. Учитывая это, исследование правовой природы и особенностей источников права социального обеспечения является важным и актуальным, поскольку открывает возможности для повышения эффективности конкретных правовых средств для правового регулирования социально-обеспечительных отношений. От их понимания зависит определение места и роли права социального обеспечения в общей системе национального права.

Изложение основного материала. В материальном значении источниками права являются объективные условия, которые вызывают и обуславливают образование права, то есть все то, что порождает (формирует) позитивное право. В юридическом же значении

– это документальные способы выражения и закрепления норм права, предоставления им юридического, общеобязательного значения, которые исходят от государства или признаются им официально [1].

Понятие источников права социального обеспечения представляет собой дефиницию, которая охватывает общие признаки, характерные для данного явления. Источники права социального обеспечения – это нормативно-правовые акты как внешняя форма правотворческой деятельности компетентных государственных и других уполномоченных органов для урегулирования общественных отношений, которые составляют предмет правового регулирования данной отрасли права.

Следовательно, источники права социального обеспечения воплощают в себе решение правотворческих органов относительно создания, изменения, отмены норм права социального обеспечения. Они являются той формой,



в которой нормы права выступают в реальной жизни, из которой черпаются знания о действующем праве и к которой обращаются при решении конкретных правовых ситуаций. Учитывая вышесказанное, можно отметить, что главными признаками источников права являются нормативный характер предписаний, обязательность их выполнения, сила государственного принуждения.

Система источников права социального обеспечения как отраслевая система является составной частью (подсистемой) системы источников права. Система источников права социального обеспечения (в формальном смысле) представляет собой сложную многоуровневую совокупность нормативно-правовых актов, нормативных договоров, международных актов, регулирующих социально-обеспечительные отношения. То есть источниками данной отрасли права служат нормативно-правовые акты различной юридической силы, разнообразной формы применения, принимаемые различными органами, образующие законодательство о социальном обеспечении, которое представляет собой определенную систему с присущими ей особенностями.

Источники права социального обеспечения представляют собой сложную систему, состоящую как минимум из двух подсистем национальных и международных источников. Причем система источников права социального обеспечения не тождественна системе законодательства о социальном обеспечении, а является более широким комплексным понятием, поскольку охватывает собой также подсистему международных источников, социально-партнерские нормативные соглашения (коллективные соглашения и коллективные договоры) и локальные нормативно-правовые акты.

Система источников права социального обеспечения характеризуется всеми особенностями, свойственными системе источников права, к которым относятся, в частности, их множественность, четкая иерархия и господствующая роль закона [2].

Также такие признаки системы источников права социального обеспечения как: 1) формальная определенность, внешняя объективация; 2)

содержание в них норм права – характеризуют сущность любых источников права.

Однако существование права социального обеспечения как самостоятельной отрасли предопределяет существование наряду с общими признаками, характерными для источников права в целом, определенных особенностей источников исследуемой отрасли национального права, которые обуславливаются ее предметом и методом. Особенности дают возможность выделить источники права социального обеспечения среди источников других отраслей права, понять их сущность и актуальность.

Одной из главных особенностей права социального обеспечения Украины является значительное количество его источников, их разнообразие. Это предопределено потребностями практического решения комплексных заданий по обеспечению целостного регулирования многочисленных отношений в данной сфере. В связи с этим нормы права социального обеспечения содержатся как в международно-правовых договорах, нормативно-правовых актах компетентных органов Украины, так и в актах социального диалога, локальных актах. Конечно, при этом значительное количество форм выражения правовых норм усложняет процесс их реализации субъектами права социального обеспечения. Поэтому весомое теоретическое и практическое значение имеет систематизация и классификация источников на виды и группы по определенным критериям. Нуждаются в определении и внутренние связи между ними, выявлении особенности функционирования и соотношение, предопределенные единым предметом правового регулирования и компетенцией органов, которые их принимают.

Право социального обеспечения в условиях рыночной экономики имеет в своем распоряжении сложную систему юридических источников, что обусловлено характером правового регулирования данной отрасли права. Предмет права социального обеспечения включает у себя разнообразные общественные отношения: по поводу денежных выплат и натуральных видов социального обеспечения, а также отношения процедурного и процессуального характера. По мнению В.Ш.

Шайхатдинова, предмет права социального обеспечения составляют пенсионные отношения, отношения по обеспечению пособиями, по оказанию медицинской помощи, по социальному обслуживанию, социальной поддержке, государственной социальной помощи, дополнительному социальному обеспечению, а также тесно связанные с ними отношения по установлению фактов, имеющих юридическое значение, по предоставлению обеспечения, в связи с юридической ответственностью сторон этих отношений и по рассмотрению споров [3, с. 46].

Структура предмета права социального обеспечения определяется условиями возникновения и функционирования отношений по социальному обеспечению и объектами этих отношений. В указанных отношениях каждому жизненному событию (страховому, социальному случаю, группе однородных событий) соответствует конкретный объект отношения (вид материального блага, услуги), с помощью которых удовлетворяются потребности граждан как субъектов (носителей) общественных отношений. Отсюда сформировались различные по форме, но родственные по содержанию, а потому взаимосвязанные группы отношений, составляющие ядро предмета права социального обеспечения.

Таким образом, своеобразие системы источников права социального обеспечения предопределяется прежде всего спецификой предмета правового регулирования данной отрасли права.

Большое количество и разнообразие источников права социального обеспечения обуславливают необходимость их систематизации и дальнейшей согласованности [4]. По нашему мнению, основными критериями классификации источников права социального обеспечения выступают: 1) юридическая сила; 2) способ принятия; 3) действие во времени, пространстве и по кругу лиц; 4) вид социальной защиты.

Следующей особенностью системы источников права социального обеспечения является то, что законодательство в сфере социальной защиты является чрезвычайно динамичным. Трансформация общества, переход к рыночной экономике, изменение уровня жизни населения предопределяют значительные темпы изменения и самих источников



права социального обеспечения. Во многом это обуславливается динамизмом самих общественных отношений, составляющих предмет данной отрасли права. Он проявляется в возникновении новых групп отношений, вызванных потребностями общественной жизни. Речь идет, например, об отношениях по предоставлению помощи лицам, пострадавшим от последствий Чернобыльской катастрофы, незаконно репрессированным, беженцам и вынужденным переселенцам, по государственной социальной помощи малообеспеченным слоям населения и др.

Однако часто законодатель не успевает вовремя реагировать на такие изменения, что предопределяет возникновение трудностей в применении нормативно-правовых актов. В законодательстве в таких случаях появляются коллизии, которые приводят к его определенному дисбалансу. Усложняется данный процесс тем, что на сегодня не закончено реформирование исследуемой отрасли, учитывая, что невозможно сегодня сформировать четкую и постоянную систему источников права социальной защиты.

Еще одной особенностью источников права социальной защиты является то, что большое внимание среди них занимают документы договорного характера, принятые на международном уровне. В современных условиях государство признается социальным лишь тогда, когда в нем достаточно весомое внимание уделяется развитию социального обеспечения. В результате такой значимости для общества и государства обеспечение субъективного права личности на социальную защиту перестало быть делом отдельного государства, а стало предметом нормативной регламентации на международном уровне. Мировое сообщество сформировало международные стандарты в отрасли социальной защиты, которые должны быть воплощены и в национальном законодательстве.

Важной особенностью источников права социального обеспечения Украины является присутствие нескольких уровней правового регулирования: централизованного, регионального, местного, локального и рост роли актов органов местного самоуправления. Отношения социальной защиты регулируются значительным количеством

централизованных нормативно-правовых актов. Их система гарантирует на всей территории страны одинаковые условия и нормы, равные возможности осуществления гражданами права на социальную защиту, в то же время органы местного самоуправления принимают правовые акты, которыми регулируют отдельные вопросы социального обеспечения населения, предоставления дополнительно, дополняя общегосударственную регламентацию (в частности, это касается субсидий на жилищно-коммунальные услуги, социальных льгот отдельным категориям населения и тому подобное). Такие нормативно-правовые акты действуют лишь на территории соответствующего местного совета и предусмотренные ими виды социального обеспечения финансируются из местного бюджета. Кроме того, сегодня растет и локальное регулирование отношений социальной защиты, которая осуществляется на уровне отдельных предприятий, и находит свое выражение, как правило, в коллективных договорах.

Предмет любой отрасли права получает юридическое закрепление в соответствующих нормативно-правовых актах. В большинстве отраслей законодательства предмет отрасли права непосредственно отражается в главах, разделах и т. д. кодифицированных нормативно-правовых актов. Несколько иначе обстоит дело в области права социального обеспечения. В Украине уровень кодификации законодательства о социальном обеспечении недостаточно высок, поэтому предмет данной отрасли нормативно закреплён в целом ряде актов. Так, пенсионные отношения получили закрепление в одних законах (законы Украины «О пенсионном обеспечении», «Об обязательном государственном пенсионном страховании», «О пенсионном обеспечении лиц, уволенных с военной службы, и некоторых других лиц» и др.), а отношения по обеспечению пособиями – в других (законы Украины «О государственных пособиях семьям с детьми», «О государственных пособиях малообеспеченным семьям», «О государственных пособиях инвалидам с детства и детям-инвалидам» и др.). Детальное нормативное закрепление получили и другие отношения по социальному обеспечению.

Нормы нематериального характера, которые опосредуют отношения по установлению фактов, имеющих юридическое значение, по предоставлению обеспечения, по вопросам юридической ответственности и по рассмотрению споров, включены в акты, регулирующие материальные отношения, и в акты, посвященные процедурным и процессуальным вопросам.

В Украине до сих пор нет единственного законодательного акта, который бы комплексно урегулировал всю систему отношений в сфере социальной защиты, определил бы субъектный состав, организационно-правовые формы и виды социальной защиты [4]. К сожалению, сегодня в праве социальной защиты отраслевой кодификации законодательства не проведено, хотя определенные предпосылки для этого уже существуют. Так, действует ряд кодифицированных нормативно-правовых актов по отдельным видам социальной защиты, интенсивно развивается текущее законодательство. Однако при отсутствии общей отраслевой кодификации законодательства источники права социального обеспечения также недостаточно систематизированы. Поэтому в отраслевом законодательстве существует большой массив противоречивых, несовершенных нормативно-правовых актов, которые нуждаются в систематизации и обновлении. В настоящее время существует острая потребность в принятии кодифицированного нормативно-правового акта, который стал бы важным этапом создания единой, целостной системы источников права социального обеспечения Украины.

Кодификация социально-обеспечительного законодательства должна быть направлена на то, чтобы, с одной стороны, обобщить нормы, согласно которым осуществляется действующее правовое регулирование, и в то же время предусмотреть установление новых норм, которые бы отвечали назревшим потребностям общественной практики, заполнили бы пробелы правового регулирования, заменили бы неудачные, устаревшие правовые положения новыми. Однако стоит отметить, что на сегодня этого достичь очень трудно, поскольку законодательство в сфере социального обеспечения находится в стадии реформирования.



В системе источников права социального обеспечения особое место принадлежит актам Министерства социальной политики Украины. Это обусловлено тем, что одним из основных его задач является участие в формировании и обеспечении реализации государственной политики в сфере занятости, социальной защиты населения, социального страхования, пенсионного обеспечения и социального обслуживания населения. Правовые акты Министерства способствуют правильному и одинаковому применению законодательства о социальном обеспечении. Однако, иногда такие акты выходят за пределы установленных законодательством норм, или противоречат последним, что является недопустимым. Также представляется целесообразным предоставление профсоюзам Украины законодательной инициативы на национальном уровне с целью усиления их влияния на обеспечение социальной защиты работников.

К определяющим особенностям системы источников права социального обеспечения можно отнести и то, что в ней есть акты, которые принимаются органами социального страхования. После регистрации в Министерстве юстиции Украины, они приобретают признаки нормативности и применяются наравне с другими нормативно-правовыми актами. В содержании многих таких актов есть нормы с техническим содержанием. Это социальные нормативы, формулы, расчеты, которые являются сложными для понимания и применения. Последнее следует выделить как еще одну из особенностей источников права социального обеспечения, которой они отличаются от источников других отраслей права.

Следует отметить также, что почти все источники права социального обеспечения носят правоустанавливающий (материальный или процедурный) характер. Граждане наделяются определенными правами на получение тех или других видов социального обеспечения [5, с. 146].

Среди источников права в целом и права социальной защиты в частности можно определить те, которые признаются такими безусловно всеми учеными. Это, в частности, международные акты, законы, подзаконные акты. Что же касается договорных актов, судеб-

ной практики, в частности руководящих разъяснений Верховного Суда Украины, а также решений Конституционного Суда, их место и роль в регулировании правоотношений является дискуссионным.

Международные акты являются одним из наиболее важных источников права социального обеспечения Украины, особенно в аспекте европейской интеграции нашего государства и желания приблизиться к международным стандартам. При этом, согласно ст. 9 Конституции Украины, действующие международные договоры, согласие на обязательность которых дано Верховной Радой Украины, являются частью национального законодательства.

Существует целая система международного социального законодательства, которое содержит правовые нормы, социальные стандарты в сфере социальной защиты прав человека. Нормы таких актов имеют разную юридическую силу: одни являются рекомендациями, которые определяют базовое направление деятельности, другие имеют обязательный характер и обеспечиваются системой контроля и мерами ответственности. Особенностью международно-правового регулирования социальной защиты является то, что нормы международных договоров, как правило, непосредственно не регулируют отношения по социальному обеспечению, а устанавливают определенные стандарты в этой отрасли, которые, через их имплементацию в национальном законодательстве, конкретизируются и наделяются конкретным правовым механизмом реализации.

В целом международно-правовые акты устанавливают стандарты в социальной сфере с целью гармонизации и координации национального законодательства по вопросам социальной защиты населения. Однако следует отметить, что такие стандарты рассчитаны на развитые и стабильные рыночные отношения, с учетом этого не могут быть безусловно «перенесены» в национальное законодательство. В любом случае нужно учитывать комплекс факторов при их имплементации: развитие экономики, социальной инфраструктуры, гражданского общества и т. п.

Важным направлением дальнейшего совершенствования социально-обеспечительного законодательства явля-

ется его адаптация к законодательству ЕС [6]. Вместе с тем такая адаптация не должна стать для Украины самоцелью, а должна рассматриваться как средство, которое дает возможность обеспечить глубочайшую экономическую интеграцию с учетом особенностей социально-экономического развития Украины.

Социально-обеспечительное законодательство сегодня содержит значительное количество несогласованных между собой норм в отношении социальной защиты отдельных категорий граждан: ветеранов войны и труда, жертв политических репрессий, чернобыльцев, инвалидов и других, а также норм отдельных законов, касающихся семей с детьми, малообеспеченных семей. Кроме того, четкой согласованности требуют многочисленные законодательные акты, которые регулируют социальные стандарты и предоставление социальных услуг.

Недостатком действующего социально-обеспечительного законодательства является то, что значительный массив норм правового регулирования в указанной сфере и до настоящего времени устанавливается подзаконными нормативными актами, а не законами Украины. При этом существуют многочисленные случаи противоречий норм законодательных и подзаконных актов, что существенно нарушает систему правового регулирования в сфере социального обеспечения и конкретные права граждан.

Выводы. Поэтому целиком обоснованно возникает необходимость в реформировании и совершенствовании законодательства в сфере социального обеспечения, критического переосмысления действующих норм, устранения противоречий и несогласованностей между ними. Безусловно, наиболее эффективным и целесообразным в данном случае является кодификация социально-обеспечительного законодательства и, как результат, принятие Кодекса социального обеспечения Украины.

В систему источников права социального обеспечения Украины входят относящиеся значимые нормативно-правовые акты, направленные на урегулирование важнейших общественных отношений – отношений в сфере социальной защиты населения. Поэтому порядок их принятия, вступления в силу



и срок действия необходимо детально прописывать в законодательных актах. Также необходимо произвести инвентаризацию нормативно-правовых актов в данной отрасли права, чтобы выявить устаревшие нормативно-правовые акты, и акты которые фактически прекратили действие после проведения всех предусмотренных ими мероприятий. Эти и другие вопросы предстоит решить при разработке проекта Кодекса социального обеспечения Украины.

Таким образом, для системы источников права социального обеспечения характерны две группы существенных признаков. Одна группа этих признаков характеризует сущность любых источников права, другая – особенности системы источников права социального обеспечения.

Список использованной литературы:

1. Марченко М.Н. Источники права : учеб. пособие. – М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. – 760 с.
2. Колесников Е.В. Источники российского конституционного права. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1998. – 357 с.
3. Право социального обеспечения : учебник для бакалавров / под ред. В.Ш. Шайхатдинова. – М. : Издательство Юрайт, 2012. – 573 с.
4. Бойко М.Д. Право социального обеспечения України : навч. посібник. – К. : «Олан», 2004. – 312 с.
5. Болотина Н. Б. Право соціального захисту України : навч. посіб. – К. : Знання, 2005. – 615 с.
6. Кобзева С.И. К вопросу об источниках права социального обеспечения // Lex Russica. – 2006. – № 3. – С. 504-516.
7. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 16 червня 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 29. – Ст. 367.

«ПРЕЗУМПЦИЯ НЕСОГЛАСИЯ» В ТРАНСПЛАНТОЛОГИИ КАК МЕТОД ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ ПРЕСТУПНОСТИ В ЭТОЙ СФЕРЕ

Яна ТРИНЕВА,

кандидат юридических наук, профессор кафедры уголовного права
Национальной академии прокуратуры Украины, младший советник юстиции

Summary

The article analyzes the two models of legislative support of Transplantation – the «presumption of consent» and «do not consent». Using the system developed by the author of bioethical principles rationale for use in the State of the «presumption of do not consent». This is the model of legislative support transplantation in combination with appropriate humanitarian policy of the state can be a powerful tool against criminality in this area and, therefore, can ensure the safety of the state's existence and its prosperity.

Key words: Transplantation, «presumption of consent», «presumption of do not consent», criminality, bioethics.

Аннотация

В статье анализируются две модели законодательного обеспечения трансплантологии – «презумпция согласия» и «несогласия». С помощью разработанной автором системы биоэтических принципов обосновывается необходимость использования в государстве «презумпции несогласия». Именно такая модель законодательного обеспечения трансплантологии в комплексе с соответствующей гуманитарной политикой государства может стать мощным средством противодействия преступности в этой сфере и, следовательно, может обеспечить безопасность существования государства и его процветание.

Ключевые слова: трансплантология, «презумпция согласия», «презумпция несогласия», преступность, биоэтика.

Постановка проблемы. Трансплантация органов – чудо XX века, спасение сотен тысяч наших современников и надежда человечества. Уже сегодня в развитых странах мира она стала стандартом лечения многих патологий, а по прогнозам экспертов, к 2030 году 50-60% всех оперативных вмешательств будут сопровождаться трансплантацией органов, клеток и тканей человека [1].

Отметим, что уровень развития трансплантологии – своеобразный тест на экономическую состоятельность государства и социальную защищенность ее граждан. Следует по праву отметить, что Беларусь этот тест прошла на «отлично». К сожалению, этого нельзя сказать об Украине: сегодня эта отрасль медицины находится в крайне тяжелом положении не только из-за скудного государственного финансирования (всего 40%), а в том числе и из-за недостатка донорского материала, а следовательно, она не может выполнять свою основную функцию – спасать жизни людей. По закону «О трансплантации органов и других анатомических

материалов человека», на сегодня в Украине действует информированное согласие (презумпция «несогласия»). Она предусматривает трансплантацию органов человека только при наличии его прижизненного согласия или разрешения родственников. На сегодня в Украине практически нет трансплантации от посмертных доноров. Одним из вариантов решения проблемы нехватки донорских органов, по мнению Минздрава Украины, является смена парадигмы «презумпции несогласия» на «презумпцию согласия», как это было осуществлено в Беларуси. Такой радикальный подход спровоцировал в обществе острую дискуссию о необходимости внесения соответствующих изменений в Закон Украины «О трансплантации органов и других анатомических материалов человека» (далее – закон о трансплантации).

Следует отметить, что общее противодействие преступности ставит ударение на предотвращении в будущем совершения общественно опасных деяний, в нашем случае в сфере трансплантологии. Подобное предотвраще-



ние заключается в разработке правового адекватного законодательного обеспечения этой отрасли.

Состояние разработанности проблемы. Правовому обеспечению трансплантологии посвящено немало публикаций современных криминалистов, однако обоснования необходимости существования той или иной модели правового обеспечения трансплантологии, основанной на системе биоэтических принципов, нам не встречалось.

Цель статьи. Данная статья посвящена обоснованию выбора определенной модели законодательного обеспечения трансплантологии, которая будет способствовать профилактике преступности в этой сфере. Также будет проанализировано, насколько необходима смена парадигмы в области трансплантологии для надлежащего обеспечения прав граждан в сфере поддержания и охраны своего права на здоровье, а также влияние такой парадигмы на развитие гражданского общества, а соответственно, на обеспечение безопасности существования последнего.

Объектом исследования является законодательное обеспечение трансплантологии в Украине с позиции *de lege ferenda* и *de lege lata*.

Методология. Для полноценного проведения исследования объекта и получения объективных результатов, мы использовали трехуровневую систему методологии, которая состоит из: фундаментального, общенаучного и конкретно-научного уровней. В качестве фундаментальных методов были использованы метод идеалистической диалектики, трагической диалектики, догматический. Из общенаучных – прибегли к методу системного анализа, гипотетическому. Что касается конкретно-научного метода в уголовном праве и криминологии, то в его качестве использована вся трехуровневая система методов.

Кроме методов познания действительности, нами были использованы и познавательные приемы, которые являются более широким, по сравнению с методом, средством научного познания. Среди таких приемов мы использовали абстрагирование, идеализацию, умственный эксперимент.

Изложение основного материала.

Таким образом, описав вступительную часть статьи, перейдем к основному ее

содержанию. Надо отдать должное, что в стремлении достичь истинного вектора развития трансплантологии и его соответствующего правового обеспечения в 2012 году в Украине был проведен ряд круглых столов, куда были приглашены разнопрофильные ведущие специалисты. Обсуждалась эта проблема и на трех последних (2010-2013 гг.) Ежегодных международных конгрессах по биоэтике, социологии и медицинскому праву, которые проходили в Киеве.

На одном из таких обсуждений была приведена впечатляющая статистика нехватки донорских органов в мире и в частности в Украине. Подобная ситуация является одной из детерминант роста преступности в сфере трансплантологии.

Преодоление дефицита органов, на наш взгляд, возможно двумя способами – гармонизацией законодательства в области трансплантации и изменением ментальности общества. Об этом свидетельствует и положительный опыт некоторых зарубежных стран.

Настоящий прорыв в этой сфере сделала Беларусь. В течение 3 лет белорусские специалисты изучали различные модели трансплантации в Европе, обучали специалистов за рубежом, закупили современное оборудование и наконец создали эффективную национальную трансплантационную службу. Законом была изменена и презумпция «несогласия» на презумпцию «согласия», что означает увеличение процента трупного донорства. Личное участие президента страны, активная поддержка правительства, внедрение высоких технологий и адекватное финансирование службы трансплантологии, за считанные годы превратило ее в гордость медицины Беларуси. Если до 2008 года в стране выполнялось 8 пересадок почек в год, то сейчас в Национальном центре трансплантации ежегодно выполняется 30-40 трансплантаций печени, более 100 трансплантаций почек, 20-25 трансплантаций сердца. Последние 2 года украинцы, нуждающиеся в пересадке органов, направляются широким потоком в Беларусь – только в 2011 году Минздрав выделил на эти цели 1 млн дол. [2]. Сейчас в Беларуси достаточно органов от умерших для трансплантации.

Вообще, в мире можно выделить три модели развития трансплантации

онной медицины в зависимости от ее оперативных видов: преимущественное развитие трупной трансплантации (Германия, Австрия, Франция, Польша, Испания, Португалия, Австралия, Россия, Беларусь), преобладание трансплантации органов от живого донора (Япония, Южная Корея, страны Восточного региона, где это обусловлено религиозными мотивами), гармоничное сочетание обоих видов (Нидерланды, Бельгия, США, Израиль, могла бы быть и Украина).

В зависимости от специфики законодательного обеспечения приведенных моделей трансплантологии в мире можно выделить две системы – презумпцию «несогласия» и презумпцию «согласия». К первой системе принадлежит 64% государств, ко второй – 36%. Однако интересно, что количество трансплантаций и в одной, и в другой системе почти одинакова. Причем в обе группы входят вполне экономически развитые страны. Поэтому ориентироваться в экономическом или духовном состоянии стран и их граждан по одной сути презумпции не представляется возможным.

К примеру, презумпция «несогласия» существует и в законодательстве многих штатов США, Германии, Канаде, Франции, Италии. Однако в этих странах донорство органов – в почете. По данным социологов, больше половины европейцев готовы стать донорами после своей смерти. Но надо понимать, что, во-первых, там работают реальные стимулы – тем, кто дал согласие стать потенциальным донором, предоставляются льготы при страховании жизни и здоровья, они же имеют первоочередное право на получение органа для трансплантации в случае возникновения такой необходимости. Во-вторых, активно распространяется информация об эффективности трансплантационных методов лечения и о возможностях современной трансплантологии.

В Украине наличие презумпции «несогласия» кажется препятствием на пути получения необходимого количества донорского материала. На сегодня в Украине доминирует трансплантация органов от живого родственного донора, но не по религиозным, а по социальным причинам. Как свидетельствуют социологические опросы, большин-



ство украинских граждан не готовы пойти на органное донорство.

Еще на этапе принятия Закона Украины о трансплантации в 1999 году в нем было заложено презумпцию «несогласия», которая вроде бы отвечала настроениям общества и исключала торговлю органами и другие злоупотребления. Впрочем, многие считают, что этот закон и затормозил развитие направления. С тех пор было несколько попыток изменить «недалновидную» статью, но этого не произошло.

Возможно, в Украине для формирования верного восприятия населением трансплантологии, кроме проведения соответствующей государственно-правовой гуманитарной политики, следует обратиться за поддержкой к представителям духовенства. Примером отношения к трансплантации духовенства, правда католического, могут стать слова Папы Римского Иоанна Павла II, который отметил, что «человек, который отходит в мир иной, должен туда брать добрые дела, добрые помыслы. Богу не нужны органы» [3, с.81]. Было бы хорошо, если бы этот положительный опыт переняли служители православного духовенства. При этом очень важно, чтобы представители церкви несли обществу реальную научно подтвержденную информацию, а не свои мифологизированные умозаключения, которые еще больше вселят страх прихожанам, среди которых все еще встречаются личности не отличающиеся высокой правовой культурой и элементарными знаниями естественных наук.

Итак, одним из способов преодоления у общества страха перед трансплантационной медициной может стать внедрение комплексной государственной программы, направленной на повышение правовой культуры населения (проведение правоведами соответствующих лекций по месту работы граждан, организация правовых школ и т. п.) и предоставление обществу компетентной информации в сфере трансплантологии. Эта информация должна быть проверена на предмет наличия провокаций или манипуляций и подтасовки фактов и т. д. – так сказать, подвергнута цензуре (в хорошем смысле этого слова). И это не пустые заявления, ведь последние десятилетия в стране полностью отсутствует объединяющая общенациональная идеология.

Наоборот, если говорить о современной общенациональной украинской идеологии, она проявляется в какой-то «какофонии» информации, запугивании граждан и предоставлении им второстепенной информации для отвлечения их внимания от насущных проблем и наконец целенаправленном лишении населения умения думать. Складывается такое впечатление, что это осознанное воспитание бездумного поколения граждан, для которых требуется только наличие «хлеба и зрелищ», все остальное: самопознание, саморазвитие, самосовершенствование, патриотизм, чувство альтруизма и филантропии, для них является чуждым, ненужным и более того обременительным.

Приводя аргумент относительно опровержения страха общества перед повальным изъятием органов в случае принятия презумпции «согласия», можем отметить, что при современном развитии технологий полностью вероятно и логично создание единого реестра людей, которые не хотят быть донорами органов после своей смерти. Доступ к такому реестру должны иметь все медицинские учреждения, органы внутренних дел, прокуратура.

После приведения статистической информации, необходимой для понимания всей важности избрания верной концепции относительно правового обеспечения в области трансплантологии, обратимся к самой сути этой концепции.

На первый взгляд, опираясь на позитивный опыт Беларуси, можно сделать вывод о целесообразности введения в Украине на законодательном уровне презумпции «согласия». По крайней мере, подобный способ решения проблемы нехватки донорских органов приходит почти сразу. Однако такой подход является недальновидным, негосударственным и несправедливым.

Для определения разрабатываемого законодательного обеспечения любого нового знания, в нашем случае – это знание о трансплантологии, его соответствия праву - справедливости, нами была разработана система биоэтических принципов. Эта система позволяет осуществлять предотвращение преступности правовыми методами, что в свою очередь ведет к обеспечению безопасности существования всего государства и населения Земли в целом. Система

этих принципов может быть применена абсолютно в любой отрасли права. Ее практическое применение мы продемонстрируем в области криминологии – обеспечении противодействия преступности в сфере трансплантологии.

Проведя обе парадигмы трансплантологии через призму аксиологических основ биоэтики, мы пришли к выводу, что для государства, конечно если оно желает быть экономически развитым, стабильным, демократическим, иметь патриотически настроенных граждан с чувством гражданской ответственности и альтруизма, иметь правовую основу противодействия преступности, в частности в области трансплантологии, необходимо оставить, имеющуюся сейчас в Украине, презумпцию несогласия в области трансплантологии. Достаточно наглядно это раскрывается в биоэтическом принципе реализма.

В последнее время в украинской медицине все больше приобретает популярность тенденция отхождения от патерналистической модели поведения в сторону автономии пациента. Последняя юридически закрепляется в информированном согласии пациента на любые медицинские манипуляции с ним. Если следовать этой тенденции и быть последовательными, следует признать, что государство не может, не имеет права решать за человека каким образом ему распорядиться собственными органами после своей смерти. Это должен решать сам «владелец» органов. Если государство берет на себя ответственность решать за своего гражданина судьбу его тела после смерти («презумпция согласия»), оно идет экстенсивным путем развития. Ведь в этом случае гражданин не берет на себя ответственности за других людей, он избавлен от необходимости культивировать в себе чувство альтруизма, сострадания и филантропии. В этом нет необходимости – государство и так все за него решило. При такой государственной политике возвращается эгоизм, который проявляется в оформлении при жизни гражданина заявления – отказа на забор его органов после смерти. В конце концов такая последовательная политика обособления, приводит к маргинализации общества, служит одной из детерминант роста преступности. Государство становится «инкубатором» по производству «мон-



стров». На государственном уровне, такая политика не может быть гуманитарной и служить для развития страны, ведь у граждан этой страны просто отсутствует необходимый набор хотя бы минимальных моральных качеств так необходимых для развития общества. Даже в природе среди животных можем наблюдать действия с признаками альтруизма. Так, например, некоторые виды муравьев, которые чувствуют, что скоро умрут, покидают свои дома и погибают в одиночестве. Например, муравьи вида *Temnothorax unifasciatus* (Mymecinae), зараженные спорами смертельного для них грибка *Metarhizium anisopliae*, за некоторое время до своей смерти (от нескольких часов до нескольких дней) оставляли свой муравейник и шли на большое расстояние. Это спасает других муравьев от заражения новыми спорами грибка [4]. У людей также можем наблюдать альтруистические порывы, хотя и намного реже, чем у «братьев» наших меньших. Однако при отсутствии в человеческом сообществе альтруизма – такая популяция, в конце концов, обречена на самоуничтожение.

Совсем обратная картина может существовать при условии проведения государственной комплексной политики, направленной на оставление презумпции «согласия». Но этот институт даст свои плоды при условии соответствующего верного возделывания «почвы» общества. Имеющаяся сейчас в Украине презумпция «несогласия», при условии верного с ней обращения, предоставляет гражданам широкое поле для саморазвития, а соответственно есть перспектива для развития и всего государства. Однако вектор такого развития должно задавать само государство. На уровне комплексной государственной программы должны пропагандироваться чувства филантропии и альтруизма у граждан, которые на деле прежде всего должны проявиться в юридически оформленном прижизненном заявлении на разрешение забора органов человека после его смерти.

Возможно, этот путь длиннее. Он требует значительных согласованных усилий многих институтов гражданского общества и ветвей власти. Вероятно, пройдет не одно десятилетие. Однако такой вектор означает интенсивный путь развития государства.

Если гражданин сам или с помощью средств массовой информации придет к выводу о необходимости правильного распоряжения своим телом после смерти (завещание на забор органов), эта убежденность останется в его уме почти на всю жизнь. Сложившиеся моральные стереотипы такой гражданин передаст следующим поколениям. И главное, независимо от изменений в законодательстве, в частности наличия или отсутствия презумпции «согласия», гражданин, имеющий собственную убежденную позицию, всегда будет действовать гуманно. Государство, способное взрастить подобное поколение своих граждан, просто обречено на развитие и процветание. Его граждане – уже не бездумная масса, которой можно распоряжаться по своему усмотрению, а мыслящая община. Община, которая может сознательно нести моральную ответственность за свои поступки. Проведение подобной гуманитарной политики является путем к спасению общества от самоуничтожения как на моральном так и на физическом уровнях, ведь никогда еще эгоизм ни был чувством развивающим духовность и личность, а зничит и государственность.

Развивая мысль о недопустимости введения в законодательство изменений, предусматривающих замену существующей презумпции на презумпцию «согласия», приведем более сильный аргумент. Внесение подобных изменений в законодательство, можно рассматривать как целенаправленную политику на отупление нации. Презумпция «согласия» – это своеобразный «калькулятор-деградатор», средство которое вовсе не способствует умственному развитию человека, но при этом достаточно удобное. Однако за это сомнительное удобство его пользователь впоследствии расплачивается тугодумием. Непременно приходит на ум вопрос: а что украинскому государству нужна нация тугодумов? Если нет, и предложения относительно внесения презумпции «согласия» в законодательство о трансплантации просто плохая шутка, необходимо немедленно остановиться.

Проанализировав принцип реализма, нельзя не коснуться принципа альтруизма, филантропии, который так с ним связан. В этом контексте вновь

вспоминаются слова Папы римского Иона Павла II, что потребность Бога проявляется в добрых сердцах и душах его «детей», с которыми они приходят к нему, а не в человеческих органах. Значения этого принципа мы коснулись при описании принципа реализма, поэтому повторяться не будем.

Подключив к анализу принцип безопасности жизнедеятельности и продолжая анализ *pro et contra* презумпции «несогласия», нельзя не обратиться к приведению ее сторонниками аргумента, который заключается в ее отождествлении с предохранителем злоупотребления в сфере забора донорского материала. Однако это явное заблуждение. Все, что создано человеком: от иглойки до космических ракет и ядерного оружия может быть самим же человеком и уничтожено. Злоупотребление возможно любым законом. Попытки создать идеальный закон, коим бы люди не смогли злоупотреблять – это утопия. Внутренний контролер – вот самый надежный и точный предохранитель злоупотреблений. А такой «контролер» взращивается не одно десятилетие. И одним из инструментов его культивирования выступает идеологическая гуманитарно направленная, систематическая работа с обществом.

Итак, как видим, оставление презумпции несогласия не противоречит принципу безопасности жизнедеятельности. Ведь такая позиция государства апеллирует к внутреннему «я» каждого гражданина, к его совести, культивирует верные моральные основы общества. И наоборот, введение презумпции «согласия», является искусственным внешним регулятором, который не ставит необходимости нравственного развития граждан, а следовательно он опасен для выживания человечества, и поэтому противоречит принципу безопасности жизнедеятельности.

Необходимо справедливо отметить, что как имеющаяся презумпция «несогласия», так и введение презумпции «согласия» – обе соответствуют принципу рационализма. Даже на первый взгляд может показаться, что презумпция «согласия» более к нему приближена. Однако, если анализировать указанную нами проблему комплексно, с применением всех принципов биоэтики, то перед нами явно откроется приоритет



имеющейся сейчас презумпции «несогласия» в трансплантологии.

Подобный подход – является примером комплексного системного толкования права, в нашем случае толкования разработанных нами аксиологических принципов биоэтики.

Толкование принципа равновесия в контексте определения целесообразности оставления в трансплантологии презумпции «несогласия», может носить, на первый взгляд слишком философский характер, однако не будем забывать, что биоэтика – это свод достаточно древних правил о выживании общества. Они составлены не нами, наша задача на сегодня, состоит в том, чтобы довольно современным и понятным языком, так сказать в современной интерпретации, донести их сущность современному обществу, и тем самым уберечь его от саморазрушения.

Отметим, что рафинированные нами биоэтические принципы не следует понимать буквально. Их смысл значительно глубже, чем просто их буквенно-формальное выражение. Так, принцип равновесия заключается в соблюдении баланса между добром и злом. При этом «добро» проявляется в возможности, желании общества задумываться над своими поступками, нести за них ответственность, осознавать их последствия. «Зло» проявляется в полном, безусловном подчинении населения определенной группе правящего класса, смирение с ролью неких рабов или кукол. В идеале нужно стремиться к равновесию между этими двумя точками экстремума.

Принцип транспарентности заключается в доведении всей информации, которая была приведена нами выше, до широких слоев населения для ее обдумывания.

Вообще, биоэтика, ее аксиологические основы в частности, направлены на раскрытие в человеке его внутреннего потенциала, всего самого лучшего, что заложила в него Природа и так долго скрывалось в нем под гнетом патерналистской модели государственного управления. Биоэтика – это путь к самопознанию человека, к самосовершенствованию общества, а соответственно, это путь к спасению как себя, так и своих потомков от самоуничтожения. Страна, которая стремится стать развитой, демократической, не имеет

права принимать на себя ответственность воспитывать своих граждан через запреты – это «медвежья» услуга обществу, за которую государству придется слишком дорого заплатить.

Выводы. Таким образом, проанализировав с помощью биоэтических принципов последствия оставления имеющейся сейчас в Украине презумпции «несогласия» и последствия введения предложенной презумпции «согласия», мы пришли к выводу об объективной обоснованной необходимости оставления презумпции «несогласия» в трансплантологии. Именно такая парадигма в трансплантологии с внедрением необходимой комплексной государственной программой сможет стать реальным методом противодействия преступности в этой сфере, а, следовательно, направлена на обеспечение безопасности государства. Как уже отмечалось, наряду с такими нововведениями возникает острая необходимость в развертывании широкой идеологической работы с населением по культивации ощущения престижа, чувства отваги, ореола героизма статуса посмертного донора. Следствием и целью такой идеологической работы должно стать вполне нормальное сознательное и ответственное отношение общества к юридическому оформлению прижизненного заявления на посмертный забор органов и как следствие достаточное количество донорского материала, что обеспечит надлежащую работу системы здравоохранения и снизит уровень преступности в этой сфере.

Список использованной литературы:

1. Полянська Т. Чи з'явиться в Україні державна служба трансплантації [Електронний ресурс] / Т. Полянська. Режим доступу : <http://medvisnyk.org.ua>.
2. Трансплантологія в Україні: ефект відторгнення [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://medsvit.org>.
3. Салютін Р.В., Никоненко О.С., Комаров М.П. та ін. Трансплантаційна служба України – проблеми розвитку та шляхи подолання [Текст] / Р.В. Салютін, О.С. Никоненко, М.П. Комаров [и др.] // Міжнародна науково-практична конференція «Захист прав медич-

них і фармацевтичних працівників як запорука захищеності прав пацієнтів», 26-27 квітня 2013 року, м. Київ: Збірник тез доповідей / Упор. к.ю.н. Гревцова Р.Ю., д.м.н. Степаненко А.В. – Київ : ТОВ «ДКС центр», 2013. – С. 81.

4. «Walrus: Odobenidae – Behavior And Reproduction» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://animals.jrank.org>.



ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ МЕХАНИЗМА ГАРМОНИЗАЦИИ ТАМОЖЕННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ С МЕЖДУНАРОДНЫМИ СТАНДАРТАМИ

Елена ЧЕРНАЯ,

соискатель кафедры административного права и административной деятельности
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Summary

The article is devoted research of legal questions of harmonization of customs legislation of Ukraine to the international requirements and standards. In-process an author determines a role and features of mechanism of adaptation of the Ukrainian legislation on questions of regulation of custom sphere in the context of integration in European and international space; will formulate basic approaches and to recommendation to the process of harmonization of customs legislation of Ukraine to the international standards and providing of custom law and order.

Key words: customs legislation, harmonization of customs legislation, international standards, custom space, custom law and order.

Аннотация

Статья посвящена исследованию правовых вопросов гармонизации таможенного законодательства Украины к международным требованиям и стандартам. В работе автор определяет роль и особенности механизма адаптации украинского законодательства по вопросам регулирования таможенной сферы в контексте интеграции в европейское и международное пространство; формулирует основные подходы и рекомендации к процессу гармонизации таможенного законодательства Украины к международным стандартам и обеспечения таможенного правопорядка.

Ключевые слова: таможенное законодательство, гармонизация таможенного законодательства, международные стандарты, таможенное пространство, таможенный правопорядок.

Постановка проблемы. Гармонизация таможенного законодательства Украины с международными стандартами является одним из важнейших условий углубления трансграничного сотрудничества украинского государства с международными организациями и их странами-членами. На данном этапе развития Украины таможенное законодательство приобретает новую функциональную роль, основные акценты которой перемещаются от контрольных и фискальных к регулятивным и правозащитным.

В свою очередь международные нормы и принципы уверенно входят в украинскую правозащитную практику. Этот процесс ставит перед юридической наукой ряд вопросов, связанных с соотношением международного и национального законодательств, а также о применении международных требований и стандартов в деятельности органов таможенной сферы.

Анализ материалов как юридической практики, так и научных монографических исследований показывают, что вопросы применения международных требований и стандартов являются не только теоретической, но и практической проблемой в деятельности органов

таможенной сферы. Особенно наглядно они проявляются в сфере регулирования внешнеэкономической деятельности. Возможный вектор «европейского развития» украинского государства еще больше актуализирует данную проблематику.

Также следует подчеркнуть, что гармонизация таможенного законодательства к международным стандартам должна создать правовую основу для возможного членства Украины в различных международных таможенных организациях.

Для современного украинского таможенного законодательства это важная общегосударственная задача в процессе современной правовой реформы, решение которой возможно только на основаниях сотрудничества и взаимодействия всех ветвей власти при разработке и принятии нормативно-правовых актов по вопросам регулирования таможенной сферы.

Актуальность темы. Теоретико-методологической основой исследования проблем применения международных стандартов в сфере таможенного законодательства являются работы известных ученых, среди которых следует выделить Буткевича В. Г., Богуславского М. М., Вельяминова М. М., Гавердовского

А. С., Ганжина О. М., Горовцева А. М., Деркача В. Г., Додина Е. В., Демина Ю. М., Доротича С. И., Жорина Ф. Л., Каленского М. М., Казанского П. Е., Кивалова С. В., Кормича Б. А., Левина Д. Б., Мюллерсона Р. А., Мазура А. В., Настюка В. Я., Павлова А. П., Пашко П. В., Приймаченко Д. В., Суворовой В. Я., Терещенко С. С., Трофимова С. А. и др. В трудах выделенных авторов обобщается широкий круг теоретических и практических вопросов о функционировании таможенной сферы.

Однако целенаправленных исследований по разработке правовых оснований гармонизации таможенного законодательства Украины в контексте регулирования деятельности органов доходов и сборов Украины, таможенно-тарифной политике Украины не проводилось.

Целью данной статьи является изучение правовых основ имплементации международных стандартов к таможенному законодательству Украины, а также разработка подходов к усовершенствованию таможенного законодательства Украины в контексте интеграции в международное таможенное пространство.

Изложенный основной материал. Процесс гармонизация таможенного законодательства Украины пла-



номерный и длительный, который включает несколько основных этапов, на каждом из которых должна достигаться определенная степень соответствия национальных правовых таможенных норм международным стандартам.

Например, в соответствии с разделом пятым «Общегосударственной программы адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского Союза» первый этап рассчитан на 2004 – 2007 гг. [6].

Принятие нового Таможенного кодекса Украины, выбор многовекторного пути развития государства, обусловили реформирование всех институтов таможенной сферы с целью приведения таможенной системы в соответствие с международными нормами и стандартами и максимальным приближением их положений к реалиям современного таможенного пространства. Это достаточно длительный процесс, рассчитанный на значительный срок [1].

Прежде всего необходимо обеспечение соответствия таможенного законодательства Украины обязательствам, которые имеют место в договорах о сотрудничестве украинского государства в таможенной сфере.

Следует отметить, в свете нынешней политической ситуации в Украине, что в таможенном законодательстве учтены требования Европейского Союза относительно стратегии таможенной политики. Так, в Таможенном кодексе Украины определяются система и организация деятельности органов доходов и сборов (раздел XX) [3]. Четко регулируются принципы взаимоотношений органов доходов и сборов и их должностных лиц с другими органами государственной власти, органами местного самоуправления, а также предприятиями и гражданами. В таможенном кодексе были закреплены принципиально новые положения относительно международного сотрудничества по вопросам таможенного дела (глава 78) [3]. Опираясь на мировой опыт, законодатель определил в нем систему оперативной связи между таможенными органами Украины и таможенными органами смежных иностранных государств и др.

Положительным аспектом в Таможенном кодексе Украины является и то, что он заложил идеологию правовой регламентации таможенного дела с учетом не только реально существующего экономического положения Украины, но и его последующих возможных перспектив с преодолением кризисных явлений.

В целом новый Таможенный кодекс Украины является методологической основой процесса гармонизации таможенного законодательства Украины к международным стандартам и модернизации таможенной системы в целом.

Основными направлениями развития таможенного законодательства, реализация которых позволит ему соответствовать международным стандартам могут служить:

- гарантия социальной справедливости в таможенной сфере;
- обеспечение стабильности таможенного законодательства;
- внедрение общепризнанных стандартов в таможенную сферу государства;
- гарантирование конституционных прав и свобод участникам таможенных процессов;
- осуществление надлежащего таможенного контроля.

В свое время с целью гармонизации таможенного законодательства Украины с общепринятыми в мировой практике нормами, Министерством экономики совместно с Государственной таможенной службой Украины был разработан Закон Украины от 22.12.05 № 3269-ВР «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины». Данным законом таможенное законодательство Украины по вопросам таможенной оценки и определения страны происхождения товаров приведено в соответствие с положениями соглашений ГАТТ/ВТО.

В данном Законе Украины учтено замечание стран-членов рабочей группы по вопросу вступления Украины в ВТО относительно определения страны происхождения товара, а именно [4, с. 139]:

- применение последних операций из переработки товара (кумулятивный принцип) и критерия изменения кода товара за товарной

номенклатурой, и критерию адвальной частицы (статья 2 (а) Соглашения о правилах определения происхождения ВТО);

– определение сертификата происхождения товара в части письменного заявления экспортера (раздел II, Дополнение II к Специальному дополнению К);

– разграничение преференциальных и непреференциальных правил определения происхождения товаров (Соглашение о правилах определения происхождения ВТО);

– определение страны происхождения упаковки, которая подлежит декларированию отдельно от товара (статья 9 раздела I Специального дополнения К);

– определение страны происхождения приборов, запасных частей и инструментов, предназначенных для использования в машинах, устройствах, агрегатах или транспортных средствах (статья 7 раздела I Специального дополнения К).

При всем вышесказанном необходимо отметить следующее. Большинство украинских ученых, которые исследовали правовые аспекты таможенной сферы, применяли термин «гармонизация» как обобщающий [1]. В «Словаре терминов и понятий из международного и европейского права», изданном Институтом законодательства Верховной Рады Украины, гармонизация законодательства определяется как приведение законодательства государств-членов и стран – не членов в соответствие с требованиями Европейского Союза на основании правовых актов организации. Этот процесс может происходить в форме адаптации законодательства, имплементации положений, стандартизации норм, и тому подобное. Однако, с другой стороны, План действий «Украина – Европейский Союз» четко указывает на необходимость именно гармонизации права [2].

В других официальных документах также очень часто употребляется термин «адаптация». В соответствии с положениями Стратегии интеграции Украины к Европейскому Союзу адаптация заключается в сближении законодательства Украины с современной европейской системой



права. Она предусматривает реформирование правовой системы Украины и постепенное приведение этой системы в соответствие с европейскими стандартами [1, 7].

В Общегосударственной программе адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского Союза, утвержденной законом Украины № 1629-IV от 18 марта 2004 года, отмечено, что адаптация заключается в приведении законов Украины и других нормативно-правовых актов в соответствие к *acquis communautaire* [6].

Однако, в своей сущности, гармонизация, осуществляемая путем присоединения к международным документам, которые закрепляют правовые стандарты в отдельных отраслях, является быстрее вспомогательным способом обеспечения приблизительной эквивалентности законов Украины и международного права. Она, как правило, не является самодостаточной и нуждается в выполнении дополнительных правовых мероприятий в форме принятия национальных актов ради имплементации положений международных соглашений, которые заключает или к которым присоединяется Украина.

Таким образом, методика гармонизации таможенного законодательства Украины должна быть направлена на формирование согласованных подходов в приведении таможенного законодательства в соответствие с действующими международными договорами Украины и решениями международных организаций на основе общего правового пространства в рамках таможенного сотрудничества.

В свою очередь основными принципами гармонизации таможенного законодательства Украины к международным стандартам относятся:

- согласованность правового регулирования таможенной сферы;
- синхронность принятия актов по вопросам регулирования таможенной сферы;
- последовательность этапов процесса гармонизации;
- приоритетность общепризнанных норм и принципов международного права над актами национально-го законодательства.

Механизм гармонизации таможенного законодательства Украины к международным стандартам должен заключаться:

- во включении международных договоров (после их ратификации) в национальную правовую систему;
- в приведении действующего таможенного законодательства Украины в соответствие с правовыми актами международного таможенного пространства;
- в изъятии отдельных нормативно-правовых актов из системы действующего таможенного законодательства Украины;
- в правовой интерпретации типовых проектов законодательных актов и рекомендаций по гармонизации законодательства в акты таможенного законодательства Украины;
- в восполнении правовых пробелов таможенного законодательства Украины путем принятия новых правовых актов во исполнение действующих международных договоров и решений.

В процессе гармонизации таможенного законодательства Украины с международными стандартами и принципами реализуется такой юридический прием, как рецепция позитивная и негативная. Это означает либо включение в национальное законодательство норм международного права, либо исключение норм, не соответствующих и/или не в полной мере соответствующих международным актам. Гармонизация с учетом норм международного права является достаточно сложным процессом и не должна приводить к полному единству (идентичности).

Важно выявить сущность расхождения и особенности регулирования в таможенной сфере и учесть их в процессе применения с нормами законодательства других государств. Отказ от специфики национальных традиций права, принципов и особенностей формирования таможенной системы Украины не является целью гармонизации законодательства.

Гармонизация двух равноправных или связанных иерархической зависимостью правовых актов не сводится к требованиям юридической техники, но должна обеспе-

чивать единство системы права и совпадение по сути правового регулирования. Процесс гармонизации как внутри одного государства, так и между государствами, действующими в едином правовом пространстве, затрагивает проблемы сущности законов, их содержание. Это предполагает оценку степени соответствия закона состоянию реальных отношений, подлежащих регулированию на основе данного закона. Нельзя подправить закон, сблизить его по содержанию с другими аналогичным актами, взятым из иной правовой среды.

Следовательно, гармонизация таможенного законодательства предполагает наличие объективных условий сближения отношений в той или иной сфере - наличие оснований для гармонизации. Правовой акт либо создает стимул, либо оформляет уже имеющие место условия интеграции, при отсутствии этого никакая юридическая техника не обеспечит гармонизацию.

Вместе с тем при наличии материальной основы сближения правового регулирования большая нагрузка ложится на механизмы юридической техники.

Первые шаги в этом направлении связаны с установлением совместимости терминологии, правовых дефиниций. Важно одинаково понимать, о чем идет речь, это поможет выбрать механизмы достижения цели правового регулирования и определять способы их обеспечения.

В связи с проблемой унификации юридических терминов и понятий, значение имеет не только определение терминов в структуре отдельных законодательных актов в одной национальной системе права. Это необходимо также для однозначного понимания предметов и областей регулирования в пределах всего законодательства. Целесообразно сопоставление классификаторов правовых актов по предметным областям регулируемых отношений. Классификатор рекомендуется использовать в процессе формирования интегрированных информационных банков (баз) данных правовой информации, а также и при осуществлении обмена правовой информацией.



В унификации законодательства на национальном и межгосударственном уровнях может быть использован тезаурус – свод данных (словарь), охватывающий термины и понятия законодательства, разработанный в Европейском Союзе – EURO-VOC, выпущенный в начале на семи, а затем на девяти европейских языках, без учета русской версии.

Гармонизированные нормативные правовые акты по вопросам таможенного дела Украины должны отвечать следующим требованиям:

- содержать нормы таможенного права, соответствующие положениям действующих международных договоров, ратифицированных Украиной;

- обеспечивать единообразное понимание и применение правил, установленных всеми участниками таможенных правоотношений и содержащихся в договорной правовой базе;

- оказывать юридическое действие, по возможности исключаяющее (минимизирующее) необходимость принятия ведомственных актов (инструкций, правил, положений, приказов), а в случаях, когда такая необходимость все же возникает – предусматривать возможность гармонизации подзаконных актов;

- содержать реальные гарантии и механизмы выполнения правоустанавливающих норм и положений правовых актов в таможенной сфере, а также меры ответственности противоправной и стимулы правомерной деятельности;

- предусматривать системность и внутреннюю связь отечественного таможенного законодательства и правовых актов по вопросам международных стандартов таможенной деятельности.

Таким образом, можно сделать следующие **выводы**. Украина должна разработать собственные подходы к решению проблемы гармонизации таможенного законодательства к международным стандартам, ведь реализация этого механизма представляет возможности для действия норм международного права в рамках отечественного таможенного правопорядка. Следует, однако, учи-

тывать, что процесс гармонизации таможенного законодательства украинского государства с правом европейских интеграционных организаций имеет свои особенности, предопределенные уровнем отношений между партнерами. Как свидетельствует практика осуществления гармонизации на уровне Европейского Союза, а также в отношениях сообщества с другими странами (особенно с теми, которые имеют с объединением соглашения об ассоциации), почти невозможным оказывается четкое определение пределов этого процесса. Поэтому Украина имеет достаточно широкие возможности для форсирования или, напротив, приостановки процесса гармонизации своих правовых норм таможенного законодательства с правом. Это касается непосредственно целей, средств и организационно-правового механизма гармонизации.

Список использованной литературы:

1. Доротич С.І. Механізми державного управління процесами адаптації митної системи України до Європейських вимог : дис. ... канд. держ. наук : 25.00.02 / С.І. Доротич. – Київ, 2010. – 225 с.

2. Законотворчість. Словник термінів і понять з міжнародного та європейського права. – К., 2005. – 160 с.

3. Митний кодекс України від 13.03.2012 р. № 4495-VI // Відом. Верхов. Ради України, 2012. – № 44-45; № 46-47; № 48. – С. 1858. – Ст. 552.

4. Пашко П. Митна безпека України / П. Пашко // Вісн. НАДУ при Президентіві України. – 2006. – № 2. – С. 138-143.

5. План дій «Україна–Європейський Союз» від 12 лютого 2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_693.

6. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України № 1629-IV від 18 березня 2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1629a-15>.

7. Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського

Союзу : Указ Президента України № 515/98 від 11 червня 1998 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/615/98>.



СИМВОЛЫ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ

Ольга ЧЕРНУШЕНКО,

адъюнкт кафедры философии права и юридической логики
Национальной академии внутренних дел

Summary

In this article on philosophical and legal positions, taking into account new methodological approaches in the humanities, the symbolic nature of the judicial authority are researched. It is proved that the symbolic forms of representation of the judicial authority are determined by social and cultural context. Symbols of judicial authority are divided into two types: expressive and informative symbols that stand out axiological content sharply; and mappable and informative are characterized by the predominant informative component. Particular attention is paid to the phenomena of judicial robe and wig.

Key words: law, the judicial authority, legal phenomenon, symbol, symbols of the judicial authority, scientific globalization.

Аннотация

В статье с философско-правовых позиций, с учетом новых методологических подходов в гуманитаристике, исследуется символическая природа судебной власти. Доказывается, что символические формы представления судебной власти детерминируются социокультурным контекстом. Символы судебной власти подразделяются на два типа: выразительно-информационные – имеют ярко выраженное аксиологическое содержание, а отображательно-информационные – характеризуются превалирующим познавательным компонентом. Особое внимание уделено феноменам судейской мантии и парика.

Ключевые слова: право, судебная власть, правовой феномен, символ, символы судебной власти, научная глобализация.

Постановка проблемы. Особенностью современной гуманитаристики является использование достижений разных наук для более эффективного изучения объекта научной заинтересованности. «Научная глобализация» проявляется в свободном перемещении терминов, понятий, методов и методик исследования из одной науки в другую (яркие примеры – распространение идей З. Фрейда, представителей школы Анналов). Правоведение в целом и философия права не являются исключением из общего правила: сегодня они пытаются расширить свои проблемно-методологические и понятийно-категориальные границы. Попыткой такого современного похода в изучении права является заинтересованность знаково-символической природой правовых феноменов (по сути, использование достижений семиотики в процессе исследования права).

Изложение основного материала. Одним из затребованных сегодня объектов исследований в области правоведения, политологии и социологии является судебная власть. Символичность судебной власти обуславливается, прежде всего, на онтологическом уровне: как и любой другой вид власти, она – один из символических посредников в обществе.

Символичность судебной власти детерминируется также продолжительной национальной традицией и является результатом спонтанного формирования в процессе жизнедеятельно-

сти каждого отдельного сообщества. Судебная власть – это «рукотворный» феномен, поскольку формируется и целенаправленно внедряется в жизнь людьми (очень часто людьми, которые выполняют роль субъектов государственного управления). Касательно последних, то к месту будет обратиться к концепции К. Гаджиева, в которой речь идет о том, что на поведение людей сильнее влияют не так действия правительства, политических партий и деятелей, как господствующая в обществе система символики, которая ориентирует людей на конкретный тип социальных отношений [1]. Похожих взглядов придерживается и украинский философ права О. Балынская, которая в процессе исследования семиотических аспектов права подробно разрабатывает вопросы взаимного влияния правовых знаков и правовой реальности, используя при этом в качестве иллюстративного подтверждения теоретических положений своей концепции материал, который касается судебной власти и правосудия [2].

В отечественной философии права и правоведении символический аспект судебной власти еще не стал объектом пристального научного внимания, хотя с проявлениями именно «символической» природы этой ветки власти мы постоянно сталкиваемся на повседневном уровне через использование и расшифровку ее символов и знаков.

Анализ философской литературы, посвященной проблеме символа и

знака, свидетельствует о наличии значительного количества семиотических концепций, в которых раскрывается сущность понятия «символ». В контексте этого исследования под символом мы будем понимать конкретно-зримое воплощение идей и идеалов как высших ценностей и смыслов, господствующих в конкретном сообществе и которые обуславливают развитие и функционирование культуры, а также воплощают в себе высшие духовные идеалы культуры, что позволяет считать их центральным образованием всего комплекса знаковых презентаций культуры. «Важной функцией правовых символов является экономия языковых и юридических средств. Символизация позволяет в предельно краткой условной форме выразить необходимую информацию о юридических особенностях ситуации. Вместо подробного письменного текста или устного разъяснения правовых требований перед субъектами возникает наглядный образ необходимого отношения к ситуации» [3, с. 71].

Исходя из многообразия человеческой жизни и символических форм ее представления, формируется вопрос о классификации символов. На наш взгляд, наиболее удачную классификацию символов предложили Л. В. Уваров и Г. В. Субач [4], которую мы и будем использовать для классификации символов судебной власти. Таким образом, символы судебной власти можно поделить на два типа – выразительно-инфор-



мационные (с ярко выраженным аксиологическим содержанием) и отображательно-информационные (с превалирующим познавательным компонентом).

У выразительно-информационных символов наблюдается преобладание чувственного компонента, поэтому они непосредственно влияют на эмоциональное восприятие реципиента. Как правило, такие символы создаются людьми для выражения творческих идей, представлений, идеалов и направлены на формирование правовых эмоций, чувств и переживаний. Такие символы еще называют недискурсивными, поскольку они лишены способности научного прогнозирования. По своей природе недискурсивные символы (выразительно-информационные) судебной власти влияют на человека через посредничество чувственного образа в доступной яркой форме. Чувственно-информационные символы судебной власти можно сгруппировать:

а) символы, направленные на чувственную сферу, – невербальные явления: изображения, предметы и т. п. Например, государственная символика, судейская мантия и другие атрибуты судейской деятельности, печати, бланки судебных учреждений, подписи должностных лиц или гражданина (человека) на официальных документах;

б) кинетические символы: жесты и позы тела. Наиболее интересной, с нашей точки зрения, есть поза сидения. Судья или судья – единственные, кто в зале суда имеют право сидеть во время судебного процесса. И можно согласиться с тем, что «судья, который во время процесса сидит по возможности неподвижно, а потом внезапно встает для произнесения приговора, ярче всего выражает это соотношение» [5, с. 155], свою власть и значимость;

в) слова и словесные формулы, которые имеют условное значение;

г) звуки и музыкальные образы (например, звучание государственного гимна).

Из символов первой группы подробнее рассмотрим судейскую мантию. Мантия в широком смысле слова является разновидностью торжественно-ритуальной одежды. Только облаченный в мантию член сообщества имел права осуществлять ритуальные действия. Этимологической особенностью слова «мантия» является то, что оно происхо-

дит от греческого *mantion* и обозначает одеваемое поверх другой одежды широкое и длинное одеяние, подчеркивающее особый социальный статус того, кто его имеет право носить. Одевание мантии судьей имеет глубокий символический смысл, знаменующий духовный переход в состояние ритуала: одев мантию, судья таким образом оставляет гражданское платье для мирских дел и посвящает себя только рассмотрению дела. «Судьи и в наши дни, прежде чем приступить к отправлению правосудия, выходят за рамки «обыденной» жизни: облачаются в мантию...», – утверждает Й. Хейзинга [6, с. 94]. Со времен древности судьи многих стран одевают мантии, символизируя всем, что в процессе осуществления правосудия они беспристрастны, независимы, не оказывают предпочтения одной из сторон, действуют в границах закона. Кроме того, мантия свидетельствует об особом социальном статусе индивида: мантию не разрешается одевать тем, кто не прошел квалификационных испытаний и не имеет официального подтверждения своей причастности к судейскому сообществу.

В мировой судейской практике изменения в форме мантий скорее исключение, чем правило. Традиционным для многих государств Западной Европы является наличие мантий двух цветов – черного (их носят судьи низших судебных инстанций) и красного (для судей высших судебных инстанций). Также в отдельных государствах существуют дополнительные символы, которые в комплексе с мантией создают единый символ судебной власти: в Великобритании мантия дополняется париком (до 2008 года парики были обязательными для всех судей, а после 2008 года – только для судей, которые рассматривают уголовные дела или в особых торжественных случаях); в Германии – обязательным является бархатная окантовка на мантии, во Франции – шарф с оторочкою из белого меха. Одежда судей африканских стран зависит от того, чьей колонией была конкретная страна (преимущественно, английский или французский вариант), а в государствах Латинской Америки вообще не используется мантия как специальная одежда для судей [7].

Символы второго типа – дискурсивные – характеризуются доминиру-

ванием рационально-познавательного компонента. К таким символам следует отнести:

а) слова и предложения естественно-го языка, но такие, которые максимально лишены чувственных ассоциаций – юридические категории и понятия;

б) искусственно созданные понятия и термины для обозначения явлений правовой реальности (например, лексика судебных заседаний);

в) слова и словесные формулы, которые имеют условное значение (присяга, клятва, декларация и т. п.).

Современное позитивное право, пытаясь охватить своей регламентацией, все сферы человеческой жизнедеятельности, не обошло стороной и регламентацию характерных для судебной власти символов. Более того, на законодательном уровне устанавливается, какой именно предмет является символом судебной власти. Анализ основных нормативно-правовых актов, регламентирующих функционирование судебной власти в постсоветских государствах, показал, что приблизительно одни и те же предметы признаются символами судебной власти: государственный герб, судейская мантия, должностной знак судьи, удостоверение судьи и т. п.

Также следует уделить внимание так называемым естественным символам, которые «работают» в судебной власти. К естественным символам судебной власти относятся те символы, которые формируются и окончательно оформляются в глубинах конкретной социальной общности и имеют все характеристики традиции, но при этом санкционируются государством. Например, парик судьи в Англии. Культурно-исторические детерминанты признания парика одним из символов судебной власти в Англии были исследованы известным философом XX века Й. Хейзингой. «Исследовал ли кто-нибудь этот костюм английских правоведов с точки зрения этнологической? Мне представляется, что с модой на парики, бытовавшей в XVII и XVIII веках, сей обычай связан не в первую очередь. Собственно говоря, wig [клин] есть продолжение старого атрибута правоведов Англии – *coif*, плотно облегающей белой шапочки, которую и поныне имитирует белый краешек, выглядывающий наружу из-под парика.



ТАЙНА УСЫНОВЛЕНИЯ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ УКРАИНЫ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

Татьяна ЧОЛАН,

аспирант кафедры уголовного права

Национальной академии прокуратуры Украины, юрист 1 класса

Summary

This article analyzes the foreign legislation governing the protection of the secrecy of adoption, establishes relationship between the concepts of "secrecy of adoption" and "privacy". It pays particular attention to the psychological aspect of the problem of the secrecy of adoption. The author concludes that the development of legislation regulating the confidentiality of adoption in Russia and Ukraine has been influenced by a number of social and psychological factors, public opinion being one of them. In the legislation of other countries is quite rare to find an express prohibition and criminal liability for the disclosure of the secret of adoption. Openness in providing periodic information about adopted children will increase the chances of early detection of problems in their lives.

Key words: adoption, secrecy, security, secrecy disclosure, privacy, criminal liability, legislation

Аннотация

В статье анализируется законодательство зарубежных стран, регулирующее охрану тайны усыновления, устанавливается соотношение понятий «тайна усыновления» и «неприкосновенность частной жизни». Особое внимание уделено психологическому аспекту проблемы тайны усыновления. Автор делает вывод о том, что на законодательное закрепление тайны усыновления в России и Украине повлиял ряд социально-психологических факторов, один из которых – общественное мнение. В законодательных актах других стран достаточно редко можно встретить прямой уголовно-правовой запрет разглашения тайны усыновления. Открытость в предоставлении периодической информации об усыновленных детях увеличит шансы более раннего обнаружения проблем в их жизни.

Ключевые слова: усыновление, тайна, охрана, разглашение тайны, частная жизнь, уголовная ответственность, законодательство

Постановка проблемы. В отечественной и зарубежной юридической литературе немало внимания уделено тайне усыновления и её уголовно-правовой охране. Вместе с тем неразрешенным остается вопрос гармонизации национального уголовного законодательства в исследуемой сфере.

Актуальность темы. Особый общественный резонанс вызывают случаи жестокого обращения с усыновленными (удочеренными) детьми, в том числе с детьми, которых усыновили и вывезли за рубеж. Одним из главных аспектов проблемы осуществления эффективного контроля за соблюдением прав таких детей, их дальнейшей жизнью в семьях усыновителей является существование ограничений, связанных с доступом к информации о происхождении ребенка.

Целью статьи является анализ законодательных норм, существующих подходов и взглядов на проблему тайны усыновления, установление соотно-

шения понятий «тайна усыновления» и «неприкосновенность частной жизни».

С позиций гражданского права изучению проблемы тайны усыновления, в том числе в контексте гражданско-правовой охраны личной жизни физических лиц, посвятили свои работы: В.И. Бобрик, Е.В. Буянова, И.В. Ковальчук, Н.В. Летова, О.П. Махник, Н.В. Устименко. Проблематика уголовно-правовой ответственности за разглашение тайны усыновления исследовалась: Н.А. Василенко, В.В. Гальцовой, О.П. Горпинюк, Н.С. Змеевой, Г.С. Куликовских, А.О. Морозовой, Ю.А. Песковой, А.А. Саматовой, О.В. Тавлуй. О тайне усыновления с точки зрения психологии писали: Б. Кифер, Л.Г. Подоляк, Д. Скулер.

Трудно переоценить роль культуры в жизни человека. Значение культуры для всестороннего понимания поведения человека больше не оспаривается какой-либо областью науки, которая изучает поведение человека. Культу-

Но и сам судейский парик представляет собой больше, чем просто реликт старинного церемониального облачения» [6, с. 94-95].

Символическая природа судебной власти требует сегодня дальнейшего изучения, поскольку это направление в отечественном правоведении не является достаточно разработанным, тем более, что семиотика как наука и как способ объяснения социального мира уже имеет достаточно оснований считаться полноправной составляющей всей гуманитаристики. Таким образом, правовые явления и судебная власть в частности могут исследоваться с помощью семиотических методов и приемов.

Список использованной литературы:

1. Гаджиев К. С. Введение в политическую науку : учебн. для вузов. – 2-е изд. – М. : Издательская корпорация «Логос», 1997. – 544 с.
2. Балинська, О. М. Семіотика права : монографія. – Львів. держ. ун-т внутр. справ. – Львів : ЛДУВС, 2013. – 415 с.
3. Вопленко Н. Н. Правовая символика / Н. Н. Вопленко // Правоведение. – 1995. – № 4-5. – С. 67-71.
4. Уваров Л.В. Символизм в познании. – Минск : Изд-во Наука и техника, 1971. – С. 20-23; Субач Г.В. Отражательная функция символа. – М., 1985. – С. 14-15.
5. Кенетти Э. Элементы власти // Райгородский Д. Я. Психология и психоанализ власти. Т. 1. Хрестоматия. – Самара : Издательский Дом «БАХРАС», 1999. – С. 120-169.
6. Хейзинга Й. Homo Ludens; Статьи по истории культуры / Пер., сост. и вступ. ст. Д. В. Сильвестрова ; коммент. Д. Э. Харитоновича. – М. : Прогресс – Традиция, 1997. – 416 с.
7. Судейская мантия как лицо правосудия [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://fashiony.ru/page.php?id_n=58369.



ра является основой и одновременно результатом поведения, она определяет линию поведения, ограничивая его определенными рамками [1, с. 22].

Отношение к тайне усыновления в разных обществах и культурах менялось с течением времени. Первые усыновления часто были совершенно открытыми. В некоторых культурах усыновленные дети не только знали своих биологических родителей, но и поддерживали с ними постоянные контакты. Затем возобладал другой подход, согласно которому, усыновление должно было сохраняться в тайне, а усыновителям предлагалось скрывать факт усыновления от своих детей [2, с. 9].

К изучению вопроса тайны усыновления необходимо подходить комплексно. Исследуя вопрос уголовно-правового запрета разглашения тайны усыновления, необходимо установить причины криминализации, исторические, социально-психологические факторы, которые повлияли на процесс законодательного закрепления этих норм, учитывая, в первую очередь, психологическую сторону проблемы.

Криминализация как процесс выявления общественно опасных форм индивидуального поведения, определения допустимости, возможности и целесообразности уголовно-правового противодействия им и фиксации их в законе как преступных и наказуемых происходит в рамках уголовно-правовой политики государства [3, с. 146].

Основным источником опасности разглашения тайны усыновления считаются окружающие люди. А с точки зрения психологии существует только одна гарантия стабильности семьи – знание правды [4].

В словаре С.И. Ожегова тайна – это «нечто неразгаданное, еще не познанное, либо нечто скрываемое от других, известное не всем, секрет, скрытая причина чего-нибудь» [5, с. 642]. Применительно к понятию «тайна усыновления» наиболее подходящим определением будет именно «нечто скрываемое от других».

В статье 7 Конвенции ООН о правах ребенка, принятой 20 ноября 1989 года, закреплено, что ребенок имеет право, насколько это возможно, знать своих родителей [6].

В то же время национальным законодательством практически всех госу-

дарств гарантируется неприкосновенность частной жизни. Очевидно, корни проблемы обеспечения тайны усыновления уходят именно в сферу неприкосновенности личной, семейной жизни. Сохранить тайну усыновления непросто, поскольку информация об усыновлении доступна достаточно широкому кругу лиц, учитывая сложность и многоэтапность процедуры документального оформления данного юридического факта.

Горпинюк О.П. предлагает определение понятия «приватности» как части жизнедеятельности человека, которая касается информации, о которой лицо по собственному усмотрению установило рамки и условия её накопления, хранения, влияния и распространения для каких-либо других субъектов [7, с. 4].

Интересные выводы в результате научного исследования делает В.И. Бобрик, предлагая критериальный подход к разграничению правомерного и неправомерного вмешательства в личную жизнь человека. Соответствие вмешательства в личную жизнь указанным им критериям определяет его правомерность, а несоответствие – неправомерность [8, с. 17].

В статье 9 Гаагской конвенции о защите детей и сотрудничестве в вопросах межгосударственного усыновления от 29 мая 1993 года предусмотрено, что центральные органы сотрудничают друг с другом и развивают сотрудничество между компетентными властями в своих государствах в области защиты детей и для достижения других целей Конвенции. Они непосредственно принимают все соответствующие меры, чтобы: а) предоставлять информацию в отношении законов своих государств, касающихся усыновления, и другую общую информацию, такую как статистика и стандартные формы; б) информировать друг друга о действии Конвенции и, насколько это возможно, устранять все препятствия для ее применения.

При этом статьей 9 указанно-го выше документа предусмотрено, что центральные органы принимают непосредственно сами или через государственные власти или другие организации, должным образом уполномоченные в своем государстве, все соответствующие меры, в частности

для того, чтобы: отвечать, насколько это разрешено законом их государств, на обоснованные просьбы со стороны других центральных или государственных властей о предоставлении информации о конкретной ситуации в сфере усыновления [9].

Кроме того, в статье 30 данной Конвенции речь идет об обеспечении доступа ребенка либо его представителя к информации о его родителях, а также медицинской карте, опять-таки с оговоркой «насколько это позволено законодательством государства».

Мнения ученых в вопросе охраны тайны усыновления расходятся. Одна группа ученых полагает, что сохранение такой тайны необходимо, так как она способствует созданию подлинно родственных отношений между усыновителем и усыновленным, стабильности усыновления, облегчает воспитание ребенка [10, с. 108]. Такого же мнения придерживается и К. Фортуна. Более того, она предполагает, что недостаточная защищенность государством тайны усыновления является одним из факторов, снижающих количество усыновлений в России [11, с. 63].

Чучаев А., Рожнов А. считают, что нарушение тайны усыновления как деяние, имеющее высокую степень общественной опасности, способно нанести моральную травму ребенку и его усыновителям, подорвать устои семьи и привести к иным неблагоприятным, а порой и трагическим последствиям. Разглашение тайны усыновления может серьезно сказаться на психическом состоянии усыновленного, породить в нем чувство ущербности и неполноценности [12, с. 15].

Однако ученые, которых можно условно отнести ко второй группе, ставят под сомнение необходимость сохранения тайны усыновления, приводя в качестве одного из аргументов следующее: тайна усыновления имеет смысл только тогда, когда сами усыновители настаивают на этом. Вряд ли нужна тайна усыновления, если усыновляемый осознает свое происхождение и помнит родителей [13, с. 22].

Действительно, в нашем обществе принято полагать, что усыновленному ребенку будет комфортнее чувствовать себя в новой семье, он будет более защищен, если будет находиться в своеобразном «информационном вакууме»,



будучи огражденным от информации о биологических родителях.

Вместе с тем известно множество трагических примеров, свидетельствующих о том, что чрезмерная «закрытость» и огражденность семей усыновителей от посторонних, формальный подход к осуществлению проверок условий жизни усыновленных детей, проведению предварительных собеседований с психиатром приводили к необратимым последствиям, гибели детей в результате жестокого с ними обращения.

Одним из таких примеров является случай, произошедший в 2012 году в Краснодаре (Луганская область, Украина). Образцовая мать-героиня Светлана Оклей, воспитывавшая восьмерых собственных детей, зверски убила двух удочеренных сестер (2007 и 2008 годов рождения), а их брата (2006 г.р.), тоже усыновленного, обнаружили со следами побоев. Эти преступления были раскрыты лишь спустя полтора года, после того, как накануне очередной проверки социальных служб Светлана Оклей, при содействии своего мужа и старшей дочери, выкрала трехлетнюю девочку из соседнего поселка, чтобы восстановить количество детей и скрыть убийства. Через несколько дней украденного ребенка нашли, и начали раскрываться обстоятельства трагедии. Эта история вскрыла те проблемы, которые существуют сегодня как в обществе, так и в системе защиты прав ребенка. И не только в Украине, но и на всем постсоветском пространстве [14].

В условиях поиска рациональных путей гармонизации и совершенствования национального уголовного законодательства большое значение имеет изучение зарубежного опыта регулирования подобных вопросов.

Сравнительно-правовой анализ норм законодательства об уголовной ответственности некоторых зарубежных стран показал, что восемнадцать кодифицированных нормативно-правовых актов таких государств, как Испания, Польша, Швейцария, ФРГ, Австрия, Болгария, Дания, Азербайджан, Молдова, Швеция, Белоруссия, Армения, Латвия, Казахстан, Таджикистан, Литва, Узбекистан, Киргизия, содержат отдельную главу, посвященную охране семьи. Уголовные кодексы Китайской Народной Республики, Кореи, Укра-

ины таких отдельных глав не имеют.

В Уголовном кодексе Польши отсутствуют нормы, которые устанавливают ответственность за разглашение тайны усыновления, что, в свою очередь, некоторыми учеными расценивается как неполнота правовой защиты несовершеннолетних и семейных прав граждан [15, с. 74].

Уголовное законодательство Российской Федерации, Азербайджана содержит нормы об ответственности за разглашение тайны усыновления. При этом УК РФ содержит положения, подобные тем, которые изложены в Модельном кодексе для государств-участников СНГ, принятом 17 февраля 1996 года на седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ (международно-правовой акт рекомендательного характера).

Остановимся подробнее на нормах законодательства РФ. Статья 155 УК РФ предусматривает ответственность за разглашение тайны усыновления (удочерения) вопреки воле усыновителя, совершенное лицом, обязанным хранить факт усыновления (удочерения) как служебную или профессиональную тайну, либо иным лицом из корыстных или иных низменных побуждений.

Согласно ст. 139 Семейного Кодекса РФ, тайна усыновления ребенка охраняется законом. Лица, осведомленные об усыновлении, обязаны сохранять тайну усыновления ребенка. В случае разглашения этой тайны против воли усыновителей указанные лица привлекаются к ответственности в установленном законом порядке.

Глава XIV УК Латвии «Преступные деяния против основных прав и свобод человека» предусматривает ответственность за разглашение чужой тайны (статья 145). Раздел VI главы 2 Особой части УК Болгарии также устанавливает ответственность за разглашение чужой тайны.

В статье 144 Уголовного кодекса Армении установлена ответственность за незаконные сбор, хранение, использование и распространение информации, имеющей отношение к личной или семейной жизни [16].

Законодательством об уголовной ответственности таких государств, как Япония, Италия, Норвегия, Испания,

Голландия, Аргентина, предусмотрена ответственность за «разглашение секретов» или «преступления против неприкосновенности личных тайн».

Уголовный кодекс Швеции предусматривает ответственность за преступления против тайны личной жизни: незаконный доступ к документам, защищенным от постороннего доступа (ст.9 главы 4).

УК Франции предусматривает ответственность за посягательство на личную жизнь (ст. 226-1–226-3), посягательства на права, которые возникают в связи с ведением картотек и обработкой информации [17, с. 713, 716, 720].

Интересным является регулирование данного вопроса в Соединенных Штатах Америки. В США не существует законодательного механизма охраны тайны усыновления, сам процесс усыновления является достаточно открытым. Более того, во многих случаях усыновленным детям содействуют в поисках биологических родителей.

Дольше других западноевропейских стран, отказавшихся от тайны усыновления, продержалась известная своим консерватизмом Англия. Но и здесь в конце 2008 года вступил в силу новый закон об адаптации, отменивший тайну усыновления как законодательную норму. Впрочем, английское общество намного опередило в этом смысле своих законодателей: англичане и до появления закона, как правило, не скрывали от детей факт их усыновления, понимая, что это поможет им избежать в будущем тяжелых драм в случае раскрытия тайны и избавит их от пожизненного страха перед возможностью разоблачения [18]. Во Франции, Канаде и Италии также отказались от тайны усыновления.

Проблема охраны тайны усыновления еще более обостряется в ситуациях усыновления украинских и российских детей иностранными гражданами, в том числе тех государств, законодательством которых не предусмотрены нормы, ограждающие тайну усыновления.

Как же соотносятся между собой понятия «неприкосновенность частной жизни» и «тайна усыновления»? По законодательству Украины определять режим доступа к информации о частной жизни – личное неимущественное право человека, которое гарантировано Конституцией, одним из принципов



гражданского законодательства является недопустимость необоснованного вмешательства в личную жизнь человека.

Под неприкосновенностью личной жизни понимается состояние защищенности от незаконного вторжения посторонних лиц в сферу личной и семейной жизни.

В последнее время различные авторы предпринимают попытки дать более точное определение частной жизни человека. В основном это делается путем перечисления различных сторон жизни индивида, не связанных с его публичной деятельностью, работой, службой (семейные и родственные отношения, состояние здоровья, дружеские связи и т. п.) [19, с. 43].

Таким образом, можно рассуждать и о достаточно широких границах понятия «тайна личной, частной жизни». Семейная жизнь является частью личной жизни, а, следовательно, тайна усыновления – семейная тайна. Но она не может быть личной, так как касается минимум двух (трех) человек.

Институт усыновления призван обеспечивать наивысшие интересы ребенка, реализовать его право на жизнь и воспитание в семье. Но при этом усыновленному ребенку, равно как и ребенку, которого воспитывают биологические родители, необходим определенный уровень безопасности, помощь и сопровождение, которые могут быть обеспечены продуманной системой государственной помощи и контроля в этой сфере.

Конституционный суд Российской Федерации в одном из определений отметил, что понятием частная жизнь охватывается та область жизнедеятельности человека, которая имеет отношение к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если она не носит противоправного характера [20].

Как известно, одним из критериев разграничения преступлений и проступков является степень общественной опасности. Характер общественной опасности прежде всего зависит от ценности того блага, которому причиняется вред конкретным человеческим поступком [21, с. 94].

Одно из главных условий оптимальности законодательства сводится к соблюдению условий его внутренней согласованности, а также к целому ряду связанных с ней условий: отсутствие пробелов закона и излишества

запрета; определенность и единство терминологии [3, с. 147].

Подводя итог изложенному, следует отметить, что уголовно-правовой охране тайна усыновления подлежит далеко не во всех государствах. Достаточно редко можно встретить в законодательстве определенных стран прямой уголовно-правовой запрет разглашения тайны усыновления. Часто законодатель употребляет формулировку «уголовная ответственность за разглашение личной тайны, тайны частной жизни».

На законодательное закрепление тайны усыновления в Российской Федерации и Украине повлиял ряд социально-психологических факторов, один из которых – общественное мнение.

На современном этапе развития нашего общества возникает, по нашему мнению, закономерный вопрос о том, не является ли тайна усыновления пережитком прошлого, надуманной ценностью, которая излишне поставлена под охрану уголовного закона. Но это не означает, что доступ к информации, касающейся усыновления, может быть свободным.

Прозрачность, открытость в предоставлении периодической информации об усыновленных детях, в ответах на запросы органов, осуществляющих контроль, а также возможность работы психологов, социальных работников, доступ их в приемные семьи увеличат шансы более раннего обнаружения проблем в жизни усыновленных детей. При существующем законодательном обеспечении охраны тайны усыновления возможности контролирующих субъектов значительно ограничены, так как зачастую отсутствует возможность получить достоверную информацию об условиях жизни усыновленного ребенка, круге его общения, развитии и т. д.

Крепкие отношения в семье возможно построить на надежной основе – правде и доверии. Наше общество требует трансформации сознания, ведь чем выше степень секретности, тем больше страх. А ведь все тайное рано или поздно становится явным.

Список использованной литературы:

1. Психология и культура / Под ред. Д. Мацумото. – СПб. : Питер, 2003. – 289 с.
2. Бетси Кифер, Джейн И. Скулер. Как рассказать правду усыновленному

или приемному ребенку. Как помочь ребенку осознать свое прошлое / Бетси Кифер, Джейн И. Скулер. – К. : «Феникс», 2009. – 270 с.

3. Балобанова Д.О. Загальні засади теорії криміналізації / Д.О. Балобанова // Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць. – О., 2009. – № 47. – С. 145-148.

4. Подоляк Л.Г. Коли таємниця усыновлення стає відомою... [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.psyh.kiev.ua>

5. Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. – 19-е изд., испр. – М. : Рус. яз., 1987. – 750 с.

6. Конвенция ООН о правах ребенка от 20 ноября 1989 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions.

7. Горпинюк О.П. Кримінально-правова охорона інформаційного аспекту приватності в Україні : автореф. дис. ... на здобуття наукового ступ. канд. юр. наук : спеціальність 12.00.08 – «кримінальне право та кримінологія, кримінально-виконавче право» / О.П. Горпинюк. – Львівський держ. ун-т внутр. справ. – Львів, 2011. – 19 с.

8. Бобрик В.І. Цивільно-правова охорона особистого життя фізичних осіб : автореф. дис. ... на здоб. наукового ступ. канд. юр. наук : спеціальність 12.00.03 – «цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В.І. Бобрик. – Нац. ун-т внутр. справ. – Харків, 2004. – 20 с.

9. Конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.usynovite.ru/documents/international/convention_int/.

10. Летова Н.В. Усыновление в Российской Федерации: правовые проблемы. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 248 с.

11. Фортуна К. Уголовно-правовая охрана тайны усыновления / К. Фортуна // Уголовное право. – № 5. – 2006. – С. 63-66.

12. Чучаев А., Рожнов А. Нарушение тайны усыновления / А. Чучаев, А. Рожнов // Законность. – 2002. – № 3. – С. 15-19.

13. Паршуткин В., Львова Е. Всегда ли оправданно сохранение тайны усыновления / В. Паршуткин, Е. Львова // Российская юстиция. – 1999. – № 3. – С. 22-23.



ПРАВОТВОРЧЕСКИЕ ОШИБКИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ УКРАИНЫ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ

Иванна ШЕВЧУК,

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

Summary

The article is devoted to general theoretical issues of legislative mistakes in the legislation of Ukraine. In this research the definition of legislative mistake is determined by the author on the basis of the established features. The law-creating mistakes differentiated to substantive and formal, which is important not only from the perspective of jurisprudence, but also in legal practice, since it contributes to the creation of laws relevant substantive and formal requirements imposed on them. Draws attention to the fact that the Ukrainian legislation inherent substantive and formal law-creating mistakes. Determined the ways of prevention the lawmaking mistakes.

Key words: Ukrainian legislation, law-creating mistake.

Аннотация

Статья посвящена общетеоретическому исследованию правотворческих ошибок, а также их анализу в современном законодательстве Украины. На основании установленных автором признаков правотворческих ошибок определяется их понятие. Кроме того, правотворческие ошибки дифференцируются по критерию технико-технологических требований к источнику права на содержательные и формальные, что важно не только с позиции юридической науки, но и юридической практики, поскольку способствует созданию законов, соответствующих содержательным и формальным требованиям, предъявляемым к ним. Обращается внимание на то, что украинскому законодательству присущи и содержательные, и формальные правотворческие ошибки. Определяются способы преодоления правотворческих ошибок.

Ключевые слова: законодательство Украины, правотворческие ошибки.

Постановка проблемы. Эффективность правового регулирования в значительной степени зависит от качества системы законодательства. Обеспечение надлежащего качества законодательства в значительной степени зависит от своевременного выявления правотворческих ошибок и создания адекватных способов их предупреждения и преодоления.

Актуальность темы исследования подтверждается тем, что правотворческие ошибки являются малоисследованными в Украине, а также необходимостью исследования вопросов природы правотворческих ошибок, их дифференциации на виды и выявления способов их предупреждения и преодоления с целью обеспечения надлежащего правотворчества, качества системы законодательства Украины.

Состояние исследования. Вопросы юридических, в частности правотворческих, ошибок исследовались в работах: Баранова В.М., Вопленко Н.Н., Дзейко Ж.А., Картошова В.М.,

Косовича В.М., Лашкова А.С., Лисюткина А.Б., Луць Л.А., Марченка А.Б., Якушина В.А. и других. Однако природа содержательных и формальных ошибок и способов их предупреждения и преодоления малоисследованы.

Целью и задачей статьи является выявление правотворческих ошибок, их дифференциация и выявление способов их предупреждения и преодоления.

Научная новизна данного исследования заключается в выявлении природы правовых ошибок, определении понятия правовой ошибки, характеристике содержательных и формальных ошибок и способов их предупреждения и преодоления.

Изложение основного материала. Анализ правотворческих ошибок позволяет выделить их основные признаки: они являются разновидностью правовых ошибок; допускаются субъектом правотворчества; являются правовым дефектом; вызванные несоблюдением технико-технологических требований в правотворчестве; допускаются как в

14. Трегобчук Т. Уроки Краснодона, или тайна тайны усыновления / Т. Трегобчук // «Зеркало недели. Украина». – № 34, 28 сентября 2012 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://vajno.com.ua/articles/analitika/uroki-krasnodona-ili-tajna-tajny-usynovleniya>.

15. Чугунова М.В. Сравнительно-правовой анализ уголовной охраны интересов семьи и несовершеннолетних в законодательстве зарубежных стран / М.В. Чугунова // Вестник Челябинского государственного университета. Право. Вып. 30. – 2011. – № 35(250). – С. 73-75.

16. Уголовный кодекс Армении, принятый 18 апреля 2003 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://ugolovnykodeks.ru/2011/11/ugolovnyj-kodeks-armenii/55/>.

17. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації : монографія. – К. : Юрисконсульт, 2006. – 1048 с.

18. Страшная тайна. Нужно ли скрывать правду об усыновлении? – Российская газета [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.rg.ru/2013/07/03/usinovlenie.html>.

19. Новиков В. Понятие частной жизни и уголовно-правовая охрана ее неприкосновенности / В. Новиков // Уголовное право. – 2011. – № 1. – С. 43-49.

20. Определение Конституционного Суда РФ от 9 июня 2005 г. № 248-О [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon.law7.ru/base95/part0/d95ru0581.html>.

21. Балобанова Д.О. Историчний процес формування суспільної небезпечності діяння як підстави криміналізації / Д.О. Балобанова // Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. – О., 2010. – № 54. – С. 93-98.



правотворческой деятельности, так и в ее результатах – источниках права.

Таким образом, правотворческая ошибка – это вызванный несоблюдением технико-технологических требований правовой дефект, допущенный субъектом правотворчества, как в его деятельности, так и в источниках права.

Важным для данной темы представляется выяснение содержания понятия «законодательство». В отечественной юридической литературе понятия «законодательство» и «система» законодательства часто отождествляются и интерпретируются как совокупность нормативно-правовых актов. Но такая интерпретация законодательства уже не соответствует современным реалиям. Например, ст. 9 Конституции Украины предусматривает, что международные договоры, подлежащие образом ратифицированные Верховной Радой Украины, являются составляющей законодательства Украины. Таким образом, правильным представляется подход, предусматривающий существование в современных условиях системы источников права Украины (наиболее широкое понятие) в состав которого входят подсистемы как нормативно-правовых актов, так и законодательства. В свою очередь, под системой законодательства следует понимать комплекс законодательных предписаний [1, с. 48]. Следовательно, и под законодательством понимается совокупность действующих законов Украины.

В юридической литературе для дифференциации правотворческих ошибок используют различные критерии: за отраслями законодательства; за характером последствий; за внешней формой права; за уровнем сложности и другие.

В то же время, исходя из юридической природы правотворческих ошибок, их можно дифференцировать на ошибки в правотворческой деятельности и ее результатах – источниках права (по технико-технологическим требованиям к соответствующим источникам).

Исходя из такого критерия как технико-технологические требования, ошибки можно дифференцировать на содержательные и формальные, а также классифицировать в пределах каждого вида.

Анализируя действующее законодательство Украины, необходимо об-

ратить внимание, что ему присущи и содержательные, и формальные правотворческие ошибки.

К основным содержательным ошибкам можно отнести те, которые допущены в нарушение содержательных требований к закону, в частности, это: несоответствие содержания законодательных предписаний объективным общественным отношениям (иным социальным факторам), обуславливающих их; несоответствие содержания законодательных предписаний законам логики, логической структуре нормы, системе права; несоответствие правилам современного украинского языка, в частности языка профессионально-юридического; действующей системе источников права; неправильное использование технико-правовых средств; отсутствие механизма реализации предписаний и обеспечения их исполнения.

Несоответствие содержания законодательных предписаний общественным отношениям возникает прежде всего из-за отсутствия надлежащих социологических исследований, позволяющих выявлять объективные факторы, определяющие содержание предписаний. Не владея достаточной информацией, субъект правотворчества не может получить в полном объеме знания о потребности и предмете правового регулирования, подобрать эффективные правовые средства, необходимые для надлежащего регулирования общественных отношений. Что, в свою очередь, вызывает видовые правотворческие ошибки (как следствие несоответствия содержания предписаний социальным и правовым факторам), в частности: правовые пробелы или даже вакуум; несоответствие предписаний аксиологическим установкам общества; нарушение оптимального соотношения правовых средств и способов используемых для регулирования общественных отношений; неполнота правового регулирования (общественных отношений) законодательных предписаний; декларативность, искажение содержания и другое.

Например, в соответствии со ст. 8 Закона Украины «Об исполнительном производстве» должником является физическое или юридическое лицо, указанные в исполнительном документе. В то же время в законе не опреде-

лена процедура исполнения решения в случае совершения нарушения коллективным субъектом (незаконное решение местного совета о выделении земельного участка), что свидетельствует о неполноте регулирования [2].

Еще одним примером неполноты правового регулирования, влияющим на эффективность не только судопроизводства, но и правосудия являются также положения постановления Верховного Суда Украины по делу № 21-56а/10 от 21.01.2011 г. В частности, в постановлении отмечается, что ответчик по делу посылается на отсутствие единообразия в применении норм материального права, но его доводы сводятся к отсутствию единообразия применения норм процессуального права (требований ст. 220 Кодекса административного судопроизводства Украины – в отношении обязанности кассационного суда проверить правильность применения судами первой и апелляционной инстанции норм материального и процессуального права, а также правовой оценки обстоятельств дела. Верховный Суд Украины указывает, что он лишен возможности устранить различия в применении норм процессуального права, повлекшие принятие различных по содержанию судебных решений в схожих правоотношениях, поскольку в соответствии со ст. 235 Кодекса административного судопроизводства Украины Верховный Суд Украины пересматривает судебные решения по административным делам исключительно на основании и в порядке установленном этим кодексом, а основанием для пересмотра судебных решений по административным делам, в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 337 Кодекса административного судопроизводства Украины, является неодинаковое применение судом (судами) кассационной инстанции одних и тех же норм материального права [3, с. 75-76]. И действительно, Верховный Суд Украины лишен возможности на законодательном уровне реагировать на неодинаковое применение процессуальных норм. Вышеизложенное решение противоречит международным правовым стандартам, в соответствии с которыми суд не имеет права отказывать субъектам в правосудии ссылаясь на отсутствие закона.

Несоответствие правилам современного украинского языка наблюда-



ется в Законе Украины «О предупреждении и противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем или финансированию терроризма» [4]. В частности, в тексте и названии закона использованы синонимы: «легализация» и «отмывание». Во-первых, использование синонимов в одном тексте является правотворческой ошибкой, ибо служит основанием неадекватного понимания способа получения незаконных доходов; во-вторых, слово «отмывание» – это жаргонизм, недопустимый в процессе создания нормативно-правовых предписаний, ибо является нарушением правового стиля.

Нарушение лексики наблюдается даже в тексте Конституции Украины, в частности ст. 29 предусматривает, что задержанное лицо немедленно освобождается, если в течении 72 часов с момента задержания ей не вручено мотивированное решение суда о заключении под стражу [5]. В данном случае используемое слово требует действий со стороны задержанного по освобождению себя лично, а содержание предписания предусматривает освобождение лица правоохранительными органами.

В нарушение законов логики допускаются тавтологии. В частности, ст. 1 Закона Украины «Об общей безопасности пищевой продукции» определяет «поставку продукции через поставку продукции» [6].

Часто допускаются ошибки при формировании дефиниций: излишняя детализация, дефинирование терминов, не требующих определения понятия и другие нарушения.

Несоответствие технико-правовым средствам, в частности: ошибки при использовании правовых конструкций, правовых фикций, аксиом, презумпций, правовых символов, классификаций и другие также допускаются в нормативно-правовых предписаниях.

В частности, в Кодексе Украины об административных правонарушениях для обозначения субъекта правонарушения используется понятие «лицо» не дифференцируя его на физических и юридических лиц.

Несоответствие законодательных предписаний действующей системе источников права Украины служит основанием для дублирования, коллизии

ности и других правотворческих ошибок. Например, п. 3 ст. 19, п. 6 ст. 23, ст. 24 Закона Украины «Об основаниях функционирования рынка природного газа», ст. 32 Закона Украины «Об оценке имущества, имущественных прав и профессиональной оценочной деятельности в Украине» наблюдается дублирование положений об ответственности за нарушение предписаний закона [7].

Коллизионными представляются ст. 7 и ст.ст. 193, 268, 346 Хозяйственного кодекса Украины. В частности, ст. 7 к источникам регулирования хозяйственных отношений относит только нормативно-правовые акты. В то же время ст.ст. 193, 268, 346 предусматривают использование правовых обычаев [8].

Очень часто в нормативно-правовых предписаниях отсутствуют механизмы их реализации. В ст. 9 Закона Украины «О предупреждении и противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем или финансированию терроризма» предусмотрено, что нотариус как субъект первичного финансового мониторинга, устанавливает физических лиц собственников существенного участия и контролеров юридического лица даже в тех случаях, если они являются учредителями юридического лица, являющегося, в свою очередь, учредителем иного юридического лица, участника финансовой операции. В то же время, процедура реализации указательного предписания нигде не предусмотрена, хотя ответственность за неисполнение таких действий установлена данным законом [4].

К формальным же ошибкам можно отнести: применение неправильной юридической формы; нарушение структурной организации; несоответствие действующей системе источников права по формальным требованиям (в частности нарушение принципа законности).

Примером отхода от принципа законности в отношении выбора юридической формы, предусмотренной законом, является Приказ Министерства юстиции Украины № 295/5 – от 22.02.2012 г. Этим приказом, утверждающим Порядок осуществления нотариальных действий нотариусами Украины, приводится следующая аргументация выбора такой формы обективации как «Порядок»: «с учетом

сферы общественных отношений, имеющих непосредственное отношение к деятельности органов нотариата, регламентация их деятельности подзаконным актом вызывает значительные затруднения в работе» [9].

Нарушения структурной организации проявляются в различных формах: отсутствии единообразного структурирования нормативно-правовых актов; нарушении логики изложения нормативно-правовых предписаний, ссылок; ошибок в преамбуле, переходных положениях и др.

Примером структурного разноречия можно назвать, в частности, тексты Конституции Украины, Гражданского Кодекса Украины, Налогового Кодекса Украины. В структуре Конституции Украины выделяют разделы, статьи, части (часто их называют абзацами). Структура Гражданского Кодекса Украины состоит из книг, разделов, подразделов, глав, параграфов, статей, частей (пронумерованных в пределах статьи), абзацев, пунктов. Налоговый Кодекс Украины состоит из разделов, глав, статей, пунктов, имеющих сквозную нумерацию [5, 10, 11].

Допускаются ошибки и в преамбуле закона, который не должен содержать положений о сфере действия закона. Однако, в Законе Украины «О статусе иностранцев и лиц без гражданства», Законе Украины «Об основаниях функционирования рынка природного газа» такие положения зафиксированы именно в преамбуле [12]. К примеру, несоответствия нормативно-правовых предписаний действующей системе источников права можно отнести: несоответствие ч. 6 ст. 12 Закона Украины «Об использованном производстве», ст. 63 Конституции Украины. В частности, ст. 63 Конституции Украины предусматривает право человека не свидетельствовать против себя, а ч. 6 ст. 12 Закона Украины «Об исполнительном производстве» обязывает должника предоставить в срок, установленный государственным исполнителем, данные о своих доходах и имуществе [2, 5].

Таким образом, дифференциация правотворческих ошибок на содержательные и формальные важна не только с позиции юридической науки, но и юридической практики: их своевременное выявление; идентификация с определенным видом, подвидом, соз-



дание эффективных способов их преодоления.

Под способом преодоления законодательных ошибок следует понимать совокупность приемов, способствующих их устранению или преодоления. Прежде всего, речь идет о приемах, способствующих созданию законов, соответствующих содержательным и формальным требованиям, предъявляемым к ним.

К основным способам устранения законодательных ошибок следует отнести следующие: отмена ошибочных законодательных предписаний; создание государственной программы развития законодательства Украины; подготовка профессиональных нормопроектантов; проведение постоянных научных исследований в пределах предмета законодательного регулирования; создание системы мониторингового контроля за законодательством и его результатами; определение степени юридической ответственности за нарушение технико-технологических требований, предъявляемых к законам; закрепление правил создания законов и других источников права в действующей системе законодательства. Важным условием является закрепление основных содержательных и формальных требований в Законе Украины «О нормативно-правовых актах», а также конкретизированных требований в регламентах или правилах подготовки законов.

Среди конкретизированных требований следует назвать: требование к качеству закона; соответствие международным правовым стандартам, в частности в области прав и свобод человека; требования к правой культуре законодателя и нормопроектанта; к систематизации законов; к усовершенствованию механизмов реализации законодательных предписаний.

К способам преодоления правотворческих ошибок относятся, прежде всего приемы интерпретации содержания нормативно-правовых предписаний или принятие единообразные решений (правоприменительных прецедентов). Это относится, в частности, к потенциальным коллизиям или конкуренциям, а потому законодатель должен предусмотреть способы их решения, определить субъектов, обеспечивающих их преодоление.

И хотя проект Закона Украины «О нормативно-правовых актах» так и не

был принят, содержательные и формальные требования в той или иной степени закреплены в законах, подзаконных актах или иных документах: Закон Украины «О Регламенте Верховной Рады Украины» (2010 г.) [13]; Правила подготовки проектов актов Кабинета Министров Украины (2005 г.) [14]; Правила оформления проектов законов и основные требования законодательной техники (методические рекомендации) (2007 г.) [15].

Выводы. Все вышеизложенное позволяет сделать выводы о том, что современное законодательство Украины не лишено правотворческих ошибок. Их дифференциация на содержательные и формальные позволяет не только определить их природу, но и создать соответствующие ей способы преодоления, а также сформулировать соответствующие требования к законам в целом и законодательным предписаниям в частности.

Эти и другие проблемы требуют дальнейшего исследования, в частности в контексте изучения причин и условий возникновения правотворческих ошибок и создания способов их предупреждения, поскольку они имеют прямое отношение к эффективности правового регулирования.

Список использованной литературы:

1. Луць Л.А. Загальна теорія держави і права : науково-методичний посібник (за кредитно-модульною системою). – К. : Атіка, 2007. – 412 с.

2. Закон Украины «Об исполнительном производстве» [Электронный ресурс]: Офіційний веб-портал Верховної Ради України. Законодавство. – Режим доступа : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/606-14>, свободный. – Загл. с экрана.

3. Судова практика Верховного суду України : офіційне видання / Верховний суд України. – К. : Ін Юре. 2012 – Кн. 3: Адміністративні справи.

4. Закон Украины «О предупреждении и противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем или финансированию терроризма» [Электронный ресурс]: Офіційний веб-портал Верховної Ради України. Законодавство. – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/249-15>, свободный. – Загл. с экрана.

5. Конституция Украины [Электронный ресурс]: Офіційний веб-портал Верховної Ради України. Законодавство. – Режим доступа : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>, свободный. – Загл. с экрана.

6. Закон Украины «Об общей безопасности пищевой продукции» [Электронный ресурс]: Офіційний веб-портал Верховної Ради України. Законодавство. – Режим доступа : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2736-17> – Загл. с экрана.

7. Закон Украины «Об оценке имущества, имущественных прав и профессиональной оценочной деятельности в Украине» [Электронный ресурс]: Офіційний веб-портал Верховної Ради України. Законодавство. – Режим доступа : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2658-14> – Загл. с экрана.

8. Хозяйственный кодекс Украины [Электронный ресурс]: Офіційний веб-портал Верховної Ради України. Законодавство. – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15> – Загл. с экрана.

9. Приказ Министерства юстиции Украины № 295/5 – от 22.02.2012 г. «Об утверждении порядка осуществления нотариальных действий нотариусами Украины». – [Электронный ресурс]: Офіційний веб-портал Верховної Ради України. Законодавство. Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12> – Загл. с экрана.

10. Гражданский кодекс Украины. [Электронный ресурс]: Офіційний веб-портал Верховної Ради України. Законодавство. – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15> – Загл. с экрана.

11. Налоговый кодекс Украины [Электронный ресурс]: Офіційний веб-портал Верховної Ради України. Законодавство. – Режим доступа : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> – Загл. с экрана.

12. Закон Украины «Об основаниях функционирования рынка природного газа» [Электронный ресурс]: Офіційний веб-портал Верховної Ради України. Законодавство. – Режим доступа : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2467-17> – Загл. с экрана.

13. Закон Украины «О Регламенте Верховной Рады Украины» [Электронный ресурс]: Офіційний веб-портал



Верховної Ради України. Законодавство. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1861-17> – Загл. с экрана.

14. Правила подготовки проектов актов Кабинета Министров Украины, утверждены постановлением Кабинета Министров Украины от 06.09.2005 № 870 [Электронный ресурс] : Офіційний веб-портал Верховної Ради України. Законодавство. Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/870-2005-%D0%BF> – Загл. с экрана.

15. Правила оформлення проектів законів та основні вимоги законодавчої техніки (Методичні рекомендації). – К. : Головне юридичне управління Апарату Верховної Ради України, 2007 р. – 32 с.

ОБЩЕТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ЗАЩИТЫ ПРАВА НА ПЕНСИЮ ПО ИНВАЛИДНОСТИ

Татьяна ШЛАПКО,

ассистент кафедры гражданско-правовых дисциплин и банковского права
Государственного высшего учебного заведения
«Украинская академия банковского дела Национального банка Украины»

Summary

This article covers the issues related to the violation (litigation) or emergence of a real threat of infringement of the right to Disability Pensions; the development of the scientific basis for the protection of the pension rights. Author gives the definition of basic theoretical concepts of protection of the right to Disability Pensions. Also forms and methods of protection are detected in this article and the main features of protection of the right to Disability Pension. It justifies the use of such unjudicial form of protection as self-defense of the right to Disability Pension. It offers estimated list of some ways of protection which is necessary to secure in Pension Legislation.

Key words: protection of the Right to Disability Pension, the Right of Defense, forms and methods of protection of the Disability Pension's right, self-defense of the right to Disability Pension.

Аннотация

Статья посвящается исследованию проблем, связанных с нарушением (оспариванием) или возникновением реальной угрозы нарушения права на пенсию по инвалидности, разработке научных основ защиты пенсионных прав. Автором определяются основные теоретические понятия защиты права на пенсию по инвалидности. Выявляются формы и способы защиты, а также особенности защиты права на пенсию по инвалидности. Обосновывается возможность применения такой неюрисдикционной формы защиты, как самозащита права на пенсию по инвалидности. Предлагается примерный перечень способов защиты, который целесообразно закрепить в пенсионном законодательстве.

Ключевые слова: защита права на пенсию по инвалидности, право на защиту, формы и способы защиты права на пенсию по инвалидности, самозащита права на пенсию по инвалидности.

Постановка проблемы. Несмотря на распыление пенсионных норм по категориям получателей, несомненно, все физические лица, которые имеют пенсионные права, должны получать в равной степени защиту своих прав. Эффективная защита права правомочного лица на пенсию по инвалидности обеспечивает в первую очередь полноценную реализацию этого права.

Актуальность темы исследования обусловлена тем, что уровень правового регулирования отношений, возникающих между субъектами права пенсионного обеспечения по поводу защиты права на пенсию по инвалидности в целом и самозащиты, не отвечает современным требованиям, которые к нему предъявляются, а судебная практика не имеет широкого развития.

Состояние исследования. Некоторые аспекты осуществления защиты и самозащиты прав исследовались такими учеными, как: Ю. Г. Басин, В. П. Грибанов, Г. Я. Стоякин,

Г. А. Свердлык, Э. Л. Страунинг, И. В. Лагутина, Т. Н. Пидлубная, Н. Д. Гетьманцева и др., а в науке права социального обеспечения вообще до сих пор не разработан четкий понятийный аппарат, вопросы защиты права на пенсию, ее особенностей остаются дискуссионными, поскольку на сегодня не существует однозначного ни научного, ни законодательного их решения.

Целью данной статьи является исследование проблем, связанных с нарушением права на пенсию по инвалидности, разработка научных основ защиты, определение основных теоретических понятий, форм и способов защиты права на пенсию по инвалидности.

Изложение основного материала. Следует отметить, что в научной литературе иногда понятие защиты прав отождествляют с охраной прав [1, с. 22-23]. Однако защита прав и охрана прав на основании действующих на сегодня пенсионных норм не являются равнозначными



понятиями. Охрана права на пенсию по инвалидности осуществляется постоянно и преследует цель обеспечения соблюдения права на пенсию, обеспечения его осуществления и при этом профилактику недопущения его нарушений, предупреждения его нарушения в случае угрозы нарушения, прекращения его нарушения, реального возобновления незаконно нарушенного права на пенсию, установления пенсионным законодательством и применения действиями соответствующих уполномоченных органов по назначению и выплате пенсий реальной эффективной ответственности за нарушение права пенсионного обеспечения инвалидов. Защита же предусматривает меры, с помощью которых можно предотвратить нарушение права на пенсию в случае его реальной угрозы, прекратить нарушение, восстановить нарушенное право на пенсию. Из данного объяснения следует, что защита функционирует в сфере охраны права, а значит является ее функциональным элементом, который должен учитывать особенности охраны, как более широкой категории. Исходя из этого, автор поддерживает мнение С. Я. Вавженчука, что охрана прав осуществляется двумя путями [2, с. 47]. Таким образом, понятием охраны охватывается как установление мер надлежащего (обязательного) поведения субъектов пенсионных правоотношений и определение мероприятий по соблюдению этих мер, так и защита пенсионных прав с целью их восстановления в случае несоблюдения установленных требований пенсионного законодательства.

Можно выделить несколько подходов к пониманию защиты субъективных прав. Так, в доктрине права защита определяется как предусмотренная законом система мер, направленных на обеспечение неприкосновенности права, пресечение и предупреждение нарушений, ликвидацию их последствий, восстановление нарушенных прав [3, с. 34; 4, с. 604]. Сторонники другого подхода связывают защиту как с деятельностью государственных и уполномоченных государством органов, так и с деятельностью самих субъектов

правоотношения по устранению препятствий и восстановлению нарушенных (оспариваемых) прав [5, с. 280; 6, с. 10]. Следует отметить, что защита пенсионных прав может включать в себя и деятельность общественных объединений по восстановлению нарушенного права. Они, как правило, выступают третьей стороной, представляют интересы или осуществляют посредничество в разрешении споров относительно получения пенсий инвалидами (общественные организации и общества инвалидов, Всеукраинская общественная организация инвалидов «Союз Чернобыль Украины», общественные организации военных пенсионеров, союз ветеранов, пенсионеров и инвалидов Министерства внутренних дел Украины и Министерства чрезвычайных ситуаций Украины и другие). Поэтому понятие правовой защиты необходимо понимать несколько шире.

Защита также рассматривается и как система юридических норм, направленных на предупреждение правонарушений и устранение его последствий [7, с. 192]. Такое определение хотя и не охватывает все признаки защиты (например, не учтено, что необходимым является также закрепление норм, которые надлежащим образом урегулируют и прекращение правонарушения, и восстановление права), однако дает представление о системном характере норм, регулирующих сферу защиты субъективных прав, о функциональной направленности данных норм. Учитывая вышеизложенные дефиниции, безусловно, необходимым является формирование института защиты пенсионных прав как совокупности юридических норм, которые определяют формы, средства, способы и порядок их защиты.

Таким образом, понятие защиты права на пенсию по инвалидности можно рассматривать как предупреждение нарушения права на пенсию по инвалидности в случае реальной угрозы нарушения, прекращение его нарушения, реальное возобновление (признание) незаконно нарушенного (оспариваемого) права на пенсию по инвалидности путем использования определенных

форм, средств и способов защиты права на пенсию.

Важно также определить основные характеристики механизма правовой защиты получения пенсии по инвалидности. Одной из ключевых предпосылок осуществления правовой защиты права на пенсию по инвалидности является наличие у лица права на защиту, которое в науке рассматривается как один из элементов любого субъективного права [8, с. 382-383; 9, с. 70] или как «неотъемлемое качество возможностей субъективного права, существующее не параллельно с другими, закрепленными в субъективном праве, а присущее им самим» [10, с. 73-74], или как самостоятельное субъективное право [11, с. 5]. Относительно содержания субъективного права в науке также нет единства взглядов [8, с. 382-383; 12, с. 490; 13, с. 106-107]. По нашему мнению, право на защиту права на пенсию является самостоятельным субъективным правом, носителем которого является каждый участник пенсионного правоотношения, специфической сложной категорией, и состоит из двух правомочий – так называемого «права на собственные действия» и «права на чужие действия». Возможность инвалида требовать от пенсионного органа или другого обязанного субъекта совершения определенных действий может быть реализована самостоятельно, но все равно самым действенным будет обращение за защитой в соответствующие уполномоченные на это органы. А вот использование для защиты права на пенсию средств собственного принудительного воздействия в виде физического отпора, причинения ущерба имуществу нарушителя не является характерным и законодательством не предусматривается. Право на защиту пенсионных прав возникает в момент нарушения, оспаривания или реальной угрозы нарушения права на пенсию по инвалидности. Правомочный субъект по своему усмотрению решает вопрос о целесообразности осуществления защиты, однако не будет иметь никакого правового значения его отказ заранее от своего права на защиту. Он свое право на защиту может и не



реализовать, но это не означает прекращения субъективного права на пенсию, поскольку обязанный субъект может добровольно восстановить (признать) нарушенное (оспариваемое) право на пенсию.

Следующей характеристикой механизма правовой защиты является форма защиты права на пенсию по инвалидности – внутренне согласованная, в обязательном порядке урегулированная пенсионным законом деятельность компетентных органов государства и не запрещенная пенсионным законом деятельность самого правомочного лица-инвалида по защите принадлежащего ему по закону права на пенсию по инвалидности. Процессуальную часть механизма правовой защиты характеризуют признаки ей средства и способы. Они, как и формы, прямо или опосредованно должны быть предусмотрены нормами права пенсионного обеспечения. Относительно формы, это, прежде всего, возможность лица-инвалида, право которого нарушено (оспаривается), использовать не запрещенные законом средства принуждения против нарушителя, в том числе и в форме самозащиты. Относительно процесса, реализующего форму, то инвалид имеет возможность требовать защиты нарушенного пенсионного права у компетентных органов, уполномоченных на это государством, или таких, которые действуют не от имени государства, а от своего собственного (например, общественные правозащитные организации, частные юридические фирмы и т. д.).

Применяя юрисдикционную форму защиты, уполномоченный государством орган – Пенсионный фонд Украины и др. или административный суд обязаны принять необходимые меры по восстановлению нарушенного пенсионного права и пресечению правонарушения. К общей форме юрисдикционной защиты пенсионных прав относится судебная защита, а к специальным формам – административная защита, которая включает в себя защиту органами прокуратуры, Пенсионного фонда Украины, а также другими государственными органами, осуществляющими контроль за со-

блюдением законодательства в сфере пенсионного обеспечения, в том числе рассмотрение пенсионных споров в порядке ведомственного разграничения функций, подчиненности уполномоченных государственных органов [14, с. 117]. Она осуществляется в соответствии с процедурой, предусмотренной законом Украины «Об обращениях граждан» от 2 октября 1996 г. Следует отметить, что эта форма во всех ее видах полностью пригодна для защиты права на пенсию по инвалидности, поскольку каждый из ее видов может применяться в полной мере [15, с. 214-215]. В этой связи следует обратить внимание на мнение Н. Б. Писаренко и В. А. Семиной, которые рассматривают признаки административно-правовых споров и обосновывают равнозначность и максимальную эффективность их разрешений как в судебном, так и в административном порядке при условии усовершенствования норм об административном обжаловании [16, с. 23-24, с. 48-49].

Одним из проявлений неюрисдикционной формы защиты является общественная защита, которая осуществляется общественными объединениями, действующими в соответствии с Законом Украины «Об общественных объединениях» от 22 марта 2012 г. В последнее время юридическая практика показывает, что все больше инвалидов стремятся отстаивать свои права именно в такой форме защиты. При этом даже при применении такой формы она становится эффективной лишь на следующем этапе, когда общественная организация для защиты прав на назначение и получение пенсий по инвалидности прибегает к юрисдикционным формам как правомочное и уполномоченное лицо.

Самостоятельной формой защиты субъективных прав в науке признается самозащита [11, с. 146]. Самозащита пенсионных прав лица-инвалида может осуществляться наравне с возможностью обращения в вышестоящий пенсионный орган или в административный суд. Бесспорно, между научными определениями понятия самозащиты есть определенные различия, которые

свидетельствуют об отсутствии в юридической литературе единства мнений относительно правовой природы самозащиты [13, с. 117; 17, с. 7; 11, с. 161; 18, с. 22], однако учитывая их положительные аспекты, можно констатировать, что в праве пенсионного обеспечения самозащита пенсионных прав на современном этапе пенсионной реформы как неюрисдикционная форма защиты представляет собой деятельность, то есть систему юридически значимых, не запрещенных пенсионными законами действий (бездействий) самого правомочного лица-инвалида по защите права на пенсию по инвалидности и интересов, осуществляется им самостоятельно с применением соответствующих способов защиты с целью предупреждения в случае реальной угрозы или прекращения нарушения права на пенсию, восстановления нарушенного или оспариваемого права на пенсию и возмещение причиненного вреда без обращения в компетентные органы. Реальной угрозой нарушения пенсионного права в данном контексте может служить непредоставление лицу статуса инвалида при условии достаточных медицинских и социальных показаний для этого, и как следствие – влечет непризнание пенсионного права.

Изучая данный вопрос, можно сделать вывод, что самозащитой в праве социального обеспечения не следует признавать проведение мероприятий по охране пенсии, обращение к третьим лицам, которые предоставляют услуги по поводу обеспечения сохранности пенсии, применение физического отпора, причинения вреда здоровью, уничтожение и причинение ущерба имуществу лиц, нарушающих права инвалида и т. п. Как самозащита в данном случае можно допустить препятствование любым третьим лицам, которые неправомерно посягают на право получения пенсии, или отказ от определенных действий, осуществления которых требуют от правомочного лица неправомерно, или отказ от выполнения недействительной сделки (например, в случае требования органа по назначению пенсии осуществить



доплату для того, чтобы включить в страховой стаж неполные месяцы как полные, мотивируя это тем, что не хватает страхового стажа для назначения пенсии, если в действительности это не так). На сегодня в отечественной практике существует процедура отказа от пенсионного обеспечения, но она рассматривается или только как связанная с возникновением права на другой вид пенсии в солидарной системе – и тогда лицо-инвалид может выбрать реализацию права на пенсию по другим основаниям, или как связанная с неправомерным неустановлением или снятием инвалидности. В этом случае самозащиту можно применять только тогда, когда нарушается право инвалида на выбор иного вида пенсии или право на установление (подтверждение) инвалидности. Самозащитой также не следует считать подачу жалобы в соответствующий суд или в другие органы, участие в процессе судебного разбирательства без помощи представителя, потому что это уже является обращением за защитой к компетентным органам, которые должны своими действиями разрешить дело по существу и принудительно устранить нарушение или оспаривание права на пенсию.

В контексте данного вопроса следует упомянуть Положение об организации приема и обслуживания граждан органами Пенсионного фонда Украины по принципу «единого окна», утвержденное постановлением правления Пенсионного фонда Украины от 21 февраля 2012 года № 4-3. Преимущества такого организационного нововведения для инвалидов проявляются в том, что основные задачи подразделения по обслуживанию граждан – это в том числе подготовка, обеспечение и контроль за осуществлением мероприятий по обеспечению права граждан на обращение, а также оказание методической и консультационной помощи по вопросам соблюдения законодательства о пенсионном обеспечении. Кроме того, лицо-инвалид может осуществить самозащиту более качественно, поскольку не тратится время на очереди. Созданное для упрощения процесса назначения пенсий, подразделение в

перспективе может служить институциональным посредником в самозащите инвалидов, как это принято в зарубежных странах.

Правовая защита пенсионных прав может осуществляться различными способами. Анализ взглядов ученых [6; 19, с. 37; 20; 21, с. 776] способствует формированию мнения, что способом защиты права на пенсию по инвалидности является совокупность действий, установленных пенсионными законами или договорами добровольного негосударственного пенсионного страхования, применение которых обеспечивает прекращение нарушения права на пенсию по инвалидности, его предупреждение в случае существования реальной угрозы нарушения, восстановление и возмещение причиненного вреда. Поскольку правом социального обеспечения не разработаны виды способов защиты, целесообразно в пенсионном законодательстве закрепить хотя бы такие, как: признание права на пенсию (например, признание права выбора инвалидом пенсии по возрасту или по инвалидности, или в связи с потерей кормильца, права быть участником накопительной пенсионной системы и т. д.), признание сделки недействительной (требование о признании недействительной договоренности между субъектами пенсионных правоотношений об установлении меньшего размера пенсии по инвалидности, чем предусмотренного законом), прекращение действий, нарушающих право на пенсию (обжалование требований обязанного субъекта о предоставлении дополнительных документов, не предусмотренных пенсионным законодательством), восстановление положения, существовавшего до нарушения права на пенсию (требование возобновления безосновательного прекращения выплаты пенсии по инвалидности); принудительное исполнение обязанностей (требование принудительного исполнения обязанности обязанным субъектом о перерасчете размера пенсии в соответствии с предписаниями, которые опираются на нормы законов; принудительного проведения индексации пенсии по инвалидности в

случае задержки начисления индексации или вообще ее неначисления; принудительного исполнения обязательств Пенсионным фондом Украины, который должен выплатить пенсию за предыдущий период до шести месяцев инвалиду, у которого в начале этого периода были основания для назначения пенсии); изменение или прекращение пенсионного правоотношения (требование о принятии решения Пенсионным фондом Украины об осуществлении выплат пенсии большего размера, если при повторном осмотре лицу установлена более высокая группа инвалидности); возмещение вреда (требование о выплате суммы пенсии, выплата которой была незаконно прекращена; иные компенсационные способы защиты (в частности, возмещение иного имущественного ущерба, морального вреда) необходимо закрепить в пенсионном законодательстве); признание незаконными решений, действий или бездействия органов по назначению, выплате и доставке пенсий, их должностных и служебных лиц (например, приказов Пенсионного фонда Украины и уполномоченных органов, если они незаконные и нарушают субъективное право лица на пенсию по инвалидности).

Выводы. Таким образом, можно выделить особенности правовой защиты получения пенсии по инвалидности: 1) защита права на пенсию по инвалидности осуществляется в определенной форме, с помощью собственных средств и способов, особенности применения которых должны быть определены нормами права социального обеспечения и нормами права пенсионного обеспечения как его подотрасли; 2) все виды форм, способов и средств защиты пригодны для восстановления любых пенсионных прав; 3) обязательным условием ее осуществления является наличие у лица-инвалида права на защиту как самостоятельного субъективного права, которое возникает в момент нарушения, оспаривания или угрозы нарушения права на пенсию; 4) благодаря правовой защите возобновляется положение, существовавшее до нарушения (оспаривания) права



на пенсию, путем осуществления конкретных действий или бездействий, а следовательно, полностью восстанавливается (признается) нарушенное (оспариваемое) право на пенсию. Предложенный перечень способов защиты права на пенсию по инвалидности нельзя считать окончательным, возможно использование и других способов защиты. Представляется, что само понятие защиты права на пенсию по инвалидности, формы (в том числе самозащита) и способы такой защиты, а также их характерные особенности должны быть нормативно закреплены в Законе Украины «Об всеобщем государственном пенсионном страховании» от 9 июля 2003 г. (в перспективе – и в других, связанных с ним законах).

Список использованной литературы:

1. Тарасова В. А. Охрана прав граждан в пенсионном обеспечении / В. А. Тарасова. – М. : Издательство МГУ, 1978. – 162 с.
2. Вавженчук С. Я. Співвідношення понять «захист» та «охорона» трудових прав в чинному законодавстві / С. Я. Вавженчук // Форум права. – 2010. – № 1. – С. 45-49 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-1/10vcjvhz.pdf>. – 26.08.2013. – Заголовок з екрану.
3. Басин Ю. Г. Основы гражданского законодательства о защите субъективных гражданских прав / Ю. Г. Басин // Проблемы применения основ гражданского законодательства и основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик : сб. материалов. – Саратов : Изд-во Саратов. юрид. ин-та, 1971. – С. 32-37.
4. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / Под ред. А. М. Куренного, С. П. Маврина и Е. Б. Хохлова. – М. : Городец, 2007. – 679 с.
5. Алексеев С. С. Общая теория права : курс в 2-х т. / С. С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1981. – Т. I. – 360 с.
6. Підлубна Т. М. Право на захист цивільних прав та інтересів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Т. М. Підлубна ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2009. – 20 с.
7. Малейн Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР / Н. С. Малейн. – М. : Юрид. лит., 1981. – 216 с.
8. Скакун О.Ф. Теория государства и права : учебник для вузов [Текст] / О. Ф. Скакун; Университет внутренних дел. – Х. : Консум, 2000. – 704 с.
9. Сирота І. М. Право пенсійного забезпечення в Україні : курс лекцій [Текст] / І. М. Сирота. – К. : Юрінком Інтер, 1998. – 288 с.
10. Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность / С. Н. Братусь. – М. : Юридическая литература, 1976. – 215 с.
11. Свердлык Г. А. Защита и самозащита гражданских прав : учебное пособие / Г. А. Свердлык, Э. Л. Струнинг. – М. : Лекс-Книга, 2002. – 208 с.
12. Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М. : Юристъ, 1997. – 672 с.
13. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. – М. : Статут, 2001. – 411 с.
14. Міняйло М. П. Адміністративно-правове забезпечення реалізації права громадян на звернення : монографія / М. П. Міняйло, Ю. І. Кішак // За заг.ред. І. Т. Кішака. – Миколаїв : ТОВ «Фірма «Гліон», 2012. – 192 с.
15. Костюкевич О. К. Про політику держави в сфері забезпечення права на звернення // Актуальні питання реформування правової системи України: зб. наук. статей за матер. IV Міжнар. наук.-практ. конф., Луцьк, 29–30 травня 2009 р. / Уклад. Т. Д. Климчик. – Луцьк : Волинська обласна друкарня, 2009. – С. 214-215.
16. Писаренко Н. Б. Адміністративно-правові спори (удосконалення порядку вирішення) : монографія / Н. Б. Писаренко, В. А. Сьоміна; Національний університет «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – 2-ге вид., зі змінами та допов. – Х. : Право, 2012. – 136 с.
17. Стоякин Г. Я. Меры защиты в советском гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Г. Я. Стоякин. – Свердловск, 1973. – 22 с.
18. Бурак В. Я. Поняття та види правових форм захисту трудових прав і законних інтересів працівників / В. Я. Бурак // Проблеми правового забезпечення праці та соціального захисту населення України в сучасних умовах : збірник матеріалів круглого столу / За ред. канд. юрид. доц. Л. П. Шумної. – Чернігів : КП «Видавництво «Чернігівські обереги», 2006. – С. 20-24.
19. Гетьманцева Н. Д. Засіб, спосіб і форма захисту трудових прав / Н. Д. Гетьманцева, І. Г. Козуб // Адвокат. – 2009. – № 11(110). – С. 37-42.
20. Лагутіна І. В. Форми захисту трудових прав працівників : автореф. дис. канд. юрид. наук / І. В. Лагутіна. – Одеса, 2007. – 20 с.
21. Брагинский М. И. Договорное право. Книга первая : общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 2002. – 848 с.



ОСОБЕННОСТИ ПРЕДМЕТНОГО СОСТАВА ЗЕМЕЛЬНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В УКРАИНЕ

Андрей ШУЛЬГА,

кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного права и криминологии
Харьковского национального университета внутренних дел

Summary

A theoretical research of one of the essential characteristics of the land crimes, namely subject of crime, is conducted in the thesis. Objective and subjective features of this subject are analyzed. Legal content of the subject of land crimes is discovered with consideration of its physical, legal, social and environmental characteristics. Proposed to consider subject of land crimes not only the land as such, but also ground areas apportioned in kind, and the top layer of fertile land plot of agricultural land. The necessity of a precise theoretical definition of the subject of land crimes is proved for more effective application of Ukrainian Criminal Code norms, that providing liability for land crimes.

Key words: land crimes, subject of crime, corpus delicti, land, ground areas, the top layer of fertile land plot.

Аннотация

В статье проводится теоретическое исследование одного из обязательных признаков состава земельных преступлений – предмета преступления. Анализируются объективные и субъективные особенности данного предмета. Раскрывается правовое содержание предмета земельных преступлений с учетом его физических, юридических и социальных характеристик. Предлагается считать предметом земельных преступлений не только земли как таковые, но и земельные участки, выделенные в натуре, а также верхний плодородный слой земельного участка земель сельскохозяйственного назначения. Обосновывается необходимость четкого теоретического определения предмета земельных преступлений, для более эффективного применения норм Уголовного кодекса Украины, предусматривающих ответственность за земельные преступления.

Ключевые слова: земельные преступления, предмет преступления, состав преступления, земля, земельные участки, верхний плодородный слой земельного участка.

Постановка проблемы. Охрана земельных ресурсов от противоправных, в том числе и преступных, посягательств является одной из главных задач государственной политики Украины. Основным законом Украины предусмотрены положения про особую важность земли в жизни государства и общества. Так, согласно ст. 14 Конституции Украины, земля является основным национальным богатством, которое находится под особой охраной государства. От состояния земли зависят многочисленные факторы экономической, социальной, политической жизни общества в целом и каждого конкретного индивидуума в частности. Поэтому защита земель от противоправных посягательств мерами правового воздействия является одной из основных задач правоохранительной системы государства.

Актуальность темы исследования подтверждается степенью открытости темы.

В настоящее время фактически отсутствуют фундаментальные работы относительно охраны комплекса земельных правоотношений мерами уголовно-правового характера.

Состояние исследования. Научный анализ отдельных проблем правовой охраны земель от преступных

посягательств осуществляется многими отечественными и зарубежными учеными. Среди них следует назвать В.И. Андрейцева, Ю.С. Богомякова, М.М. Бринчука, Т.А. Бушуеву, С.Б. Гавриша, Н.С. Гавриш, П.С. Дагеля, О.Л. Дубовик, Е.Н. Жевлакова, О.С. Колбасова, З.Г. Корчеву, С.Н. Кравченко, У.Я. Красицьша, Б.М. Леонтьева, Н.А. Лопашенко, Ю.И. Ляпунова, В.К. Матвийчука, В.Л. Мунтяна, П.С. Матышевского, В.А. Навроцкого, В.В. Петрова, П.Ф. Повелицину, Б.Г. Розовского, Н.И. Титову, Ю.С. Шемшученко, Н.Г. Шимбареву, М.В. Шульгу и др. Труды, которые служили фундаментальной базой для дальнейшего исследования рассматриваемых вопросов.

Целью и задачей статьи является теоретическое исследование проблемы определения предмета земельных преступлений. Новизна работы заключается в исследовании юридической природы предмета состава земельных преступлений с учетом положений национального и международного законодательства в сфере земельных, экологических, административных, гражданских и уголовных правоотношений.

Изложение основного материала. Земля в жизни человека занимает одно из важнейших мест, наравне с воз-

духом, водой, флорой и фауной. При этом земля является его кормилицей, выступая основой сельского и лесного хозяйства, пространственным базисом, метом размещения производственных и продуктивных сил, хранилищем полезных ископаемых, а также основным элементом окружающей природной среды. Именно этим объясняется признание за землей особого статуса – статуса основного национального богатства, находящегося под особой охраной государства (ст. 14 Конституции Украины).

Национальное богатство является одним из главных показателей экономического состояния страны. Определяется оно как совокупность созданных и накопленных в государстве трудом всего общества благ, уровня образования, производственного опыта, мастерства, профессионализма, творческого таланта населения и т. д. Составляющими национального богатства являются общественное, то есть созданное трудом людей материальное богатство, природные богатства (природные ресурсы), нематериальные богатства (образовательный, квалификационный, научный, культурный потенциал и т. д.) [1, с. 73].

За нарушение норм национального земельного законодательства наступает



цивильно-правовая, административная и уголовная ответственность. Последняя установлена за общественно опасные виновные, противоправные деяния (действие или бездействие), совершаемые субъектом преступления. К таким деяниям относится целый ряд деяний, предметом которых выступает земля. Это деяния предусмотренные ст.ст. 1971, 239, 2391, 2392, 254 Уголовного кодекса Украины (далее УК Украины). Такие преступления можно назвать предметными.

Вопрос о предмете преступления и его соотношении с объектом преступления на сегодня в науке уголовного права еще полностью не разрешен. Так, одни авторы вообще выступают против отделения предмета от непосредственного объекта преступления [2, с. 130-133]. Другие рассматривают предмет преступления в качестве самостоятельного элемента объективной стороны состава преступления [3, с. 178-180]. Наиболее распространенной является точка зрения, согласно которой предмет преступления выступает неотъемлемой частью объекта преступления [4, с. 99; 5, с. 100]. К предмету преступления часто относят вещи, на которые субъект воздействует и причиняет вред объекту преступления [6, с. 44; 7, с. 210; 8, с. 153-154]. Также существует точка зрения, согласно которой, предметом преступления являются материальные ценности, в связи с которыми или по поводу которых совершается то либо иное преступление [9, с. 179]. Большинство же ученых считают, что предмет преступления хотя и связан с его объектом, однако никогда полностью с ним не совпадает. Лишь в исключительных случаях предмет преступления может совпадать со структурным элементом общественных отношений – его предметом [10, с. 18-41]. В свою очередь Н.И. Панов утверждает, что предмет преступления всегда необходимо рассматривать в сфере объекта преступления [11, с. 67-73]. При всем разнообразии взглядов на правовую природу предмета преступления наиболее приемлемой можно считать позицию, согласно которой, предметом преступления считается вещь материального мира, то есть материальный субстрат, непосредственно связанный с объектом преступления и его определяющий.

Однако в последнее время все чаще высказываются замечания относительно тех определений предмета преступления, которые высказывались ранее. Именно это повлекло появление альтернативных направлений научных поисков в разрешении вопроса установления юридической сути предмета преступления. Так, возникшие в последнее время точки зрения относительно юридической сути предмета преступления можно условно объединить в три группы [12, с. 307-311]. К первой группе относятся ученые, которых объединяет стремление заменить устаревший термин «вещи» на иной, например – «материальный субстрат» [13, с. 84] либо – «предмет материального мира» [14, с. 73]. Хотя при этом сохраняется точка зрения, согласно которой, предметом преступления считаются любые вещи материального мира, с определенными особенностями которых закон об уголовной ответственности связывает наличие в действиях субъекта признаков конкретного состава преступления [15, с. 100].

Представителей второго направления объединяет попытка вообще отойти от вещевых признаков предмета преступления и определить его как разного рода материальные и нематериальные блага [16, с. 53]. Также другие авторы в рамках второго направления предлагают признавать в качестве предметов преступления конкретные материальные ценности [17, с. 8].

Представители третьего направления предлагают расширить объем понятия предмета преступления за счет включения в него явлений материального мира невещевого характера – информации, объектов интеллектуальной собственности, а также другие явления материального мира невещевого характера [18, с. 60; 19, с. 117]. Все вышеназванные направления можно с уверенностью считать оправданными и целесообразными, заслуживающими пристального внимания со стороны ученых-юристов.

Исходя из предложенного понимания предмета преступления можно выделить следующие общие признаки, характеризующие его с правовой точки зрения. К таким признакам относят – физический, юридический и социальный [11, с. 68]. Для характеристики предмета преступлений против

собственности предлагается выделять экономический признак предмета преступления [20, с. 170-171]. В качестве самостоятельного признака для преступлений против окружающей природной среды можно предложить выделить природный признак предмета преступления.

Физический признак предмета преступления характеризует его как реально существующее явление в объективной действительности. Понимание предмета преступления как реально существующего в пространстве и времени явление объективной действительности означает, что он обладает количественно-качественными характеристиками. Так, любой предмет имеет свой размер, объем, свою форму, цвет и т. д. То есть физический признак предмета конкретного преступления указывает на индивидуализированные особенности конкретного, существующего в объективной действительности явления.

Юридический признак предмета преступления означает то, что для признания любого явления частью правоотношений (именно частью, а не элементом правоотношений) необходимо установление его юридических характеристик. Во-первых, сам предмет преступления должен быть указан (закреплен) в соответствующей уголовно-правовой норме Особенной части, в которой описаны объективные и субъективные признаки конкретного состава преступления. Во-вторых, предмет преступления имеет принадлежность к конкретному физическому или юридическому лицу либо государству, что выражается в праве собственности либо пользования. В-третьих, каждый предмет преступления обладает определенным правовым статусом закрепленным в соответствующих нормативных актах.

Социальный признак предмета преступления показывает его место в системе общественных отношений. Так, имеет значение для квалификации преступления находится ли предмет в гражданском обороте, изъят ли он из него или же существуют правовые ограничения в его гражданском обороте. Правовое значение имеет предмет преступления, который, который находится в гражданском обороте или его оборот сопряжен с определенными



правовыми ограничениями. К последним, например, можно отнести оружие, наркотические, психотропные вещества, сильнодействующие медицинские препараты и т. д.

Отдельные авторы предмет преступления относят к сфере общественных отношений, а конкретно, к объекту преступления [21, с. 97]. В этом случае предмет преступления выступает материальным выражением определенным общественных отношений. Либо наличие или отсутствие предмета является обязательным условием нормального функционирования общественных отношений. Именно по этому признаку предмет преступления предлагается отличать от орудий и средств совершения преступления. Это связано с тем, что орудия и средства совершения преступления, хотя и обладают некоторыми признаками материальной вещи, все же не связаны с общественными отношениями, которым причиняется вред преступным деянием [11, с. 67-73]. Сущность орудий и средств совершения преступлений заключается в том, что они являются частью объективной стороны. Орудия и средства всего лишь являются частью механизма причинения вреда конкретному объекту преступления.

Экономический признак предмета преступления означает, что он должен обладать определенной стоимостью. В эту стоимость должны входить затраты на изготовление или создание предмета преступления. Также в его стоимость должны быть включены расходы на содержание и обслуживание. То есть предмет преступления должен удовлетворять материальные и иные, связанные с этим потребности человека [22, с. 452-453]. Именно экономический признак предмета преступления показывает его значимость и потребность в общественной жизни.

Природный признак предмета преступления должен означать то, что любая вещь материального мира либо имеет природное – естественное происхождение, либо создана человеком – искусственное происхождение. Именно этим отличается предмет преступлений против окружающей природной среды от всех иных предметных преступлений.

Земля как составляющая и неотъемлемая часть биосферы включает в

себя почву, а также иные природные элементы ландшафта, органично связанные между собой и обеспечивающие существование флоры и фауны, а также жизнедеятельность человеческого общества. Но при этом признание в качестве предмета преступлений против земельных ресурсов земель в общем, широком, понимании кажется неоправданным. Это, в частности, подтверждается отдельными научными исследованиями [23, с. 19].

В свое время интересную мысль относительно земли как объекта правовой регламентации высказала Н.И. Титова. Она предлагала прежде всего разграничивать понятия «земля» и «земли» [24, с. 10]. Так, по ее мнению, «земля» – это отделенная трудом человека от природной среды часть (масса) вещества и помещенная в определенную емкость. В таком понимании земля – часть материального мира, а не окружающей природной среды. В свою очередь, термином «земли» она предлагала определять именно природный компонент, который не изъят из окружающей природной среды, а является его неотъемлемой частью взаимодействующий со всеми природными компонентами.

Действующее уголовное законодательство Украины оперирует терминами «земельный участок» – ч.ч. 1, 2 ст. 197-1 и «земли» – ст.ст. 239, 239-1, 239-2, 254 УК Украины. Земельный участок выступает предметом преступления, предусмотренного ст. 197-1 УК Украины – «Самовольный захват земельного участка и самовольное строительство». Данный состав расположен в Разделе VI «Преступления против собственности». Именно месторасположение нормы характеризует предмет данного состава – земельный участок, с точки зрения предмета преступления против собственности. Так как в данном случае земельный участок выступает объектом земельных правоотношений. Эти правоотношения возникают по поводу владения, пользования и распоряжения конкретным земельным участком. Указанные правомочия составляют право собственности на земельный участок.

В составах, предусмотренных ст.ст. 239, 239-2, 254 УК Украины, используется термин «земли». В данном случае необходимо говорить о землях, как о составляющем элементе целост-

ной окружающей природной среды. То есть земля – объект природы. Само расположение вышеуказанных норм в Разделе VIII – Преступления против окружающей природной среды свидетельствует о том, что предметом этих преступлений выступают земли любой категории как элемент природы, находящийся в неразрывной связи со всеми остальными элементами окружающей природной среды (недрами, водными объектами, флорой и фауной и т. д.).

Необходимо отдельно остановиться на ст. 239-1 УК Украины. При правовой характеристике данного состава используется термин «почвенный покров (поверхностный слой) земель». О соотношении таких понятий, как «земли» и «почвенный покров (поверхностный слой) земель», будет сказано далее.

В теории уголовного права предметом, например, преступления, предусмотренного ст. 239 УК Украины, признают верхний слой земной поверхности в границах зоны аэрации, под которой понимается верхняя толщина земной коры между ее поверхностью и зеркалом грунтовых вод [25, с. 751]. Также под землями в узком смысле в теории понимают верхний грунтовый (почвенный) слой, выполняющий экологические, экономические, культурно-оздоровительные, рекреационные и другие функции [26, с. 642].

В национальном земельном законодательстве употребляются термины «земли» и «грунты». В ст. 1 Закона Украины «Про охрану земель» дается законодательное определение земли как юридической категории. Так, землей признается поверхность суши с почвенным покровом, полезными ископаемыми и иными природными элементами, которые органично соединены и функционируют вместе с ней. В свою очередь, грунт (почвенный покров) определяется как природно-историческое органо-минеральное тело, возникшее на поверхности земной коры и являющееся центром наибольшей концентрации питательных веществ, основой жизни и развития человечества благодаря ценнейшему свойству – плодородности [27].

Таким образом, исходя из смыслового значения этих двух понятий можно утверждать, что они соотносятся как общее и частное. Как закреплено в ст. 19 Земельного кодекса Украины (да-



лее – ЗК Украины), земли Украины по основному целевому назначению подразделяются на следующие категории: земли сельскохозяйственного назначения; земли жилой и общественной застройки; земли природно-заповедного и другого природоохранительного назначения; земли оздоровительного назначения; земли рекреационного назначения; земли историко-культурного назначения; земли лесного фонда; земли водного фонда; земли промышленности, транспорта, связи, энергетики, обороны и другого назначения. Только для некоторой категории земель важное значение имеет их плодородность – земли сельскохозяйственного назначения, земли природно-заповедного и другого природоохранительного назначения, земли рекреационного назначения, земли историко-культурного назначения, земли лесного фонда, земли водного фонда. Хотя при этом законодатель не конкретизирует, в состав каких земель входит почвенный покров как обязательная составляющая. Исходя из этого можно сделать вывод о том, что почвенный покров, как определенная природная субстанция является составляющей земель всех категорий. Но в этой связи необходимо указать, что почвенный покров земель сельскохозяйственного назначения имеет более важное значение для человека, чем земельный покров земель любой иной категории земель.

О почвенном покрове как о предмете преступления конкретно говорится лишь в диспозиции ст. 239-1 УК Украины. Таким образом, смысловые объемы понятий «земли» и «почвенный покров земель» не совпадают. Об этом говорится также в специальных научных исследованиях [28, с. 8]. При этом следует подчеркнуть, что при характеристике юридической категории понятий «земли» и «почвенный покров земель» необходимо учитывать такие показатели, как качественное и количественное состояние как земель, так и почвенного покрова земель.

Действующее земельное законодательство в качестве объектов правовой охраны предусматривает отдельно земли – ст. 162 ЗК Украины и отдельно почву – ст. 168 ЗК Украины. Так, под охраной земель понимается система правовых, организационных, экономических и иных мероприятий, направ-

ленных на рациональное использование земель, предотвращение необоснованному изъятию земель сельскохозяйственного назначения, защите от вредного антропогенного воздействия, воспроизводство и повышение плодотворности и продуктивности почв и т. д. То есть правовой охране подлежат как земли в целом, так и их составляющая – верхний плодородный слой.

В ч. 1 ст. 168 ЗК Украины закреплено, что почвенный покров земельного участка является объектом особой охраны. Поскольку почвенный покров – один из важнейших природных ресурсов, средство и объект труда, главный источник получения продуктов питания, важнейшее достояние государства. Земельный участок, лишенный почвенного покрова, может использоваться только как территориальный базис для строительства жилища, промышленных предприятий, организации отдыха и досуга людей [29, с. 12].

Выводы. Предмет преступления в земельных преступлениях выступает обязательным признаком состава преступления. Особенностью такого предмета является его неоднородность. Так, в зависимости от вида земельного преступления его предметом может быть: 1) земельный участок (ч.ч. 1, 2 ст. 197-1 УК Украины); 2) земли (ст.ст. 239, 239-2, 254 УК Украины); 3) почвенный покров (поверхностный слой) земель (ст. 239-1 УК Украины). При этом каждый из этих предметов характеризуется всеми вышеперечисленными признаками: физическим, юридическим, социальным, экономическим и природным.

Список использованной литературы:

1. Конституція України : Науково-практичний коментар / В.Б. Авер'янов, О.В. Батанов, Ю.В. Баулін та ін. ; Ред. кол. В.Я. Тацій, Ю.П. Битяк, Ю.М. Грошевой та ін. – Харків : Вид-во «Право»; К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 808 с.
2. Никифоров Б.С. Объект преступления по советскому уголовному праву. – М. : Госюриздат, 1960. – 229 с.
3. Трайнин А.Н. Общее учение о составе преступления. – М., 1957. – 363 с.
4. Коржанский Н.И. Объект и предмет уголовно-правовой охраны. – М. : Академия МВД СССР, 1980. – 243 с.

5. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник/ Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. ; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2010. – 456 с.

6. Загородников Н.И. Понятие объекта преступления в советском уголовном праве // Тр. ВЮА, 1951. – Вып. 13. – 347 с.

7. Курс уголовного права: Общая часть. – Т. 1: Учение о преступлении : учебник / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. – М. : ЗЕРЦАЛО, 1999. – 624 с.

8. Наумов А.В. Российское уголовное право: Общая часть. Курс лекций. – М. : Изд-во БЕК, 1996. – 560 с.

9. Трайнин А.Н. Общее учение о составе преступления. – М., 1957. – 363 с.

10. Тацій В.Я. Об'єкт і предмет злочину у кримінальному праві України : навч. посібник. – Харків : УкрЮА, 1994. – 76 с.

11. Панов Н.И. Понятие предмета преступления по советскому уголовному праву// Проблемы правоповедения. Республиканский межведомственный научный сборник. Вып. 45. – К. : Вища школа, 1984. – С. 67-73.

12. Нетеса Н.В. Поняття та ознаки предмета порушення правил охорони або використання надр / Н.В. Нетеса // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 4. – С. 307-311.

13. Гаухман Л.Д. Квалификация преступления: закон, теория и практика / Л.Д. Гаухман. – М. : ЮрИнфоР, 2001. – 316 с.

14. Пинаев А.А. Курс лекций по Общей части уголовного права. Книга первая. – «О преступлении». – Харьков, 2001. – 289 с.

15. Кримінальне право України: Загальна частина : підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. ; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2010. – 456 с.

16. Гавриш С.Б. Кримінально-правова охорона довкілля в Україні. Проблеми теорії, застосування і розвитку кримінального законодавства. – Київ, 2002. – 634 с.

17. Лашук С.В. Предмет злочину в кримінальному праві : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-



виконавче право» / Є.В. Лашук. – К., 2005. – 20 с.

18. Бикмурзин М.П. Предмет преступления: теоретико-правовой анализ / М.П. Бикмурзин. – М. : Юридлитинформ, 2006. – 184 с.

19. Российское уголовное право в 2 т. : Общая часть : учебник / под ред. Л.Б. Иногамовой-Хегай, В.С. Комиссарова, А.И. Рарога. – М. : ТК Велби, Проспект, 2006. – Т.1. – 516 с.

20. Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретико-прикладные исследования : моногр. / Н.А. Лопашенко. – М. : ЛексЭст, 2005. – 408 с.

21. Гуторова Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України : монографія. – Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – 384 с.

22. Економічна енциклопедія. У 3-х т. Т. 3 / Ред. кол.: С.В. Мочерний [та ін.]. – К. : Академія, 2002. – 952 с.

23. Гавриш Н.С. Відповідальність за забруднення та засмічення ґрунтів в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 / Інститут держави і права ім. В.М. Корецького Національної академії наук України. – К., 2001. – 20 с.

24. Титова Н.І. Землі як об'єкт правового регулювання // Право України. – 1998. – № 4. – С. 10-15.

25. Мельник М.І. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / М.І. Мельник, М.І. Хавронюк; 7-ме вид. переробл. та допов. – К. : Юрид. думка, 2010. – 1288 с.

26. Кримінальний кодекс України : Науково-практичний коментар / Ю. В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш [та ін.]; за заг. ред. В. Т. Маляренка, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – видання друге, перероблене та доповнене. – Х. : ТОВ «Одіссей», 2004. – 1152 с.

27. Про охорону земель : Закон України від 19 червня 2003 р. № 962-IV. – Офіційний вісник України. – 2003. – № 29. – Ст. 1431.

28. Сидорова С.В. Правове забезпечення підвищення родючості ґрунтів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06/ С.В. Сидорова. – Харків, 2013. – 20 с.

29. Конишева О.В. Правове забезпечення запобігання деградації земель сільськогосподарського призначення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 / О.В. Конишева. – Х., 2002. – 20 с.

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ КОДЕКСЫ: НЕКОТОРЫЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ

Анна ЯРМОЛА,

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

Summary

This article is devoted to general theoretical and comparative legal research of procedural codes of Ukraine, the Russian Federation, the Republic of Belarus, the Republic of Poland, the Republic of France and the Federal Republic of Germany. On this article conducted a comparative analysis of general and special features of the procedural codes, revealed their technical and technological similarities and differences. Author found out that the procedural codes, as objects of study, adopted in recent decades are not only the result of codification, but recodification and novelization, there is no guarantee of decodification. On this basis, the article characterized the main problems of the procedural codes (objective and subjective) and possible ways of resolving them.

Key words: procedural codes, comparative procedural law.

Аннотация

Статья посвящена общетеоретическому и сравнительно-правовому исследованию процессуальных кодексов Украины, Российской Федерации, Республики Беларусь, Республики Польша, Республики Франция и Федеративной Республики Германия. На основании юридической природы процессуальных кодексов, установленных автором общих и специальных признаков процессуальных кодексов, проводится их сравнительный анализ, выявляются их технико-технологические сходства и различия. Автором установлено, что процессуальные кодексы, как объекты исследования, приняты в последние десятилетия, являются не только результатом кодификации, но и рекодификации и новелизации, часто им присущи смешанный характер, отсутствуют гарантии декодификации. На этом основании в статье характеризуются основные проблемы формирования процессуальных кодексов (объективные и субъективные) и возможные способы их разрешения.

Ключевые слова: процессуальные кодексы, сравнительное процессуальное право.

Постановка проблемы. Развитие современной системы источников права Украины характеризуется наличием значительного количества законов, наиболее истребованными среди которых являются кодексы. В то же время система законодательства и кодексы трансформируются в контексте международных правовых стандартов, сближения нормативно-правовых комплексов регулирования в пределах конкретного типа правовых систем, что вызывает необходимость сравнительно-правовых исследований.

Актуальность темы исследования подтверждается отсутствием отечественных научных разработок по этим вопросам, необходимостью научного анализа вопросов юридической природы процессуальных кодексов, выявления их схожести и различия в пределах континентального права, обеспечения надлежащих условий для создания качественных процессуальных кодексов Украины.

Состояние исследования. Проблематика функционирования кодексов исследовалась в общетеоретических

работах В. Баранова, Р. Берджерона, Е. Гетьман, Р. Кабриака, В. Карташова, Е. Погорелова, Т. Рахманиной, А. Рогача, Ю. Тихомирова, А. Ющюка и других. Однако общетеоретический и сравнительно-правовой анализ процессуальных кодексов в научной литературе отсутствует.

Целью и задачей статьи является установление общих и специальных признаков процессуальных кодексов Украины, Российской Федерации, Республики Беларусь, Республики Польша, Республики Франция и Федеративной Республики Германия, на этом основании сформулировать рекомендации по усовершенствованию процессуальных кодексов Украины.

Новизна данного исследования заключается в выявлении природы процессуальных кодексов, общих и отличительных признаков процессуальных кодексов Украины, Российской Федерации, Республики Беларусь, Республики Польша, Республики Франция и Федеративной Республики Германия (далее – ФРГ), ос-



новых проблем их формирования и возможных способов их разрешения.

Изложение основного материала.

Анализ процессуальных кодексов позволяет выделить как основные их признаки, так и специфические. К основным признакам кодексов относятся: высокая стабильность; возможность регулирования широкого круга вопросов в пределах отрасли или института; наличие сложной, логически четкой организации содержания; высокий уровень унифицированности предписаний; наличие значительной новеллизации содержания; определяет основные параметры институционального или отраслевого нормативно-правового комплекса в пределах предмета правового регулирования. Эти признаки присущи всем кодексам, в том числе и процессуальным.

Таким образом, процессуальный кодекс – это кодифицированный закон, охватывающий основные параметры процессуальных отраслей в пределах их предмета правового регулирования. В то же время, процессуальным кодексам присущи и специфические признаки: они являются необходимой формой реализации норм материального права; осуществления прав и исполнения обязанностей с соответствующими субъектами; определяют правила, регламентирующие процедуру рассмотрения юридических дел; их предписания являются более конкретизированными, нежели материальные; они обеспечивают осуществление правосудия соответствующих видов судопроизводства; регулируют публично-правовые отношения императивными методами.

Действующие в Украине Хозяйственный процессуальный кодекс Украины (1991 год), Гражданский процессуальный кодекс (далее – ГПК) Украины (2004 год), Кодекс административного судопроизводства Украины (2005 год), Уголовный процессуальный кодекс (далее – УПК) Украины (2012 год), в основном, соответствуют специфическим признакам, присущим процессуальным кодексам, но в тоже время, не всегда соответствуют общим для всех кодексов признакам. В частности, трудно называть кодексы высокостабильными законами, если в них внесено более 50 изменений в течении 10 или меньше лет. Вызывает сомнение и высокий уровень унифицированности нормативно-правового материала, поскольку чаще всего это рекодификация или принятие нового закона, названного кодексом. Не безусловным является и приоритетность кодексов в системе нормативно-правовых актов, поскольку она не выводится

из их юридической природы, а определяется законодателем путем установления иерархии источников права. Основопологающий характер кодексов обязывает законодателя к установлению принципов правового регулирования в пределах конкретного судопроизводства. Анализ отечественных кодексов свидетельствует о межотраслевом характере некоторых принципов, а также об увеличении их количества и о четком структурированном нормативно-правовом материале. В то же время, значительная часть предписаний носят междисциплинарный характер или просто дублируются.

Анализ процессуальных кодексов в правовой системе Украины, Российской Федерации, Республики Беларусь, Республики Польша, Республики Франция и ФРГ позволяет сделать вывод о том, что во всех исследованных правовых системах принимаются гражданские процессуальные и уголовные процессуальные кодексы. В то же время, кодексы административного судопроизводства действуют только в Украине и ФРГ, а в Республике Польша действует административно-процессуальный кодекс.

В исследуемой группе кодексов, только в Украине и Республике Беларусь действуют хозяйственные процессуальные кодексы, в то же время в Российской Федерации – арбитражный процессуальный кодекс. В Республике Беларусь действует процессуальный исполнительный кодекс об административных правонарушениях. А в Республике Польша – процессуальный кодекс о проступках.

Анализируя хронологию принятия гражданских процессуальных кодексов, необходимо отметить, что ГПК Республики Польша (1964 год) действует уже около 40 лет; ГПК Республики Беларусь – с 1998 года; ГПК Российской Федерации – с 2001 года; ГПК Украины – с 2004 года; а ГПК Республики Франция и ФРГ – с 2000 года.

Уголовные процессуальные кодексы имеют следующую хронологию: УПК Республики Польша действует с 1997 года; УПК Республики Беларусь – с 1999 года; УПК Российской Федерации – с 2001 года; УПК Республики Франция – с 2005 года; УПК ФРГ – с 2011 года; УПК Украины – с 2013 года.

Анализ изменений в процессуальных кодексах позволяет определить наличие или отсутствие у них такого признака, как высокая стабильность. В частности, в ГПК Республики Польша (1964) внесено 194 изменения; ГПК Республики Беларусь (1998) – 42; ГПК Российской Феде-

рации (2001) – 18; ГПК ФРГ (2005) – 56; ГПК Украины (2004) – 47. В УПК Республики Польша (1997) внесено 83 изменения; УПК Российской Федерации (2001) – 39 изменений; УПК Украины (2013) – 2 изменения. В Хозяйственный процессуальный кодекс Украины (1992 год) внесено 56 изменений; в Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь (1998 год) – 13 изменений. В Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации (2002 год) внесено 11 изменений, Административный процессуальный кодекс Республики Польша (1960 год) – 20 изменений; Кодекс административного судопроизводства Украины (2005 год) – 57 изменений.

Вышеизложенное дает возможность сделать вывод о том, что проанализированным кодексам не всегда присуща высокая стабильность, а наименее стабильными являются процессуальные кодексы Украины.

Сравнительный анализ процессуальных кодексов в отношении такого признака как основополагающий характер, в частности положений, фиксирующих принципы права позволяет зафиксировать следующие выводы: в ГПК Республики Польша нет единого перечня принципов, некоторые из них зафиксированы в отдельных статьях; предупреждения затягивания процесса; разъяснения прав и обязанностей участникам процесса; право стороны на получение копии звукозаписи в случаи отсутствия протокола судебного заседания [1].

Глава 2 ГПК Республики Беларусь посвящена принципам гражданского судопроизводства: осуществление правосудия только судом; единоличное и коллегиальное рассмотрение гражданских дел; независимость судей и подчинение их только закону; равенство граждан перед законом и судом; уважения достоинства личности; право пользования юридической помощью; разъяснения судом участникам гражданского судопроизводства их прав и обязанностей; гласность судебного разбирательства; диспозитивность; состязательность и равенство сторон; выяснение судом действительных обстоятельств дела; разрешения дел на основании законодательства Республики Беларусь; надзор вышестоящих судов за судебной деятельностью; прокурорский надзор в гражданском судопроизводстве; обязательность судебных постановлений [2].

В ГПК Российской Федерации зафиксированы следующие принципы: право на обращение в суд; осуществление правосудия только судами; равенство всех



перед законом и судом; независимость судей; гласность судебного разбирательства; осуществление правосудия на основе состязательности и равноправия сторон; обязательность судебных постановлений [3].

ГПК Украины фиксирует следующие принципы: осуществление правосудия на основании уважения к чести и достоинству; равенство перед законом и судом; гласность и открытость судебного рассмотрения; состязательность сторон; правовой помощи; диспозитивность в гражданском судопроизводстве; обеспечение апелляционного и кассационного обжалования судебных решений; обязательность судебных решений [4].

В ГПК ФРГ отмечается, что основные принципы процессуального кодекса определены Конституцией ФРГ: принципы правового господства; отсылка делается также к ст.6 Европейской Конвенции о защите прав человека, гарантирующей справедливое производство, соответствующее принципам правового государства [5, с. 21].

Анализ уголовно-процессуальных кодексов свидетельствует о том, что наиболее узкий характер основополагающих принципов зафиксирован в УПК Республики Франция – только в отношении запрета наказания дважды за одни и те же деяния. В УПК Республики Польша зафиксировано только несколько принципов: принцип невиновности; право обвиняемого на защиту, в том числе на адвоката; свободное оценивание доказательств в соответствии с принципами здравого смысла, основываясь на знаниях и жизненном опыте.

УПК ФРГ предусматривает принцип правового государства и справедливого уголовного судопроизводства, зафиксированные в Основном законе ФРГ и Европейской Конвенции о защите прав человека. Кроме этого, фиксируются принципы: законности, монополии господства на уголовное преследование (за исключением некоторых деликтов); принцип свободной оценки доказательств; принцип неприкосновенности человеческого достоинства [6, с. 38-39].

Принципы уголовного судопроизводства зафиксированы в Главе 2 УПК Российской Федерации: законность при производстве по уголовному делу; осуществление правосудия только судом; уважение чести и достоинства личности; неприкосновенность личности; охрана прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве; неприкосновенность жилища; тайна переписки;

телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений; презумпция невиновности; состязательность сторон; обеспечение подозреваемому и обвиняемому права на защиту; свобода оценки доказательств; язык уголовного судопроизводства; право на обжалование процессуальных действий и решений [7].

Но наиболее объемный перечень зафиксированный в УПК Украины (22 принципа): верховенство права; законность; равенство перед законом и судом; уважение человеческого достоинства; обеспечение права на свободу и личную неприкосновенность; неприкосновенность жилища или другого личного имущества; презумпция невиновности; невмешательства в частную жизнь; обеспечения права на защиту и другие [8]. При этом часть из них зафиксирована в Конституции Украины, в частности и в разделе права человека и гражданина.

Представляется, что дублирование принципов права не имеет смысла и более того обременяет текст уголовно-процессуального кодекса. Более энергоемким в этом плане оказались УПК Республики Франция и ФРГ, особенно УПК ФРГ, в котором зафиксирована отсылка к принципам права, предусмотренных Конституцией ФРГ и Европейской Конвенцией о защите прав человека.

И хотя фиксация принципов права является необходимой не только для определения направленности правового регулирования, а в случае возникновения коллизий или конкуренций, субъекты правоприменения могли бы принимать решения на основании принципов права. Но для этого принципы права должны не только отражать основополагающие идеи, ценности, но и быть содержательно наполненными.

Не всегда является безусловной и приоритетность кодексов в системе источников права. В процессуальных кодексах Республики Польша, Республики Франция, ФРГ вопрос об источниках права, о приоритетности процессуальных кодексов в их системе не фиксируется вообще. Однако этим вопросам посвящены отдельные предписания в кодексах Украины, Республики Беларусь и Российской Федерации. ГПК Украины к источникам гражданского процессуального права относит: Конституцию Украины, ГПК Украины, Закон Украины «О Международном частном праве». В то же время отмечается, что если международным договором, согласие на обязательность которого предоставлено Верховной Радой Украины,

установленные другие правила, чем те, которые предусмотрены этим кодексом применяются правила международного договора.

ГПК Республики Беларусь предусматривает, что судопроизводство по гражданским делам регулируется Конституцией Республики Беларусь, настоящим кодексом и другими законодательными актами Республики Беларусь [2].

ГПК Российской Федерации к источникам гражданского процессуального права относит: Конституцию Российской Федерации, Федеральный Конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации», настоящий кодекс, федеральные законы, федеральный закон «О мировых судьях Российской Федерации». В кодексе также предусматривается, что если международным договором Российской Федерации установлены иные правила гражданского судопроизводства чем те, которые предусмотрены законом, применяются правила международного договора [3].

Похожей является ситуация и в УПК: отсутствуют упоминания об источниках права в кодексах Республики Франция, ФРГ и Республики Польша. В тоже время УПК Российской Федерации предусматривает что порядок уголовного судопроизводства на территории Российской Федерации устанавливается настоящим кодексом основанным на Конституции Российской Федерации. Общепринятые принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составляющей частью законодательства Российской Федерации регулирующего уголовное судопроизводство. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные настоящим кодексом, то применяются правила международного договора.

УПК Украины к источникам уголовного процессуального права относит Конституцию Украины, УПК Украины, международные договора, согласие на обязательность которых предоставлено Верховной Радой Украины, другие законодательные акты. Уголовное процессуальное законодательство Украины применяется с учетом практики Европейского суда по правам человека. В случаях если положения данного кодекса не регулируют или недостаточно регулируют вопросы уголовного производства, применяются общие принципы уголовного судопроизводства, предусмотренные ст. 7 данного кодекса [8].



Таким образом, можно констатировать, что дублирование источников права, а также их иерархии присуще только постсоветским кодексам. В правовых системах со стабильным правопорядком чаще всего положения об иерархии основных источников права фиксируются в Конституциях или специальных законах, и не дублируются в действующих кодексах или других источниках права. Исследование процессуальных кодексов свидетельствует о том, что структурная организация в основном отвечает технико-технологическим требованиям, в частности структурно-реквизитным. Все анализируемые кодексы состоят из глав, разделов, статей, переходных положений и прочее.

УПК Украины состоит из 11 разделов, 46 глав, 614 статей; ГПК Украины – из 11 разделов, глав, параграфов, 419 статей; Кодекс административного судопроизводства Украины – из 8 разделов, глав, параграфов, 280 статей; Хозяйственно-процессуальный кодекс – из 15 разделов, 129 статей.

УПК Российской Федерации состоит из 6 частей, 19 разделов, 57 глав, 475 статей; ГПК Российской Федерации – из 7 разделов, 4 подразделов, 47 глав, 446 статей; Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации – из 7 разделов, 37 глав, 332 статей.

УПК Республики Польша состоит из 15 глав, 75 разделов, 668 статей, параграфов; ГПК Республики Польша – из книг, титулов, частей, глав, разделов, 1217 статей, параграфов; Административно-процессуальный кодекс Республики Польша – из 10 глав, разделов, 269 статей, параграфов; Процессуальный кодекс об совершении проступков состоит из 13 глав, 20 разделов, 119 статей, параграфов.

УПК Республики Беларусь состоит из 3 частей, 16 разделов, 58 глав, 520 статей; ГПК Республики Беларусь – из 11 разделов, 42 глав, параграфов, 566 статей, дополнений; Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь – из 4 разделов, 38 глав, 407 статей и дополнений; Процессуальный исполнительный кодекс об административных правонарушениях – из 2 частей, 5 разделов, 23 глав, 231 статей, дополнений.

УПК Республики Франции состоит из титула, общего титула, 6 книг, титулов, разделов, 934 статей; ГПК Республики Франции – из 6 книг, титулов, глав, разделов, 1511 статей.

УПК ФРГ состоит из 8 частей, глав, 459 статей; ГПК ФРГ – из 11 книг, разделов, титулов, 1109 статей и дополнений;

Кодекс административного судопроизводства – из 5 частей, глав, 195 статей.

Сходство состоит в том, что во всех исследуемых кодексах имеются общие положения, нумерация статей или иных структурных составляющих. Наиболее распространенным способом нумерации является цифровая, иногда для обозначения используются буквы.

В процессуальных кодексах Республики Польша, Республики Франции, ФРГ, Российской Федерации в целом и Хозяйственном процессуальном кодексе Украины в частности не используется переходные положения за исключением Административно-процессуального кодекса Республики Польша. В процессуальных кодексах Республики Беларусь используются заключительные положения.

В процессуальных кодексах Республики Польша, Республики Франция, а также в кодексе Административного судопроизводства ФРГ отсутствуют названия статей, в процессуальных кодексах Украины, Российской Федерации, Республики Беларусь, ФРГ статьи имеют названия

Выводы. На основании сравнительного анализа можно сделать выводы о том, что процессуальным кодексам в основном присуща схожесть. В то же время существуют и определенные различия. В частности, это структурно-реквизитные различия; отличие в определении места процессуальных кодексов в иерархии источников права; основополагающих положений и прочее.

В то же время, кодексы Республики Франции, ФРГ и Республики Польша являются более стабильными, а кодексы Украины, Российской Федерации, Республики Беларусь более подвергающимися изменениям.

Все процессуальные кодексы принятые в последние десятилетия, являются не только результатом кодификации, но и рекодификации и новеллизации, часто им присущий смешанный характер, отсутствуют гарантии декодификации.

Все это обусловлено и объективными и субъективными причинами, в частности, стремительным развитием общественных отношений, влиянием на национальное правовое регулирование международных правовых стандартов, иногда - нарушением правил и технико-технологических требований, предъявляемых к кодифицированным актам.

Среди основных способов преодоления указанных дефектов представляется необходимым: создание соответствующих нормативных актов, фиксирующих технико-технологические требования и

правила создания источников права, в частности и кодексов; подготовка юристов – нормопроектантов, способных создавать качественные законы, в частности кодексы.

Список использованной литературы:

1. Гражданский процессуальный кодекс Республики Польша. [Электронный ресурс]: Polskie kodeksy. Kodeks postępowania cywilnego. Режим доступа: <http://kodeks.ws/kodeksy.htm>, свободный. – Загл. с экрана.

2. Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь. [Электронный ресурс]: Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь. Режим доступа: <http://pravo.by/main.aspx?guid=6361>, свободный. – Загл. с экрана.

3. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации. [Электронный ресурс]: Официальный сайт компании "КонсультантПлюс. Режим доступа: <http://www.consultant.ru/popular/gpkrf/>, свободный. – Загл. с экрана.

4. Гражданский процессуальный кодекс Украины. [Электронный ресурс]: Офіційний веб-портал Верховної Ради України. Законодавство. Режим доступа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>, свободный. – Загл. с экрана.

5. Давтян А.Г. Гражданское процессуальное право Германии. – М.: Городец-издат., 2000. – 320 с.

6. Головненков Павел, Спица Наталья. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия – Strafprozessordnung (StPO). Научно-практический комментарий и перевод текста закона со вступительной статьей профессора Уве Хелльманна «Введение в уголовно-процессуальное право ФРГ». – Universitätsverlag Potsdam, 2012. – 405с.

7. Уголовно процессуальный кодекс Российской Федерации. [Электронный ресурс]: Официальный сайт компании «КонсультантПлюс». Режим доступа: <http://www.consultant.ru/popular/upkrf/>, свободный. – Загл. с экрана.

8. Уголовный процессуальный кодекс Украины. [Электронный ресурс]: Офіційний веб-портал Верховної Ради України. Законодавство. Режим доступа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>, свободный. – Загл. с экрана.



ОБЩИЕ НАЧАЛА НАЗНАЧЕНИЯ НАКАЗАНИЯ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ, РОССИИ И МОЛДОВЫ

Андрей ЯЩЕНКО,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовно-правовых дисциплин факультета права и массовых коммуникаций Харьковского национального университета внутренних дел

Summary

Based on analysis of regulations of the Criminal Code of Ukraine, Russia and Moldova, which fixed general principles of assignment of punishment, and the relevant doctrinal viewpoints draws conclusions aimed at improving the legislative regulation of Article 65 of the Criminal Code of Ukraine. It is noted that the legislative regulations of Article 65 of the Criminal Code of Ukraine contains certain provisions that cannot claim the role of the general principles of assignment of punishment. In particular, the norm of paragraph 1 of Part 1 of Article 65 of the Criminal Code of Ukraine in respect of «exceptional cases provided by the second part of Article 53 of Criminal Code of Ukraine», parts 3, 4 and 5 – relate to special rules of assignment of punishment, that expedient to regulate in a single generalized norm of the Criminal Code. Indicated that legislative regulation Art. 75 of the Criminal Code of the Republic of Moldova, in this aspect, is more successful, because the provisions of this article really fixate general principles of assignment of punishment. Considering in this regard, the experience of the Moldavian lawmakers proposed adjusted wording of legal regulations of general principles of assignment of punishment in the Criminal Code of Ukraine.

Key words: general principles of assignment of punishment, assignment of punishment.

Аннотация

На основании анализа предписаний УК Украины, России и Молдовы, закрепляющих общие начала назначения наказания, а также соответствующих доктринальных точек зрения, формулируются выводы, направленные на усовершенствование законодательной регламентации ст. 65 УК Украины. Отмечается, что законодательные предписания ст. 65 УК Украины содержат отдельные положения, которые не могут претендовать на роль общих начал назначения наказания. В частности, положения пункта 1 части 1 статьи 65 УК Украины, в отношении «исключительных случаев, предусмотренных частью второй статьи 53 УК Украины», части 3, 4 и 5 – следует относить к специальным правилам назначения наказания, которые целесообразно регламентировать в отдельной обобщенной норме УК Украины. Указывается, что законодательная регламентация ст. 75 УК Республики Молдова, в рассматриваемом аспекте, более удачна, поскольку положения данной статьи, за исключением отдельных моментов, действительно закрепляют общие начала назначения наказания. Учитывая, в этой связи, опыт Молдавского законодателя, предлагается уточненная редакция законодательных предписаний, предусмотренных ст. 65 УК Украины.

Ключевые слова: общие начала назначения наказания, назначение наказания.

Постановка проблемы и ее актуальность. Назначение наказания составляет важнейшую функцию суда. Этим актом завершается осуждение лица, признанного виновным и подлежащим наказанию. Порядок и особенности назначения наказания в УК Украины предусмотрены в разделе XI его Общей части и постановлении Пленума Верховного Суда Украины № 7 от 24.10.2003 г. «О практике назначения судами наказания» [15, с. 203]. В УК Республики Молдова подобные законодательные предписания закреплены в статье 75, а в УК РФ – в статье 60. Общие начала назначения наказания являются гарантией справедливого и целесообразного наказания. Они способствуют соблюдению требований закона при выборе индивидуального наказания конкретному лицу за конкретное преступление [15, с. 203, 205].

Исследование установленных законом общих начал назначения наказания обуславливает решение вопроса, связанного с определением перечня этих начал. Использование сравнительно-правового

метода может содействовать выяснению данного вопроса, а выявление общих положительных и негативных характеристик – учету в дальнейшем возможном совершенствовании законодательных предписаний, предусмотренных ст. 65 УК Украины.

Состояние исследования. В теории уголовного права вопросы, связанные с общими началами назначения наказания, рассматривались в работах известных украинских и российских ученых, в частности: М. И. Бажанова, Е. В. Благова, О. О. Дудорова, Д. С. Дядькина, В. В. Полтавец, О. В. Кривенкова, В. В. Мальцева, Т. В. Непомнящей, Н. Н. Становского, В. И. Тютюгина и многих других. Труды указанных авторов и стали научно-теоретической базой данного исследования.

Цель данной статьи заключается в осуществлении сравнительно-правового анализа законодательных предписаний УК Украины, России и Молдовы, закрепляющих общие начала назначения наказания, и выработке на этом основании выводов, направленных на усовершен-

ствование законодательной регламентации ст. 65 УК Украины. Указанная цель обусловила постановку и решение таких задач: 1) провести анализ законодательных предписаний, закрепляющих общие начала назначения наказания в УК Украины, России и Республики Молдова; 2) выявить недочеты законодательной регламентации ст. 65 УК Украины; 3) обозначить возможные варианты уточнения текстуального изложения положений ст. 65 УК Украины.

Изложение основного материала. В УК Республики Молдова общие начала назначения наказания находят свое воплощение в ст. 75, в соответствии с которой лицу, признанному виновным в совершении преступления, назначается справедливое наказание в пределах, предусмотренных Особенной частью УК, и в строгом соответствии с положениями его Общей части. При назначении вида и срока наказания судебная инстанция учитывает тяжесть совершенного преступления, его мотивы, личность виновного, обстоятельства дела, которые смягчают



или отягчают ответственность, влияние примененного наказания на исправление и перевоспитание виновного, а также условия жизни его семьи. Более строгое наказание из числа альтернативных, предусмотренных за совершение преступления, назначается только в случае, если более мягкое из указанных не обеспечит достижения цели наказания. За совершение незначительного преступления или преступления средней тяжести наказание в отношении несовершеннолетнего применяется только после установления того, что применение принудительной меры воспитательного характера оказалось недостаточным для исправления несовершеннолетнего [16].

Схожие законодательные предписания, как мы уже отмечали, содержатся и в УК РФ. Так, согласно части 1 ст. 60 УК РФ лицу, признанному виновным в совершении преступления, назначается справедливое наказание в пределах, предусмотренных соответствующей статьей Особенной части УК, и с учетом положений его Общей части. Более строгий вид наказания из числа предусмотренных за совершенное преступление назначается только в случае, если менее строгий вид наказания не сможет обеспечить достижение целей наказания. В части второй ст. 60 УК РФ установлено, что более строгое наказание, чем предусмотрено соответствующими статьями Особенной части УК за совершенное преступление, может быть назначено по совокупности преступлений и по совокупности приговоров в соответствии со статьями 69 и 70 УК РФ. Основания для назначения менее строгого наказания, чем предусмотрено соответствующей статьей Особенной части УК за совершенное преступление, определяются статьей 64 данного Кодекса. Частью третьей ст. 60 УК РФ регламентировано, что при назначении наказания учитываются характер и степень общественной опасности преступления, личность виновного, в том числе обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, а также влияние назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи [17].

Анализируя положение ст. 60 УК РФ, отдельные российские ученые обращают внимание на то, что не все правила, установленные в данной статье уголовного закона, можно отнести к общим началам назначения наказания. Так, по мнению Е. В. Благова, с одной стороны, не

все, что названо в ст. 60 УК РФ, действительно следует относить к общим началам, а с другой – не все правила назначения наказания, способные претендовать на роль таких начал, в ней отображены. Прежде всего, вряд ли правильно включать в общие начала положения ст. 60 УК РФ о том, что а) «лицу, признанному виновным в совершении преступления, назначается справедливое наказание»; б) «более строгое наказание... может быть назначено... в соответствии со статьями 69 и 70... Основания для назначения менее строгого наказания... определяются статьей 64...»; в) «при назначении наказания учитываются характер... общественной опасности преступления... а также влияние назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи». Природа указанных положений закона совсем иная и применяться они должны несколько в другом ранге [2, с. 312]. С другой стороны, отмечает исследователь, в ст. 60 УК РФ не предусмотрено одно типовое правило назначения наказания, которое при правильном применении санкции норм уголовного права не может не соблюдаться. Дело в том, что в санкциях статей Особенной части уголовного законодательства устанавливаются не только пределы, но и характер назначения наказания. То есть в санкциях четко предписывается, в качестве основного или дополнительного должно назначаться соответствующее наказание, а если – в качестве дополнительного, то обязательного или факультативного. Все это нужно выполнять независимо от особенностей данного преступления. Следовательно, в законе целесообразно указать на точное соблюдение характера определения соответствующего наказания в конкретной статье Особенной части УК как общее начало назначения наказания [2, с. 320-321]. Д. С. Дядькин, в данном аспекте указывает, что, во-первых, назначение справедливого наказания не относится к общим началам, поскольку является целью и результатом соблюдения всех правил назначения наказания. Во-вторых, такое установленное в законе общее правило как учет при назначении наказания обстоятельства, влияющих на исправление осужденного и на условия жизни его семьи вообще, следует исключить из текста уголовного закона [3, с. 190-191, 307-315]. В. В. Мальцева считает, что вряд ли можно признать общим началом назначения наказания положение о том, что более

строгий вид наказания из числа предусмотренных за совершенное преступление назначается лишь в случае, если менее строгий вид наказания не сможет обеспечить достижение целей наказания. Хотя данное положение и записано в ч. 1 ст. 60 УК РФ, сфера его использования уже (только при применении норм с альтернативными санкциями), чем в общих началах. Поэтому оно по сравнению с последними ближе к специальным правилам назначения наказания [10, с. 499]. О. В. Кривенков, классифицируя правила, содержащиеся в ст. 60 УК РФ отмечает, что, по степени их значимости и роли при назначении наказания, данные правила можно разделить на три большие группы: 1) правила, обязывающие суд выявлять обстоятельства, без наличия которых вообще невозможно привлечение лица к уголовной ответственности и назначение любого наказания – это базовые, методологические общие начала назначения наказания; 2) правила, обязывающие суд выявлять обстоятельства, характеризующие сущность совершённого деяния (его характер и степень общественной опасности), личность виновного, обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, то есть такие правила, в соответствие с которыми осуществляется индивидуализация наказания, и которые должны применяться по всем уголовным делам; 3) правила, обязывающие суд выявлять обстоятельства, наличие которых требует от суда не выходить при назначении наказания за определённые пределы или, наоборот, увеличить пределы санкции соответствующей статьи Особенной части Уголовного кодекса – это так называемые специальные правила назначения наказания. В каждой из указанных групп происходит деление на подгруппы и отдельные правила, применяемые судом при назначении наказания [4, с. 49].

Представляется, что указанные точки зрения вынуждают задуматься в данном аспекте и украинских специалистов, поскольку законодательные положения ст. 65 УК Украины, закрепляющие общие начала назначения наказания, хотя и имеют свои отличительные характеристики, в то же время, во многом является схожими с подобными законодательными предписаниями ст. 60 УК РФ и ст. 75 УК Республики Молдова. Согласно ст. 65 УК Украины суд назначает наказание: 1) в пределах, установленных в санкции статьи (санкции части статьи) Особенной части УК,



предусматривающей ответственность за совершенное преступление, за исключением случаев, предусмотренных частью второй статьи 53 этого Кодекса; 2) в соответствии с положениями Общей части УК; 3) учитывая степень тяжести совершенного преступления, личность виновного, обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание. Лицу, совершившему преступление, должно быть назначено наказание, необходимое и достаточное для его исправления и предупреждения новых преступлений. Более строгий вид наказания из числа предусмотренных за совершенное преступление назначается лишь в случае, если менее строгий вид наказания будет недостаточен для исправления лица и предупреждения совершения им новых преступлений. Основания для назначения более мягкого наказания, чем это предусмотрено соответствующей статьей Особенной части данного Кодекса за совершенное преступление, определяются статьей 69 УК. Более строгое наказание, чем предусмотрено соответствующими статьями Особенной части УК за совершенное преступление, может быть назначено по совокупности преступлений и по совокупности приговоров согласно статьям 70 и 71 этого Кодекса. В случае утверждения приговором соглашения о примирении или о признании вины суд назначает наказание, согласованное сторонами соглашения [9]. В этой связи, следует согласиться с точкой зрения Е. В. Благова, согласно которой в ч. 2 в. 60 УК РФ (ч. 3 и 4 ст. 65 УК Украины – вст. наш. А. Я.) законодатель делает ссылку на соответствующие статьи, в которых специально регламентируется назначение наказания в отдельных случаях совершения преступления. Отсюда очевидно, что сами положения о назначении более или менее строгого наказания общими началами в действительности не является [2, с. 313]. Подобные взгляды, кстати, разделяют и отдельные украинские исследователи. В частности, А. А. Пинаев отмечает, что ссылки в некоторых источниках на ст. ст. 70 и 71 УК Украины, дающих якобы право выйти за верхнюю границу санкции статьи, неточны, поскольку в этих нормах речь идет не о назначении наказания в пределах, установленных в санкции статьи, предусматривающей ответственность за совершенное преступление, а о назначении наказания по совокупности преступлений или совокупности приговоров [11, с. 360], то есть о специальных

началах назначения наказания. Следовательно, вряд ли можно согласиться с Д. С. Дядькиным в том, что выход правоприменителя за пределы наказания при совокупности преступлений или приговоров лишь детализирует такое общее правило, как назначение наказания в пределах санкции статьи Особенной части УК РФ [3, с. 191]. Заслуживает также поддержки и предложение Е. В. Благова указать в законе на точное соблюдение характера определения соответствующего наказания в конкретной статье Особенной части УК как общее правило назначения наказания [2, с. 320-321]. С другой стороны, нельзя согласиться с вышеприведенной позицией В. В. Мальцева. Действительно соответствующее законодательное положение (в УК Украины это ч. 2 ст. 65 – вст. наш. А. Я.) может быть использовано лишь при применении норм с альтернативными санкциями, однако норм с подобными санкциями значительно больше в уголовном законодательстве, как Российской Федерации, так и Украины, и Республики Молдова, по сравнению с другими разновидностями уголовно-правовых санкций. Более того, их перечень постоянно расширяется, что является объективным процессом, предопределенным гуманизацией действующего уголовного законодательства.

Анализ украинских учебников по уголовному праву, применительно к рассматриваемому вопросу, позволяет сделать вывод о том, что в подавляющем большинстве случаев в перечень общих начал украинские ученые традиционно включают такие правила назначения наказания: 1) в пределах, установленных в санкции статьи (части статьи) Особенной части УК, предусматривающей ответственность за совершенное преступление; за исключением случаев, предусмотренных частью второй ст. 53 этого Кодекса; 2) в соответствии с положениями Общей части УК; 3) учитывая степень тяжести совершенного преступления, личность виновного и обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание [7, с. 252; 6, с. 322-324; 11, с. 357-361; 18, с. 311-313; 13, с. 202-205; 15, с. 205]. Предписания же части 3, 4 и 5 статьи 65 УК Украины, по их мнению, лишь детализируют соответствующие пункты ч. 1 этой статьи. Представляется, что такой подход не может быть признан удачным. Вызывает возражение в анализируемом аспекте и точка зрения М. И. Коржанского, по мне-

нию которого в ст. 65 УК Украины определены такие общие начала назначения наказания:

1. законность – наказание назначается в пределах, установленных статьей, предусматривающей ответственность за совершенное преступление, в точном соответствии с положениями Общей части УК;

2. справедливость – назначенное наказание соответствует правосознанию судей и граждан нашего государства – их оценке тяжести преступления, опасности преступника и соответствия назначенного ему наказания. Вообще справедливость наказания – это соответствие тяжести наказания тяжести преступления, то есть – мера наказания должна отвечать мере совершенного. Наши предки понимали это просто – глаз за глаз, зуб за зуб;

3. Личность (индивидуализация) – наказание требует учитывать:

а) характер и степень общественной опасности совершенного преступления, важность, общественную ценность объекта посягательства, тяжесть причиненного вреда; форму вины, мотив и способ совершения преступления;

б) личность виновного – его возраст, образование, профессию, предыдущее общественное поведение, отношение к труд, к учебе, участие в общественной жизни;

в) обстоятельства, смягчающие и отягчающие ответственность.

Не могут быть признаны общими началами назначения наказания его обоснованность, необходимость и целесообразность [5, с. 377]. Исследователем в данном случае отождествлены принципы назначения наказания с общими началами назначения наказания, с чем вряд ли можно согласиться. М. И. Бажанов по этому поводу отмечал, что принципы и общие начала назначения наказания – это самостоятельные категории уголовного права, находящиеся в определенном соотношении между собой и требующие самостоятельного рассмотрения [1, с. 74].

Таким образом, опираясь на положения ст. 75 Республики Молдова, точки зрения указанных российских исследователей, в частности Е. В. Благова, выходя из специфики законодательной регламентации ст. 65 УК Украины, отметим, что в перечень общих начал необходимо включать такие правила: 1) суд назначает наказание в пределах, установленных в санкции статьи (санкции части статьи) Осо-



бенной части УК и в точном соответствии с характером его определения в статье Особенной части УК; 2) в соответствии с положениями Общей части УК; 3) с учетом степени общественной опасности совершенного уголовного правонарушения, личности виновного, обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание; 4) с учетом того, что более строгий вид наказания из числа предусмотренных за совершенное уголовное правонарушение назначается лишь в случае, если менее строгий вид наказания будет недостаточен для достижения целей наказания. Все другие положения, предусмотренные ст. 65 УК Украины, в частности, в п. 1 ч. 1 этой статьи относительно исключительных случаев, предусмотренных частью второй ст. 53 УК Украины, ч. 3, 4 и 5, – следует относить к специальным началам назначения наказания, которые целесообразно регламентировать в отдельной обобщенной статье УК Украины. Подобный подход находит свою поддержку и среди отдельных украинских специалистов, ранее занимавшихся подобной проблематикой [12; 14]. При этом по степени роли при назначении наказания их, как отмечает О. В. Кривенков, можно разделить на две группы: 1) базовые методологические общие начала назначения наказания (то есть первое, второе и четвертое указанное правило); 2) правила, в соответствии с которыми осуществляется индивидуализация наказания по всем уголовным производствам (третье правило) [4, с. 49].

Выводы. На основании вышеизложенного, ст. 65 УК Украины может иметь такую редакцию: «Статья 65. Общие начала назначения наказания

1. Суд назначает наказание:

1) в пределах, установленных в санкции статьи (санкции части статьи) Особенной части настоящего Кодекса, а также в точном соответствии с характером его определения в статье Особенной части настоящего Кодекса;

2) в соответствии с положениями Общей части настоящего Кодекса;

3) с учетом степени общественной опасности совершенного уголовного правонарушения, личности виновного, обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание.

2. Более строгий вид наказания из числа предусмотренных за совершенное уголовное правонарушение назначается лишь в случае, если менее строгий вид наказания будет недостаточен для достижения цели наказания».

Список использованной литературы:

1. Бажанов М. И. Избранные труды / М. И. Бажанов; [сост.: В. И. Тютюгин, А. А. Байда, Е. Б. Харитонова, С. Б. Шевченко; отв. ред. В. Я. Тацій]. – Х.: Право, 2012. – 1244 с.

2. Благов Е. В. Применение уголовного права (теория и практика): монография / Е. В. Благов. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – 505 с.

3. Дядькин Д. С. Теоретические основы назначения уголовного наказания: алгоритмический подход: монография / Д. С. Дядькин. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – 510 с.

4. Кривенков О. В. Общие начала назначения наказания по российскому уголовному праву: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Кривенков Олег Владимирович. – М., 2001. – 172 с.

5. Кримінальне право і законодавство України. Частина загальна: [курс лекцій] / За ред. М. Й. Коржанського. – К.: Атіка, 2001. – 432 с.

6. Кримінальне право України. Загальна частина: [підручник] / [М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.]; за ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – Київ-Харків: «Юрінком Інтер-Право», 2002. – 416 с.

7. Кримінальне право України. Загальна частина: [підручник] / [Ю. В. Александров, В. І. Антипов, М. В. Володько та ін.]; за ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. – [3-тє вид.]. – К.: «Юридична думка», 2004. – 352 с.

8. Кримінальне право. Загальна частина: [підручник] / За ред. А. С. Беніцького, В. С. Гусласького, О. О. Дудорова, Б. Г. Розовського. – К.: «Істина», 2011. – 1112 с.

9. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III; ред. від 01.01.2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page3>. – Заголовок з екрану.

gov.ua/laws/show/2341-14/page3. – Заголовок з екрану.

10. Мальцев В. В. Принципы уголовного права и их реализация в правоприменительной деятельности: монография / В. В. Мальцев. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – 694 с.

11. Пинаев А. А. Курс лекций по Общей части уголовного права: [курс лекций] / А. А. Пинаев. – Х.: «Харьков юридический», 2005. – 664 с.

12. Полтавець В. В. Загальні засади призначення покарання та їх кримінально-правове значення: автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / В. В. Полтавець; Інститут держави і права імені В. М. Корецького. – Київ, 2005. – 24 с.

13. Савченко А. В. Сучасне кримінальне право України: [курс лекцій] / А. В. Савченко, В. В. Кузнецов, О. Ф. Штанько. – К.: Вид. ПИЛИВОДА А. В., 2005. – 640 с.

14. Сахарук Т. В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним правом України та зарубіжних країн: порівняльний аналіз: автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Т. В. Сахарук; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – Київ, 2006. – 20 с.

15. Уголовное право Украины. Общая и Особенная части: [учебник] / Отв. ред. Е. Л. Стрельцов. – Х.: ООО «Одиссей», 2006. – 720 с.

16. Уголовный кодекс Республики Молдова: Закон Республики Молдова 18.04.2002 г.; ред. от 23.12.2009 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://legislationline.org/ru/documents/action/popup/id/14700/preview>.

17. Уголовный кодекс Российской Федерации: Закон Российской Федерации 13.06.1996 г.; ред. от 02.07.2013 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/popular/ukrf/>. – Заголовок с экрана.

18. Фріс П. Л. Кримінальне право України. Загальна частина: [підручник] / П. Л. Фріс. – К.: «Атіка», 2004. – 488 с.