

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ДНІПРОПЕТРОВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ОЛЕСЯ ГОНЧАРА

Юридичний факультет

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ
ВІТЧИЗНЯНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ**

Науковий збірник

Випуск 6

2015

РЕЦЕНЗЕНТИ:

Берназ Василь Дмитрович – доктор юридичних наук, професор

Фролова Олена Григорівна – доктор юридичних наук, професор

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Головний редактор:

Соколенко Ольга Леонідівна – доктор юридичних наук, професор

Заступник головного редактора:

Корнякова Тетяна Всеволодівна – доктор юридичних наук, доцент

Відповідальний секретар:

Чукаєва Вероніка Олександрівна – кандидат історичних наук, доцент

Члени редакційної колегії:

Алексєєнко Ігор Григорович – доктор політичних наук, кандидат юридичних наук, доцент

Антонов Костянтин Володимирович – доктор юридичних наук, професор

Биргеу Михайло Михайлович – доктор юридичних наук, професор (Республіка Молдова)

Богатирьов Іван Григорович – доктор юридичних наук, професор

Богатирьова Ольга Іванівна – доктор юридичних наук, професор

Бондаренко Наталія Леонідівна – доктор юридичних наук, професор (Республіка Білорусь)

Гошовський Володимир Сергійович – доктор юридичних наук

Грабильніков Анатолій Васильович – кандидат юридичних наук, доцент

Ємельянов Володимир Павлович – доктор юридичних наук, професор

Калашников Віктор Михайлович – доктор історичних наук, кандидат юридичних наук, професор

Кулієв Ібрагим Орудж огли – доктор юридичних наук, професор (Азербайджанська Республіка)

Марков Карло Анатолійович – доктор історичних наук, професор

Мудрисєвська Людмила Михайлівна – кандидат юридичних наук, кандидат філософських наук, доцент

Негодченко Олександр Володимирович – доктор юридичних наук, професор

Поляков Сергій Іванович – кандидат історичних наук, доцент

Приймаченко Дмитро Володимирович – доктор юридичних наук, професор

Пушкіна Олена Вікторівна – доктор юридичних наук, доцент

Тертишник Володимир Митрофанович – доктор юридичних наук, професор

Халімон Сергій Іванович – доктор юридичних наук, професор

Шуба Борис Володимирович – доктор юридичних наук

Юзікова Наталія Семенівна – кандидат юридичних наук, доцент

Науковий збірник містить статті, що висвітлюють питання з різних галузей права. Видання розраховане на викладачів юридичних факультетів вищих навчальних закладів, а також осіб, які цікавляться питаннями розвитку юридичної науки в Україні.

*Зміст наукових праць не завжди збігається
з точкою зору редакційної колегії.*

**Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet рішенням вченої ради
Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара
(Протокол № 13 від 16.06.2015 р.)**

Офіційний сайт: apnl.dnu.in.ua

Засновник: Дніпропетровський національний університет імені Олеся Гончара
Свідоцтво про державну реєстрацію
друкованого засобу масової інформації – серія КВ № 21220-11020Р
від 23.01.2015 р. видане Державною реєстраційною службою України

НАПРЯМ 1. ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.11

Заморська Л. І.,

доктор юридичних наук, доцент,

*доцент кафедри теорії та філософії права юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

ФУНКЦІЇ ПРАВА: ЗМІСТОВНО-ТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ

FUNCTIONS OF LAW: SUBSTANTIVE AND THEORETICAL ANALYSIS

У статті розглянуто найбільш актуальні питання загальнотеоретичного змісту функцій права. Визначено їх поняття, особливості, а також специфіку регулятивної й охоронної функцій.

***Ключові слова:** функції права, функціонування права, регулятивна й охоронна функції права, особливості функцій права.*

В статье рассматриваются наиболее актуальные вопросы общетеоретического содержания функций права. Определяется их понятие, особенности, а также специфика регулятивной и охранительной функций.

***Ключевые слова:** функции права, функционирование права, регулятивная и охранительная функции права, особенности функций права.*

The article deals with the most pressing issues of general theoretical content rights functions. Determine their concept, characteristics and specifics of regulatory functions and security law.

***Key words:** law functions, operation of law, regulation and security functions of law, especially the law functions.*

Питання про сутність права та його призначення в житті суспільства безпосередньо пов'язане з його функціями. У свою чергу варто визнати, що саме правові функції відображають легітимність діючої влади, загальносоціально спрямованість діяльності держави, оскільки право покликане забезпечувати інтереси всіх членів суспільства й кожного з них зокрема. Отже, право повинно бути найбільш ефективним соціальним регулятором, визначати можливість й обов'язкову поведінку в цьому суспільстві.

У такий спосіб право справляє безпосередньо позитивний вплив на поведінку суб'єктів правовідносин та на систему суспільних відносин у цілому,

а це у свою чергу відображають такі функції права, як регулятивна, охоронна, виховна, функція переконання, примусу та інші.

Як зазначають сучасні юристи-науковці, право за своєю природою покликане в суспільстві узгоджувати протилежні інтереси різних соціальних суб'єктів, сприяти вирішенню різних соціальних суперечностей, примушуючи сторони шукати компроміси, укладати угоди тощо [1, с. 10–15].

У літературі поняття «функція» використовується в різних значеннях. Так, у біології функція – це специфічна діяльність органу чи всього організму (функція печінки, жовчного міхура тощо). В інших науках функція – це напрям дії якої-небудь системи (наприклад, у кібернетиці).

Отже, термін «функція» досить багатовимірний, він придатний для характеристики будь-яких динамічних структур [2, с. 49]. Це зумовлено специфікою пізнавальних завдань тих наук, у яких його використовують (математика, біологія, соціологія, юриспруденція). Однак у більшості випадків із функцією пов'язується спрямований вплив системи (структури, цілого) на певні сторони зовнішнього середовища.

У юридичній науці поняття «функція» характеризує соціальну роль насамперед самого права. Величезний досвід активного використання поняття «функція права» сьогодні не дає змоги констатувати наявність єдиної точки зору на цю проблему. Якщо синтезувати численні погляди, то можна зробити висновок, що під функцією права розуміють або соціальне призначення права, або його напрями правового впливу на суспільні відносини, або і те, і інше разом.

У зв'язку із цим треба акцентувати увагу на недоцільності ототожнення напрямів правового впливу із соціальним призначенням права або протиставлення їх і навпаки. Розкриваючи зміст якої-небудь функції права, необхідно постійно мати на увазі зв'язок призначення права з напрямками його впливу та, навпаки, визначеність останніх призначенням права.

Соціальне призначення права, як зазначалося, зумовлюється потребами суспільного розвитку, відповідно до яких створюються закони, спрямовані на закріплення певних відносин, їх регулювання чи охорону.

Функція права – це прояв його іманентних, специфічних якостей, інакше кажучи, це основний напрям впливу права на суспільні відносини з метою їх впорядкування та врегулювання. У функції акумулюються якості права, що постають із його якісної самостійності як соціального феномена [3, с. 155]. Проблема дослідження функцій права у вітчизняній юридичній літературі пов'язана з ім'ям видатного правознавця В.Ф. Погорілка [4, с. 6–14].

Серед якісних характеристик функцій права на увагу передусім заслуговують, на нашу думку, такі:

1) функція права зумовлена його сутністю й визначається призначенням у суспільстві. Водночас функція не є лише проявом іманентних якостей сутності, її не можна розглядати тільки як їх «проекцію». Не можна механіч-

но зв'язувати функції й сутність права; функція права має певний ступінь незалежності;

2) функція характеризує напрям необхідного впливу права на суспільні відносини, тобто такого впливу, без якого суспільство на цьому етапі розвитку не може існувати (регулювання, охорона, закріплення певного виду суспільних відносин);

3) функція виражає найбільш суттєві, головні риси права та спрямована на здійснення завдань, що стоять перед правом на цьому етапі його розвитку;

4) функція права являє собою, як правило, напрям його активної дії, тому однією з важливих її ознак є динамізм;

5) постійність як необхідна ознака функції права характеризує стабільність, безперервність, досить тривалу її дію. Функція постійно властива праву, проте це не означає, що незмінними залишаються механізм і форми її здійснення, які змінюються й розвиваються відповідно до потреб практики.

Для того щоб чіткіше усвідомити поняття «функція права», треба визначити, у чому полягає її відмінність від таких близьких за змістом юридичних категорій, як «роль права», «завдання права» та «функціонування права».

Термін «роль права» вказує на значення права в житті суспільства, держави взагалі або на певному етапі їх розвитку. Відповідаючи на питання, якою була (чи буде) роль права на тому чи іншому етапі, для вирішення певних завдань треба розглянути функції права, які саме й характеризують його соціальне призначення. «Роль права» – більш загальне щодо функції поняття. Саме в цьому полягає їх відмінність. «Завдання права» – це економічна, політична чи соціальна проблема, яка стоїть перед правом і яку воно покликане вирішувати. Завдання права відображає постійну мету, досягненню якої воно повинно всебічно сприяти.

Залежність функції права від його завдань знаходить прояв у тому, що, по-перше, завдання часто безпосередньо зумовлюють саме існування функцій, по-друге, визначають їх зміст, по-третє, суттєвим чином впливають на форми й методи їх реалізації, визначаючи конкретні напрями правового впливу.

Термін «функціонування права» відображає дію права в соціальній системі. Дати функціональну характеристику права – розкрити способи його впливу (шляхи й форми впливу на суспільні відносини) [5, с. 219].

Якщо «функція права» – поняття, що відображає не тільки сучасне й майбутнє (цілі та завдання) в праві, то «функціонування» відображає дію права в сучасних умовах, якщо інше спеціально не обумовлене.

Таким чином, поняття «функція права» та «функціонування права» є дуже близькими, у чомусь тотожними, проте не такими, що повністю збігаються. Функціонування права – питання, безпосередньо пов'язане з проблемою функцій, оскільки характеристика системи функцій – це фактично характеристика функціонування права. У конкретному ж значенні поняття «функціонування права» означає дію права як елемента соціальної системи поряд із державним механізмом, мораллю, політикою, іншими соціальними регуля-

торами. Інакше кажучи, функціонування – це дія права в соціальній системі, реалізація його функцій, втілення їх у суспільних відносинах [6, с. 319].

Особливо важливою є превентивна, попереджувальна місія права. Правові норми містять у собі санкції; саме завдяки їм ця місія значною мірою й здійснюється.

Оскільки суспільство як соціологічна реальність постає як структура нормативно встановленої та координованої поведінки, то заслугою й пріоритетом права є те, що воно не лише впорядковує й інтегрує суспільні дії, зберігаючи цілісність та усталеність суспільного організму, а й сприяє створенню узагальнених, міцних і стійких моделей поведінки. Р. Циппеліус зазначає: «Впровадження правового регулювання надає соціальній дійсності стабільності й особливої орієнтаційної впевненості. У плюралістичній боротьбі думок стосовно того, що є дійсно правильним і справедливим, правові норми пропонують надійні та гарантовані лінії поведінки» [7]. Завдяки праву поведінка, що відхиляється від норми, утримується в жорстких межах санкцій, відновлюється регулятивний стан речей, що був порушений девіантною поведінкою, соціальні конфлікти позбавляються деструктивної сили як врегульовані раціонально-договірним способом; так право здійснює свою суспільноформуючу та стабілізуючу функції. Ці функції здійснюються засобами адаптації до вимог держави, конкретних осіб, громадянського суспільства, досягнення конкретних цілей зі зміцнення соціального порядку, збереження власної системної цілісності, захисту основних нормативно-ціннісних принципів, моделей належного, ідеалів, що є довготерміновими, – морально-правовими орієнтирами [8, с. 270].

У кожному правовому середовищі право виконує відповідні функції, проте їх «регулююча» або «охоронна» дія є різною в різних суспільствах і різних хронологічних межах. Тому право як найбільш дієвий регулятор суспільних відносин вирізнятиметься також своїм функціональним «навантаженням», у якому домінують або регулятивні, або охоронні властивості.

Визначальне місце в системі функцій права належить регулятивній функції [9, с. 17]. Чи знаходить свій вираз право у формі нормативних або правозастосовних актів, чи здійснюється в загальних або конкретних правовідносинах, встановлює правовий статус, правосуб'єктність громадян, чи визначає компетенцію державних органів і юридичних осіб – в усіх перерахованих формах знаходить прояв його основне соціальне призначення – регулювання суспільних відносин [10, с. 11–17]. Особливості цієї функції полягають передусім у встановленні позитивних правил поведінки, в організації суспільних відносин, координації соціальних взаємозв'язків.

У межах регулятивної функції виділяють дві підфункції: регулятивну статичну й регулятивну динамічну.

Регулятивна статична функція виражається у впливі права на суспільні відносини шляхом їх закріплення в тих чи інших правових інститутах, у чому й полягає одне із завдань (призначень) правового регулювання. Право насамперед юридично закріплює, чітко врегульовує суспільні відносини, що явля-

ють собою основу нормального та стабільного існування суспільства, відповідно інтересам його більшості чи силам, що знаходяться при владі.

Вирішальне значення у виконанні статичної функції належить інститутам права власності, юридична суть яких і полягає в тому, щоб закріпити економічні основи суспільного устрою. Статична функція чітко виражена також у низці інших інститутів (у тому числі у виборчому, авторському праві тощо).

Регулятивна динамічна функція знаходить вираз у впливі права на суспільні відносини шляхом оформлення їх руху (динаміки) та втілена, наприклад, в інститутах цивільного, адміністративного, трудового права, що опосередковують процеси в економіці й інших сферах суспільного життя.

Характеристика регулятивної функції права передбачає виявлення найважливіших шляхів її здійснення.

Найбільш характерними шляхами (елементами) здійснення регулятивної функції права є такі:

- визначення засобами норм права правосуб'єктності громадян;
- закріплення та зміна правового статусу громадян;
- визначення компетенції державних органів, у тому числі компетенції (повноважень) посадових осіб;
- встановлення правового статусу юридичних осіб;
- визначення юридичних факторів, спрямованих на виникнення, зміну та припинення правовідносин;
- встановлення конкретного правового зв'язку між суб'єктами права (регулятивні правовідносини);
- визначення оптимального типу правового регулювання стосовно конкретних суспільних відносин.

Отже, регулятивну функцію можна визнати як зумовлений її соціальним призначенням напрям правового впливу, що виражається у встановленні позитивних правил поведінки, наданні прав і накладенні юридичних обов'язків на суб'єктів права [11, с. 57–58].

Ще одна не менш важлива юридична функція – правоохоронна.

Необхідність в охороні суспільних відносин існувала завжди й буде існувати доти, поки існуватиме суспільство. Право, як відомо, існувало не завжди, проте з моменту появи воно стає одним із найважливіших засобів охорони суспільних відносин. Цей прояв правового впливу і являє собою охоронну функцію.

Охоронна функція права – це зумовлений соціальним призначенням напрям правового впливу, спрямований на охорону загальнозначущих, найбільш важливих економічних, політичних відносин, подолання явищ, непридатних певному суспільству.

З визначення постає, що право не тільки охороняє загальнопозитивні, фундаментальні суспільні відносини, воно також спрямоване на подолання непридатних конкретному суспільству відносин. Домінантним спрямуванням охоронної функції варто вважати не стільки викорінення небажаних

явищ, скільки саме охорону тих відносин, які такої охорони потребують. Саме охороняючи ці відносини, право природно запобігає діям, що порушують умови нормального розвитку й суперечать інтересам суспільства, держави та громадян.

Не варто сприймати охоронну функцію тільки у зв'язку зі скоєним правопорушенням. Основне призначення цієї функції полягає передусім у запобіганні порушенню норм права. Ефективність охоронної функції тим вища, чим більше суб'єктів права слідує приписам норм права. Саме факт встановлення заборони чи санкції справляє серйозний вплив на деяких осіб, спонукає їх утримуватися від скоєння караних вчинків. Це означає, що досягнута одна із цілей впливу права – охороняються певні суспільні відносини.

Специфіка охоронної функції права полягає в такому:

- по-перше, вона характеризує право як особливий спосіб впливу на поведінку людей, що виражається у впливі на їх свідомість погрозою санкцій, встановленням заборон і реалізацією юридичної відповідальності.
- по-друге, вона інформує суб'єктів суспільних відносин про те, які соціальні цінності знаходяться під охороною, засобами правових приписів;
- по-третє, вона є ознакою політичного й культурного рівня суспільства, гуманних засад права. Спосіб охорони дуже часто залежить від розвитку суспільства, його політичної сутності.

Ефективність правового регулювання серед багатьох факторів не в останню чергу зумовлюватиметься результативністю правового впливу – правовими функціями.

Вважаємо, що питання та проблеми, пов'язані з деформаціями розвитку сучасної правової системи, не виникали б у сучасному просторово-часовому полі так часто, якщо б право ефективно виконувало свої основні функції – регулятивну й охоронну. На жаль, недосконалість сучасного правового життя виникає саме внаслідок недосконалості кожної з них. Удосконалення правових функцій потребує невідкладної уваги з боку академічної науки та практичного втілення в життя.

Враховуючи вищезазначене, хочемо процитувати Л.І. Петражицького, який вважав, що основним завданням теорії права є утвердження відповідного поняття – поняття «права» [12, с. 203]. На нашу думку, для розуміння сутнісного призначення цього феномена соціальної реальності важливими, «опорними» характеристиками (сегментами) слугують, окрім витоків і постулатів, його функції в різних просторово-часових реаліях соціального та правового розвитку.

Література:

1. Оніщенко Н.М. Правова система: проблеми теорії : [монографія] / Н.М. Оніщенко. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2002. – 352 с.

2. Оніщенко Н.М. Проблеми ефективності законодавства: сучасна доктрина та потреби практики / Н.М. Оніщенко // Судова апеляція. – 2006. – № 2(3). – С. 10–15.
3. Матузов Н.И. Теория государства и права / Н.И. Матузов, А.В. Малько. – М. : Юристъ, 1997. – 672 с.
4. Погорелко В.Ф. Функции советского общенародного государства / В.Ф. Погорелко ; отв. ред. В.Ф. Сиренко. – К. : Знание, 1980. – 64 с.
5. Хропанюк В.Н. Теория государства и права : [учебное пособие] / В.Н. Хропанюк ; под ред. В.Г. Стрекозова. – М. : Дабахов, Ткачев, Димов, 1995. – 384 с.
6. Теорія держави і права. Академічний курс : [підручник] / за заг. ред. Н.М. Оніщенко, О.В. Зайчука. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.
7. Циппеліус Р. Філософія права / Р. Циппеліус ; пер. з нім. Є. М. Причепій. – К. : Тандем, 2000. – 300 с.
8. Алексеев С.С. Линия права : [монография] / С.С. Алексеев. – М. : Статут, 2006. – 461 с.
9. Мотовиловкер Е.Я. Теория регулятивного и охранительного права : [монография] / Е.Я. Мотовиловкер. – Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1990. – 134 с.
10. Тарахонич Т.І. Механізм дії права, механізм правового регулювання, механізм реалізації права: особливості взаємодії / Т.І. Тарахонич // Держава і право : зб. наук. праць. Серія «Юридичні і політичні науки». – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2010. – Вип. 50. – С. 11–17.
11. Евдокимов В.А. Украина в условиях глобализации / В.А. Евдокимов // Глобализация, государства, право, XXI век. – М. : Городец, 2004. – С. 57–58.
12. Петражицький Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л.И. Петражицький. – СПб. : Лань, 2000. – 606 с.

УДК 341: 342.34(477)

Калашников В. М.,

доктор історичних наук, кандидат юридичних наук, професор кафедри міжнародного права, історії права та політико-правових вчень Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара

ВІЙСЬКОВА ДЕМОКРАТІЯ ЯК ДОДЕРЖАВНА ФОРМА СОЦІАЛЬНОГО УПРАВЛІННЯ У СВІТОВІЙ ТА ВІТЧИЗНЯНІЙ ІСТОРІЇ

MILITARY DEMOCRACY AS A STATE FORM OF SOCIAL MANAGEMENT AT THE GLOBAL AND NATIONAL HISTORY

Досліджується військово-демократичний устрій народів світу доби переходу від первісного ладу до становлення ранньої державності на засадах теорії американського вченого Л.Г. Моргана.

Ключові слова: *первіснообщинний лад, протодержави, військова демократія, індіанські племена, Скіфія, віче в Київській Русі.*

Исследуется военно-демократический строй у различных народов мира в эпоху перехода от первобытного строя к становлению ранней государственности на основе теории американского ученого Л.Г. Моргана

Ключевые слова: *первобытнообщинный строй, протогосударства, военная демократия, индейские племена, Скифия, вече в Киевской Руси.*

We investigate the military's democratic system among the various peoples of the world in the era of transition from primitive society to becoming an early statehood based on the theory of an American scientist L. Morgan

Key words: *primitive communal system, protostate, military democracy, Native American tribes, Scythians, Chamber in Kievan Rus'.*

Як відомо, історія людства складається з двох основних епох: первісного суспільства й цивілізації. За тривалий термін свого існування первісне суспільство зазнало значних змін соціокультурного та господарського характеру. На його уламках із часом була утворена держава як загальна форма організації політичної влади, що прийшла на зміну соціальній владі в різних народів світу. Закономірність цього процесу була зумовлена тим, що замість споживацького господарства, яке було засноване лише на використанні дарів природи, людство в різних регіонах світу в результаті так званої неолітичної революції переходило до господарства виробничого типу [1, с. 3–5].

Перехід первісного суспільства до класового розпочинався на демократичній основі, здавна відомій в історії. Демократичні форми організації йдуть коріннями в глибоке, ще додержавне, минуле – у родовий лад. Тодішня пряма демократія в громадах землеробів, скотарів, мисливців і рибалок виступала в обличчі військової демократії. Через неї пройшла більшість народів світу. Військова демократія мала об'єднувати разом три обов'язкові структурні елементи цієї об'єктивної реальності – військового ватажка, який міг бути наділений ще й судовими повноваженнями, народні збори й раду ватажків. Це було щось на зразок трьох незалежних гілок влади, що складають нині модернову демократію.

Народні збори, будь-який учасник яких виступав також як воїн, були таким же важливим і необхідним органом влади, як і рада ватажків і, власне, сам військовий ватажок. Незалежно від того, якої політичної лінії дотримувалося суспільство, ніхто не мав будь-яких засобів насильства чи примусу щодо інших членів військово-демократичного суспільства, крім традицій, звичаїв та особистого авторитету в простого народу. Таким чином, стає зрозуміло, що військова демократія – це суспільний устрій перехідного періоду від первісно-общинного ладу до держави, притаманний більшості народів світу.

Термін «військова демократія» був введений до наукового обігу американським ученим Л.Р. Морганом для позначення організації влади в старогрецькому суспільстві на стадії розкладання первіснообщинного устрою. Л.Г. Морган (1818–1881 рр.) – етнограф, соціолог, історик держави та права, творець наукової теорії первісного суспільства, один із засновників еволюціонізму в соціальних науках. Як професійний юрист і бізнесмен Л.Г. Морган досяг певного успіху у своїй практичній діяльності. Проте головним для нього було заняття наукою. У 1840 р. він створив товариство під назвою «Великий орден ірокезів», яке ставило за мету вивчення й захист прав індіанців на їхні земельні володіння, що перебували в колективній власності, від зазіхань американських земельних спекулянтів. Справа була доведена до розгляду в конгресі США, який вирішив суперечку на користь індіанців. Після цього Л.Г. Морган був прийнятий до лав племен ірокезів на знак визнання його заслуг перед аборигенами.

У 1851 р. виходить у світ перше дослідження Л.Г. Моргана «Ліга ірокезів», що стало результатом пильного вивчення індіанських племен США [2]. Надалі ідеї Моргана отримали остаточне оформлення в книзі «Стародавнє суспільство або дослідження ліній людського прогресу від дикості через варварство до цивілізації» [3].

Ядром наукових досліджень Л.Г. Моргана є теорія про єдиний прогресивний шлях розвитку людства. Учений дотримувався періодизації історії, яка включала три етапи: дикість, варварство й цивілізацію. Третя стадія, цивілізація, на переконаність Л.Г. Моргана, пов'язана з виникненням класового суспільства й держави. Морганівська періодизація стала основою для наукового вивчення докласового суспільства та його переходу до класової цивілізації. Л.Г. Морган фактично дійшов матеріалістичного розуміння історії. Йо-

го твори лягли в основу однієї з базових марксистських праць – книги Ф. Енгельса «Походження сім'ї, приватної власності й держави», вивчення якої є обов'язковим для майбутніх правознавців, політологів та істориків в американських і європейських університетах [4].

Термін Л.Г. Моргана «військова демократія» повністю сприйняли К. Маркс і Ф. Енгельс та надали йому універсально-історичного значення. Під впливом засновників марксизму тривалий час у роботах радянських істориків держави та права цим терміном позначалася не лише форма організації влади, а й відповідний їй завершальний етап розкладання первісного суспільства та його перетворення на класове суспільство.

Військова демократія відповідає ранній порі металів (бронзового й раннього залізного століть), впровадження яких спричинило розвиток підсічно-вогнепального землеробства, скотарства, ремесла й обміну продуктами. Кінцевим результатом цього процесу у всіх народів світу стає поява додаткового продукту та приватної власності. У цих умовах одним із найважливіших чинників процесу утворення класів і становлення державної влади стають грабіжницькі війни з метою захоплення чужих багатств і рабів. Зрозуміло, що це збагачувало й підсилювало військових предводителів і дружинників, що об'єдналися довкола вдалих ватажків. Воєначальники, особливо вожді союзів племен, поступово захоплювали владу в органах первісної демократії, що ще зберігалися, передусім у племінній раді. Значення народних зібрань зменшувалося, а родоплемінні ради перетворювалися на специфічні органи, які з остаточним розподілом суспільства на класи ставали органами класової диктатури. Класичними прикладами цього є суспільства греків гомерівської епохи, древніх кельтів і германців, норманів тощо.

Перехід до виробничої економіки забезпечив не просто виживання людей, а й створення регулярного виробництва продуктів харчування й інших предметів, необхідних для задоволення потреб колективу. Це підготувало перехід до осілого способу життя й до встановлення контролю сімейно-кланових груп над певною територією. Таким чином, рання родова громада споживачів, збирачів, мисливців і рибалок змінюється більш міцними й великими громадами виробників, пов'язаними з певною територією. Така система сімейно-родових груп ставала більш розвиненою формою соціальної організації, заснованої на порівняно стійких системах саморегуляції.

Неолітична революція й перехід людства на рубежі VII – V тис. до н. е. до виробничої економіки мали найрізноманітніші глибокі наслідки. Поступове зростання суспільного продукту зумовило поглиблення майнових відмінностей, а отже, закріплення за общинно-родовою верхівкою майнових і соціальних привілеїв. У нових умовах заняття родових постів у сімейно-клановій групі надавало лідерам більш високого статусу. Владні функції вождя набували найвищої цінності в очах членів групи. Одним з найважливіших наслідків неолітичної революції, що мали пряме відношення до генезису держави та права, був розвиток міжродових зв'язків і формування надобщинних структур. Виникнення й еволюція цих структур проходили значною мірою спон-

танно й набували під впливом конкретно-історичних чинників різних форм. Деякі з них були типовими для одних народів, проте не отримали розвитку в інших.

Природним результатом еволюції общинного ладу було виникнення безлічі нових сімейно-кланових громад, що призвело до виникнення більш великих соціальних утворень – братств (фратрій) і племен, а іноді й до конфедерації племен. Племя, як правило, мало власну територію, своє ім'я, мову, особливі релігійні та побутові обряди. Поступово складаються й органи племінного врядування, насамперед племінна рада. Важливим етапом у передісторії держави та права стало формування принципово нових засад управління суспільством. Новий тип управлінської діяльності визначався потребами суспільного життя, ускладненням господарської діяльності та всієї системи соціокультурних зв'язків людей. Необхідність організувати й контролювати громадські роботи, зберігати й розподіляти продовольчі та інші ресурси, підтримувати обмінні відносини із сусідніми групами зумовила виділення спеціальної страти організаторів виробництва.

Поряд з іншими видами громадського поділу праці (передусім відокремлення скотарства від землеробства) відбувається виділення управлінської діяльності, яка поступово перетворюється на професійну. Розділення людей на дві нерівні за численністю групи (керуючих і керованих) набуває величезного суспільного значення. Воно стає останньою сходинкою до створення держави. Управлінські посади надають їх власникам великі матеріальні вигоди, дозволяють їм нав'язувати свою волю колективу. Унаслідок цього протодержава виникає не як зовнішня щодо родоплемінної системи сила, а як логічне та природне продовження общинних структур. Важливим фактором цього процесу стають завоювання й війни. Останні не можуть вплинути на внутрішні процеси еволюції общинних зв'язків, проте вони ведуть до створення потужних військово-організаційних структур, що сприяють прискореному формуванню ранньої держави. У підсумку перемогу здобувала рання держава, чия військова організація виявлялася сильнішою й ефективнішою. У більшості випадків ця перемога була одержана внаслідок дії структур військової демократії.

Новітні дослідження ранньої історії держави та права народів світу надали багатий матеріал, що підтверджує й конкретизує зроблені модерною наукою висновки про сутність військової демократії. Можна, наприклад, стверджувати, що напередодні колоніального вторгнення англійців, іспанців, голландців, шведів і французів на терени сучасних США весь північноамериканський континент був територією з пануванням військово-демократичних союзів індіанських племен. На сході панували сильні конфедерації племен ірокезів, повхатанів, криків і натчезів, які робили набіги на племена, що мешкали на захід від них. У центрі американських прерій діяли войовничі племена кочових конярів і мисливців (чорноногі, дакоти, кроу, команчі та інші), у яких проходив процес становлення військової демократії [5, с. 45-48]. Їх вплив поширювався й на лісові племена, що населяли територію між річ-

кою Міссурі та Великими озерами на сході. За Скелястими горами, на північно-західному узбережжі, розвивалися військово-демократичні союзи племен рибалок і морських мисливців.

У дослідженнях Л.Г. Моргана конфедерація шести племен ірокезів представлена як найвищий рубіж у розвитку індіанців США. Однак у своєму прагненні встановити особливості родоплемінного ладу ірокезів Л.Г. Морган недооцінив соціальний сенс явищ, які вже виникли в ірокезькому суспільстві, як антагоністичних нормам родового ладу. Глибокі соціальні зміни в ірокезькому суспільстві XVII – XVIII ст. спричинила поява товарного промислу хутра, перетворення війни на регулярний промисел, завойовницька експансія ірокезів, наявність у їхньому суспільстві рабства й різних форм експлуатації підкорених племен. У цих історичних умовах розвивався військово-демократичний лад ірокезького суспільства, керівництво яким зосереджувалося в руках військових ватажків. Тоді оформлялися органи управління в кожному роді та на конфедеративному рівні. Необхідність у цих органах диктувалася потребами управління підкореними племенами та намаганням згладжувати суспільні протиріччя між багатими й бідними, між військовою елітою та спадковими цивільними ватажками [6, с. 29–32].

Не підлягає сумніву, що становлення органів публічної влади у різних племен світу йшло шляхом трансформації такого інституту родового суспільства, як чоловічі союзи. В умовах воєнізованого племені вони стали формою організації озброєного народу. Родові зв'язки й первісна мононорматика використовувалися багатою родовою верхівкою різних народів світу як засіб позаекономічного примусу. Економічною одиницею в суспільстві поступово ставала патріархальна сім'я, до якої входили й раби, а територіальною одиницею – сусідська громада. Військова демократія як форма становлення ранньої державності стає універсальною. Головна закономірність цього етапу – перетворення органів родового ладу на органи ранньої державності.

Багатий матеріал для підтвердження теорії Л.Г. Моргана щодо військової демократії як фундаменту формування ранньокласових держав надає також історія держави та права України. Серед найдавніших рабовласницьких держав, які виникли на нашій території в I тис. до н. е., особливу увагу привертає скіфське державне утворення [7]. По-перше, скіфська держава добре вивчена ученими завдяки використанню великої кількості інформації, добутої з різноманітних джерел: від археологічних матеріалів до даних писемних пам'яток. По-друге, аналіз особливостей виникнення Скіфії є найбільш точним підтвердженням більшості теорій занепаду первісного суспільства й виникнення ранньокласової рабовласницької держави.

Скіфські племена, які з'явилися в Північному Причорномор'ї на рубежі VIII – VII ст. до н. е., належали до іраномовних кочових племен. Їх витіснили з Азії до Європи більш могутні кочові сусіди – племена масагетів. Самоназва скіфів – сколоти, проте за традицією історики продовжують вживати грецьке слово «скіфи» для позначення цього народу. Геродот вважав скіфів одним народом, однак аналіз їх способу життя та господарювання свідчить про ін-

ше. У Північному Причорномор'ї скіфи спочатку продовжувала займатися кочовим скотарством, проте за таких умов вони не були б спроможні утворити рабовласницьку державу, а тим паче вижити в новому для них природному середовищі. Справа в тому, що тваринного білка вже не вистачало для харчування всього тодішнього населення, і лише вирощування хлібу мало забезпечити їм виживання. Тому старші скіфські племена – «саї», або «царські скіфи», залишилися кочовиками, а молодші племена перетворилися на землеробів.

Вирощування хліба стало для колишніх кочівників основним заняттям, як і для первісного населення Північного Причорномор'я – кіммерійців, частина яких підкорилася скіфам. Поступово молодші кочові племена разом із місцевими землеробами перетворилися на данників царських скіфів, а згодом їм судилося стати державними рабами.

Як відомо, рабовласницькі відносини в кочовому суспільстві ніколи не набували панівного характеру, оскільки з економічної точки зору такий уклад господарства був для номадів не вигідним (за винятком використання рабів у домашньому господарстві племінної верхівки). Тому в перспективі будь-які кочівники могли створити лише феодальне суспільство й державу, яка спиралася на відповідну економічну систему. У степах Азії скіфи не мали можливості для розвитку осілого землеробства як економічної основи рабовласництва, проте в таврійському степу й на півночі кримського півострова землеробство за часів їх панування розвинулося досить широко, що було зумовлено трьома причинами. По-перше, саме тут існували великі масиви природно родючої землі, які не потребували великих попередніх зусиль для введення їх до сільськогосподарського обігу. На цих земельних масивах великі групи осілих землеробів-родичів під наглядом сільських старшин, призначених царськими скіфами, виробляли продукти землеробства. Спочатку ці продукти поставлялися саям як данина, а із часом вони стали прибутком колективних рабовласників, царських скіфів. Зрозуміло, що за таких умов племена осілих землеробів поступово перетворювалися на державних рабів. Прибуток від експлуатації осілих землеробів розподілявся верхівкою царських скіфів відповідно до місця, яке родини кочовиків посідали в племінній ієрархії.

Друга важлива передумова для розвитку причорноморського землеробства на рабовласницьких засадах – наявність великої кількості водних джерел (повноводних степових річок), від яких можна було відвести на велику відстань зрошувальні системи. Нарешті, ще однією причиною для розвитку землеробства на рабовласницьких засадах були сприятливі природні умови, адже велика кількість сонячних днів протягом всього циклу землеробських робіт забезпечувала повне визрівання хліба.

Варто підкреслити, що процес розвитку землеробського господарства рабовласницького типу прискорився з того часу, коли скіфи налагодили економічні та політичні відносини із сусідніми грецькими колоніями. Тамтешні рабовласницькі порядки були пересажені з Балканської Греції на причорноморський ґрунт разом із першими колоністами. Цей процес прискорився тоді,

коли греки, за висловом Платона, обсіли Середземноморське й Чорноморське узбережжя аж до Кавказу, «наче жаби ставок». Використання грецького досвіду сприяло безупинному розвитку рабовласницьких відносин у скіфів, що зумовило виникнення політичної влади, яка заміняла соціальну владу первісного суспільства. Нарешті, у Скіфії мала з'явитися й держава як загальна форма політичної влади [8, с. 3–6].

У скіфському суспільстві вже під час занепаду первісних відносин і формування ранньокласової держави свобода й рабство настільки протиставлялися одне одному, що загалом непорівнянними вважалися статуси не лише вільного й раба, а й вільнонародженого й невільнонародженого. Подібна протилежність з'явилася й серед вільних людей. Багата й впливова верхівка посідала виокремлене місце спадкового вельможного панства, що претендувало на незмінне верховенство, благородство походження, особливе почесне положення, специфічні знаки супідрядності старших і молодших ліній спорідненості родів, племен і замкнених професійних груп-каст. Проте зрештою все це зводилося до протилежності між спадковою знаттю й залежною від неї біднотою [9, с. 6–10].

Розвиток грабіжницьких воєн вимагав об'єднання кочових племен для набігів та оборони, а це підсилило значення племінних органів влади у формі так званої військової демократії. У скіфів під час вторгнення на територію сучасної України вже існувала подібна організація у вигляді трьох гілок влади, які спочатку співіснували. До складу цієї організації належали звичайна влада цивільного ватажка, народні збори (сукупність озброєних чоловіків, які виступали в зборах під час обговорення найважливіших проблем суспільства від імені власних родин) і військова влада таланистого ватажка.

Щодо цивільного ватажка сколотського роду та племені, то він спирався лише на власний авторитет. За таких умов його влада вже не була спроможна вирішити суперечки, які виникали між знаттю та звичайними общинниками, і вона поступово вичерпала себе. Під час облаштування скіфів у причорноморському степу занепадала й роль народних зборів, особливо за правління військового ватажка Атея, якого помилково вважають царем, тобто монархом (IV ст. до н. е.). Військові ватажки, які спиралися на дружину із чоловіків, що зробили військову справу своєю професією, зосередили у своїх руках важелі управління ранньою державою рабовласницького типу [10, с. 36].

У характері влади сколотського військового ватажка на передній план виступав не освячений традиціями особистий авторитет, а реальна могутність – багатство, сила військової дружини, панування над рабами, бідняками й залежними общинниками. Його дружина, до якої поряд із родичами й одноплемінниками могли входити особисто віддані ватажку чужаки, навіть раби, була приватним об'єднанням, згуртованим не родоплемінними зв'язками, а лише спільністю військово-грабіжницьких інтересів і вірністю своєму керманичу. Спираючись на неї, останній мав можливість переступати звичаї племені й нав'язувати свою волю. Родоплемінній верхівці доводилося поступатися місцем найближчим родичам і старшим дружинникам вождя, проте, бу-

дучи зацікавленою в надійному захисті своєї власності, вона не дуже рішуче чинила опір новим тенденціям. Поступово відбувалося перетворення військової демократії як форми організації влади на ранньокласову владу.

Військовий ватажок великого союзу племен перетворювався на правителя. Його наближені ставали радниками й намісниками. Дружина перетворювалася на військо, за допомогою якого держава мала здійснювати свої основні функції: утримання в покорі експлуатованого населення й ведення воєн. Особливим органом державної влади мав стати суд. Судовий процес вів як сам правитель, так і його помічники й намісники [11, с. 17–20].

Ще однією найважливішою ознакою державного устрою було розділення населення не за родоплеменним, а за територіальним принципом. Виникли округи, номи, що не відповідали колишнім родоплеменним одиницям, хоча інколи частини території скіфської держави протягом тривалого часу зберігали їх назви. Це було кінцевим результатом давнього процесу переходу від кровноспоріднених зв'язків до сусідських. Водночас введення територіального поділу послаблювало залишки родоплеменної солідарності й впливу родоплеменної знаті.

Виникнення скіфської держави було завершальним актом становлення класового суспільства. Воно було й тим рубежем, який відокремлював первісну общину від власне сусідської общини. Перша хоча й входила в союз племен, проте ще залишалася соціальним організмом, тобто відносно самостійною одиницею соціального розвитку. З виникненням держави таким соціальним організмом стала сама держава, а община перетворилася на суборганізм, що користувався самоврядністю під егідою верховної політичної влади. Первісна сусідська та власне сусідська общини в племен сколотів розрізнялися також економічно: для однієї була характерна групова, для іншої – приватна власність домогосподарства.

У процесі становлення держави відбувався також поділ первісної мононорматики на право, тобто сукупність загальнообов'язкових правил поведінки людей, що виражають волю панівного класу, забезпечену примусовою силою держави, і моральність, тобто сукупність норм, які сформувалися в процесі розвитку суспільної думки скіфів.

Залишком військової демократії в стародавній Україні протягом тривалого часу в так звану княжу добу було віче – народні збори для обговорення загальних справ і безпосереднього вирішення питань суспільного, політичного й культурного життя, одна з історичних форм прямої демократії на території слов'янських держав. Учасниками віча могли бути мужі, тобто голови всіх вільних сімей спільноти (племені, роду, поселення та князівства). Функції віча наближали його до скандинавського тинга й англосаксонського вітенагемота. І саме вічові органи українського стародавнього суспільства впевнюють у тому, що тривалий час у народів світу існувала військова демократія як додержавна форма соціального управління, притаманна світовій та вітчизняній історії державності.

Література:

1. История государства и права зарубежных стран : [учебник для вузов] / под ред. О.А. Житкова и Н.А. Крашенинниковой. – М. : Норма – Инфра-М, 1998– . – Ч. 1. – 1998. – 461 с.
2. Морган Л.Г. Лига ходеносауни, или ирокезов / Л.Г. Морган ; пер. с англ. Е.Э. Бломквист. – М. : Наука, 1983. – 301 с.
3. Морган Л.Г. Древнее общество или исследование линий человеческого прогресса от дикости через варварство к цивилизации / Л.Г. Морган. – Л. : Изд-во института народов Севера ЦИК СССР, 1935. – 368 с.
4. Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства / Ф. Энгельс // Маркс К. Сочинения : в 50 т. / К. Маркс, Ф. Энгельс. – изд. 2-е. – М. : Государственное издательство политической литературы, 1955–1981. – Т. 21. – 1961. – С. 28–178.
5. David Zeisberger's History of Northern American Indians / ed. by A.B. Hulbert and W.N. Schwarze. – Columbus : Ohio State Archaeological and Historical Society, 1910. – 189 p.
6. Colden C. The History of the Five Indian Nations: Of Canada, which are Dependent on the Province of New-York in America / C. Colden. – L. : Lockyer Davis, 1755. – 261 p.
7. Геродот. История / Геродот ; пер. и прим. Г.А. Стратановского. – Л. : Наука, 1972. – 600 с.
8. Скифия. История, культура, быт, религия, военное дело / В.Ю. Мурзин, Н.А. Гаврилюк, С.С. Бессонова, Е.Е. Фиалко, Е.В. Черненко. – Николаев : Возможности Киммерии, 2004. – 148 с.
9. Історія держави і права України : [навчальний посібник] / [В.М. Калашников, Г.Г. Кривчик, К.А. Марков] ; за ред. В.М. Калашникова. – Дніпропетровськ : НГУ, 2012. – 256 с.
10. Скифы : [хрестоматия] / сост., введение, коммент. Т.М. Кузнецовой. – М. : Высшая школа, 1992. – 304 с.
11. Гавриленко О.А. Основні риси права скіфських ранньодержавних утворень / О.А. Гавриленко // Часопис Київського університету права. – 2007. – № 1. – С. 17–224.

УДК 340.14

Марков К. А.,

*доктор исторических наук, профессор кафедры теории государства и права,
конституционного права и государственного управления
Днепропетровского национального университета имени Олеся Гончара*

СПРАВЕДЛИВОСТЬ И ЮРИДИЧЕСКАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

JUSTICE AND LEGAL LIABILITY

Рассматривается проблема справедливости в праве, справедливость как принцип права и юридической ответственности, соотношение принципа справедливости и других принципов юридической ответственности.

Ключевые слова: *справедливость, право, принципы права, юридическая ответственность.*

Розглядається проблема справедливості в праві, справедливість як принцип права та юридичної відповідальності, співвідношення принципу справедливості й інших принципів юридичної відповідальності.

Ключові слова: *справедливість, право, принципи права, юридична відповідальність.*

Considered the problem of justice in the law, justice as a principle of law and legal responsibility the ratio of principle of justice and other principles of legal responsibility.

Key words: *justice, law, principles of law, legal responsibility.*

Проблема справедливости вообще, справедливости в праве, а еще уже – справедливости в юридической ответственности, настолько многогранна и настолько сложна, что стала объектом изучения ученых самых различных специальностей: юристов, философов, политологов, социологов и др. Нет нужды перечислять все имена и фамилии, поскольку это заняло бы огромную часть статьи, стоит лишь отметить, что авторы, подчеркивая многоаспектность проблемы, не смогли выработать не только единой точки зрения, но и единого подхода в оценке этого явления. В то же время проблема справедливости в праве, ее соотношения с правом в целом и с юридической ответственностью в частности была и остается актуальной как для стран с устоявшимися социально-экономическими и политическими системами, так и для таких стран, как Украина, которые еще находятся в процессе становления своей государственности и создания собственной правовой системы.

Начать, безусловно, следует с определения понятия справедливости как исходного понятия в изучении поднятого вопроса, потому что справедливость – философская, нравственная, общесоциальная и одновременно юридическая категория. Если говорить о справедливости в понимании отдельного индивида, то справедливость – дитя неудовлетворенности человека жизнью. Довольный человек в справедливости не нуждается и не говорит о ней, даже будучи членом развитого общества [1, с. 224]. Можно сказать, что сколько существует на земле людей, столько существует и понятий справедливости в понимании каждого отдельного индивида. Особым видом справедливости является социальная справедливость, субъектами которой выступают большие социальные группы, общества в целом, человечество. Социальная справедливость – это система общественных институтов, которая не в единичных действиях, а по самой своей структуре постоянно обеспечивает по меньшей мере большинство членов общества благами при распределении политических, юридических, экономических и других прав и материальных ценностей [1, с. 232].

Суть этого сложного феномена – социальной справедливости – ученые пытались понять с древнейших времен. М.Т. Цицерон рассматривал справедливость как «высшую добродетель», И. Кант видел в ней «ценность жизни людей», Л. Бернс подразумевал под ней «необходимость сродни хлебу насущному» [2, с. 350].

Однако все эти и подобные им высказывания имели, так сказать, отвлеченно философский характер. Ученые так и не смогли выработать общеобязательного и универсального для всех понятия социальной справедливости. Видимо, это и невозможно в силу того, что понятие справедливости не является одинаковым для всех людей. В это понятие вкладывается различный смысл в зависимости от эпохи, народа, уровня его социально-экономического развития, менталитета, религии и многих других факторов. Так, например, в период социалистического строительства в СССР утверждалось, что центром системы социальной справедливости выступают отношения и принципы обмена и распределения материальных благ в обществе, иначе говоря, организация экономического обмена и распределения. Такое понятие, как мораль, играющее важнейшую роль в определении справедливости, выносилось на периферию рассуждений [5]. Полагалось, что справедливость связана не с абстрактным гуманизмом, а с классовостью, а справедливость права выражалась прежде всего в том, что труд человека на благо общества и является основным критерием справедливости [3, с. 25].

В современной же постсоветской науке далеко отошли от такого понятия справедливости и признали, что моральные нормы, несмотря на свою аморфность и абстрактность, занимают важнейшее, центральное место при определении социальной справедливости, особенно в праве [4, с. 119–121].

Точно так же при определении понятия социальной справедливости необходимо учитывать и естественные права человека как краеугольный характер позитивного права. Содержание социальной справедливости сегодня

необходимо переорієнтувати на пріоритет прав человека, підкриває Н.В. Иванчук, збереження гідності останніх путем задоволення не тільки конституційних, но і соціально-економічних прав. Зміст соціальної справедливості необхідно неопосередковано погоджувати з природним правом, забезпеченням основних прав человека [5, с. 4].

Соціальна справедливість в сучасній науці розглядається як один із найважливіших принципів права. Так, наприклад, О.Ф. Скакун визначає справедливість як міру морально-правового виміру вкладеного і отриманого во всіх сферах життєдіяльності человека і їх правового забезпечення [6, с. 224]. А.Ф. Черданцев посилається: «Справедливість – це ідея, думка, відображає економічні відносини, масштаб, яким вимірюються людські справи, причому масштаб ідеальний. <...> Справедливість – це ідея про те, як слід розподіляти блага між людьми, як віддавати за содеяне, як відноситися до інших людей» [7, с. 6]. Слід, безумовно, погодитися з його думкою про те, що будь-який вид справедливості змінюється в ході історичного розвитку, а абстрактне поняття справедливості потребує конкретизації, формулювання більш або менш конкретних її принципів і правил [7, с. 7].

А.И. Экимов утверждає: «Справедливість є закон, встановлюючий перешкоди, бар'єри, заборони, перешкоди в усіх випадках, де виявляється те або інше прагнення порушити загальний закон соразмерності діянь і віддаєнь» [8, с. 124]. По думці А.П. Семітко, «...справедливість розглядається як категорія морально-правового і політичного стану і виражає вимогу відповідності, соразмерності між діянням суб'єкта і віддаєнням йому за нього з боку іншого суб'єкта» [9, с. 3]. В свою чергу С.С. Алексєєв вважає, що справедливість характеризує початок «рівності» в праві і відноситься до його визначального якості – буттям і дієюм права якості «рівної міри» [10, с. 712].

Принцип справедливості, по думці більшості, в той же час невіддільний від принципу рівності суб'єктів. Багато дослідників бачать сутність соціальної справедливості в рівності людей по відношенню до засобів виробництва, в рівності їх реальних політичних і юридических прав [11, с. 111]. Звичайно, справедливість неможлива без рівності. Але треба пам'ятати, що справедливість включається не тільки в рівність, але в певні ситуації і в правильному, прогресивному нерівності (наприклад, у інвалідів є переваги в разі скорочення штатів, а сироти мають певні привілеї при прийомі в вуз).

Справедливе для одних зазвичай буває несправедливим для інших, чому можна привести багато прикладів. Справедливість по своїй суті відображає реальність того або іншого суспільства, рівень його культурної, правової зрілості. Справедливість виявляється на різних суспільних рівнях, в різних просторових і часових вимірах. Існує індивідуальна справедливість, яка виражається в відношенні конкретного індивіда до оточуючого світу, існує справедливість між поколіннями,

не ограниченная временными рамками, справедливость между народами, нациями, державами, которая выходит за границы конкретной территории. Однако, невзирая на сложность и многоаспектность этого явления, необходимо вычленишь в принципе справедливости самое главное, его суть.

С нашей точки зрения, следует согласиться с пониманием справедливости в статье О.О. Головченко как представления, которое содержит требование о соответствии деяния и отплаты за него. Такое определение, подчеркивает она, представляется квинтэссенцией, наивысшей абстракцией всех попыток объяснить понятие справедливости и, безусловно, претендует на роль наиболее распространенного и обобщенного, хотя оно и не решает многих проблем, которые появляются на пути достижения консенсуса относительно представлений про ту меру данного, которая заслуги человека уравнивает с их признанием, работу – с вознаграждением за нее, преступление – с наказанием [12, с. 2].

Однако следует отметить, что в понятие принципа справедливости вкладывается зачастую различный смысл. Ее понимают как «всем поровну», «каждому по труду», «каждому в соответствии с заслугами», «каждому по потребностям», «каждому по рангу», «каждому свое место», «каждому то, что предусматривает закон». В соответствии с этими принципами и с их комбинациями существуют и различные концепции социальной справедливости, лежащие в основе принципа права: либеральные, консервативные, неолиберальные, неоконсервативные, эгалитарные, социалистические, коммунистические.

Если говорить о принципе социальной справедливости в праве, то начинать, конечно же, надо с правотворчества. Именно здесь, на стадии законотворчества и правотворчества необходимо создавать нормы права в соответствии с принципом социальной справедливости. Естественно, основанном на том понятии социальной справедливости, которое признано международным сообществом, отражено в соответствующих международных документах и отражает в то же время соответствующее понятие социальной справедливости данного народа, учитывает особенности его социально-экономического, духовного, культурного развития и прочие факторы. В противном случае говорить о дальнейшем воплощении принципа социальной справедливости на практике, в том числе и в юридической ответственности, не приходится.

В последние годы в связи с тем, что в современное постсоветское право все больше вводится понятие естественного права, складывается симбиоз позитивного и естественного права, в само определение понятия права ученые все чаще стали вкладывать и понятие социальной справедливости. В.В. Лазарев пишет: «Право – это совокупность признаваемых в данном обществе и обеспеченных официальной защитой нормативов равенства и справедливости, регулирующих борьбу и согласование свободных волей и взаимоотношения друг с другом» [13, с. 29]. Со своей стороны Р.З. Лившиц, например, считает, что право – это нормативно закрепленная справедливость. Справедливость раскрывается через равенство и свободу, потому несправедливый закон

не является правом [14, с. 30]. Таким образом, не отказываясь полностью от определения понятия права с материалистической точки зрения, ученые постсоветского пространства все чаще видят сущность права в свободе, равенстве и социальной справедливости, при этом на первый план они выдвигают идеи о неотчуждаемости прав и свобод человека, его безопасности, защищенности, подчинения государства праву. Эта сущность права должна проявляться на всех стадиях существования права.

В то же время точно так же, как неоднозначно понимается социальная справедливость в качестве принципа права, она понимается неоднозначно как и принцип юридической ответственности. В данной статье мы будем говорить только о юридической ответственности в ее негативном, ретроспективном понимании, поскольку вопрос о позитивной юридической ответственности не находит поддержки у большинства ученых. В то же время прежде чем говорить о принципе социальной справедливости в юридической ответственности, необходимо определиться с тем, что понимается под юридической ответственностью и какую цель преследует юридическая ответственность.

Как правило, выделяется два основных определения юридической ответственности: согласно первому это вид и мера государственного принуждения за совершенное правонарушение; согласно второму это возникающее из правонарушения правоотношение между компетентными органами государства и правонарушителем, на которого возлагается обязанность претерпевать определенные лишения, предусмотренные санкцией нормы права. Предпочтительнее, безусловно, вторая формулировка, поскольку, в отличие от первой, делающей упор на безысходно карательный характер юридической ответственности, вторая предполагает наличие у обеих сторон правоотношений соответствующих прав и обязанностей. Таким образом, на наш взгляд, следует исходить из того, что юридическая ответственность ставит перед собой задачу защиты и охраны прав человека, существующего социально-экономического, политического, государственного строя и лишь только потом цель наказания правонарушителя. Потому главной целью юридической ответственности является защита прав граждан, интересов общества и государства. Именно о такой последовательности целей юридической ответственности может идти речь при построении правового государства и гражданского общества.

В то же время, признавая приоритет подобных целей, ученые по-разному трактуют понятие принципа справедливости в юридической ответственности. Так, например, по мнению Н.С. Малеина, принцип справедливости выглядит так: за отрицательное деяние – отрицательное воздаяние – кара. И далее он говорит о том, что юридическая ответственность имеет своей целью защиту справедливости через общую и частную превенцию [15, с. 49–52]. Тем самым получается, что фокусирование внимания на карательной функции юридической ответственности заслоняет собой защиту прав человека. Подобные утверждения можно встретить и у других авторов. Например, утверждается, что принцип справедливости в уголовном законодательстве основывается на идее равенства, то есть равным за равное, и вы-

ражається в соответствии суровости наказания тяжести совершенного правонарушения [16, с. 80]. Но если исходить из подобной позиции, то мы будем иметь перед собой древний принцип талиона («око за око, зуб за зуб»), совершенно не соответствующий современному законодательству, поскольку, как мы знаем, уголовная, административная, гражданско-правовая и другие виды ответственности не знают наказаний, носящих характер членовредительства, унижений, оскорблений, издевательств. Наоборот, юридические нормы, устанавливающие ответственность, все больше пронизываются идеями гуманизма, защиты прав и свобод, равенства всех перед юридической ответственностью.

В юридической литературе можно встретить утверждение и о том, что принцип справедливости юридической ответственности – это законодательно установленные требования, которыми должны руководствоваться компетентные органы при применении к правонарушителю мер юридической ответственности и заключающиеся в том, что применяемые к правонарушителю меры ответственности должны соответствовать тяжести совершенного правонарушения; за одинаковые правонарушения должны применяться равные меры ответственности, при этом необходимо учитывать индивидуальные качества правонарушителя; закон, устанавливающий или отягчающий ответственность, обратной силы не имеет; за одно и то же правонарушение следует лишь одно наказание [16, с. 81–82]. Здесь мы можем заметить, что автор значительно сужает принцип справедливости, обращая его только к правоприменителю, а также к индивидуализации юридической ответственности, а требование недопустимости удвоения ответственности вообще относится к принципу законности юридической ответственности.

Аналогичные или близкие им высказывания содержатся и у других авторов. Некоторые считают, что принцип справедливости юридической ответственности охватывает своим содержанием и такие требования: нельзя за проступки устанавливать уголовные наказания; недопустимо вводить меры наказания и взыскания, унижающие человеческое достоинство; закон, устанавливающий или усиливающий ее, не имеет обратной силы; за одно правонарушение может быть только одно наказание; карательная ответственность должна соответствовать тяжести совершенного правонарушения; вред, причиненный правонарушением, если он имеет обратимый характер, должен быть возмещен [5, с. 4].

Более широко трактуют принцип справедливости юридической ответственности известные исследователи этой проблемы И.С. Самощенко и М.Х. Фарукшин. Они полагают, что мерой справедливости закона являются соответствие его потребностям общества, экономическим и политическим закономерностям, нравственным принципам общества. Требования справедливости, предъявляемые к ответственности и санкциям, они видят в следующем: во-первых, когда причиненный вред имеет обратимый характер, санкции прежде всего должны обеспечивать восстановление нарушенного права; во-вторых, когда причиненный вред необратим, мера государственного прину-

ждения по виду и размеру должна соответствовать характеру и степени общественной опасности; в-третьих, применение санкции может допускаться не раньше, чем о запрете законом той или иной разновидности деяний станет известно участникам общественных отношений, а закон, устанавливающий ответственность, не может иметь обратной силы; в-четвертых, справедливость предполагает, что виновный отвечает лишь за свое противоправное деяние; в-пятых, справедливость предполагает, что за одно правонарушение возможно лишь одно наказание. Ну и наконец, чтобы юридическая ответственность была справедливой, она должна осуществляться в строгом соответствии с предписаниями и требованиями закона [17, с. 142–151].

Таким образом, если внимательно проанализировать эти признаки справедливости, то мы увидим, что речь идет о проявлении принципа обеспечения интересов потерпевшего (возмещение ущерба), проявлении принципа индивидуализации юридической ответственности, о проявлении принципа законности юридической ответственности, о проявлении принципа ответственности за совершенное деяние. И получается, что принцип справедливости поглощает собой другие принципы юридической ответственности: законность, неотвратимость, индивидуализацию, виновность деяния. И авторы приходят к мысли, что принцип справедливости представляет собой обобщенную характеристику других принципов и раскрывается это принцип социальной справедливости через другие принципы юридической ответственности. С подобной точкой зрения согласны и многие другие исследователи, полагающие, что принцип справедливости входит составной частью в другие принципы юридической ответственности, и наоборот, все принципы юридической ответственности должны содержать в себе элементы принципа справедливости. Однако, как считает А.М. Жуков, принцип справедливости юридической ответственности отнюдь не растворяется в других принципах. Он предлагает требования справедливости разделить на несколько уровней. Первый уровень, по его мнению, обладает наибольшей степенью обобщения, и он выражается в следующих требованиях: равенстве, гуманизме, соответствии правовых норм моральным, наличии иерархии в защите общественных отношений. Причем все эти требования взаимосвязаны друг с другом и дополняют друг друга. Нельзя не отметить, подчеркивает ученый, что справедливость всегда связана с распределением. В юридической сфере, в сфере ответственности распределению подлежат права и обязанности. Справедливость в распределении, возложение на субъектов обязанностей должно соответствовать гуманизму, общепризнанным правам человека, должно учитывать моральные нормы. Чем выше связь морали с юридической ответственностью, тем большую нравственную основу несет в себе ответственность, тем выше и ее эффективность.

Второй уровень требований принципа справедливости юридической ответственности раскрывается через принципы законности, неотвратимости, индивидуализации, ответственности за виновные деяния. В самых общих чертах это требования того, что юридическая ответственность должна осуществляться на основе закона и в пределах закона, она должна учитывать общес-

твенную опасность правонарушителя и правонарушения, должна наступать неотвратимо и только за осознанное виновное поведение. Конкретизируются и развиваются эти требования через принципы юридической ответственности. Справедливость должна пронизывать все принципы юридической ответственности и всю ее систему [18, с. 130].

Аналогичной точки зрения на принцип справедливости в юридической ответственности придерживается и М.Б. Мироненко. Он также говорит о необходимости рассмотрения принципа справедливости в зависимости от уровня обобщения. Первый уровень обладает наибольшей степенью обобщения и выражается в следующих требованиях: равенстве, гуманизме, соответствии правовых норм моральным, иерархии в защите общественных отношений. Второй уровень содержания принципа справедливости юридической ответственности раскрывается через принципы законности, неотвратимости, гуманизма индивидуализации, виновности деяния [19, с. 6]. Ответственность справедлива, когда она законна, неотвратима, индивидуализирована, наступает за виновные деяния и соответствует принципам гуманизма. Справедливость, как считает Д.А. Липинский, невозможно раскрыть вне связи с другими принципами юридической ответственности. Несмотря на то, что другие принципы юридической ответственности также выступают концентрированным «сгустком» соответствующих идей, в них находит свою конкретизацию и принцип справедливости [20, с. 24].

В то же время ученые подчеркивают, что принципы справедливости и другие принципы юридической ответственности близкие, но не совпадающие категории. Например, принципы справедливости и индивидуализации, подчеркивают они, хотя и близкие, но не вполне совпадающие категории: «Индивидуализация всегда относится к личности виновного, справедливость же – понятие более широкое: здесь учитываются и личные, и общественные интересы» [16, с. 79].

Таким образом, можно сделать вывод, что, отталкиваясь от понятия социальной справедливости в том виде, как она понимается в конкретной исторической среде, следует перейти к ее раскрытию в принципах права и затем к ее отображению в принципах юридической ответственности. В современном демократическом обществе принцип справедливости в юридической ответственности понимается как идея, основополагающее начало, закрепленное в системе норм, предусматривающих юридическую ответственность, которая заключается в равенстве, уважении и защите прав и свобод человека, соответствии правовых норм моральным, категориям разумности и добросовестности, учете иерархии личных, общественных и государственных интересов, и проявляющихся в том числе через систему остальных принципов права и юридической ответственности.

Литература:

1. Некрасов А.И. Этика / А.И. Некрасов. – Х. : ООО «Одиссей», 2007. – 224 с.
2. Симфония разума. Афоризмы и изречения отечественных и зарубежных авторов / сост. В. Воронцова. – 4-е изд. – М. : Художественная литература, 1980. – 704 с.
3. Лукашева Е.А. Понятие принципа социалистического права / Е.А. Лукашева // Советское государство и право. – 1970. – № 6. – С. 24.
4. Щенникова Л.В. Справедливость и добросовестность в гражданском праве России (несколько вопросов теории и практики) / Л.В. Щенникова // Государство и право. – 1997. – № 6. – С. 119–121.
5. Иванчук Н.В. Справедливість і юридична відповідальність держави і громадянина / Н.В. Иванчук [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravoznavec.com.ua/period/article/4141/%B2>.
6. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : [підручник] / О.Ф. Скакун. – пер. з рос. – Х. : Консум, 2006. – 565 с.
7. Черданцев А.Ф. Социалистическое право и справедливость / А.Ф. Черданцев // Справедливость и право : межвузовский сборник научных трудов. – Свердловск : Изд-во СЮИ, 1989. – С. 5–15.
8. Экимов А.И. Интересы и право в социалистическом обществе / А.И. Экимов. – Л. : Изд. ЛГУ, 1984. – 134 с.
9. Семитко А.П. Справедливость как принцип правовой культуры социализма / А.П. Семитко // Справедливость и право : межвузовский сборник научных трудов. – Свердловск : Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1989. – С. 15–22.
10. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования / С.С. Алексеев. – М. : Статут, 1999. – 712 с.
11. Столяров Е.С. Социальная справедливость и экономическая ответственность / Е.С. Столяров, Т.М. Базыль, Г.И. Столярова // Справедливость и право : межвузовский сборник научных трудов. – Свердловск : Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1989. – С. 110–117.
12. Головченко О.О. Справедливість як фундаментальний принцип права у практичній площині / О.О. Головченко // Віче. – 2012. – № 20. – С. 5–7.
13. Общая теория государства и права : [учебник для вузов] / под ред. В.В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 1999. – 520 с.
14. Лившиц Р.З. Теория права : [учебник] / Р.З. Лившиц. – М. : Издательство БЕК, 1994. – 224 с.
15. Малеин Н.С. Юридическая ответственность и справедливость / Н.С. Малеин. – М. : Юридическая литература, 1992. – 215 с.
16. Беляев Н.А. Уголовное право на современном этапе: проблема преступления и наказания / Н.А. Беляев, В.В. Орехов и др. – СПб. : Издат. С.-Петербург. ун-та, 1992. – 608 с.
17. Самощенко И.С. Ответственность по советскому законодательству / И.С. Самощенко, М.Х. Фарукшин. – М. : Юридическая литература, 1971. – 240 с.
18. Жуков А.М. Справедливость в праве и юридической ответственности / А.М. Жуков // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. – Тольятти, 2011. – № 14. – С. 127–132.

19. Мироненко М.Б. Принцип юридической ответственности в системе принципов права : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / М.Б. Мироненко ; Самарская гуманитарная академия. – Саратов, 2001. – 239 с.
20. Липинский Д.А. Справедливость и гуманизм как нравственно-юридические принципы правовой ответственности / Д.А. Липинский // Актуальные проблемы гуманитарных наук. – Самара : Изд-во Самар. гуманит. академ., 2004. – С. 27–30.

УДК 340.12

Мороз С. П.,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри теорії та історії держави і права

Університету митної справи та фінансів

ОНТОЛОГІЧНА ОСНОВА ПОНЯТТЯ ДЕРЖАВИ

ONTOLOGICAL BASIS CONCEPT OF STATE

Проаналізовано сучасні аспекти побудови поняття держави шляхом окреслення організаційних, схематичних, визначальних передумов, виокремлення синонімічних термінопонять, що складають коло поняття держави, та їх класифікації, встановлення онтологічної приналежності поняття держави.

Ключові слова: держава, ідея держави, суспільство.

Проанализированы современные аспекты построения понятия государства путем определения организационных, схематических, определяющих предпосылок, выделения синонимических терминопонятий, составляющих круг понятия государства, и их классификации, установления онтологической принадлежности понятия государства.

Ключевые слова: государство, идея государства, общество.

The paper analyzes the modern aspects of the construction of the concept of the state by delineating the organizational, schematic preconditions which are the kind of context; allocation synonymous series terminology, concepts, forming a circle concept of the state and their classification; ontological definition of its identity.

Key words: state, idea of the state, society.

Тлумачення й інтерпретація поняття держави оперують низкою позицій які по-своєму вірно трактують його сутність. Проте гострота міжпозиційних суперечностей стосовно того, що саме в суспільстві, яка сферу суспільних відносин, яке явище має позначатися термінопоняттям «держава» [1; 2; 3; 4], здатна вийти за межі суто наукової дискусії. При цьому жодна з таких позицій у сучасному державознавстві не може визнаватися єдино правильною за відсутності більш-менш сталої (аксіоматичної) форми поняття держави. Що сприяє гальмуванню вирішення низки пізнавальних і практичних завдань, пов'язаних зі становленням, функціонуванням та розвитком сучасної вітчизняної держави [5, с. 37; 6; 7]? Держава як суспільний феномен є розповсюдженим явищем, охоплює собою майже всі сучасні країни світу. Вона має різні модифікації, які в синхронному чи діяхронному вимірах зумовлюють численні спроби віднайти поняття держави в руслі раціонального означення [8]. У вітчизняному науковому дискурсі давно помічено, що всупереч близькості таких понять, як «народ», «суспільство», «країна», «вітчизна», «влада», «управління» тощо, останні все ж таки не є тотожними державі [9], а довільне застосування цього термінопоняття як у суспільно-політичній риторичі, так і в науковій сфері засвідчує стан розмитості (неоднозначності) поняття держави.

Поняття того чи іншого явища (форми чи процесу) є необхідною складовою мисленнєвої діяльності, засобом організації усвідомлення й відповідного судження. У процесі пізнання усвідомлення державознавчої проблематики потребує відповідного понятійно-категоріального апарату [10, с. 56] або понятійних опор. Володіння чіткою, зрозумілою онтологічною основою (або монадою) поняття (понять), які б відповідали сучасним вимогам аналізу, найбільш значимим і перспективним можливостям розвитку вітчизняного суспільства, є важливим завданням науковця. Суспільні потреби й соціальна практика [11; 12] опосередковано впливають і визначають напрями перегляду або уточнення об'єктно-предметної складової нової державної реальності. Цю проблему пропонуємо розглянути в такій послідовності: *по-перше*, окреслення організаційних, схематичних, визначальних передумов в усвідомленні держави; *по-друге*, виокремлення синонімічних термінопонять, що складають коло поняття держави, та їх класифікація; *по-третє*, встановлення онтологічної приналежності поняття держави.

В організаційному аспекті вважаємо за необхідне виділити межі заявленої проблематики, а саме:

- ідея держави;
- характер вітчизняного державотворення щодо ідеї держави як емпіричні фактори впливу.

У схематичному аспекті вважаємо за необхідне зосередитися на таких моментах:

- необхідність (виникнення) держави в суспільстві;
- уточнення взаємозв'язку держави й суспільства.

Гносеологія означення (означень) держави є своєрідною акцентуацією виявлення головного функціонального призначення.

Ідея держави пов'язана із цілісністю, єдністю як умовою попередження або призупинення розпаду (руйнації) суспільства. Зміст уявлення цілісного суспільства є змінним щодо історичної епохи результатом переважно інтелектуальної діяльності людей під впливом і в руслі тих чи інших домінуючих у конкретний час світоглядних чинників: релігійних, національних, економічних, соціальних тощо. Цілісність суспільства в просторі виявляла або сприяла накопиченню необхідного для життя ресурсу, недостатність якого виявляла тенденцію пошуку нових форм і методів відтворення або створення. Цілісність суспільства в часі виявляє контури умов відтворення бажаного або необхідного для суспільного буття як всього колективу людей, так і окремого індивіда (залежно від світоглядних домінантів). Просторово-часовий вимір конкретного суспільного буття втілюється у вигляді традиційно-звичаєвих зв'язків, які утримували й підтримували цілісність суспільства у всіх сферах його прояву, виступали моментом розвитку, особливо в умовах об'єктивних змін суспільних зв'язків. Зміни, як правило, були своєрідним тестом цілісності суспільства, яка оперує двома визначальними і взаємообумовлюючими напрямками: *утримання* цілісності й *підтримання* цілісності [12]. Утримання цілісності – показник внутрішньої організації суспільства, здатної забезпечувати безпеку буття людей у суспільстві. Безпечні умови розвитку є сферою частково суспільного дискурсу а також спеціальної діяльності людини, груп людей. Діяльність людей (їх груп) залежить від організації, здатної передбачувати негативні тенденції розвитку, у тому числі врахування вимог суспільного дискурсу. Підтримання цілісності – показник зовнішньої організації суспільства, який втілюється переважно у формі взаємодії із собі подібними. Отже, утримання й підтримання є предметною складовою цілого, яка щодо того чи іншого часу наповнюється конкретним змістом. Цілісність як квінтесенція суспільного буття у своїй еволюції перетворюється в державну організацію як її необхідну умову, що й визначає сенс напрямку (напрямів) державної організації.

Отже, еволюція суспільства задля власного збереження породжує державу. Держава як суспільна організація (виникає в конкретному суспільстві) існує заради суспільства, його цілого. Проте держава є організацією принципово іншою, ніж саме суспільство [13]. Можна припустити, що в просторово-часовому вимірі може існувати одночасно дві організації, одна з яких – державна, інша – суспільна. Сучасне українське суспільство переживає період власної ідентифікації як ціле, що позначається й на державній організації, яка з точки зору суспільного дискурсу в певний момент втратила власний фундамент. При цьому дискурс належної державної організації продовжує бути неоднозначним, суперечливим [14].

Проблематика зосереджується в таких межах: 1) *взаємодіюча* проблема – об'єми державного й суспільного, які в період радянського часу, відповідно до фіксованої в адміністративному сенсі єдиної ідеології, не розгляда-

лися, а в умовах незалежної України не набули практичної актуальності в силу трансформації соціалістичної моделі державної організації в соціальну, яка отримала потужну суспільно-політичну й наукову підтримку; 2) *структурно-організаційна* проблема – функції держави, цілі та її завдання (їх співвідношення) як умови, що визначають структурну організацію держави, здатну протистояти як зовнішнім, так і внутрішнім впливам і викликам.

Держава виявляє власну необхідність, коли суспільство не здатне подолати чи протистояти тенденціям власного розвитку, які мають характер порушення цілісності. Суспільство з точки зору власної структури (соціальна стратифікація) є неоднорідним, складається із численних груп за родосімейними, географічними, культурологічними, соціальними, релігійними тощо критеріями [15]. Перехід до державної організації вважається переходом суспільства до цивілізації. При цьому процес формування самого суспільства, як і перехід до державної організації, є неоднозначним у тих чи інших країнах, проходить у різних часових вимірах. Не всі суспільства досягли й досягають державної організації, на основі чого можна стверджувати, що ці процеси є винятково внутрішнім проявом того чи іншого суспільства [13]. В умовах державної організації цілісність суспільства забезпечується: 1) наявністю спеціальних людей, діяльність яких організується за визначеними правилами, спрямована загалом на безпечні умови суспільної взаємодії (*діяльнісний аспект держави*); 2) формалізація правил, що робить їх передбачуваними в суспільній взаємодії людей і сприймається як належне (*правовий аспект держави*).

Держава й суспільство діють як самостійні автономні явища, що мають власні закономірності розвитку. Взаємозв'язок держави й суспільства базується на тому факті, що суспільство передає частину своїх організаційних функцій на користь держави. Характер взаємозв'язку між державою й суспільством може бути різним, набувати тих чи інших форм, які залежать від особливостей певного суспільства, історії його розвитку. Держава не може вважатися частиною суспільства з огляду на те, що держава й суспільство є різними організаціями, хоча й знаходяться в межах одного простору та часу. Держава залежить від суспільства, що зумовлено фактом її утворення й необхідністю забезпечувати цілісність суспільства. У цій дихотомії важливим є розгляд і сприйняття держави як явища, протилежного суспільству, проте не ворожого, хоча й конкурентного.

Держава в системі суспільних відносин виступає їх суб'єктом на рівні з іншими суб'єктами. При цьому як особливий суб'єкт вона має значний (інколи вирішальний) вплив на саму систему суспільних відносин, визначає та встановлює статуси інших суб'єктів цих відносин, що дозволяє сприймати державну організацію такою, що немов би замінює собою суспільство. Насправді суспільні відносини існують до держави, а в умовах державної організації набувають лише нормативно-визначеної (формалізованої) або належної форми, необхідної об'єктивної вимоги. Держава санкціонується волею інших держав. Факт визнання держави іншими державами є основоположним

принципом сучасних міждержавних взаємовідносин. Фактори, які впливають на визнання держави, такі: 1) історія суспільного державотворення, згідно з якою певна територія сприймається як сфера винятково того чи іншого державотворчого етносу; 2) право етносу на самовизначення, який залежить переважно від рівня акцентуалізації його фізичних і духовних сил на власну державну організацію [16].

Майже вся наукова історія поняття держави оперує різними визначенням, які в орієнтально-узагальненому вигляді можна звести до таких: 1) *держава як апарат влади* (характерне визначення для держави епохи стародавнього світу); 2) *держава як організація політичної влади* (епоха Середніх віків і Нового часу); 3) *держава як політична організація суспільства* (Новий і Новітній часи); 4) *держава як публічна організація політичної влади суспільства* (Новітній час) [17].

Вітчизняна університетська юридична думка дореволюційного часу оперувала, зокрема, такими поняттями: 1) об'єднання вільних людей, де порядок забезпечується встановленням монополії державних органів на здійснення примусу (*Б. Чічерін*) [18, с. 750–751]; 2) правова організація народу, що володіє у всій повноті власною самостійною первинною владою (*Б. Кістякиський*) [18, с. 819]. У 30–50-х рр. ХХ ст. поняття держави обмежувалося класовими позиціями: політична організація економічно пануючого класу; апарат влади; машина, за допомоги якої цей клас здійснює свою диктатуру, тримає в покорі своїх класових ворогів і захищає матеріальні умови власного існування від будь-яких посягань із боку ворожих йому сил як внутрішньо, так і ззовні (*В. Ленін*) [18, с. 896]. Хоча *Ф. Енгельс* свого часу писав, що держава є тільки, за загальним правилом, державою наймогутнішого економічно пануючого класу; держава є формою організації всього суспільства в цілому [18, с. 624]. У 60–80-х рр. ХХ ст. еволюція поняття держави супроводжується поступовим відходом від абсолютизації класових позицій на користь загальних універсалій: 1) історичне виділення із суспільства; 2) особлива організація політичної влади; 3) політична організація; 4) матеріальний носій політичної влади; 5) публічна влада; 6) інститут політичної системи суспільства.

Сучасна вітчизняна юридична наука оперує різними поняттями, проте в загально-орієнтальному вигляді вже переважно в руслі загальних універсалій, аналіз яких дає підстави стверджувати, що дослідники намагаються вкласти в поняття держави переважно той зміст, який для дослідника вважається найбільш правильним. Це призводить до того, що саме поняття держави знову стає аморфним і позбавленим, як виявляється, власної (аксіоматичної) змістовної основи. У визначальному аспекті домінують формально-логічні позиції, які в більшості випадків зводяться до перерахування переважно того, що в подальшому буде визначено як ознаки, властивості держави, виокремлення та з'ясування логіки зв'язків між ними.

Традиційним є погляд, що зміст держави складають три основні групи елементів-зв'язків: 1) територія; 2) населення; 3) влада [19, с. 80]. Дійсно, з одного боку, не може бути держави без людей, без території, на якій прожи-

вають люди, і без влади, за допомоги якої досягається організація людей на певній території. *З іншого боку*, така позиція потребує уточнення: *по-перше*, будь-який із зазначених елементів може самостійно презентувати певною мірою завершене уявлення про державу на основі сформованої сучасної системи знань у вигляді геополітики, етнополітики та кратополітики; *по-друге*, зазначені три основні групи елементів є у свою чергу властивостями самого суспільства, що й створює певні труднощі в диференціації суспільства й держави, ідентифікації сфери власне державного; *по-третє*, держава як суспільне утворення потенційно володіє іманентними властивостями суспільства як фундаментальними. В умовах держави, фундаментальні властивості, *з одного боку*, виступають умовою формування держави як нової суспільної організації, *з іншого боку*, визначають основну спрямованість держави як організації, близької до суспільства, проте іншої.

Сучасна вітчизняна наукова юридична література поступово звільняється від сформованого погляду на державу як винятково сукупність вищезазначених трьох основних груп закономірностей (елементів-зв'язків, адже наділення держави властивостями суспільства як такими, що стосуються і суспільства, і держави, призводить до змішення понять, невизначеності їх онтологічної основи. При цьому не беруться до уваги властивості самої держави. Плутанина з властивостями держави й суспільства втілилася в появі словосполучення «державно-організоване суспільство», зміст якого може бути двояким. *З одного боку*, акцент робиться на тому, що суспільство перетворилося в державу, *з іншого* – суспільство формує державу як необхідну умову його власної безпеки й розвитку. Суспільство в умовах держави нікуди не зникає, воно продовжує функціонувати, на що ми неодноразово звертали увагу. Вищезазначена група елементів є скоріше умовами, що визначили державу, її базовими (фундаментальними) властивостями, а не іманентними властивостями безпосередньо самої держави.

Отже, під час виявлення складових держави необхідно враховувати, *по-перше*, наявність фундаментальних елементів – таких, що визначають державу саме як суспільне явище (населення, територія населення, суспільна влада); *по-друге*, наявність похідних елементів – таких, яких держава набуває або які виявляє в ході власного розвитку (апарат державної влади, матеріальний ресурс державної влади, монополія держави на примус, законодавство держави, право, суверенітет державної влади, символи держави, вчення про державу) [13]. Таким чином, елементний склад дозволяє раціоналізувати уявлення про державу як об'єктивну реальність і вирізняти державу серед інших подібних їй суспільних організацій (поліс, вождівства, імперія, деспотія).

Держава як суспільне явище є організацією публічно-політичною, де публічний аспект акцентує на наявності «спеціальних» людей – уповноважених на організацію й реалізацію суспільного управління, а політичний аспект зосереджує увагу на наявності суспільних об'єднань людей, що мають різні, відмінні від решти, інтереси, у тому числі державних організацій. Публічність і політичність створюють нову, принципово іншу, організацію суспіль-

ства, у якій диференціація й ієрархія виступають інструментами формування належного порядку та належної поведінки членів суспільства. Публічність зумовлює виокремлення певних груп осіб, наділених спеціальним статусом, здатних впливати на поведінку інших осіб, вимагати від них бажаної поведінки, а за необхідності застосувати примус. Статус цієї групи осіб (*уповноважені державно-владні особи*) супроводжується привілейованим становищем, порівняно з іншими членами суспільства, як необхідна умова їх діяльності. Ця група людей визначає й формує статуси інших людей, їх об'єднань як необхідну умову належної суспільної поведінки й суспільного порядку. Взаємовідносини між державно-владними особами й особами, які не мають державно-владних повноважень, є різними, що впливає на форми держави. Отже, державна організація супроводжується визначенням міри належної поведінки суб'єктами суспільних відносин як умови, що попереджає або мінімізує суспільний конфлікт. У свою чергу уповноважені державно-владні особи як прояв публічного та врахування політичного діють на основі інституційних, нормативно визначених напрямів їх діяльності, що є умовою цілісності, стабільності, передбачуваності розвитку суспільства. Там, де така умова порушується, цілісність суспільства й держави руйнується. Ефективність діяльності державно-владних осіб залежить від рівня суспільного усвідомлення й фактичного стану розподілу публічних і приватних інтересів. Тобто публічний аспект акцентує увагу на наявності інституціонально оформленого колективу уповноважених осіб; політичний аспект акцентує увагу на наявності різних суспільних груп людей, які мають різний інтерес, у тому числі на діяльності уповноважених осіб, особливо на порядку їх заміщення. Власне, державний аспект суспільної організації акцентує на здатності державно-владних осіб враховувати інтереси різних суспільних груп у межах певної державної території, для чого використовується система повноважень і компетенції, тим самим формується уявлення належної предметної діяльності цих осіб.

Держава уявляється переважно як *публічна організація* уповноважених державно-владних (спеціальних) осіб, формалізація діяльності яких створює умови їх передбачуваної, контрольованої діяльності, що прямо або опосередковано впливає на суспільно-політичний інтерес і баланс. Публічність визначає зміст держави, який з урахуванням фундаментального її призначення спрямований на: 1) встановлення правил (нормування); 2) вирішення спорів (розсудження); 3) застосування примусу до порушника (відновлення норми, яка була порушена), що є предметом юриспруденції, ключовим у діяльнісному аспекті для будь-якого типу й будь-якої форми держави. Різниця виявляється лише в ступені диференціації правової дії та ролі правового начала в тій чи іншій державній організації [20].

Процес виявлення властивостей передбачає оперування уявленнями про внутрішню й зовнішню сторони держави (її елементи, елементи-зв'язки), на основі чого властивості держави будуть відображенням об'єктивної реальності, а не суб'єктивної фантазії. Внутрішня сторона, або якісна, акцентує

увагу переважно на порядку організації (структурування), проявом чого є цілісність держави як самостійного явища. Структурна організація немов би утримує цілісність і залежить від уявлення її належності. У процесі характеристики внутрішньої сторони звертається увага на змінні процеси, характер яких дозволяє фіксувати момент цілісності досліджуваного явища або появи таких змін, що загрожують цілісності. Виявити характер внутрішніх змін можна лише на основі характеристики зовнішньої сторони держави або кількісної (репрезентативної, атрибутивної). Зовнішня сторона, або взаємодія держави з іншими суспільними явищами, дозволяє зосередитися на кількісних процесах взаємодії, характер яких може показати, по-перше, чи підтримується цілісність держави, тобто чи виконує вона своє суспільне призначення; по-друге, чи є загроза цілісності держави, тобто чи виявляються на прями можливих змін держави: або модернізація, або її руйнація. Невід'ємні іманентні властивості встановлюються з урахуванням діяльнісного аспекту державної організації.

З урахуванням вищезазначеного, ми не вважаємо, що розглянута проблема є вирішеною. За межами дослідження залишилися численні аспекти, які складають зміст сучасних вітчизняних знань державознавства. Ми намагалися з урахуванням вітчизняного стану державознавчої проблематики звернути увагу насамперед на онтологічне підґрунтя поняття держави, на основі чого дійшли таких висновків:

1) держава й суспільство є різними явищами, які в організаційному аспекті мають власну сферу буття, вони не є тотожними;

2) орієнтально-узагальненою ідеєю держави попри різноманітність підходів є контроль абсолютизму політичної влади;

3) поняття держави з урахуванням виокремлених синонімічних понять та їх рядів є комплексним штучним соціальним явищем, яке за своїм змістом завжди виявляло винятково публічну соціальну природу буття в умовах суспільної організації, незалежно від тих чи інших форм, типів організації. Публічність є відображенням уявлення загального, цілого, єдиного, однакового, яке в умовах усього суспільства сприймається як належне, стосовно чого проблема безпечного розвитку набуває конкретного змісту, як і реалізація групових та індивідуальних інтересів. Будь-яке порушення публічності (або стану публічності) мінімізує або руйнує цілісність;

4) публічна природа держави зумовлює розвиток юридично-правових начал, диференціацію правової дії, ступінь якої щодо того чи іншого суспільства є різним, що є наслідком суспільних зусиль у дотриманні стану публічності як умови безпечного розвитку.

Література:

1. Мамут Л. Метаморфозы восприятия государства / Л. Мамут // Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление. – М. : Изд-во ИГиП РАН, 1996. – С. 56–67.

2. Мамут Л. Государство в ценностном измерении / Л. Мамут. – М. : Норма, 1998. – 46 с.
3. Родионова О. Трансформация понятия государства и его сущности / О. Родионова // Вестник Ивановского государственного университета. Серия «Естественные, общественные науки». – 2008. – № 3. – С. 3–11.
4. Вехорев Ю. Элементы (структура) государства, идеология и тенденции развития современного российского государства и права / Ю. Вехорев // Вестник Нижегородского университета имени Н.И. Лобачевского. Серия «Право». – 2000. – Вып. 1(2). – С. 27–33.
5. Оборотов Ю. Аспекти розгортання методології юриспруденції / Ю. Оборотов // Право України. – 2014. – № 1. – С. 33–39.
6. Мороз С. Ответственность «государства» и социальные гарантии / С. Мороз // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. Серия «Юридические науки». – 2012. – № 4(11). – С. 38–40.
7. Мороз С. Актуальные вопросы отечественного государствопонимания / С. Мороз // Держава і право. Серія «Юридичні і політичні науки». – К. : Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України, 2014. – Спецвипуск. – С. 40–45.
8. Осветимская И. Особенности развития научных представлений о государстве в классический и постклассический юридической науке / И. Осветимская // Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : матеріали міжнар. круглого столу (м. Львів, 7–8 грудня 2012 р.) / Львів. нац. ун-т ім. І. Франка ; Нац. акад. прав. наук України. – Львів : Галицький друкар, 2013. – С. 337–356.
9. Степин В. От классовых приоритетов к общечеловеческим ценностям / В. Степин, А. Гусейнов, В. Межуев, В. Толстых // Квинтэссенция: философский альманах / сост. В. Мудрагей, В. Усанов. – М. : Политиздат, 1992. – С. 4–46.
10. Панов М. Проблеми методології формування категоріально-понятійного апарату юридичної науки / М. Панов // Право України. – 2014. – № 1. – С. 50–60.
11. Рабінович П. Методологія вітчизняного загальнотеоретичного праводержавознавства: деякі сучасні тенденції / П. Рабінович // Право України. – 2014. – № 1. – С. 11–21.
12. Уилбер К. Краткая история всего / К Уилбер ; пер. с англ. С. Зубкова. – М. : АСТ ; Астрель, 2006. – 476 с.
13. Кревельд М. Расцвет и упадок государства / М. ван Кревельд ; пер. с англ. и под ред. Ю. Кузнецова и А. Макеева. – М. : ИРИСЭН, 2006. – 544 с.
14. Сіренко В. Декілька зауважень до питання про існування держави / В. Сіренко // Право України. – 2014. – № 1. – С. 224–231.
15. Вебер М. Избранное. Образование общества /М. Вебер. – М. : Наука, 2004. – 370 с.
16. Четвернин В. Проблемы теории права и государства : [краткий курс лекций] / В. Четвернин. – М. : Изд. дом ГУ ВШЭ, 2007. – 308 с.

17. Лобода Ю. Цінність держави як її соціальна сутність (теоретико-методологічні аспекти дослідження) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / Ю. Лобода ; Одеська національна юридична академія. – Одеса, 2001. – 20 с.
18. История политических и правовых учений : [хрестоматия] / сост. и общ. ред. Г. Демиденко. – Х. : Факт, 1999 – 1080 с.
19. Юридична енциклопедія : в 6. т. / редкол. : Ю. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998–2004. – Т. 2 : Д–Й. – 2002. – 744 с.
20. Матюхин А. Государство в сфере права: институциональный подход : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / А. Матюхин ; Высшая школа права «Адилет». – Алматы, 2001. – 58 с.

УДК 340.5

Легка О. В.,

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права,
історії права та політико-правових вчень
Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара*

ДЖЕРЕЛА МУСУЛЬМАНСЬКОГО ПРАВА

THE SOURCES OF MUSLIM LAW

Досліджуються основні джерела мусульманського права. Порівнюються та якісно аналізуються такі джерела, як Коран, сунна, іджма та кійас. Акцентується увага на впливі ісламу в цілому та мусульманського права зокрема на державно-правовий розвиток ісламських держав.

Ключові слова: *Коран, сунна, іджма, кійас, мусульманське право, фікх, шаріат.*

Исследуются основные источники мусульманского права. Сравняются и качественно анализируются такие источники, как Коран, сунна, иджма и кияс. Акцентируется внимание на влиянии ислама в целом и мусульманского права в частности на государственно-правовое развитие исламских государств.

Ключевые слова: *Коран, сунна, иджма, кияс, насс, мусульманское право, фикх, шарият.*

The main sources of Muslim law have been studied in the following article. Such sources as Koran, Sunnah, ijma (consensus) and kiyas (measurement) have been compared and analyzed properly. The attention is focused on the general Islam's influence and additionally, the influence of Muslim law on the state legal development of Islam states.

Key words: *Koran, Sunnah, ijma, kiyas, Muslim Law, fikh, shariat.*

Економічний розвиток сучасної України потребує розширення її економічних зв'язків із країнами світу та безпосередньо з країнами Сходу, зокрема Близького, а це переважно держави, у яких домінуючою є така світова релігія, як іслам. Це обумовлює необхідність ґрунтовного вивчення правових систем цих країн, оскільки вони мають специфічний характер, який проявляється в тому, що ці сучасні системи будуються на основі мусульманського права. Головною особливістю мусульманського права є те, що воно постає з релігійних законів ісламу. Звідси й інша його особливість – необхідність для мусульман, у якій би країні вони не жили, керуватися, послуговуватися мусульманським правом.

Дослідження джерел мусульманського права є досить актуальним для української науки з декількох причин. По-перше, в Україні спостерігається нестача знань про інші правові системи, у тому числі про мусульманське право. Водночас іслам є релігією, яка найбільш динамічно розвивається в сучасному світі. По-друге, сприйняття правового досвіду інших систем є необхідною умовою динамічного та стабільного розвитку будь-якої правової системи. По-третє, значні зміни в сучасному світі, які характеризуються як глобалізація, призводять до конвергенції різних соціальних систем. Відсутність об'єктивних знань про інші правові системи призводить до викривлення правосвідомості та правової культури як юристів, так і пересічних громадян, які сприймають власну правову систему як єдиний важливий варіант та апріорі не сприймають будь-яких інших поглядів. Як наслідок, формується соціальне підґрунтя для так званих соціальних конфліктів.

Метою дослідження є виявлення сутнісної специфіки джерел мусульманського права.

Мусульманське право стало об'єктом порівняльно-правового дослідження на початку формування компаративістики як окремої юридичної науки. На Першому міжнародному конгресі порівняльного права, який відбувся в Парижі, учасники конференції виокремили мусульманську правову сім'ю серед інших правових сімей – французької, германської, англо-американської та слов'янської. У 1919 р. під час 50-річного ювілею французького Товариства порівняльного законодавства його учасники класифікували всі правові системи всього на три сім'ї: французьку, англо-американську та мусульманську [1].

У світовій юридичній літературі праця «Основні правові системи сучасності» Р. Давида має важливе значення для вивчення правових систем взагалі та мусульманського права зокрема [2]. Принципове значення в концептуальному плані для розробки теми дослідження мають праці таких провідних

правників, як Х.М. Войтович, М.В. Лубська, В.І. Лубський, С.Ф. Рашидов, А.Х. Саидов, Л.Р. Сюкияйнен.

Мусульманське право – це своєрідна релігійно-правова доктрина, яка сформувалася протягом тринадцяти століть існування ісламської релігії. Ця доктрина виступає складовою частиною соціально-релігійного світогляду – ісламу, і характеризується своєрідним підходом до розуміння правової норми та правової системи взагалі, оскільки нерозривно пов'язана з релігійною догмою.

Жодна правова сім'я світу не схожа на мусульманську. В одному з досліджень наголошується, що мусульманське право – божественне право за своїми джерелами й основними нормами, воно черпає силу не в державній владі, а у волі Аллаха. Особливість мусульманського права полягає в тому, що й сьогодні релігійні норми є основним регулятором суспільного життя, як і в період становлення правової системи мусульманських держав. Саме релігія – основа сучасного законодавства в державах, у яких офіційно визнано державною релігією іслам. Релігія стала базою для побудови та подальшого вдосконалення законодавства, як того вимагає час. Ще одна характерна особливість мусульманського права полягає в тому, що вивчати його не можливо без знання ісламу – наймолодшої з трьох світових релігій, проте найбільш розповсюдженої. Однак саму релігію можна вивчати через дослідження права [3].

Дослідники мусульманського права зазвичай звертають увагу на дві його характерні та взаємообумовлені особливості – релігійне походження й тісний зв'язок юридичних (розпоряджень із мусульманським догматизмом) та етичних норм (правилами культу, релігійними нормами ісламу в цілому) [4]. Відзначається, що мусульманське право є релігійним за своїм походженням, правовірні ставляться до нього як до «божественного одкровення». Виходячи з універсального характеру ісламу та його нормативних розпоряджень, можна зробити висновок про те, що іслам – це одночасно «віра та держава», а мусульманське право виступає не тільки власне правом, а й релігією. Таким чином, ісламу властивий лише релігійний догматизм (теологія) і мораль, а юридичні норми як такі збігаються з вказаними правилами та не відіграють самостійної ролі або займають другорядне місце [5].

Як вказує науковець-релігієзнавець М.В. Лубська, в ісламському розумінні права відображається цілісний релігійний світогляд, який ґрунтується на тому, що право – не витвір людини чи держави, а вияв волі Аллаха. Тому люди не створюють закони, а застосовують Божественні закони на практиці. Отже, законодавцем вважається лише Бог, тому між законодавчою та виконавчою владою в ісламі не може бути протиріч, оскільки вони фактично є виконавцями божественних законів. Тому люди здатні знаходити правові рішення лише в загальних межах шаріату [6].

Одним із найбільш яскравих явищ у середньовічній цивілізації на Сході стало мусульманське право (шаріат). Ця правова система, яка згодом набула світового значення, виникла й сформувалася в межах Арабського халіфату. Процес її розвитку був тісно пов'язаний з еволюцією арабської державності

від невеликої патріархально-релігійної громади на початку VII ст. (за часів пророка Мухаммеда) до однієї з найбільших імперій VIII – X ст. (за часів правління династій Омейядів та Аббасидів).

Після падіння Арабського халіфату мусульманське право не тільки не втратило своє колишнє значення, а й отримало, так би мовити, «друге життя» (подібно римському праву в середньовічній Європі) і стало чинним правом у низці середньовічних країн Азії й Африки, що прийняли тією чи іншою мірою іслам (Єгипет, Індія тощо) [2].

Провідна роль у цьому належала Пророку Мухаммеду (570–632 рр.), якого відповідно до ісламської традиції Аллах обрав пророком, що Мухаммед доніс до людей божественне відкриття. За допомогою релігійних норм ще за часів Пророка Мухаммеда почали регулювати шлюбно-сімейні відносини. Тобто саме релігійні норми лягли в основу сучасного законодавства мусульманських держав [7].

Необхідність формування окремого комплексу знань, який би регулював суспільне життя Арабського халіфату, виникла в VIII ст., коли справу Пророка Мухаммеда продовжували чотири «праведних» халіфи: Абу-Бакр, Омар, Осман, Алі. Вони зосередили у своїх руках всю релігійну й світську владу та створили небувалих розмірів теократичну державу. Так і почалося формування мусульманського права з його особливістю – нерозривністю з релігією.

Спочатку мусульманське право називали «шаріат», що в перекладі з арабської означає належний (праведний) шлях, спосіб дії. Шаріат – певна квінтесенція ісламу. Він складається з двох частин: теології, або принципів віри (акіда), і права (фікх) [1, с. 297]. Шаріат містить чотири групи приписів: 1) норми, які фіксують релігійну догматику ісламу, тобто те, у що зобов'язаний вірити мусульманин; 2) норми, які закріплюють основи мусульманської моралі й етики; 3) норми, які регламентують відносини віруючих з Аллахом – порядок виконання основних релігійних обов'язків; 4) правила поведінки між мусульманами. Із часом з'явилося поняття «фікх», що в перекладі з арабської означає глибоке розуміння, знання. Фікх у свою чергу поділяється на дві частини: перша вказує мусульманину лінію поведінки стосовно собі подібних (муамалат), друга – визначає зобов'язання стосовно Аллаха (ібадат) [1, с. 295]. Із часом терміном «фікх» почали називати процес отримання юридичних знань про поняття та явища, які конкретно не згадувались у священних книгах ісламу. Основна функція фікху полягає в збереженні зв'язків між законодавством мусульманської держави та первинними джерелами мусульманського права [8].

Закон у розумінні романо-германського права в мусульманському праворозумінні відсутній. Теоретично тільки Бог має законодавчу владу, а на практиці мусульманське право являє собою приклад права юристів, оскільки правова думка, а не держава відіграє роль законодавця [1, с. 296].

Мусульмансько-правова доктрина вважає, що вищою юридичною силою наділені положення Корану та Сунни. Норми, які знаходяться в Корані

та Сунні, мусульманські вчені-юристи вважають такими, що мають божественне походження, і незмінними, на відміну від інших правил поведінки. У цих книгах мусульмани могли знайти відповіді на суперечливі питання та скористатися словами Пророка стосовно тієї чи іншої ситуації, адже вони являють собою життєпис Мухамеда – зразок життєвого шляху для кожного правовірного, наслідування якого кожним сприятиме формуванню справедливого суспільства загалом. При цьому для усвідомлення волі Аллаха мають значення і заповіді, і вчинки, і навіть мовчання Мухаммеда, з яких варто виводити загальні правила, що й становлять норми мусульманського права.

Коран (араб. читання) – вічна й незмінна книга мусульман, у якій містяться проповіді Мухаммеда, які були нав'язані йому безпосередньо Аллахом, а також подані в переказах Мухаммеда древні легенди й навчання, низка його полемічних виступів проти християнства та іудейства. У Корані визначено типи людських вчинків і міру покарання за недотримання певних їх видів. Варто зауважити, що Коран – це витвір, який створювався стихійно, без будь-якого плану. Записи проповідей, умовлянь, історико-релігійних розповідей і пророцтв Мухаммеда робилися випадково. За легендою, у 651 р. всі одкровення Мухаммеда, які збереглися в пам'яті та в приватних записах, були зібрані та зведені до одного списку. Саме цей текст визнається єдиним істинним словом Аллаха [3].

Другим джерелом мусульманського права є Сунна – життєпис Пророка Мухаммеда, тобто це ті закони, які Бог дає людині, слідуючи за якими, будуючи своє життя згідно з якими, людина зможе досягти певних благ. Однак стосуються вони насамперед духовної сторони людського життя. Переважна частина нормативних приписів, які містить у собі Сунна, має казуальне походження. Багато з них збігаються з відповідними нормами Корану [9].

Плин часу, виникнення нових суспільних відносин виявляли недостатність приписів Корану й Сунни як соціальних регуляторів. Це призвело до виникнення численних прогалин під час застосування мусульманського права. Необхідність усунення цих прогалин обумовило визнання й інших, крім Корану й Сунни, джерел мусульманського права [9].

Таким, третім за значенням, джерелом мусульманського права є іджма. Іджма – історична згода суспільства, збірка одностайних рішень юристів щодо вирішення питань, які не врегульовані Кораном та Сунною, які запроваджували нові загальнообов'язкові правила поведінки. Це метод отримання юридичних знань, згідно з яким правову норму формує погоджена спільна думка юристів певного періоду. За допомогою іджми було утверджено канонічний текст Корану, тексти основних збірників хадісів, затверджено перелік мусульманських свят. Отже, Коран і Сунна становлять історичну та концептуально-ідеологічну основу мусульманського права, а іджма формує конкретні норми права, що застосовують у тих чи інших життєвих ситуаціях [3].

Вважається, що в Корані чи Сунні можна знайти відповіді на найрізноманітніші запитання зі щоденного життя мусульманина, проте іноді відповідь на потрібне запитання не вдається відшукати. Кійас (аль-кійас), рішення

за аналогією, застосовують тоді, коли в божественному законі не можуть знайти відповідь на питання, що стосуються конкретного випадку, однак схожий випадок мав місце й описується в Корані чи Сунні. Такий підхід уможливує не тільки усунення прогалини в нормативних приписах Корану й Сунни, а й усунення протиріч, що в них містяться. Таких приписів нараховується декілька десятків. Як свідчать джерела мусульманського права, шаріатом встановлено далеко не всі закони, а лише створено загальні норми поведінки, сформовано орієнтири та принципи, на основі яких згодом можна сформулювати рішення в будь-якій справі з найрізноманітніших галузей життя людини. Вважається, що кійас сприяв як заповненню прогалин, що існували в Корані й Сунні, так і усуненню наявних у них значних суперечностей [9].

М.В. Лубська, аналізуючи твір Маліка ібн Анаса «Муватта», зазначає, що Малік ібн Анас широко застосовував такі методи вирішення духовно-правових питань, як судження за аналогією (аль-кійас) шляхом прямого зіставлення вирішуваного питання з насс (об'єднаного джерела, що складається з Корану та Сунни), а у випадку неможливості співставлення, ним був розроблений аль-істіслах – новий метод виведення правового рішення на основі вільного судження заради загальної суспільної користі, що не суперечить Корану й Сунні [10].

А.Х. Саїдов зазначає, що з чотирьох основних джерел найважливіше значення має узгоджене рішення правників-факхів, оскільки саме воно є вирішальним (із застосуванням аналогії чи без неї) під час визначення справедливого правила закону, що постає з Корану чи Сунни [1, с. 302].

У невизначеності змісту й форми мусульманського права ісламські правознавці вбачають одну з його головних цінностей. Вони стверджують, що, ґрунтуючись на загальних принципах шаріату й використовуючи ті чи інші джерела та їх комбінації, завжди можна підібрати норму, яка стосується цього випадку. У цьому виявляється універсальність і гнучкість шаріату [6].

Мусульманське право виступає невід'ємною частиною релігії іслам. Встановлення світського права в країнах мусульманського світу неможливе, оскільки ортодоксальність ісламу виключає можливість будь-якого права, яке не буде відповідати нормам шаріату. В ісламі панує концепція теократичного суспільства, у якому держава є одним з інститутів, що забезпечує ісламську релігію [7]. Мусульманське право засноване на ісламській релігії й системі норм, що виражені в релігійній формі, санкціонованій або підтриманій мусульманською теократичною державою. Тому доки буде існувати релігійна мусульманська держава, доти існуватиме й мусульманське право, якої б модифікації воно не набувало.

Необхідно розрізнити два близьких, проте не ідентичних поняття, а саме «мусульманське право» та «право мусульманських держав». Д.В. Лук'янов зауважує, що суспільство в мусульманських державах завжди підкоряється звичаям і законам, які, безумовно, спираються переважно на принципи мусульманського права, відводячи їм провідне значення. Однак у

різні епохи в деяких країнах звичаї й закони могли відходити від ортодоксальних положень із певних питань і суперечити принципам і нормам релігійного мусульманського права. Навіть коли мусульманське право мало найвищий авторитет, не завжди його елементи набували однакового практичного значення [11, с. 42].

Ісламські країни відрізняються одна від одної як соціально-економічними й політичними рисами, так і за обсягом і спрямованістю впливу ісламу в цілому та мусульманського права зокрема на їх державно-правовий розвиток. Роль, яка нині надається мусульманському праву в правовому полі, у політиці й ідеології країн Сходу свідчить, що воно має досить широкі дієві можливості в новій історичній ситуації.

Література:

1. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) : [учебник] / А.Х. Саидов ; под ред. В.А. Туманова. – М. : Юрист, 2003. – 448 с.
2. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В.А. Туманова. – М. : Международные отношения, 1996. – 400 с.
3. Войтович Х.М. Поняття «шаріат» та «фікх» та їх співвідношення у мусульманському праві / Х.М. Войтович // Науковий вісник ЛДУВС. – 2010. – № 3. – С. 43–47.
4. Рашидов С.Ф. Джерела мусульманського права / С.Ф. Рашидов // Вісник ЛНУ. – 2011. – № 2. – С. 204–206.
5. Сюкийнен Л.Р. Мусульманское право: вопросы теории и практики / Л.Р. Сюкийнен. – М. : Наука, 1986. – 256 с.
6. Лубська М.В. Відмінність шаріату від канонічного мусульманського права / М.В. Лубська // Наука. Релігія. Суспільство. – 2003. – № 1. – С. 30–35.
7. Лубська М.В. Зародження мусульманського права: ранні релігійно-правові школи / М.В. Лубська // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Філософія. Політологія». – 2005. – Вип. 73–75. – С. 152–154.
8. Сюкийнен Л.Р. Шаріат и мусульманско-правовая культура / Л.Р. Сюкийнен. – М. : Институт государства и права Российской Академии наук, 1997. – 48 с.
9. Лубська М.В. Коран як головне джерело мусульманського права / М.В. Лубська // Наука. Релігія. Суспільство. – Донецьк, 2006. – № 2. – С. 170–177.
10. Лубська М.В. Взаємозв'язок ісламського теоретичного богослов'я і права / М.В. Лубська // Актуальні проблеми історії, теорії та практики художньої культури : збірник наук. праць. – 2006. – Вип. 17. – С. 178–185.
11. Лук'янов Д.В. Ісламське право: ознаки та тенденції розвитку / Д.В. Лук'янов // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 3-2. – С. 40–43. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.pap.in.ua/3-2_2013/1/Lukianov%20D.V.pdf.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 343.36: 347.97

Словська І. Є.,
*доктор юридичних наук, доцент,
помічник-консультант народного депутата України
Апарату Верховної Ради України*

НЕЗАКОННЕ ВТРУЧАННЯ В РОБОТУ АВТОМАТИЗОВАНОЇ СИСТЕМИ ДОКУМЕНТООБІГУ СУДУ В КОНТЕКСТІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЗАСАДИ ВІДКРИТОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ

ILLEGAL INTERFERENCE IN THE OPERATION OF THE AUTOMATED COURT WORKFLOW SYSTEM IN THE CONTEXT OF THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK OF OPENNESS OF THE JUDICIARY

Аналізується відкритість судової влади як окремої ланки державного апарату. Зроблено висновок про те, що прозорість функціонування не означає безперешкодного втручання в роботу. Сторонній свідомий вплив, не передбачений законодавством, загрожує безпеці особи, держави та суспільства.

Ключові слова: *судова влада, суд, відкритість, автоматизована система документообігу, незаконне втручання.*

Анализируется открытость судебной власти как отдельного звена государственного аппарата. Сделан вывод о том, что прозрачность функционирования не означает беспрепятственного вмешательства в работу. Постороннее сознательное влияние, не предусмотренное законодательством, угрожает безопасности личности, государства и общества.

Ключевые слова: *судебная власть, суд, открытость, автоматизированная система документооборота, незаконное вмешательство.*

Analyzed the openness of the judiciary as a separate link state apparatus. Summarized, the operation transparency does not mean unfettered interference in the work. Stranger conscious influence, not provided by law, threatens the security of the individual, the state and society.

Key words: *judicial power, court, openness, automated system of document circulation, unlawful interference.*

На сучасному етапі розвитку держави Україна актуальним залишається питання відкритості державної влади як показового критерію її демократичного та правового характеру. Легітимність державного апарату значною мірою залежить від прозорого й ефективного функціонування судів. Забезпечуючи захист конституційного права особи на інформацію, треба враховувати світовий досвід під час формування національного законодавства й надати справжнього змісту основним напрямам державної інформаційної політики, зокрема забезпеченню доступу кожного до інформації та рівних можливостей щодо її створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони й захисту; створенню умов для формування інформаційного суспільства; забезпеченню відкритості та прозорості діяльності суб'єктів владних повноважень; створенню інформаційних систем і мереж інформації; постійному оновленню, збагаченню та зберіганню національних інформаційних ресурсів; забезпеченню інформаційної безпеки України; сприянню міжнародній співпраці в інформаційній сфері та входженню України до світового інформаційного простору [1, ст. 3].

Необхідним буде встановлення основних міжнародних принципів права доступу громадян до інформації: презумпції відкритості та вільного доступу до інформації, її повноти, своєчасності й достовірності; обмеження права доступу до інформації відповідно до законних режимів доступу; права судового оскарження під час заборони доступу громадян до інформації.

Створення власної сучасної української інформаційної системи як частини єдиної правової системи, захист прав людини в цьому процесі є невідкладними завданнями. Людина, її інформаційні права будуть цілком захищені за умови виконання таких правил: невичерпний перелік прав і свобод людини одночасно має повний та вичерпний перелік конституційних заборон; система передбачає реальні механізми обмеження та прямі заборони для всіх суб'єктів щодо протиправного та свавільного втручання в інформаційні права; людина повинна мати ефективні засоби самозахисту від втручання в законні інформаційні інтереси.

Таким чином, концепція створення української правової інформаційної системи повинна враховувати глобальні процеси побудови нової формації, тобто інформаційного суспільства, та відповідати загальним правилам прав третього покоління, захищати загальноновизнані права людини на інформацію [2, с. 48–49].

Зазначимо, що судова влада виступає незалежним інститутом, про що свідчить її регламентування спеціальним розділом Конституції України (розділ VIII) [3]. Нині актуальним є відновлення довіри до чиновників високого рангу, які неодноразово своїми діями підривали авторитет державного апарату загалом. Одним із кроків оптимізації правового статусу є виконання конституційної засади судочинства – гласності в поєднанні з реалізацією інших принципів, зокрема верховенства права, справедливості тощо.

Разом із тим функціонування судової влади має бути убезпечено від суспільно небезпечних посягань. Втручання в діяльність судових органів у будь-

якій формі з метою перешкодити виконанню повноважень карається кримінальним законодавством [4, ч. 1 ст. 376]. Окремою ст. 376-1 виділено притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду. Доповнення були внесені Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження автоматизованої системи документообігу в адміністративних судах» від 5 червня 2009 р., який набрав чинності з 1 січня 2010 р. [5]. У розвиток приписів цього закону Наказом Державної судової адміністрації України від 3 грудня 2009 р. № 129 було затверджено Положення про автоматизовану систему документообігу в адміністративних судах [6]. Згідно із ч. 3 ст. 14 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» у судах загальної юрисдикції також працює автоматизована система документообігу [7]. Налагодження в такий спосіб роботи судової влади сприяє її відкритості та винесенню правосудних рішень.

Окремі аспекти судової влади у своїх працях, що стали науковим підґрунтям нашої статті, розкрили Ю.В. Баулін, В.С. Журавський, Ж.І. Овсепян, В.Я. Тацій, В.М. Тесленко, Ю.М. Тодика, Ю.С. Шемшученко та інші.

Метою статті є з'ясування теоретичних і практичних проблем незаконного втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду, зокрема посягання на відкритість судової влади.

Загальновідомо, що судова влада, відповідно до теорії поділу влад, є самостійною й незалежною ланкою. Окремі вчені трактують її як специфічну сферу публічної влади (поряд із законодавчою й виконавчою), що являє собою сутність повноважень зі здійснення правосуддя [8, с. 598].

Вірним є також зауваження стосовно того, що судова влада є однією з гілок державної влади, основним завданням якої є здійснення правосуддя та яка взаємодіє із законодавчою й виконавчою владою на засадах принципу поділу влади й не може мати ні повноважень, ні засобів для оцінки державної політики, реалізованої парламентом, Президентом України та урядом. Водночас саме вона повинна всю необхідну владу спрямовувати на захист прав і свобод особи, вирішення правових спорів і забезпечення дотримання конституційності всіх правових актів у державі [9, с. 699]. Таке трактування є справедливим з огляду на конституційно визначену систему судів, які розглядають цивільні, господарські, адміністративні, кримінальні справи, а також вирішують питання конституційного судочинства. Відповідно, правосуддя реалізується судами загальної юрисдикції та Конституційним Судом України. Суди загальної юрисдикції складають єдину систему судів, а Конституційний Суд України є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні [10, с. 445].

Конституційний Суд України суттєво відрізняється від інших судів. Він не є елементом системи судів загальної юрисдикції, які розглядають спори – питання окремих галузей права; не може бути касаційною, апеляційною чи наглядовою інстанцією для судів загальної юрисдикції. Конституційний Суд України розглядає справи не в порядку звичайної судової процедури згідно з вимогами процесуальних кодексів, а за правилами конституційного судочинства відповідно до Конституції України, Закону України «Про Конституцій-

ний Суд України» та регламенту, затвердженого самим Конституційним Судом України [11, с. 15].

Головна перевага спеціалізованої конституційної юрисдикції – у раціоналізації процедури дослідження обставин справи та прийняття рішень. Конституційний Суд України вирішує лише конституційно-правові питання, що позбавляє його необхідності одночасно вирішувати складні питання інших галузей права. У ході спеціалізованого конституційного процесу простіше надавати загальнообов'язковості судовим рішенням, що особливо важливо, коли система конституційної юстиції запроваджується вперше [12, с. 22].

Поділ судової влади, на думку законодавця, не порушує її єдності, а лише відображає функціональну спеціалізацію. Одна судова гілка відрізняється від іншої предметом відання й компетенцією, колом та обсягом повноважень і межами їх реалізації, що у свою чергу впливає на особливості судочинства.

Рівність судових систем під час здійснення судового провадження проявляється у відсутності залежності між ними та прав будь-якого суду стосовно діяльності інших судів. Тобто конституційні норми закріплюють автономність функціонування судових систем. При цьому, реалізуючи державну функцію, суд усі дії звіряє з нормами закону, вирішуючи тим самим проблему самостійності й незалежності в правозастосовному процесі [13, с. 86–87].

Відкрите, незалежне, неупереджене правосуддя є благом для суспільства й держави. Тому не менш важливими для забезпечення незалежності суддів є конституційні норми, які визначають основні засади судочинства: законність, рівність усіх учасників судового процесу перед законом, доведеність вини, змагальність сторін, підтримання обвинувачення в суді прокурором, забезпечення права на захист обвинуваченому, гласність судового процесу, обов'язковість рішень суду, відповідальність за неповагу до суддів і суду (ст. 129 Конституції України) [3]. Наведені положення цілком відповідають принципам розбудови демократичної, правової держави, проте дійсною гарантією неупередженості суддів вони стануть за умови виконання всіма іншими органами. Тільки шляхом злагодженої роботи суддів та апарату судів, недопущення недбалості, безкомпромісного реагування на зриви судових засідань, шляхом реформування судової системи, матеріального та процесуального законодавства можна усунути вказані недоліки, виключити будь-який вплив ззовні [14, с. 22].

Культура судочинства залежить також від морально-етичного рівня суддів. Виконання владних повноважень останніх повинно узгоджуватися з етичними цінностями суспільства. Норм професійної етики суддівський корпус зобов'язаний дотримуватися практично, а не офіційно. Безперечно, для посилення виховного впливу судочинства важливою є незаплямована позаслужбова поведінка судді, його особиста репутація [15, с. 141–142].

Суди часто постають суб'єктом політики й невід'ємним елементом політичної системи України. І хоча вони безпосередньо не розглядають питання політичного характеру, їх акти впливають на перебіг політичного життя. На-

томість ці акти повинні мати правове обґрунтування, забезпечуючи верховенство права, а не політичну доцільність [16, с. 13]. Зростання ролі органів судової влади можливе за умови, що їх діяльність не руйнує основ конституційного ладу в механізмі держави [17, с. 33].

Прозоре функціонування судової влади згідно з правовими нормами повинно стати дійсністю, цінність якої полягатиме в служінні справедливості й моралі [18, с. 44; 19, с. 86]. Захист прав на основі принципу верховенства права треба втілювати в правозастосовну діяльність, не обмежуючись лише законодавством як однією з його форм, а включати й інші соціальні регулятори (норми етики, традиції, звичаї тощо), які легітимовані суспільством і зумовлені його історично досягнутим культурним рівнем. Усі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості (абз. 2 п. 4.1 мотивувальної частини) [20].

Особливо важливим є дотримання засад законності та справедливості під час призначення судами покарання особам, які вчинили злочини, за умови встановлення в законі єдиних засад застосування такої відповідальності (абз. 1 та абз. 3 п. 4.2 мотивувальної частини) [20].

Легітимності судової влади сприятиме також відкритість не лише судового провадження, а й судових рішень. Рішення суду проголошується прилюдно, крім випадків, коли розгляд справи проводився в закритому судовому засіданні. Усі рішення є відкритими та підлягають оприлюдненню в електронній формі не пізніше наступного дня після їх виготовлення й підписання. Судові рішення також можуть публікуватися в друкованих виданнях. Якщо судовий розгляд відбувався в закритому режимі, рішення оприлюднюється з виключенням інформації, яка згідно з рішенням суду щодо розгляду справи в закритому судовому засіданні підлягає захисту від розголошення [21, ст. 2].

Крім того, позитивними новаціями Закону України «Про доступ до судових рішень», запровадженими у зв'язку з прийняттям Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» [22], є внесення судами загальної юрисдикції до Єдиного державного реєстру судових рішень (далі – Реєстр) усіх судових рішень та окремих думок суддів, викладених у письмовій формі, не пізніше наступного дня після їх ухвалення або виготовлення повного тексту. Доступ до окремих думок забезпечується в тому самому порядку, що й до судового рішення, стосовно якого викладено окрему думку [21, ч. 3 ст. 3].

Законодавець зазначив, що обмеження права вільного користування офіційним веб-порталом судової влади допускається настільки, наскільки це необхідно для захисту інформації, яка підлягає захисту від розголошення. Наприклад, загальний доступ до ухвал про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи, відмову в задоволенні клопотання про обшук житла чи іншого володіння особи, дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, відмову в задоволенні клопотання про проведення негласної слідчої (розшукової) дії забезпечується через один рік після внесення таких ухвал до Єдиного державного реєстру судових рішень [21, ч. 4 ст. 4].

У текстах судових рішень, що відкриті для загального доступу через оприлюднення на офіційному веб-порталі судової влади або офіційне опублікування, не можуть бути розголошені відомості, які дають можливість ідентифікувати фізичну особу. До них належать такі:

- 1) імена (ім'я, по батькові, прізвище) фізичних осіб;
 - 2) місце проживання або перебування фізичних осіб із зазначенням адреси, номерів телефонів чи інших засобів зв'язку, адреси електронної пошти, ідентифікаційних номерів (кодів);
 - 3) реєстраційні номери транспортних засобів, реєстраційні відомості реєстрів нерухомого майна;
 - 4) номери банківських рахунків, номери платіжних карток;
 - 5) інша інформація, що дає можливість ідентифікувати фізичну особу.
- Відомостями, які можуть оприлюднюватися, є:

- 1) прізвища й ініціали суддів, які ухвалили судові рішення;
- 2) імена (ім'я, по батькові, прізвище) учасників судового процесу та посадових чи службових осіб, які, виконуючи свої повноваження, беруть участь у цивільній, господарській, адміністративній чи кримінальній справах, справах про адміністративні правопорушення (проступки);
- 3) імена (ім'я, по батькові, прізвище) фізичних осіб-сторін у справі, що розглядалася міжнародною судовою чи іншою міжнародною установою, на рішення якої міститься посилання в тексті судового рішення.

Інформація, внесена до Єдиного державного реєстру судових рішень, повинна мати захист від її викрадення, перекручення чи знищення. Не допускається вилучення судових рішень із Реєстру та внесення будь-яких змін до них, окрім випадків, що пов'язані з необхідністю виправлення технічної помилки. У разі виправлення судового рішення відповідно до процесуального закону його текст у Реєстрі не змінюється. Додатково вноситься судове рішення, яким внесено зміни до відповідного судового рішення.

Наголосимо, що особа, яка не бере (не брала) участі в справі, якщо судове рішення безпосередньо стосується її прав, свобод, інтересів чи обов'язків, може звернутися до апарату відповідного суду з письмовою заявою з обґрунтуванням вимог про надання можливості ознайомитися із судовим рішенням у приміщенні суду, виготовити копії судового рішення за допомогою власних технічних засобів чи апаратом суду [21, ч. 2, ч. 3 ст. 7, ст. 8].

Єдиний державний реєстр судових рішень є складовою автоматизованої системи документообігу суду, яка у свою чергу забезпечує об'єктивний і неупереджений розподіл справ між суддями з додержанням принципів черговості та однакової кількості справ для кожного судді; надання фізичним і юридичним особам інформації про стан розгляду справ щодо них; централізоване зберігання текстів судових рішень та інших процесуальних документів; підготовку статистичних даних; реєстрацію вхідної та вихідної кореспонденції та етапів її руху; розподіл справ між суддями; видачу судових рішень і виконавчих листів на підставі наявних у системі даних щодо судового рі-

шення та реєстрації заяви особи, на користь якої воно ухвалено; передачу справ до електронного архіву.

Не лише судові рішення, а й позовні заяви, скарги, подання та інші передбачені законом процесуальні документи, що подаються до суду й можуть бути предметом судового розгляду, у порядку їх надходження підлягають обов'язковій реєстрації в автоматизованій системі документообігу.

Важливе значення налагодженій роботі автоматизованої системи надається також у зв'язку з визначенням нею судді або колегії суддів для розгляду конкретної справи під час реєстрації відповідних документів за принципом вірогідності. Система враховує кількість справ, що перебувають на розгляді в суддів, заборону брати участь у перегляді рішень для судді, який брав участь в ухваленні судового рішення, про перегляд якого ставиться питання, перебування суддів у відпустці, на лікарняному, у відрядженні та закінчення терміну повноважень. Після визначення судді або колегії суддів для розгляду конкретної справи внесення змін до реєстраційних даних щодо цієї справи, а також видалення цих даних з автоматизованої системи суду не допускається. Доступ до неї надається суддям і працівникам апарату відповідного суду згідно з їхніми функціональними обов'язками (п. 2 розділу I) [5].

Незаконне втручання в роботу автоматизованої системи документообігу загрожує безпеці інформації та є злочином із формальним складом, що вважається закінченим із моменту вчинення хоча б одного з таких діянь: внесення неправдивих даних; несвочасне внесення даних; несанкціоновані дії з інформацією, що міститься в системі та інше втручання (будь-який самочинний вплив, зокрема зламування паролю, знеструмлення електромережі, пошкодження чи знищення файлів, засмічення чи перекручування інформації тощо). Зазначені дії вчиняються з прямим умислом, а мотив і мета значення не мають. Суб'єктами можуть виступати як особи з доступом до системи згідно з функціональними обов'язками, так і будь-які особи, що досягли 16-річного віку [23, с. 857–858].

Підсумовуючи вищесказане, варто наголосити, що відкритість судової влади не означає безперешкодного втручання в її функціонування. Безпека особи й держави, суспільства забезпечується за умов злагодженого процесу взаємодії сторін судового провадження, суддів, апарату суду. Сторонній свідомий вплив, не передбачений законодавством, утруднює реалізацію конституційних повноважень, схиляє до зловживань. Тому відкритість – це прозора діяльність у чітко визначених законодавством межах.

Література:

1. Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua>.
2. Марценюк О.Г. Теоретико-методологічні засади інформаційного права України: реалізація права на інформацію : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О.Г. Марценюк. – К., 2009. – 266 с.

3. Конституція України від 28 червня 1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>.
4. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.
5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження автоматизованої системи документообігу в адміністративних судах : Закон України від 5 червня 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>.
6. Про автоматизовану систему документообігу в адміністративних судах : Положення, затверджене Наказом Державної судової адміністрації України від 3 грудня 2009 р. № 129 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.
7. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.
8. Большой юридический словарь / под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских. – М. : Инфра-М, 2002. – 704 с.
9. Юридична енциклопедія : у 6 т. / редкол. : Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998– . – Т. 5 : П–С. – 2003. – 736 с.
10. Конституційне право України : [підручник] / за ред. Ю.М. Тодики, В.С. Журавського. – К. : Ін Юре, 2002. – 544 с.
11. Кордун О.О. Повноваження спеціалізованих органів конституційного контролю: світовий досвід і Україна / О.О. Кордун // Людина і політика. – 2001. – № 2. – С. 3–25.
12. Штайнбергер Х. Структурные элементы западноевропейской конституционной юрисдикции / Х. Штайнбергер // Современный немецкий конституционализм : сб. статей / сост. Т. Швайефурт. – М. : ИГП РАН, 1994. – С. 21–43.
13. Цихоцкий А.В. Судебная власть: проблемы независимости / А.В. Цихоцкий // Право и правовое регулирование в системе устойчивого социального развития : материалы конференции (г. Новосибирск, 5–6 апреля 1994 г.). – Новосибирск : Изд-во ИФиПр СО РАН, 1995. – С. 86–87.
14. Стефанюк В.С. Правозахисна діяльність судів України / В.С. Стефанюк // Право України. – 1999. – № 5. – С. 18–22.
15. Словська І.Є. Український конституціоналізм: етапи становлення і розвитку : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право» / І.Є. Словська ; Інститут держави і права імені В.М. Корецького. – К., 2004. – 213 с.
16. Тесленко М.В. Взаємозв'язок права і політики в діяльності Конституційного Суду України / М.В. Тесленко // Право України. – 1999. – № 10. – С. 11–13.
17. Овсепян Ж.И. Судебный конституционный контроль в РФ: проблемы деполитизации (сравнительный анализ) / Ж.И. Овсепян // Государство и право. – 1996. – № 1. – С. 32–42.

18. Радбрух Г. Философия права / Г. Радбрух. – пер. с нем. – М. : Международные отношения, 2004. – 240 с.
19. Козюбра М.І. Правовий закон: проблема критеріїв / М.І. Козюбра // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 2–3(33–34). – С. 83–96.
20. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua>.
21. Про забезпечення права на справедливий суд : Закон України від 12 лютого 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua>.
22. Про доступ до судових рішень : Закон України від 22 грудня 2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua>.
23. Кримінальний кодекс України : [науково-практичний коментар] : у 2 т. / за ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – Х. : Право, 2013– . – Т. 2 : Особлива частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. – 2013. – 1040 с.

УДК 342.4

Тертишник В. М.,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри кримінально-правових дисциплін
Університету митної справи та фінансів

КОНСТИТУЦІЙНА РЕФОРМА: ПОШУК НОВОЇ ПАРАДИГМИ УКРАЇНСЬКОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

CONSTITUTIONAL REFORM: SEARCH OF A NEW PARADIGM OF UKRAINIAN CONSTITUTIONALISM

У статті розкриваються проблеми забезпечення верховенства права та проблеми гармонізації законодавчої й виконавчої влади, удосконалення законотворчої діяльності.

Ключові слова: верховенство права, конституційний процес, референдум, місцеве самоуправління.

В статті розкривається проблеми забезпечення верховенства права, проблеми гармонізації законодавчої та виконавчої влади та удосконалення законодавчого процесу.

Ключеві слова: *верховенство права, конституційний процес, референдум, місцеве самоуправління.*

In the article the problem of the rule of law and the problems of harmonization of legislative and executive bodies, improvement of legislative activity.

Key words: *rule of law, constitutional process, referendum, local self-government.*

Постановка проблеми. Ідея розподілу влади на законодавчу, виконавчу та судову як одного із сучасних принципів правової держави разом із системою стримувань, противаг та обмежень влади гетьмана для попередження корупції була досить мудро реалізована ще в Конституції П. Орлика 1710 р. Проте проблема гармонізації влади й удосконалення конституційних основ її організації залишається невирішеною й нині.

Актуальність досліджуваної проблеми обумовлюється новими обертами конституційної реформи, частина з концептуальних положень яких оприлюднена в новому законопроекті щодо внесення змін до чинної Конституції України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання проблеми, показує, що проблема *формування й організації діяльності законодавчої влади та гармонізації законодавчого процесу* перебуває в центрі уваги як політиків, так і науковців [1–15]. Проте існуючі публікації не вирішують повністю складну проблему, а скоріше утворюють фундаментальну базу для подальшого її дослідження.

Метою статті є визначення шляхів гармонізації влади й конституційного процесу.

Виклад основного матеріалу. Головною проблемою конституційного процесу сьогодення є вдосконалення діяльності органів місцевого самоврядування. Згідно з пропозиціями щодо внесення змін до ст. 118 Конституції України, запропонованими законопроектом «Про внесення змін до Конституції України щодо децентралізації влади», виконавчу владу в районах та областях здійснюють призначувані Президентом України префекти. Префектами мають замінити голів місцевих державних адміністрацій, включаючи так званих губернаторів.

Проектом передбачається, що префект здійснює виконавчу владу. Проте, аналізуючи його повноваження, які пропонується викласти в ст. 119 проекту, можна побачити, що він переважно має здійснювати нагляд за дотриманням Конституції України та законів України органами місцевого самоврядування й органами виконавчої влади. Тобто префект виконуватиме функції, що раніше були притаманні прокуратурі, яка їх втратила згідно з новою редакцією Закону України «Про прокуратуру». Водночас префекти не будуть

здійснювати роботу щодо підготовки та виконання відповідних обласних і районних бюджетів, що є притаманною функцією саме виконавчої влади.

Поява в органах місцевого самоврядування такого учасника правовідносин, як префект, потребує системного аналізу. Фактично він стає не стільки губернатором, як складовою виконавчої влади, та буде виконувати притаманні раніше прокурору функції. Виникає питання щодо того, чи зможе префект ефективно реалізовувати ці функції, будучи поза правоохоронною системою, у яку був «вписаний» прокурор. Прокурор працював у системі прокуратури й мав розраховувати як на її підтримку та захист, так і контроль. Наприклад, прокурор області має в підпорядкуванні не тільки свій штат, а й підлеглих прокурорів районів. За необхідності, згідно зі старою редакцією законодавства про прокуратуру, під час здійснення прокурорської перевірки він міг призначати ревізії й інвентаризації, починати кримінальне провадження, давати доручення оперативним службам Міністерства внутрішніх справ України та Служби безпеки України, доручати провадження слідства слідчим підрозділам, створювати слідчо-оперативні групи, звертатися до Генерального прокурора для направлення підкріплення для провадження резонансних розслідувань тощо. За допомогою системи, у яку він був «вмонтований», прокурор мав реальні можливості наводити лад на місцях, і його слово було вагомим. Тому постає запитання стосовно того, чи зможе префект домогтися законності на місцях, а часто й подолати протидію місцевих чиновників, будучи поза правоохоронною системою.

Разом із тим невідомо, чи зможе префект стати ефективним менеджером виконавчої влади, маючи лише названі в проекті повноваження, коли виконавчі органи місцевого самоврядування громади є підконтрольними й підзвітними лише раді громади. За таких приписів закону префект може стати своєрідним «Дон Кіхотом». Реально наводити лад у виконавчій владі на місцях за такої «асиметрії» його компетенції йому буде важко. Це проблеми розбалансування влади, наслідки яких демонструє сьогодні ситуація на Закарпатті.

З іншого боку, згідно із чинною Конституцією України органи місцевого самоврядування отримували слушну можливість впливу на не добросовісно виконуючого свої обов'язки губернатора. Зокрема, згідно зі ст. 118 чинної Конституції України обласна чи районна рада може висловити недовіру голові відповідної місцевої державної адміністрації, на підставі чого Президент України приймає рішення й дає обґрунтовану відповідь. Таких можливостей органи місцевого самоврядування не отримують згідно з проектом змін до Конституції України, що, на нашу думку, не виправдано з точки зору системи стримувань і противаг проти можливого свавілля префектів.

Під час детальнішого аналізу проблем гармонізації органів влади не можна не помітити невідповідність деяких новел нещодавно прийнятих реформаторських законів приписам норм Основного Закону держави, який має норми найвищої юридичної сили. Так, згідно зі ст. 121 Конституції України прокуратура України становить єдину систему, на яку покладається нагляд за

додержанням прав і свобод людини та громадянина, додержанням законів із цих питань органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами. Такі повноваження прокуратури дуже важливі з огляду на завдання забезпечення верховенства права в державі, і мають запропонувати дієві механізми виявлення порушень прав і свобод людини в діяльності органів виконавчої влади й місцевого самоврядування.

Проте, на жаль, цього не сталося під час прийняття нового Закону України «Про прокуратуру», де всупереч положенням Конституції України прокуратура разом із позбавленням функції розслідування була безпідставно та протиправно позбавлена названої наглядової функції. Пропозиція може бути лише одна: відновлення такої функції прокуратури, як нагляд за додержанням прав і свобод людини та громадянина, додержанням законів щодо прав і свобод людини та громадянина органами виконавчої влади, місцевого самоврядування та їх посадовими й службовими особами. Тоді виникає питання стосовного того, чи потрібно розмежовувати цю функцію прокуратури з повноваженнями префекта, який повинен наглядати за додержанням Конституції України й законів України органами місцевого самоврядування в цілому. Можливо, це більш професійно можуть здійснювати прокурори, якщо будуть скорегована їх компетенція, удосконалені умови їх формування та зміцнені гарантії їх діяльності.

Взагалі у сфері виконавчої влади проблем накопичилося багато. Законодавча влада в нас поділена ще не дві паралельно функціонуючі та часто дублюючі одна одну системи: Президент України з апаратом та Прем'єр-міністр з апаратом Кабінету Міністрів України та міністрами.

У свою чергу Конституція США передбачає іншу, просту й ефективну, систему організації виконавчої влади, яку очолює, безумовно, Президент США. Можливо, варто й у нашій країні підпорядкувати всіх міністрів безпосередньо Президенту України, а тим самим відмовитися від послуг Прем'єр-міністра та всього штату Кабінету Міністрів України, а скоріше скоротити та об'єднати його з апаратом Президента України?

Важливою проблемою є система формування й функціонування законодавчої влади. Законодавчий орган України сьогодні має навіть невдалу назву – Верховна Рада. Нічого верховного (панівного) у законодавчій владі бути не може. Панування якоїсь гілки влади суперечить принципам правової держави, де як раз і запроваджується розподіл влади та створюється все можливе для усунення можливого домінування чи панування якоїсь із гілок влади. Законодавча влада має забезпечувати верховенство права, панування природних прав і свобод людини. Доцільніше наш парламент так і йменувати – «Парламент», у структурі якого передбачити дві палати: 1) верхня палата – «Сейм»; 2) нижня палата – «Віче» (народні збори).

Багато проблем законодавчої влади знаходяться в площині як діяльності самого парламенту, так і в лабіринтах самого виборчого процесу.

Починати треба з реформ виборчого законодавства, а на нашу думку, з формування нового якісного складу Центральної виборчої комісії (далі –

ЦВК) та виборчкомів на місцях, оскільки законодавство щодо оновлення цих посадовців уже порушено. На часі місцеві вибори, а фактично сьогодні ми маємо нелегітимний склад Центральної виборчої комісії. Як ніколи актуальною є люстрація. Члени ЦВК, на нашу думку, мають призначатися на посади за максимально прозорою й демократичною процедурою, з дотриманням законодавства про очищення влади. Для цього кращим може бути варіант їх відбору, який був запроваджений для відбору директора та співробітників Національного антикорупційного бюро України. Необхідними є термінова розробка та прийняття нового виборчого законодавства.

Коли суспільству загрожує економічна криза, яка розпочиналась із кризи банківської сфери, лунало багато гучних призивів. Мені в кругу студентів була нагода висловити просту думку: «Банківську кризу легко подолати, якщо б лідери політичних фракцій і представлених у парламенті партій як найбільш заможні люди зняли хоча б десяту частину своїх валютних накопичень у зарубіжних банках і помістили б їх у будь-який із банків України».

Виникає питання щодо того, чому б цю вимогу не запровадити в законодавчій площині. Наприклад, кандидат у парламентарії має не тільки надати декларацію про своє багатство, а якщо він презентує себе як патріот України та збирається дати клятву на вірність Україні, то чому б, не покладаючись тільки на його совість, на законодавчому рівні не закріпити правило, що депутат Верховної Ради України чи органів місцевого самоврядування будь-якого рівня має розміщувати та тримати більшість своїх валютних чи інших грошових накопичень та об'єктів нерухомої власності на території України? Недотримання цього правила призводить до відмови в реєстрації кандидата в депутати чи позбавлення депутатського мандату.

Для конструктивного оновлення законодавчої влади треба установити загальне конституційне правило: громадянин може бути членом парламенту не більше двох строків підряд.

Досі не вирішена проблема депутатської недоторканності. Нагадаємо, що Указом Президента України від 15 січня 2000 р. проголошено проведення в неділю 16 квітня 2000 р. всеукраїнського референдуму. На референдум було поставлено таке питання: «Чи згодні Ви з необхідністю обмеження депутатської недоторканності народних депутатів України й вилученням у зв'язку із цим ч. 3 ст. 80 Конституції України, де сказано: «Народні депутати України не можуть бути без згоди Верховної Ради України притягнені до кримінальної відповідальності, затримані чи заарештовані?»».

Референдум було проведено відповідно до Конституції України та чинного законодавства. Необхідна більшість голосів на референдумі була подана за скасування названого положення. Судового рішення щодо визнання результатів референдуму недійсними немає.

Конституційний Суд України 27 червня 2000 р. (Справа № 1-38/2000 № та 1-в/2000) визнав, що виключення ч. 3 ст. 80 Конституції України не суперечить Конституції України. Фактично Конституційний Суд України вже оприлюднив результати референдуму.

Як швидко вирішити проблему сьогодні? Не треба розглядати проблему скасування депутатської недоторканності в комплексі з проблемами встановлення європейських стандартів захисту депутата. Практика дебатів у парламенті показує, що всі підтримують скасування депутатської недоторканності в чинному її варіанті, проте кожен має свою точку зору щодо питання, якою має бути система захисту роботи депутата. Як наслідок, незгода з проектами щодо розв'язання проблеми останнього призводить до того, що під час голосування в цілому ніколи не набирається необхідна кількість голосів, що фактично й задовольняє всіх, хто раніше був «за».

На наш погляд, вказаного рішення Конституційного Суду України достатньо для постановки на голосування в сьогоднішньому парламенті питання про скасування ч. 3 ст. 80 Конституції України. Якщо рішення буде прийняте, потім можна ставити питання про внесення змін і доповнень у Закон України «Про статус народних депутатів», у якому передбачати підвищений ступінь їх захисту, та в Закон України «Про судоустрій і статус суддів» (наприклад, на зразок того, як це здійснено в Законі України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність»).

Вважаємо, скасовуючи ч. 3 ст. 80 Конституції України, у законодавстві про статус депутатів необхідно закріпити такі правила: «Народні депутати України не можуть бути затримані чи заарештовані під час роботи безпосередньо у Верховній Раді України. Кримінальне провадження стосовно народного депутата України може бути розпочате тільки Генеральним прокурором України, його заступниками або прокурорами областей відповідно до правил територіальної підслідності. Затримання чи арешт народного депутата України може здійснюватися тільки за рішенням апеляційного чи Верховного Суду України». Такий же рівень правового захисту доцільно встановити й стосовно суддів і слідчих.

Одним із найважливіших кроків на шляху реформи влади на сучасному етапі державного будівництва та в умовах існуючої системи роботи парламенту є прийняття демократичної Конституції України держави шляхом всенародного референдуму.

Під час прийняття змін і доповнень до Конституції України має бути непорушним принцип, закріплений у ст. 22 чинної Конституції України, – під час прийняття нових законів або внесення змін до чинних законів не допускається звуження змісту й обсягу існуючих прав і свобод.

Разом із тим треба мати на увазі, що носієм суверенітету та єдиним джерелом влади в Україні є народ. Право визначати та змінювати конституційний лад в Україні належить винятково народу й не може бути привласнене державою, її органами або посадовими особами (ст. 5 Конституції України). Крім того, згідно зі ст. 156 Конституції України законопроект про внесення змін до розділу I «Загальні засади», розділу III «Вибори. Референдум» і розділу XIII «Внесення змін до Конституції України» затверджується всеукраїнським референдумом, який призначається Президентом України. На нашу думку, доцільно Конституцію України в цілому прийняти шляхом рефе-

рендуму. Під час прийняття Конституції України шляхом референдуму змінюється суть співвідношення права та влади – право отримує панівне становище, забезпечується верховенство права, стабільність і непорушність конституційних норм, а законодавча влада стає не панівною, а однією з гілок влади, яка має виконувати й реалізовувати норми Конституції України.

Висновки. Прийняття Конституції України шляхом всенародного референдуму – законний та ефективний спосіб гармонізації влади взагалі й законодавчої зокрема. При цьому Основний Закон держави отримує свою юрисдикцію безпосередньо від самого народу та стає вище влади, а влада вже не в змозі змінювати його на свій розсуд. Влада має бути не верховною, а слугувати закону, дарованому народом, і забезпечувати верховенство права людини та громадянина.

Література:

1. Бабенко К. Теоретичні проблеми процесу внесення змін до Конституції / К. Бабенко // Бюлетень Міністерства Юстиції України. – К. : Міністерство Юстиції України, 2007. – № 3. – С. 17–27.
2. Бакуменко В. Реформа політичної системи України: необхідність та основні напрями реалізації / В. Бакуменко, Ю. Сурмін // Вісник Укр. академії державного управління. – 2002. – № 4. – С. 210.
3. Барабаш Ю. Дихотомія правової, демократичної та соціальної державності – тонка грань українського конституціоналізму / Ю. Барабаш // Право України. – 2010. – № 7. – С. 24–32.
4. Белов Д. Конституційна реформа як наслідок формування нової парадигми конституціоналізму / Д. Белов // Віче. – 2012. – № 18. – С. 17–20.
5. Головатий С. Верховенство права, або ж правовладдя: вкотре про доктринальні манівці вітчизняної науки / С. Головатий // Право України. 2010. – № 4. – С. 206–219.
6. Козюбра М. Верховенство права: українські реалії та перспективи / М. Козюбра // Право України. – 2010. – № 3. – С. 6–18.
7. Колодій А. Громадське суспільство та правова держава: проблеми і шляхи розбудови / А. Колодій // Право України. – 2010. – № 7. – С. 12–17.
8. Костенко О. Вивести із стану кризи політику і право можуть лише громадяни, які мають орієнтуватися за моральним «компасом» / О. Костенко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1618853195005045&id=1614195908804107&fref=pf&pnref=story.
9. Оніщук М. Референдна демократія: проблеми конституційної теорії та практики : [монографія] / И. Оніщук. – К. : Видавництво Європейського університету, 2009. – 450 с.
10. Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики : [монографія] : у 2 кн. / за заг. ред. Ю. Шемшученка. – К. : Юридична думка, 2008. – Кн. 1 : Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії. – 2008. – 344 с.

11. Селіванов А. Доктрина компетенції конституційного правосуддя / А. Селіванов // Віче. – 2011. – № 17. – С. 35.
12. Тертишник В. Законодавча влада України: концептуальні проблеми удосконалення / В. Тертишник // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2011. – № 11. – С. 48–53.
13. Тодика Ю. Конституція України: проблеми теорії і практики : [монографія] / Ю. Тодика. – Х. : Факт, 2000. – 608 с.
14. Шаповал В. Сучасний конституціоналізм : [монографія] / В. Шаповал. – К. : Юридична фірма «Салком» ; Юрінком Інтер, 2005. – 560 с.
15. Шемшученко Ю. Вибране. Теоретичні проблем формування правової держави / Ю. Шемшученко. – К. : Видавництво «Юридична думка», 2005. – С. 75–76.

УДК 342.715

Грабильніков А. В.,

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права,
конституційного права і державного управління
Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара*

**КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС І ПРАВОВИЙ РЕЖИМ
ІНОЗЕМЦІВ ТА ОСІБ БЕЗ ГРОМАДЯНСТВА В УКРАЇНІ:
СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ**

**CONSTITUTIONAL-LEGAL STATUS AND LEGAL REGIME OF ALIENS
AND STATELESS PERSONS IN UKRAINE: THE RATIO OF CONCEPTS**

Розглядається питання щодо співвідношення понять конституційно-правового статусу та правового режиму іноземців та осіб без громадянства в Україні на основі аналізу їх видів і змісту.

Ключові слова: *конституційно-правовий статус, правове регулювання, правовий режим, іноземці, особи без громадянства, біженці, закордонні українці, іммігранти.*

Рассматривается вопрос о соотношении понятий конституционно-правового статуса и правового режима иностранцев и лиц без гражданства в Украине на основе анализа их видов и содержания.

Ключевые слова: *конституционно-правовой статус, правовое регулирование, правовой режим, иностранцы, лица без гражданства, беженцы, заграничные украинцы, иммигранты.*

The question of the relationship between the concepts of constitutional and legal status and legal regime of foreigners and stateless persons in Ukraine on the basis of their types and content.

Key words: *constitutional and legal status, legal regulation, legal regime, foreigners, stateless persons, refugees, immigrants, Ukrainians abroad.*

На території України поряд із її громадянами проживають іноземці, до яких законодавство України відносить громадян іноземних держав, а також осіб без громадянства, які не належать до громадян будь-якої держави. Поняття «іноземці» в широкому значенні є складним, оскільки охоплює всіх громадян іноземних держав, осіб без громадянства, біженців, закордонних українців та іммігрантів в Україні, що постійно чи тимчасово проживають чи знаходяться на території України. Безумовно, родовою ознакою, яка їх об'єднує, є те, що вони прибули з інших земель – територій інших держав, проте при цьому вони є різними за своїм конституційно-правовим статусом і правовими режимами їх перебування в Україні, які обумовлюються різноманітними інтересами їх перебування на території України та правовими можливостями їх задоволення.

Конституційно-правовий статус іноземців та осіб без громадянства встановлюється внутрішнім законодавством держави з урахуванням вимог, передбачених нормами міжнародного права. Незважаючи на наявність широкого кола законодавчих актів із цього питання, правове регулювання статусу іноземних громадян та осіб без громадянства в Україні має певні недоліки, одним із яких є недосконалість окремих юридичних термінів і понять, що вживаються в цих нормативних актах, у результаті чого в юридичній науці вчених щодо них немає єдиної точки зору. Таким проблемним питанням є неоднозначне розуміння поняття та змісту конституційно-правового статусу й правового режиму іноземців та осіб без громадянства, які постійно проживають чи на законних підставах перебувають в Україні, що актуалізує питання щодо співвідношення цих понять як різних правових категорій.

Теоретичні та практичні питання конституційно-правового статусу іноземців, осіб без громадянства, біженців, закордонних українців та іммігрантів в Україні досліджували такі учені, як С.П. Бритченко, М.В. Буроменський, В.І. Євінтов, О.Л. Копиленко, І.С. Ковалишин, С.Ф. Константінов, О.В. Кузьменко, О.А. Малиновська, Є.Ю. Петров, В.Ф. Погорілко, Ю.І. Римаренко, Ю.М. Тодика, О.Ф. Фрицький, С.Б. Чехович, В.М. Шаповал, Ю.С. Шемшученко, М.О. Шульга, В.Д. Яворський та інші. Віддаючи належне авторам щодо створення теоретичних основ інституту правового статусу іноземців та осіб без громадянства, варто зазначити, що питання співвідношення понять їх правового статусу й правового режиму в Україні не досліджувалося.

Метою статті є розкриття поняття, змісту та співвідношення конституційно-правового статусу й правового режиму іноземців та осіб без громадянства в Україні як самостійних, проте взаємопов'язаних правових категорій.

Приступаючи до розгляду основного питання теми, зауважимо, що в науковій літературі щодо поняття іноземців в Україні відсутній однозначний підхід до його розуміння. Одні автори поняття «іноземець» розуміють як іноземного громадянина – громадянина іншої держави; другі допускають іноземне походження осіб без громадянства, проте розмежовують їх з іноземними громадянами за правовим статусом; треті застосовують комплексний термін, який включає всіх осіб, які не є громадянами України, проте потрапляють під її територіальну юрисдикцію, тобто іноземних громадян та осіб без громадянства. Ця концепція превалує в більшості правових систем.

В Україні проблема визначення поняття «іноземець» вирішена в ст. 26 Конституції України через вживання словосполучення «іноземці та особи без громадянства», тобто через розмежування цих понять. Біженці, закордонні українці та іммігранти в Україні можуть перебувати на території України лише як громадяни іноземних держав або особи без громадянства, а їх правовий статус залежить від того, до якої категорії вони належать.

Конституційно-правовий статус іноземців та осіб без громадянства визначено Конституцією України, законами України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», «Про імміграцію», «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», «Про прикордонний контроль», «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» та іншими нормативно-правовими актами України, а також нормами міжнародного права, що містяться в Загальній декларації прав людини 1946 р., Міжнародному пакті про громадянські й політичні права, Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права 1966р., Заключному акті Наради з безпеки та співробітництва в Європі в Гельсінкі 1975 р., Конвенції про правовий статус біженців від 28 липня 1951 р., Конвенції про правовий статус осіб без громадянства від 28 вересня 1954 р., міжнародних угодах щодо прав та обов'язків фізичних осіб у конкретних правовідносинах.

У науково-практичному коментарі Конституції України щодо її ст. 26 слушно стверджується, що ця стаття присвячена правовому статусу іноземців та осіб без громадянства, його специфіці [1, с. 181], який визначається внутрішнім законодавством держав з урахуванням їхніх міжнародних зобов'язань. Разом із тим у контексті цієї статті проблемним питанням науки конституційного права постає неоднозначність тлумачення конституційно-правового статусу іноземців та осіб без громадянства в Україні.

Складні зв'язки між державою та індивідами, а також між індивідами в державно-організованому суспільстві, визначені в академічному курсі з теорії держави та права, фіксуються державою в юридичній формі – у формі прав, свобод та обов'язків. У єдності саме вони складають правовий статус індивіда [2, с. 78]. Змістом такого статусу, наголошує відомий учений-конституціоналіст Ю.М. Тодика, є переважно ті права й обов'язки, які надані й гарантовані всім Конституцією України [3, с. 92].

Натомість в окремих наукових джерелах наголошується, що сукупність прав та обов'язків іноземців, встановлену законодавством держави за відпо-

відності нормам міжнародного права, прийнято називати правовим режимом (правовим статусом) [4]. Т.І. Мендеграл конституційно-правовий статус осіб без громадянства визначає як юридичний режим публічно-правового становища осіб без громадянства [5]. Н.К. Шаптала, визначаючи правовий статус особи як сукупність прав та обов'язків особи, що визначені та гарантовані Конституцією України й законами України, іншими нормативно-правовими актами, міжнародними договорами, зазначає, що правовий режим іноземців – це сукупність їх прав та обов'язків на території держави перебування [6, с. 151]. Такої ж думки дотримується й О.В. Совгіря [7]. Л.Д. Тимченко під терміном «правовий режим (статус, становище) іноземців» розуміє сукупність прав та обов'язків, які мають іноземні громадяни в певній державі відповідно до її законодавства й міжнародних зобов'язань [8]. У визначеннях цих авторів правовий статус і правовий режим іноземців розглядаються як аналоги.

Є.Ю. Петров розуміє конституційно-правовий статус іноземців в Україні як юридично визначене Конституцією України, міжнародними договорами та іншим національним законодавством становище іноземних громадян в Україні, яке являє собою сукупність правових норм, що проголошують основоположні принципи, правовий режим і гарантії, які визначають поведінку іноземців у зв'язку з реалізацією ними прав, свобод, законних інтересів і виконанням обов'язків на території України [9]. Тобто дослідник розглядає правовий режим як складову частину конституційно-правового статусу іноземців.

Такі узагальнені тлумачення конституційно-правового статусу та правового режиму іноземців та осіб без громадянства викликають сумнів щодо справедливості ототожнення понять «правовий статус» і «правовий режим» та їх категорійного змісту, а тому співвідношення цих категорійних понять потребує більш поглибленого аналізу здобутків юридичної науки.

Серед учених-конституціоналістів є прибічники іншого підходу до розуміння конституційно-правового статусу іноземців і його режиму.

Ю.М. Тодика звертає увагу на своєрідний характер правового статусу іноземця в будь-якій країні, оскільки він складається з двох елементів: правового статусу громадянина своєї держави та правового статусу іноземця. Водночас іноземець та особа без громадянства підпадає під дію суверенної влади держави, на території якої перебуває, тобто підпадає під її юрисдикцію, повинен додержуватися конституції й законів країни перебування [3, с. 123]. У цій тезі прослідковується розмежування правового статусу та правового режиму іноземців через юрисдикцію законів країни перебування.

В.Л. Федоренко, аналізуючи новий Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», слушно розмежує поняття їх правового статусу та правового режиму, зазначаючи, що цей закон передбачає декілька режимів легального знаходження іноземців і осіб без громадянства в Україні: 1) іноземці та особи без громадянства, які перебувають на території України на законних підставах; 2) іноземці та особи без громадянства, які

постійно проживають в Україні; 3) іноземці та особи без громадянства, які тимчасово перебувають на території України; 4) іноземці та особи без громадянства, які тимчасово проживають в Україні тощо [10, с. 234].

В.Я. Настюк і В.В. Белєвцева, дослідивши співвідношення цих понять, доводять, що правовий статус – це сукупність прав та обов'язків, а також відповідальність певного суб'єкта за стан різних об'єктів, а отже, система правових норм, що регулюють його правове становище. Правовий режим – це система норм, що регулюють визначену діяльність різних суб'єктів, їх повноваження стосовно певного об'єкта управління [11, с. 19].

Безумовно, тут слушною є позиція вчених, які зазначають, що ці поняття хоча й тісно пов'язані між собою, проте не рівнозначні. Правовий статус іноземців та осіб без громадянства визначається комплексом винятково матеріально-правових норм, що регулюють відповідні відносини по суті, а правовий режим призначений забезпечувати реалізацію їх правового статусу.

Особливості конституційно-правового статусу іноземців та осіб без громадянства обумовлюються його змістом, який включає їх правосуб'єктність, конституційні принципи, права, свободи й обов'язки та їх гарантії, деякі додаткові спеціальні права й обов'язки для окремих категорій іноземців та осіб без громадянства, що постають із тимчасового правового зв'язку з державою їх перебування.

Правові статуси іноземних громадян та осіб без громадянства є самостійними категоріями, тому структуру конституційно-правового статусу іноземців та осіб без громадянства складають окремі самостійні взаємопов'язані статуси: 1) конституційно-правовий статус іноземних громадян; 2) конституційно-правовий статус осіб без громадянства; 3) конституційно-правовий статус біженців; 4) конституційно-правовий статус закордонних українців; 5) конституційно-правовий статус іммігрантів в Україні. Їх реалізація забезпечується встановленням відповідних правових режимів.

У науці поняття «режим» (лат. *regimen* – правління, управління) досить змістовне, багатозначне, вживається в різних значеннях.

У законодавстві України часто можна зустріти термін «режим», проте його тлумачення в нормативно-правових актах відсутнє. Так, у преамбулі Закону України від 22 вересня 2011 р. «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» проголошується, що цей закон визначає правовий статус іноземців та осіб без громадянства, які перебувають в Україні, та встановлює порядок їх в'їзду в Україну та виїзду з України. Тобто, не вживаючи термін «режим», законодавець розмежовує правовий статус іноземців та осіб без громадянства й фактично визначає їх правовий режим як порядок їх в'їзду в Україну, перебування в Україні та виїзду з України.

У «Великому енциклопедичному юридичному словнику» правовий режим визначається як певна сукупність юридичних засобів, способів, що застосовуються в певній сфері суспільних відносин та забезпечують дію правового регулювання. Правовому режиму притаманні певні особливості: 1) він встановлюється законодавством та забезпечується державою; 2) правовий

режим особливим чином регламентує певні сфери суспільних відносин, виділяючи суб'єктів та об'єкти права; 3) він є специфічним порядком правового регулювання, що складається із сукупності юридичних засобів, спрямованих на досягнення певної мети, і характеризується певним їх співвідношенням; 4) в основу правового режиму покладено той чи інший спосіб правового регулювання – заборону, дозвіл чи позитивне зобов'язання [11, с. 692].

С.С. Алексеев правовий режим визначає як порядок регулювання, виражений у комплексі правових засобів, що характеризують поєднання взаємодіючих між собою дозволів, заборон, а також позитивних зобов'язань, які створюють особливе спрямування регулювання [12]. Д.Д. Коссе розглядає правовий режим як специфічний механізм правового регулювання, його особливий порядок [13].

З наведеного постає, що фактично конституційно-правовий режим іноземців та осіб без громадянства являє собою специфічний вид правового регулювання конституційних відносин, виражений у поєднанні комплексу нормативних правових засобів (дозволів, заборон, зобов'язань, правових обмежень, стимулів, загальнодозвільного й дозвільного порядку регулювання тощо), яким встановлюється певна міра жорстокості правового регулювання, допустимий рівень активності суб'єктів, межі їх правової самостійності відповідно до політики держави щодо забезпечення правових статусів іноземців та осіб без громадянства залежно від країн їх прибуття.

Його основи визначені в ст. 26 Конституції України й деталізовані в законах України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту», «Про імміграцію», «Про правовий статус закордонних українців».

Розрізняють три види режиму іноземних громадян та осіб без громадянства:

1) національний режим означає зрівнювання іноземців у тих чи інших правах із власними громадянами. Він має абсолютний характер, тому що поширюється на всіх законослухняних іноземців, які перебувають в Україні, незалежно від того, чи є аналогічні права в громадян України у відповідних країнах. Статтею 64 Конституції України встановлено, що конституційні права й свободи людини та громадянина можуть бути обмежені у випадках, передбачених законодавством України.

2) режим найбільшого сприяння – надання іноземцям у певній сфері таких прав і встановлення таких обов'язків, які передбачені для громадян будь-якої третьої держави, що знаходяться на території цієї держави в найбільш вигідному правовому стані. Такий вид режиму найчастіше встановлюється на основі взаємності;

3) спеціальний режим означає надання іноземцям у тій чи іншій сфері певних прав і встановлення певних обов'язків, які відрізняються від тих, що передбачені в цій сфері для власних громадян відповідної держави. Він означає допущення деяких переваг у будь-якій сфері діяльності стосовно іноземних громадян окремих держав. Як правило, він встановлюється двосторонні-

ми договорами між зацікавленими державами та стосується питань спрощеного перетинання кордону, безвізового порядку в'їзду в країну тощо. Наприклад, такі угоди стосуються умов в'їзду в країну, освіти, соціальної політики тощо. Спеціальний режим встановлюється для осіб дипломатичних і консульських представництв, наділених відповідним імунітетом.

Для правових режимів характерним є переважно централізоване регулювання через відповідні механізми системи органів державної виконавчої влади. Акти конституційного права, що визначають зміст конституційно-правового статусу іноземців та осіб без громадянства, містять норми адміністративного змісту щодо забезпечення реалізації їхніх прав та обов'язків шляхом передбачених законом адміністративно-правових процедур, у яких виявляється деталізація змісту відповідних правових режимів у різних сферах державного управління [14, с. 48]. Так, законами України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту», «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», «Про державний кордон України», «Про прикордонний контроль», «Про імміграцію» встановлюється система режимів: прикордонний режим, режим в'їзду в Україну та виїзду з неї, візовий режим, режими проживання, перебування й пересування іноземців на території держави; митний режим тощо. Запровадження цих режимів здійснюється постановами Кабінету Міністрів України за поданням Адміністрації Державної прикордонної служби України, узгодженим із Міністерством внутрішніх справ України, Міністерством юстиції України, Службою безпеки України та Державною митною службою України, на які покладається порядок дотримання цих режимів.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що співвідношення цих понять як різних, проте взаємопов'язаних правових категорій у конституційному праві України полягає в тому, що конституційно-правовий статус іноземних громадян, осіб без громадянства, біженців, закордонних українців та іммігрантів в Україні як встановлена нормами матеріального права сукупність їхніх прав та обов'язків і гарантій їх забезпечення є статикою правового регулювання положення цих осіб в Україні. Правовий же режим як встановлена державою система правових норм, правил, режимних заходів організаційно-правового забезпечення реалізації цих статусів через діяльність уповноважених органів є динамікою правового регулювання цього статусу шляхом встановлення режимів в'їзду іноземців та осіб без громадянства в Україну, перебування в Україні та виїзду з України залежно від країни прибуття.

Література:

1. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол. : В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. наук України. – 2-е вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2011. – 1128 с.

2. Теорія держави і права. Академічний курс : [підручник] / за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.
3. Конституційне право України : [підручник] / за ред. В.П. Колісника та Ю.Г. Барабаша. – Х. : Право, 2008. – 416 с.
4. Санін С.В. Конституційно-правовий статус іноземців та осіб без громадянства / С.В. Санін // Столична юстиція. – 2014. – № 6(31). – С. 27–30.
5. Мендеграл Т.І. Конституційно-правовий статус осіб без громадянства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право» / Т.І. Мендеграл ; Національна академія внутрішніх справ. – К., 2013 – 20 с.
6. Шаптала Н.К. Конституційне право України : [навчальний посібник] / Н.К. Шаптала, Г.В. Задорожня. – Запоріжжя : Дике Поле, 2012. – 470 с.
7. Совгиря О.В. Конституційне право України : [навчальний посібник] / О.В. Совгиря, Н.Г. Шукліна. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – 632 с.
8. Тимченко Л.Д. Міжнародне право / Л.Д. Тимченко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.westudents.com.ua/glavy/64781-752-pravoviy-rejim-inozemtsiv.html>.
9. Петров Є.Ю. Конституційно-правовий статус іноземців в Україні та механізм його забезпечення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право» / Є.Ю. Петров ; Харківський національний університет внутрішніх справ. – Х., 2013. – 21 с.
10. Погорілко В.Ф. Конституційне право України : [підручник] / [В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко] ; за заг. ред. В.Л. Федоренка. – 3-вид., перероб. і доопр. – К. : КНТ ; Видавництво Ліра-К, 2011. – 532 с.
11. Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАНУ Ю.С. Шемшученка. – К. : Юридична думка, 2007. – 992 с.
12. Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве / С.С. Алексеев. – М. : Юридическая литература, 1989. – 288 с.
13. Коссе Д.Д. Правовий режим та механізм правового регулювання: ознаки та співвідношення / Д.Д. Коссе [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/15916/%C4>.
14. Настюк В.Я. Адміністративно-правові режими в Україні : [монографія] / В.Я. Настюк, В.В. Бєлевцева. – Х. : Право, 2009. – 128 с.

УДК 342.7 327(478)

Заворотченко Т. М.,

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права,
конституційного права і державного управління
Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара*

ФОРМИ ЗАХИСТУ ВИБОРЧИХ ПРАВ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ ОГЛЯД

FORMS OF PROTECTION OF ELECTORAL RIGHTS OF CITIZENS OF UKRAINE: THEORETICAL OVERVIEW

У статті висвітлюються питання реалізації права, яке розуміється як поведінка суб'єктів права. Виокремлюються основні форми захисту: самозахист прав і свобод, державний, муніципальний, громадський і міжнародний захист прав і свобод людини та громадянина. Аналізуються форми захисту виборчих прав громадян України.

***Ключові слова:** захист виборчих прав, фактичне правовласництво, гарантії виборчих прав, реалізація прав і свобод громадян, відновлення виборчих прав.*

В статье освещаются вопросы реализации права, которое понимается как поведение субъектов права. Выделяются основные формы защиты: самозащита прав и свобод, государственная, муниципальная, общественная и международная защита прав и свобод человека и гражданина. Анализируются формы защиты избирательных прав граждан Украины.

***Ключевые слова:** защита избирательных прав, фактическая правовая собственность, гарантии избирательных прав, реализация прав и свобод граждан, восстановление избирательных прав.*

The article highlights the issues of implementation of the law, which is understood as the behavior of the subjects of law. It outlines the main forms of protection: self-protection of rights and freedoms, state, municipal, public and international protection of the rights and freedoms of man and citizen. Examines forms of protection of electoral rights of citizens of Ukraine.

***Key words:** protection of electoral rights, actual legal ownership, guarantees of electoral rights and the rights and freedoms of citizens, restore voting rights.*

Втілення правової держави в життя та реалізація в повному обсязі виборчих прав громадян є ідеалом, досягнення якого не проглядається навіть у перспективі. Проте рух до цієї мети необхідно завершити. Тому для забезпе-

чення реальної участі громадян в управлінні державою є необхідним ефективний захист виборчих прав.

Конституція України гарантує пріоритетність захисту виборчих прав громадян. Саме в результатах виборів матеріалізується волевиявлення громадян, і саме вони є кінцевим продуктом реалізації їх виборчих прав. Якщо такі гарантії не сформульовані в законі й не дотримуються судами та виборчими комісіями, то неминуче складаються механізми, які дозволяють маніпулювати результатами виборів усупереч волевиявленню виборців.

Питання теорії та практики конституційно-правового регулювання охорони й захисту виборчих прав громадян і форми захисту цих прав досліджувалися багатьма відомими вітчизняними й зарубіжними вченими-фахівцями в галузі конституційного права та науки прав людини. Багато питань вищезазначеної наукової проблеми розкриті в працях В.В. Букача, А.В. Васіна, А.В. Грабильнікова, І.В. Дробуш, А.М. Кононова, А.Ю. Олійника, В.Ф. Погорілка, О.В. Пушкіної, О.М. Стаднік, В.О. Серьогіна, А.І. Француз та інших.

Разом із тим, як свідчать результати проведеного нами дослідження, стан сучасної юридичної науки характеризує недостатня теоретична й наукова розробленість деяких проблем, пов'язаних із визначенням та розкриттям форм захисту виборчих прав громадян України, що є досить актуальним для сучасної наукової теорії та юридичної практики.

Метою статті є дослідження різних форм і методів захисту виборчих прав громадян, у тому числі адміністративних і судових, а також визначення суб'єктів правозахисної діяльності, межі їх повноважень і процесуальних особливостей здійснення правозахисних функцій.

Для досягнення зазначеної мети поставлені й розв'язані в процесі дослідження такі завдання: 1) здійснення аналізу конкретних форм захисту виборчих прав громадян; 2) доведення того, що реалізація прав і свобод може виражатися у формі фактичного правовласництва, користування, розпорядження ними або в захисті – відновленні прав у випадку їх порушення; 3) уточнення сутності, ролі й місця форм захисту виборчих прав громадян у системі виборчого права України; 4) комплексний аналіз теоретичних і практичних аспектів цієї проблеми; 5) визначення кола суб'єктів, які приймають зобов'язуюче рішення щодо захисту виборчих прав людини та громадянина.

Новизна дослідження полягає в аналізі способів захисту виборчих прав, а також у доведенні того, що вищезазначені способи захисту прав є необхідним і достатнім заходом примусу, застосування якого забезпечує реалізацію порушених прав, що порушуються, або тих прав, що можуть бути порушені.

Відповідно до Конституції України захист виборчих прав є обов'язком держави, державний захист прав і свобод людини та громадянина гарантується, кожен має право захищати свої права всіма способами, не забороненими законом, держава зобов'язана відшкодувати шкоду, заподіяну незаконними діями (або бездіяльністю) органів державної влади або посадовими осо-

бами [1, с. 446]. Наведені й деякі інші конституційні норми, що повною мірою стосуються й захисту виборчих прав громадян України.

Під час дослідження форм захисту виборчих прав громадян України досить актуальним завданням є розмежування понять реалізації, гарантії, захисту, охорони виборчих прав, які нерідко використовуються в законодавстві та науковій літературі дещо безсистемно. Теоретичний аналіз цих понять уже був проведений у попередніх наших статтях, а також була висловлена власна позиція, яку ми зараз намагаємося конкретизувати.

Так, реалізація права розкривається як поведінка суб'єктів права, у якому втілюються приписи правових норм, а також практична діяльність людей щодо здійснення юридичних прав і виконання юридичних обов'язків. Однак сутність саме виборчих прав точніше відображає розуміння реалізації права не тільки як процесу або зовнішнього прояву процесу правового регулювання, а і як досягнення повної відповідності норм щодо здійснення певних вчинків або утримання від їх здійснення сумі тих дій, які фактично були вчинені [2, с. 374]. Так, приходячи на виборчу дільницю для голосування та опускаючи бюлетень в урну для голосування, громадянин дією проявляє свою волю, закріплену в законі як його право.

Реалізація суб'єктивних виборчих прав має найважливішу особливість. Здійснюючи своє конституційне право обирати до органів державної влади та місцевого самоврядування, а в більш широкому сенсі – брати участь в управлінні державою, громадянин сприяє реалізації конституційного права іншого громадянина або самого себе бути обраним. Опускаючи бюлетень в урну для голосування, громадянин тим самим виписує довіреність або відмовляє в ній особі, яка балотується на посаду кандидата управляти державою від його імені. До речі, ця тема виписування політичної довіреності є дуже цікавою й зовсім не дослідженою в сучасній науці. Наприклад, постає питання про те, скільки і якими саме повинні бути громадяни, щоб їх можна було назвати народом.

Таким чином, реалізація виборчих прав являє собою колективне й індивідуальне використання громадянами юридичних можливостей обирати й бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, результатом яких є передача представникам народу (населення) повноважень щодо здійснення державної влади або вирішення питань місцевого значення на певний строк.

Реалізація прав і свобод може виражатися у формі фактичного правовласництва, користування, розпорядження ними або в захисті – відновленні прав у випадку їх порушення. Правовласництво, користування й розпорядження складають реалізацію прав за правомірної поведінки суб'єктів. Необхідність у захисті права настає тоді, коли є невиконання відповідного правобов'язку, зловживання правом, перешкода їхньому здійсненню або суперечка про наявність самого права, у тому числі виборчого (наприклад, за відмови кандидату в реєстрації балотуватися на виборчу посаду держави або муніципального утворення).

Отже, забезпечення реалізації виборчих прав, у тому числі їх захист, є діяльністю органів державної влади, муніципальних органів, їх посадових осіб, інших уповноважених законом або міжнародним договором організацій щодо створення умов для реалізації громадянами наявних у них прав обирати й бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Однак уся складність цього положення полягає в тому, що в більшості випадків порушниками виборчих прав громадян України є виборчі комісії, які мають статус державних і муніципальних органів, чиї дії оскаржуються в суді – державному органі, який, як правило, стає на захист «честі державного мундира», оскільки і виборча комісія, і суд є органами держави. Шляхи вирішення цієї проблеми демократії ми намагатимемося знайти в наших наступних наукових статтях.

Нині в науковій літературі немає єдиної думки про систему гарантій прав і свобод загалом і гарантій виборчих прав, зокрема.

Одні правники розрізняють соціально-економічні, політичні та юридичні гарантії [3, с. 201]. Інші науковці доповнюють цей перелік ідеологічними, організаційними, інформаційними, матеріальними гарантіями [4, с. 94]. Деякі дослідники виокремлюють гарантії реалізації й гарантії охорони (захисту) прав, ще інші – нормативні (юридичне регулювання суб'єктивних прав) та інституційні (діяльність правозахисних юрисдикційних установ) [5, с. 383].

Умови, у яких відбувається реалізація виборчих прав громадян, включають різноманітні економічні, соціальні, політичні, інформаційні та інші фактори. Було б неправильно недооцінювати значення цих факторів і зводити всі виникаючі в процесі підготовки, проведення та визначення результатів виборів проблеми до недосконалості правових норм. Очевидно, що в умовах низького життєвого рівня більшості населення, відсутності незалежних засобів масової інформації, широкомасштабного тиску на виборців, членів виборчих комісій, суддів із боку владних структур запобігти спотворення дійсного волевиявлення виборців не дозволить навіть найідеальніше законодавство.

Вельми дискусійним є питання про співвідношення понять охорони й захисту прав і свобод. Одні автори розглядають ці терміни як тотожні, а інші, зокрема В.М. Бутилін, вважають, що якщо охорона включає заходи, спрямовані на попередження порушень прав та усунення причин, які їх зумовлюють, то захист передбачає примусовий (щодо зобов'язаної особи) спосіб здійснення права, який застосовується у встановленому законом порядку компетентними органами з метою відновлення порушеного права [6, с. 83]. Щодо цього ми погоджуємося з В.М. Бутиліним стосовно поняття захисту, зокрема захисту виборчих прав.

Вважаємо, що таке розуміння терміна захисту права передбачає й подолання усталеного стереотипу про систему так званих правоохоронних органів, оскільки відсутність у науці чіткого уявлення про перелік цих органів зумовлює деяку плутанину в законодавстві.

Зокрема, виборчим законодавством України виборчі комісії наділяються правом звернення або до правоохоронних органів, органів виконавчої влади (для проведення перевірок інформації про порушення закону та припинення порушень), або до правоохоронних органів або суду (з метою направлення протоколу про адміністративне правопорушення), або до правоохоронних органів, суду, органів виконавчої влади, які здійснюють державну політику у сфері засобів масової інформації. Звернення направляються одразу на декілька адрес, проте з причини відомчої роз'єднаності, неясності й неконкретності правових норм і результатів не приймається жодного рішення. У зв'язку із цим є правомірною така постановка питання: хіба не є правоохоронними органами самі виборчі комісії, чийм основним завданням є забезпечення реалізації та захисту виборчих прав громадян України? Саме тому є доцільним взагалі відмовитися від використання терміна «правоохоронні органи», а в законі назвати конкретно: суд, виборча комісія району, прокуратура тощо.

Захист виборчих прав можна розглядати як примусовий механізм реалізації права громадян України обирати й бути обраними до органів державної влади й органів місцевого самоврядування, який забезпечується міждержавними організаціями, органами державної влади, муніципальними органами, їх посадовими особами за допомогою запобігання порушень виборчих прав, усунення перешкод їх реалізації або відновлення порушеного права.

Незважаючи на активний науковий інтерес до питань захисту виборчих прав, особливо в останні роки, робіт, що містять комплексний аналіз теоретичних і практичних аспектів цієї проблеми, відносно небагато.

Так, Д.М. Чечот вказував на необхідність розмежування форм, у яких здійснюється захист порушених прав, засобів, за допомогою яких зацікавлені особи захищають свої права або свободи, способів, які застосовуються юрисдикційними органами для захисту порушених прав [7, с. 51].

Такий підхід дозволяє визначити коло суб'єктів правозахисної діяльності, межі їх повноважень та процесуальні особливості здійснення правозахисних функцій.

Форми захисту суб'єктивних прав і свобод диференціюються залежно від суб'єкта, уповноваженого примусовим чином забезпечити реалізацію цих прав. Тому Д.М. Чечот розрізняв судову, арбітражну, громадську, нотаріальну й адміністративну форми захисту [8, с. 35].

Л.Д. Воеводін доповнює цей перелік охоронної діяльності представницьких органів та органів прокуратури [9, с. 252]. Учений погоджується з Д.М. Чечотом і стверджує, що основним критерієм розмежування форм захисту виборчих прав треба вважати суб'єктну підставу, зокрема юрисдикційний орган, який приймає рішення, що є обов'язковим до виконання та таким, що запобігає порушенню права та усуває перешкоди до реалізації права й відновлює порушені виборчі права.

Однак наведені форми захисту прав і свобод не охоплюють усіх суб'єктів, наділених правозахисними повноваженнями. Крім того, можна на-

живати ті чи інші державні й муніципальні органи, які виконують правозахисні функції, проте так і не надати цьому переліку вичерпного характеру, адже захист конституційних прав і свобод, у тому числі виборчих, є обов'язком держави.

Очевидно, завдання дослідника полягає не тільки в перерахуванні, а й простій систематизації форм захисту.

Зокрема, можна виокремити п'ять основних форм захисту: 1) самозахист прав і свобод; 2) державний захист прав і свобод; 3) муніципальний захист прав і свобод; 4) громадський захист прав і свобод; 5) міжнародний захист прав і свобод.

У межах вказаних основних форм захисту існують різноманітні конкретні форми, які дозволяють примусовим чином забезпечувати реалізацію прав і свобод громадян. Наприклад, державний захист прав і свобод включає правозахисну діяльність уповноважених державних органів, у тому числі судів, законодавчих, виконавчих органів державної влади, прокуратури тощо.

Проведене дослідження форм захисту виборчих прав громадян надає можливість сформулювати такі висновки: ми вважаємо, що стосовно виборчих прав необхідно досить чітко визначити коло суб'єктів, які приймають зобов'язуюче рішення щодо захисту виборчих прав. Кожна форма захисту виборчих прав обумовлює власні засоби захисту, тобто специфічні дії, процедури, правові акти, за допомогою яких відповідний суб'єкт добивається реалізації порушених прав або запобігає їх порушенню. Ці засоби є різними через повноваження державних та інших органів.

Виборчі права при цьому мають деяку специфіку засобів і способів захисту, при цьому загальні форми захисту цілком застосовні. Так, до способів захисту виборчих прав можливі віднести такі: відновлення виборчих прав (наприклад, включення громадянина до списків виборців); припинення дії (бездіяльності) або скасування рішення, які порушують виборчі права (наприклад, припинення підкупу виборців); притягнення суб'єкта, дії (бездіяльність) якого обумовили порушення виборчих прав, до юридичної відповідальності (розформування виборчої комісії).

Що ж стосується засобів захисту виборчих прав, то їх вибір прямо залежить від правомочності суб'єктів у межах тієї або іншої форми захисту.

Література:

1. Конституція України: коментар законодавства України про права та свободи людини й громадянина : [навчальний посібник] / авт.-упоряд. М.І. Хавронюк. – К. : Парламент, 1999. – 544 с.
2. Сенякин И.Н. Теория права и государства : [курс лекций] / [И.Н. Сенякин, А.Б. Лисюткин] ; под ред. Н.А. Катаева и В.В. Лазарева. – Уфа : УВШ МВД РФ, 1994. – 478 с.
3. Козлова Е.И. Конституционное право России : [учебник для студентов высших учебных заведений] / Е.И. Козлова, О.Е. Кутафин. – изд. 3-е, перераб. и доп. – М. : Юристъ, 2004. – 587 с.

4. Фадеев В.И. Конституционное (государственное) право России : [учебное пособие] / В.И. Фадеев, Е.И. Колюшин. – М. : Городец, 2006. – 415 с.
5. Арановский К.В. Государственное право зарубежных стран : [учебник] / К.В. Арановский. – М. : Юридическая литература, 2002. – 420 с.
6. Бутылин В.Н. Институт государственно-правовой охраны конституционных прав и свобод граждан / В.Н. Бутылин // Журнал российского права. – 2001. – № 12. – С. 83–86.
7. Чечот Д.М. Государство и право : [курс лекций] / Д.М. Чечот. – М. : Юридическая литература, 1984. – 240 с.
8. Чечот Д.М. К вопросу о критерии истинности выводов юридической науки / Д.М. Чечот // Советское государство и право. – 1965. – № 2. – С. 34–41.
9. Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России : [учебное пособие] / Л.Д. Воеводин ; отв. ред. Н.А. Богданова. – М. : Изд-во Моск. ун-та ; Норма – Инфра-М, 1997. – 304 с.

УДК 347.961

Chizhmar K. I.,

*Candidate of Legal Sciences, Doctoral student of constitutional law
and comparative law SHEE “Uzhgorod National University”*

REFORM OF THE SYSTEM OF NOTARIES

РЕФОРМА СИСТЕМИ НОТАРІУСІВ

The article is devoted to the features of theoretical legal meaning and practical application of training notaries. Using the experience of foreign countries, the author proposes amendments to national legislation.

Key words: *notaries, notary, training, reforming.*

Стаття присвячена особливостям правового значення теоретичної та практичної підготовки нотаріусів. Використовуючи досвід зарубіжних країн, автор пропонує внести зміни в національне законодавство.

Ключові слова: *нотаріат, нотаріус, підготовка, реформування.*

Статья посвящена особенностям правового значения теоретической и практической подготовки нотариусов. Используя опыт зарубежных стран, автор предлагает внести изменения в национальное законодательство.

Ключевые слова: *нотариат, нотариус, подготовка, реформирование.*

Everyone's right to get legal assistance is a fundamental and guaranteed by the Constitution of Ukraine law, which provided both through the public authorities, and through the institutions where the state legislation empowers the appropriate authority. Today, as an important legal institution Notary adopted as an institution whose main objective in statutory limits on notarial acts is to ensure the realization of this right [4].

Thus, the issue of improving the system of professional development in Ukraine is one of the main directions of reforming the state, which is carried out in accordance with international practices and in accordance with clearly defined standards, adapted to European [9].

The effectiveness of notaries as the system agencies and officials entrusted with the duty to certify the law and the facts of legal significance, perform other notarial acts, by law, to provide them with legal validity, largely depends on the recruitment, are not only professionally, but also ideologically prepared for professional and competent, creative work. Because insufficient level of professional knowledge, practical skills and knowledge of public and private notaries, notaries public archives and other officials authorized to perform notarial acts, as well as those that provide notarial activity (consultants, assistants), only partially compensated by teaching in schools of professional development [2, p. 301].

In spite of organizational and functional similarities Notary «Roman type» in foreign countries, and their construction activities are purely national affair, based on the legal culture seated in tradition. So, speaking of certain standards, we should talk about the default set of so-called «Positive practices» (*eng. – good practices*), commonly used in different countries in the organization of the educational process for this professional group of people [6, p. 1]. Today we can identify certain minimum standards:

1) *The duty of continuing professional training*. It consists in a periodic execution of legal duty professional development notaries and employees of notaries. This approach is common to the laws of most countries in Eastern and Western Europe.

We pay also attention that duty professional development fixed as one of the principles at the supranational level of the European Code of notarial ethics (p. 2.8.), Which clearly states that the notary is obliged to maintain in good condition and level of knowledge as in the legal and technical sense, and should control and contribute to the improvement of professional skills of the employees [3]. Thus the main differences concern the amount and frequency of participation in educational activities of notaries. Note that a number of countries have not only set a positive obligation for notaries to improve their skills, but provide responsibility measures for its failure [7].

In our opinion in Ukraine necessary the approval of a single application, as the actual courses that must take place under the guidance of the Ministry of Justice of Ukraine, with the active participation of Notary Chamber of Ukraine. It is well known that highly qualified specialists in professional notarial law in the required amount in one area is not enough to ensure the quality of courses. Even in

European countries such professionals is not enough. They shuttle between providing quality education of notaries certain range for application [10, p. 20]. So it can be arranged retraining in Ukraine. The Ministry of Justice of Ukraine approves the application range of questions and a list of lecturers that provide training for them. And this group of teachers may conduct re-approved schedule for notaries in various regions of our country.

2) *Participation collective notaries in organizing activities to enhance professional development.* This standard is the most common and widely recognized. European Code of notarial ethics requires the notary creating infrastructure for professional development, particularly in the sphere of of new technologies (p. 2.8) [3]. Practically oriented and additional education, training should be enough flexible and variable in time, however, it is hardly possible standardization at the national level. At the same time, the creation and support educational infrastructure requires financial and organizational relevant collective participation of notaries.

3) *Active development of specialized education centers.* For today, approximately equally used two models of professional development: 1) at the law schools with the release of specialized units (departments, faculties, institutes, etc.), 2) through the development of autonomous educational institutions in collective bodies of notaries. Each model has its advantages and disadvantages, but usually the choice in each state is based on utilitarian considerations: economic justification, the need for licensing or authorization for the activity, the availability qualified staff [6, p. 3].

For example, on a modern university model its supporters indicate that the construction of legal education for two sectional system «Bachelor-Master» creates conditions for even greater flexibility and specialization units that provide training masters [1]. Becoming increasingly popular common with other legal professions, scientific and practical activities. The most commonly held joint events with lawyers, judges and registrars. In addition, the European Union have become increasingly popular international educational training programs, such as the European Academy of Notaries (Valencia, Spain) and the European Centre for Research and Notarial programs [7]. The first is focused more on the development of notaries (the organization of the profession, professional control and discipline, rights and duties of a notary, etc.). Other subjects focused on cross-border and prepared the audience (international taxation in inheritance, theory and practice of the European enterprises, satisfying creditors through foreclosure of the mortgaged property) [6, p. 3].

4) *Keeping universal competence of notaries.* Unlike other legal professions for the notary specialization in most countries of Latin Notaries allowed only in small limits and is usually is informal (someone better make a pledge, and someone is inheritance provides flawless tax optimization, etc.). The required level of specialization notarial activities provided where possible, special training programs focused on employee notaries – assistants and specialists, which in large offices in the metropolitan areas may specialize in certain types of notarial acts (inheritance and family law, corporate law, estate, legal facts).

Substantial interest in foreign countries is the acquisition notaries of new, additional competencies, hence the special courses in psychology, technology negotiation, mediation, corporate and trust management, investment and so on. Everywhere in the European countries are directions related to mastery notary a new information technologies for quality of interaction with public authorities, including in the framework of e-government.

5) *Using the latest in educational technology of professional notaries development.* Among these technologies are the most common in our opinion is the online distance learning courses, e-learning, law case, business games, short-term training in other lawyers (in notary lawyer, judge, registrar and vice-versa). In any case, it should be noted that to keep the attention of today, and thus the interest of professional audience based on lectures alone, no matter how talented lecturer did not have, it seems to the majority of our foreign colleagues impossible task. In this sense, they are very pragmatic view them transferred knowledge and skills as a specific commodity for which form of presentation has as much, if not more important than the packaging for the product. The latter, of course, must be of impeccable quality.

6) *Training himself.* Personal and professional qualities necessary for quality performance of the notary, it is important to regularly maintain. You can not do without the constant «charge» of the mind. Notary important to remember that the most refined occupation of man is training the brain. No courses will not be able to compensate for lost time if there is no desire to read independently and enjoy reading, including fiction. So, if the notary does not read the whole Chekhov, he should know at least the notary artistic image of created by this writer's novel «Nothing to do» (like there are works of O. de Balzac «Notary» G. Simenon «Notary of Chateauneuf, «etc.).

Conclusions. Thus, we can see that skills development of Ukrainian Notaries still at the stage of development and reform, because it is constant and relentless process improvement. Skills development of Ukrainian Notaries develops and turns towards professionalism, stability and financial independence. Reform of the skills development of Ukrainian Notaries activity and as a result, notaries is not an purpose in itself. It is important that it should be done systematically. That is not about implementing a specific plan of sequential actions, but the integrated set of measures to reform the current system of professional development notaries.

Literature:

1. Бисага Ю.М., Белов Д.М., Гаврилець О.В., Сідак М.В. Питання впровадження ідей Болонської системи освіти до навчального процесу в Україні. Науково-методичне видання / Ю.М. Бисага, Д.М. Белов, О.В. Гаврилець, М.В. Сідак – Ужгород. – Видавництво УжНУ «Говерла». – 2005 – 40 с.
2. Бисага Ю.М., Белов Д.М., Юридична діяльність: методологічні та теоретичні аспекти / Д.М. Белов, Ю.М. Бисага // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». – 2006. – Випуск 6. – С. 300–302.

3. Европейский Кодекс нотариальной этики (Code Europeen de Deontologie Notariate) / перевод с нем., принят Конференцией нотариусов Европейского союза 3-4 февраля 1995 года, г. Неаполь // Немецкий нотариальный журнал – 2003 – 721 с.
4. Єфіменко Л.В. Розвиток нотаріату України: стан та проблеми / Л.В. Єфіменко // Бюлетень Міністерства юстиції України – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/31160>.
5. Комаров В., Український нотаріат: перспективи розвитку / Вячеслав Комаров // Юридичний радник. – 3 червня 2012 р. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.yurradnik.com.ua/stride/men/?m=archive&y=2012&mag=88&art=2002/>
6. Медведев И.Г. Международно-правовые стандарты повышения квалификации нотариусов / И.Г. Медведев // Материалы научно-практической конференции «Методология повышения квалификации нотариусов». – Екатеринбург (11 – 12 октября 2012 года). – С. 1–5.
7. Черниш В. М. Дух та буква сучасного українського нотаріату [Електронний ресурс] / В. М. Черниш, І. П. Лихолат // Офіційний веб-сайт Київського міського відділення Української нотаріальної палати. – Режим доступу : <http://notaralata.kiev.ua/article/7>.
8. Чижмар К.І. Підвищення кваліфікації нотаріусів в Україні, проблеми та перспективи / К.І. Чижмар // Бюлетень Міністерства юстиції України. – № 8. – 2010. – С. 136–139.
9. Чижмар К.І. Підвищення кваліфікації нотаріусів: порівняльно-правовий аналіз / К.І. Чижмар // Науковий вісник УжНУ. Серія «Право» – Випуск № 24. – Том 1. – С. 55–58.
10. Щенникова Л.В. Статус нотариуса и новые квалификационные требования, предъявляемые к нему / Л.В. Щенникова // Нотариальный вестник. – № 11. – 2012 – С. 20–23.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ТА ФІНАНСОВЕ ПРАВО

УДК 342.9

Sokolenko O. L.,

Doctor of Law Sciences,

*Professor of the department of civil, labor and commercial law,
Dnipropetrovsk National University named after Oles Honchar*

OBJECT OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL PROTECTION AS A BASIC ELEMENT OF THEIR LEGAL STATUS SECURED BY APPROPRIATE GUARANTEES FROM THE GOVERNMENT

ОБ'ЄКТ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ В ЯКОСТІ ОСНОВНОГО ЕЛЕМЕНТА ЇХ ПРАВОВОГО СТАТУСУ, ЗАБЕЗПЕЧЕНІ ВІДПОВІДНИМИ ГАРАНТІЯМИ ВІД УРЯДУ

The scientific paper analyzes the basic element of administrative and legal protection of human rights. The rights of citizens are being considered as an object of administrative remedies.

***Key words:** rights, freedoms and legitimate interests of citizens, object of administrative and legal protection, status of juristic person.*

У статті проаналізовано основний елемент адміністративного та правового захисту прав людини. Права громадян розглядаються як об'єкт адміністративних засобів захисту.

***Ключові слова:** права, свободи й законні інтереси громадян, об'єкт адміністративно-правового захисту, статусу юридичної особи.*

В статье проанализирован основной элемент административной и правовой защиты прав человека. Права граждан рассматриваются как объект административных средств защиты.

***Ключевые слова:** права, свободы и законные интересы граждан, объект административно-правовой защиты, статуса юридического лица.*

Crucial in this case becomes reality of human rights at the level of legal recognition of rights and effective implementation mechanisms, also provides the effectiveness of judicial and administrative protection, under what science understands that judicial and administrative decisions and take effect realized that necessarily led to the restoration or compensation of violated rights and freedoms.

The purpose of this paper is to identify ways of improving the administrative and legal mechanism for the protection of human rights in law enforcement Ukraine.

Achieving this goal involves the following tasks:

- to clarify the understanding of human rights as the object of administrative and legal protection;
- describe the protection of human rights and as an indication of the basic function of rule of law;
- define the features of the regulatory and legal framework, concepts, values and system of administrative remedies rights.

At the same time, examining different aspects of administrative and legal mechanism for the protection of human rights as one of the elements to ensure their reality, which in turn acts as an indicator of building a modern legal socially oriented state must separately pay attention to the still existing theoretical controversies methodological understanding the nature of the rights and freedoms of man and citizen. In particular, it is about establishing the specific category of civil rights, its relation to the rights, freedoms and interests of Man, which is directly related to the doctrinal and legal definition of the content of human rights as the object of administrative remedies.

We note that the issue of the legal status of man and citizen attention was paid within just a few areas of law (legal theory, constitutional, international, administrative law, etc.). However, these studies mostly focus only on the conceptual foundations of basic human rights, unnecessarily leaving aside the peculiarities of human rights in terms of mechanisms for their protection. Given this urgent issue and are seen concept and essence of human rights as the object of administrative remedies.

First, we note that the rights of man and citizen is just one of the manifestations of their legal status and separately from the latter can't describe the specifics of individual relationships with the state and civil society. In particular, it is clearly noted in the fundamental principle of "no rights without responsibilities" [3]. But, of course, that the legal status can't be limited solely by the individual rights and responsibilities, including other elements that ensure the reality of such rights and obligations, adequate coordination of social interests of various individuals and social groups. Therefore, K.G. Volinka clearly notes that "the value of the category of legal person status is that it allows us to consider his rights, freedoms and duties in a coherent and systematic unity and given their interdependence" [4, p. 30].

Thus, the elucidation of the essence of human and civil rights must take into consideration their place in the overall structure of the legal status and the nature of relationships between rights, responsibilities and other elements of the legal status of man and citizen. At the same time, we note that such legal status as a complete category also undergo appropriate under the influence of a single generalized social status of the individual, which is the most comprehensive categories and is not limited to purely legal sense. Thus, in sociology social status of an individual is defined as its position in the social system associated with membership of a partic-

ular social group or community, a set of social roles and the quality and level of their performance.

So, in conclusion, summarize that, firstly, the status always reflects a certain position (position) of the person or team in society, and secondly, includes at least the following elements of both rights and responsibilities. Legal status is a much narrower category than social status, accordingly affects the extent of the rights that form the content of such status.

D.N. Bachrach, considering the rights of the citizen in the structure of administrative and legal status defines them as follows “formally defined, legally guaranteed opportunity to enjoy social benefits, the official measure of possible behavior allowed in society” [6]. So, in this case, the following features are as important as the formal definition, legal security of an official nature extent possible behavior that directly reflect in its totality is the legal nature of individual rights. But on the other hand, even a narrow aspect of administrative and legal status of citizens can't agree with this feature of human rights as possible behavior of individuals.

Note that according to p. 1, art. 19 of the Constitution of Ukraine [1] established the principle that no one can be forced to do something that is not required by law. However, it is somewhat limited perception as allowed everything that is not explicitly prohibited by law. Administrative and legal relations are characterized by legal inequality and parties have power-prescriptive in nature, but that does not mean that absolutely all rights of such relationship must also acquire the aforementioned properties. The concept of naturally occurring human rights in indirect art. 21 and art. 22 of the Constitution of Ukraine, the Universal Declaration of Human Rights of 12.10.1948 [7] and other international instruments indicates that human rights is a measure not only permissible state behavior, as it is due to the very nature of possible behavior. Some of these natural rights are a further manifestation of relevant administrative and legal relations, such as a natural right to participate in public affairs (art. 38 of the Constitution of Ukraine [1]). Hence, on the rights of the individual, even in terms of administrative and legal framework, always refers to the extent possible behavior that is not always requires a permit from the state, the purpose of which is to provide legal corridor to certain rights. Moreover, as noted by V.V. Kravchenko [5], the state should not be limited to legal registration of human rights, instead they should provide not only legal, but also economic, political and cultural means.

Note that the understanding of human personality as a multifaceted social phenomenon is important in terms of clarifying it, on the one hand, the complex nature, on the other hand, place in the structure of social interaction and communication. In addition, a comprehensive vision of human rights facilitates delineation of individual rights of other persons behavior of social opportunities. For example, some politically reasonable and justified rationale, devoid of legal content alone does not create individual rights, however, so vested and opportunities of conduct contrary to the social, philosophical and moral principles also do not have to create individual rights, because, as right is not autonomous and self-sufficient. However,

now in Ukraine, whose legal system is still based on the idea of legal positivism, is a common understanding of the technical and legal rights, and therefore human rights in the first place gave the same test their legislative consolidation. So all this is taken into account in the formulation and practical implementation of the system of administrative and legal protection of individual rights.

So, can confidently be said that in the context of administrative and legal protection of the individual to distinguish between legal status in the objective sense as a coherent category, subjective legal rights, and subjective natural rights, and the completeness and the reality of the past, which is aimed at providing administrative and legal protection, precisely defined meaning first.

At the same time, V.Y. Vasetskiy adheres slightly expanded understanding of the rights and freedoms in the subjective sense, defined as “an opportunity that belongs to a specific person that legally established, and acts protected by the state” [8, p. 11–12]. Note that in this case actually identified different inherently subjective right and its use as a form of Implementing Rules. We emphasize that Implementing Rules is designed to ensure implementation of the law of life (legal status in the objective sense), including through the use of Implementing Rules) subjective rights. That is, in purely theoretical terms the state acts to secure proper implementation of specific features of the behavior of the person beyond the scope of subjective rights. However, for the purposes of systemic administrative and legal protection of individual rights should take into account and that protection be not only recognized for a person to act in a certain way, but its real ability to realize these opportunities available to it that appropriately included in the object administrative and legal protection.

Thus, making conclusions about the understanding of the category of individual rights as the object of administrative remedies, are given below of Features and Functions:

- multifaceted social phenomenon that covers the legal, moral, political, and philosophical content;
- a measure of possible behavior in specific historical conditions of social development;
- a key element of personal rights, inalienability of rights obligations;
- conditionality and the right expression, regardless of its particular form (not only in the legislation) and the security of legal and official character;
- the goal is to meet the social needs of the individual in accordance with established society and the state of law and order;
- providing state of reality in the relevant specific legally and socially feasible and reasonable limits;
- subjective law and natural rights of their process of Implementing rules (use);
- protection of the rights of the individual.

Note that the above list of features of individual rights is certainly not exhaustive and expresses primarily the nature of individual rights is a subject of administrative and legal protection. Accordingly, protection, including the adminis-

trative and legal order, is one element of reality to ensure individual rights as a key component of its social position, in order to realize the social needs of the individual in her relationships with others, the state and society in general.

Also emphasize that science, at the level of individual rights, has agreed to provide its freedoms and interests. However, the problem of delimitation of rights, freedoms and interests of the individual has not only theoretical but also practical. In particular, for example, p. 5. 55 of the Constitution of Ukraine [1] provides for the right of everyone “to protect their rights and freedoms from violations and illegal encroachments” by any means not prohibited by law. Similarly, p. 2, art. 15 Civil Code of Ukraine from 16.01.2003 № 435-IV [9] establishes the right of everyone to protect their interest, which is not contrary to the “general principles of civil law”. Consequently, the rights and freedoms and legitimate interests, in fact, act as separate objects specific administrative remedies.

We believe that in this case really can't leave out a single entity of human rights as far as possible of a person's behavior, however, can't agree with the position that the rights and freedoms do not have any significant distinctive differences. We believe that as the distinction between the rights and freedoms of man and citizen should act way of implementing entity and state enforcement of such behavior possible.

From this perspective, individual rights should be seen as the desire to use certain social benefits, effective practical implementation requires active purposeful activity of the state to safeguard and ensure the reality of a person's behavior are possible. As an example of such rights can be called a constitutional right to work, strike, holiday, appropriate social protection (art. art. 43–46 of the Constitution of Ukraine [1]).

Installing the essence of the notion of individual freedom also requires reference to specific examples. Therefore, it is defined as the freedom of thought and freedom of speech, freedom of conscience, freedom of creativity provided art. 34, 35, 54 of the Constitution of Ukraine. These opportunities by way of its implementation does not directly provide permanent interim of the state, in other words, they may be made subject to non-interference in their implementation of the state, which should provide the same interference from other individuals or social institutions. As noted in this regard V.V. Kravchenko [5], the concept of “freedom” has more to do with the scope of autonomy rights, protection against interference in its internal world.

Thus, we focus on the specifics of the legal instruments that define the formulation above named freedoms, particularly with respect to freedom of opinion and expression and freedom of belief and religion Constitution of Ukraine stipulates that a person has a right to such freedom. Thus, in this case there is a unique combination of rights and freedoms that we believe, primarily due to certain historical and political factors in view of the need for additional software, see freedoms. Legally same field, such as the right to freedom of opinion and expression should be understood as the possibility of state-guaranteed entities independently of any-

one to think and express their views, as the special value of civil society needs extra protection and security with the state.

So, while the reality freedoms of man and citizen, as opposed to individual rights, not so tightly linked with the creation of the state of conditions for their implementation, however, she, in turn, requires the maintenance of the state and ensure its maintenance and other persons from social institutions interference in the personal sphere of human freedom. That is why freedom of the individual, as well as its rights also need appropriate protection, including the administrative and legal order, however, somewhat different plane to ensure non-interference with the exercise of these freedoms.

Thus, in terms of administrative and legal protection of the legitimate interest of the individual as a subjective right, under the legal protection of the state, in fact, according to said decision of the Constitutional Court of Ukraine of 01.12.2004 № 18-2004, it is an independent object of judicial review and other means of legal protection. However, in our view, a legitimate interest, although not part of the content of individual rights, but exists in parallel with it, they may be the same or flow into each other.

Thus, not only the general constitutional principles, but also administrative and legal protection legislation guarantees the right of every person who sees the need.

Summing want to identify that part of the administrative and legal protection should talk primarily on the protection of citizens is, that as citizens of Ukraine and foreigners and stateless persons. It is this broad category generalized understanding of human rights allows, on the one hand, mark law (and freedom) of all individuals, regardless of their nationality, on the other hand, cover not only the special rights caused by the relevant public law status of a person, but her natural rights, is the right person.

Thus, the rights, freedoms and legitimate interests owed to citizens of Ukraine, foreigners and stateless persons as a basic element of their legal status, provided that appropriate guarantees from the government, are the object of administrative remedies. Administrative and legal protection mechanism has an important place in ensuring the reality of civil rights as one of the key factors in the formation of law and civil society in Ukraine.

Literature:

1. Конституція України : Закон України від 08.12.2004 р. № 2222-IV // Відомості Верховної Ради України. – 1996 – № 30. – Ст. 141.
2. Турута О.В. Юридичний механізм забезпечення реальності прав і свобод громадян / О.В. Турута // Форум права. – 2010. – № 2. – С. 519–523. – [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2010-2/10tovicg.pdf>.
3. Воеводин Л.Д. Конституционные права и обязанности советских граждан / Л.Д. Воеводин. – М. : Издат. Моск. ун-та, 1972. – 324 с.
4. Волинка К.С. Забезпечення прав і свобод особи в Україні: теоретичні і практичні аспекти / К.С. Волинка // Право України. – 2000. – № 11. – С. 30–34.

5. Кравченко В.В. Конституційне право України : [навчальний посібник] / В.В. Кравченко. – вид. 4-те, виправ. та доп. – К. : Атіка, 2006. – 568 с.
6. Бахрах Д.Н. Административное право : [учебник для вузов] / Д.Н. Бахрах. – М. : Бек, 1996. – 355 с.
7. Загальна декларація прав людини : Документ ООН А/РЕ2/7А від 12.10.1948 р. // Офіційний вісник України. – 2008. – № 93. – Ст. 3103.
8. Васецький В.Ю. Доктрина прав людини в романо-германській правовій системі : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права історія політичних і правових учень» / В.Ю. Васецький ; Інститут держави і права імені В.М. Корецького. – К., 2005. – 200 с.
9. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

УДК 347.73

Литвин О. П.,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри адміністративного і кримінального права

Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара

СПЕЦІАЛЬНІ ПРИНЦИПИ ЗДІЙСНЕННЯ УПРАВЛІННЯ МІСЦЕВИМИ ФІНАНСАМИ В УКРАЇНІ

SPECIAL PRINCIPLES OF THE LOCAL FINANCE MANAGEMENT IMPLEMENTATION IN UKRAINE

Розглянуто особливості спеціальних принципів здійснення управління місцевими фінансами в Україні. Уперше проаналізовано зміни в бюджетному законодавстві, які стосуються управління бюджетними коштами. Сформульовано пропозиції щодо вдосконалення спеціальних принципів здійснення управління в цьому напрямі.

Ключові слова: *місцеві фінанси, управління, принципи, прозорість, підзвітність, бюджетний кодекс.*

Рассмотрены особенности специальных принципов осуществления управления местными финансами в Украине. Впервые проанализированы изменения в бюджетном законодательстве, касающиеся управления бюджетными средствами. Сформулированы предложения по совершенствованию специальных принципов осуществления управления в этом направлении.

Ключевые слова: *местные финансы, управление, принципы, прозрачность, подотчетность, бюджетный кодекс.*

The features of realization of special principles of local financial management in Ukraine are examined. Changes in a budgetary legislation, which touch management budgetary facilities, are first analysed. Suggestions in relation to perfection of special principles of realization of management in this direction are formulated.

Key words: *local finance, management, principles transparency, accountability, budget code.*

У дослідженні розглянуто принципи управління місцевими фінансами в Україні. Вказані принципи можна поділити на загальні та спеціальні відповідно до критерію поділу принципів державного управління взагалі (законність, публічність тощо). Зважаючи на достатнє наукове висвітлення першої групи принципів, доцільно розглянути лише спеціальні принципи.

В умовах глобалізації економіки наявність ефективної системи управління публічними фінансами має фундаментальне значення для забезпечення стабільності національної бюджетної системи, а також загальної фінансової безпеки та стійкого економічного зростання кожної країни. При цьому вона також займає провідне місце в системі державного управління. Принципи й механізми, що лежать в її основі, є, з одного боку, фактором соціально-економічного розвитку країни, з іншого – ефективним інструментом державного регулювання. На цьому наголошується, зокрема, у Стратегії модернізації системи управління державними фінансами (далі – Стратегія), схваленій Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2007 р. № 888-р.

Метою Стратегії є визначення стратегічних принципів і напрямів розвитку цієї системи та підвищення ефективності її функціонування шляхом удосконалення нормативно-правового забезпечення та створення інтегрованої інформаційно-аналітичної системи управління державними фінансами.

Розглянемо систему принципів здійснення управління місцевими фінансами, до якої належать такі: самостійність, державна фінансова підтримка, економічність і раціональність, відкритість, гласність і прозорість, ефективність і відповідальність в управлінні публічними фінансами.

Принципи управління – це межі, призми управлінської парадигми, важливий компонент філософії управління. До основоположних принципів варто віднести принцип публічності [1, с. 2], до якого Г.В. Атаманчук включає широкий доступ громадян до участі в питаннях управління шляхом обрання відповідних органів і громадського контролю за їх функціонуванням, відкритості функціонування згаданих органів, а також судовий контроль за дотриманням в управлінських процесах закріплених конституційно інтересів суспільства, прав і свобод громадян [2, с. 275]. Такий підхід до розуміння публічності спонукав С.М. Клімову до виділення розвинутих в Україні складових принципу публічності, на якому ґрунтується управління суспільними фінансами, а саме: 1) механізми доступності управління фінансами громадськості; 2) відкритість або прозорість функціонування органів державної влади й органів місцевого самоврядування; 2) контроль із боку суспільства за форму-

ванням, використанням і розподілом централізованих і децентралізованих грошових фондів; 3) судовий контроль за формуванням, розподілом і використанням державних і місцевих фінансів [1, с. 2–3].

Також до основних принципів управління місцевими фінансами відносять такі [3, с. 8]:

- самостійність;
- державна фінансова підтримка;
- економічність і раціональність;
- відкритість, гласність і прозорість.

Що стосується принципу самостійності, то тут необхідно зазначити, що в Україні визначається й гарантується місцеве самоврядування (ст. 140 Конституції України). Органи місцевого самоврядування вправі самостійно приймати рішення стосовно вирішення питань місцевого значення, зокрема питань у фінансовій сфері. Важливо, що ці органи є фінансово самостійними й незалежними (у певних межах), що вони мають право на власний бюджет, на місцеві податки та збори тощо, що закріплюється, зокрема, у ст. 143 Конституції України, у Бюджетному кодексі України. Ці положення відповідають і ст. 9 «Фінансові ресурси органів місцевого самоврядування» Європейської хартії про місцеве самоврядування (далі – Хартія) від 15 жовтня 1985 р., відповідно до якої органи місцевого самоврядування мають право в межах національної економічної політики на свої власні адекватні фінансові ресурси, якими вони можуть вільно розпоряджатися в межах своїх повноважень. Під адекватними фінансовими ресурсами О.А. Музика-Стефанчук пропонує розуміти такі ресурси, які є достатніми для реалізації завдань і функцій відповідного органу місцевого самоврядування, для задоволення місцевих потреб. Певний (можливо, мінімальний) розмір адекватних фінансових ресурсів має гарантуватися законом, наприклад, шляхом встановлення закріплених доходів місцевих бюджетів, які до них надходять за нормативами, що встановлюються на певний строк. Тобто це надходження, які повністю або частково закріплюються за певним бюджетом безстроково чи на довгостроковій основі [4, с. 33].

Також у Хартії зазначається, що обсяг фінансових ресурсів органів місцевого самоврядування відповідає функціям, передбаченим конституцією або законом. Частина фінансових ресурсів органів місцевого самоврядування формується за рахунок місцевих податків і зборів, розмір яких вони мають повноваження встановлювати в межах закону. Фінансові системи, які складають підґрунтя ресурсів органів місцевого самоврядування, мають достатньо диверсифікований і підвищувальний характер та повинні забезпечувати можливість приводити наявні ресурси, наскільки це практично можливо та відповідно до реального зростання вартості виконуваних ними завдань.

Наголошується також на тому, що захист більш слабких у фінансовому плані органів місцевого самоврядування передбачає запровадження процедур бюджетного вирівнювання або аналогічних заходів із метою подолання наслідків нерівного розподілу потенційних джерел фінансування й фінансового

тягаря, який вони повинні нести. Зазначені процедури або заходи не завдають шкоди повноваженням, які органи місцевого самоврядування можуть здійснювати в межах їхньої власної компетенції. Органи місцевого самоврядування інформуються відповідним чином про порядок виділення їм перерозподілених ресурсів. У міру можливості дотації органам місцевого самоврядування призначаються не для фінансування конкретних проектів. Надання дотацій не скасовує основоположну свободу органів місцевого самоврядування проводити свою політику в межах їхньої власної компетенції. Для цілей здійснення позик інвестиційного капіталу органи місцевого самоврядування мають доступ до національного ринку капіталу в межах закону.

Отже, зважаючи на положення Хартії та на їх імплементацію у вітчизняне законодавство, нині можна вести мову про фінансову автономію. Фінансова автономія – це база самоврядування територіальних колективів, самостійності всіх рівнів місцевої влади; це самоврядування у сфері фінансів [5, с. 19]. Професор В.І. Кравченко пише, що фінансова автономія місцевих органів влади – це фінансова незалежність цих органів під час виконання покладених на них функцій. Фінансова незалежність у сукупності з організаційною й адміністративною незалежністю є передумовою ефективного розв'язання місцевими органами влади покладених на них завдань [6, с. 90].

Принцип державної фінансової підтримки закріплений і в Хартії, і в Конституції України. Якщо говорити про принцип економічності й раціональності, то йдеться насамперед про формування та використання коштів місцевих фондів. Так, кошти мають використовуватися економічно та відповідно до запланованих показників. Раціональність можна трактувати як доцільність видатків, як потребу в їх фінансуванні.

Принцип відкритості, гласності та прозорості треба розглядати крізь призму принципів бюджетної системи, бюджетного устрою та бюджетного процесу. На перший погляд усі ці слова наділені ознакою синонімічності, проте це не зовсім так.

Принцип гласності означає, що процес управління місцевими фінансами є відкритим, гласним. Наприклад, депутати місцевих рад гласно розглядають проекти бюджетів, затверджують рішення про місцеві бюджети, положення інших фінансових планів і програм. Прозорість означає, що весь цей процес висвітлюється в засобах масової інформації. Одним із винятків цього принципу можна назвати таємні видатки.

Враховуючи принципи модернізації системи управління державними фінансами, викладеними в Стратегії модернізації системи управління державними фінансами, можна сформулювати принципи модернізації системи управління безпосередньо місцевими фінансами. Отже, до таких принципів належать:

- 1) системність і послідовність політики та дій у сфері місцевих фінансів, що потребує високого рівня організації роботи державних і місцевих інституцій, повноти, точності й надійності інформації про стан і розвиток цих фінансів. На сьогодні діють Науково-дослідний інститут фінансового права

при Академії правових наук України та Національному університеті державної податкової служби, а також Науково-дослідний фінансовий інститут при Міністерстві фінансів України. Проте, на жаль, розробки таких потужних наукових установ часто залишаються поза увагою тих, хто створює нормативно-правову базу для регулювання тих чи інших фінансових відносин;

2) ефективність управлінських рішень, у тому числі щодо використання бюджетних коштів, які повинні бути спрямовані на досягнення стратегічних цілей і базуватися на результатах аналізу поточної ситуації, попередньому досвіді та оцінці майбутнього впливу. У контексті цього необхідно зважати на середньострокове та довгострокове бюджетне планування;

3) відкритість і прозорість, що передбачає доступність для суспільства й засобів масової інформації процедур розгляду й ухвалення рішень щодо використання державних фінансів, обов'язкове оприлюднення виявлених у процесі контролю фактів їх незаконного, нецільового та неефективного використання, підзвітність і відповідальність суб'єктів сектору державного управління за прийняття та невиконання управлінських рішень.

У практичній діяльності фінансових органів все частіше ставиться питання про ефективність і відповідальність в управлінні публічними фінансами. Запропоновані принципи являють собою синтез кращої міжнародної практики в цій сфері. Принципи поділено на групи відповідно до сфер. Отже, розглянемо їх детальніше та проаналізуємо їх відповідність вітчизняному бюджетному законодавству.

1. Фінансова (податково-бюджетна) прозорість включає такі принципи:

– загальнодоступність інформації про стан і тенденції розвитку публічних фінансів. Наявність доступної, повної, актуальної, своєчасної інформації про стан місцевих фінансів, методології управління ними, їх наближення до міжнародних стандартів є необхідною умовою для забезпечення підзвітності й відповідальності органів державної влади та місцевого самоврядування. Очевидно, що підвищення якості та доступності інформації про стан публічних фінансів підвищить довіру громадськості до фінансової політики взагалі, а також позитивно відобразиться на макроекономічній і фінансовій стабільності адміністративно-територіальних одиниць. Рішення про місцевий бюджет повинно бути оприлюднене не пізніше десяти днів із дня його прийняття. Інформація про виконання Державного бюджету України та місцевих бюджетів (окрім бюджетів сіл і селищ) підлягає обов'язковій публікації не пізніше 1 березня року, що наступає за роком звіту, зокрема, для Державного бюджету України – у газетах «Голос України» та «Урядовий кур'єр»; місцевих бюджетів – у газетах, визначених відповідними радами. Публічне представлення звітів (у розрізі економічної класифікації видатків) про виконання місцевих бюджетів (окрім бюджетів сіл і селищ) здійснюється до 20 березня. Інформація про час і місце публічного представлення звітів публікується разом із звітом про виконання відповідних бюджетів;

– відкритість діяльності органів публічної влади в питанні розробки, розгляду, затвердження, виконання бюджетів. Цей принцип відповідає прин-

ципу публічності та прозорості бюджетної системи. Принцип публічності й прозорості означає те, що Державний бюджет України та місцеві бюджети затверджуються, а рішення щодо звіту про їх виконання приймаються, відповідно, Верховною Радою України, Верховною Радою Автономної Республіки Крим та відповідними радами;

– наявність і дотримання формалізованих вимог до ведення бухгалтерського обліку, складання та надання бюджетної звітності;

– розгляд і затвердження законодавчим органом основних показників бюджетної звітності. У цьому випадку йдеться про те, що законодавчий орган визначає показники звітності, проте сам не затверджує звіти. Квартальний і річний звіти про виконання місцевого бюджету подаються до Верховної Ради АРК, відповідної ради Радою міністрів АРК, місцевою державною адміністрацією, виконавчим органом відповідної ради чи міським, селищним, сільським головою (якщо відповідні виконавчі органи не створені) у двомісячний строк після завершення відповідного бюджетного періоду. Перевірка звіту здійснюється Рахунковою палатою АРК (щодо використання органами виконавчої влади коштів бюджету АРК) чи комісією з питань бюджету відповідної ради, після чого відповідні ради затверджують звіт про виконання бюджету або приймають інше рішення із цього приводу;

– формування та надання звітності відповідно до загальних принципів, необхідних і достатніх для проведення міждержавного, міжрегіонального й міжвідомчого порівняння. Цей принцип є логічним продовженням попереднього. Додамо, що, наприклад, у бухгалтерській звітності використовуються саме міжнародні стандарти.

2. Стабільність і довгострокова стійкість бюджетів включає такі принципи:

– прогнозування основних бюджетних параметрів (у точу числі боргового навантаження) на середню (до 3 років) і довгострокову (понад 3 років) перспективу в межах єдиної макроекономічної та грошово-кредитної політики. Цей принцип особливо яскраво проявляється під час застосування програмно-цільового методу в бюджетному процесі;

– реалістичність і надійність економічних прогнозів (у тому числі рівня доходів і боргового навантаження) і передумов, закладених в основу бюджетного планування. На підтримку цього принципу можна навести вітчизняний принцип обґрунтованості, який означає те, що бюджет формується на реалістичних макропоказниках економічного й соціального розвитку держави та розрахунках надходжень до бюджету й витрат бюджету, що здійснюються відповідно до затверджених методик і правил;

– наявність і дотримання під час бюджетної політики критеріїв (показників) реалістичності та стійкості бюджетів, а також допустимості податкового та боргового навантаження. Цей принцип є продовженням попереднього;

– систематичний аналіз та оцінка ризиків у бюджетно-податковій сфері, у тому числі оцінка середньо– і довгострокових наслідків прийняття но-

вих видаткових зобов'язань або тенденцій, що призводять до додаткових видатків чи скорочення доходів (із виділенням за необхідності доходів, що залежать від зовнішньоекономічної кон'юнктури). Стосовно ризиків у бюджетно-податковій сфері, то маємо, на жаль, констатувати відсутність кваліфікованого систематичного аналізу та оцінки таких ризиків;

– створення та підтримка необхідних фінансових резервів, у тому числі для країн із високим рівнем доходів від експорту сировини, у формі стабілізаційних (резервних) фондів і фондів майбутніх поколінь. Резервний фонд бюджету формується для здійснення непередбачених видатків, що не мають постійного характеру й не могли бути передбачені під час складання проекту бюджету. Рішення про виділення коштів із резервного фонду бюджету приймаються, відповідно, Кабінетом Міністрів України, Радою міністрів АРК, місцевими державними адміністраціями та виконавчими органами місцевого самоврядування. Резервний фонд бюджету не може перевищувати 1% обсягу видатків загального фонду відповідного бюджету. Кабінет Міністрів України, Рада міністрів АРК, місцеві державні адміністрації та виконавчі органи місцевого самоврядування щомісячно звітують відповідно перед Верховною Радою України, Верховною Радою АРК і відповідною радою про витрачання коштів резервного фонду відповідного бюджету. Рішення щодо необхідності створення резервного фонду місцевого бюджету приймає відповідна рада.

3. Ефективна та справедлива система міжбюджетних відносин (ця сфера та принципи, що до неї входять, у Бюджетному кодексі України розписані досить детально; також є численні підзаконні нормативно-правові акти) включає такі принципи:

– законодавче закріплення, засноване на єдиних принципах, а також стабільні та передбачувані фінансові взаємовідносини між публічно-правовими утвореннями;

– збалансоване та взаємопов'язане розмежування видаткових зобов'язань і доходів публічно-правових утворень.

– можливість і зацікавленість для регіональних і місцевих органів влади самостійно формувати свої бюджетні видатки й доходи, виходячи з інтересів і переваг регіональних (місцевих) спільнот;

– об'єктивна, формалізована та прозора система бюджетного вирівнювання;

– наявність стимулів для підвищення ефективності управління регіональними та місцевими фінансами й (за необхідності) санкцій, які забезпечують дотримання фінансової дисципліни та законодавчо встановлених вимог.

Як бачимо, більшість із запропонованих принципів ефективності та відповідальності в управлінні місцевими фінансами в Україні має своє законодавче підґрунтя. Залишається лише дотримуватися законодавства, і тоді процес буде дійсно ефективним.

Література:

1. Клімова С.М. Публічність управління фінансами держави як фактор розвитку демократичної соціальної держави / С.М. Клімова // Державне будівництво. – 2007. – № 2. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.nbuv.gov.ua/e-journals/DeVu/2007-2/doc/4/01.pdf.
2. Атаманчук Г.В. Теория государственного управления : [курс лекций] / Г.В. Атаманчук. – М. : Омега-Л, 2004. – 584 с.
3. Сазонець І.Л. Управління місцевими фінансами : [навчальний посібник] / І.Л. Сазонець, Т.В. Гринько, Г.Ю. Придатко. – К. : Центр навчальної літератури, 2006. – 264 с.
4. Музика-Стефанчук О.А. Фінансово-правова основа місцевого самоврядування в зарубіжних країнах : [навчальний посібник] / О.А. Музика-Стефанчук. – К. : Правова єдність, 2009. – 224 с.
5. Петленко Ю.В. Місцеві фінанси : [опорний конспект лекцій] / Ю.В. Петленко, О.Д. Рожко. – К. : Кондор, 2003. – 282 с.
6. Кравченко В.І. Місцеві фінанси України : [навчальний посібник] / В.І. Кравченко. – К. : Товариство «Знання» ; КОО, 1999. – 487 с.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

УДК 343.915

Шуба Б. В.,

доктор юридичних наук,

*професор кафедри адміністративного і кримінального права
Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара*

НАУКОВО-ТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ ВИТОКІВ ФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОСТУПКУ

SCIENTIFIC AND THEORETICAL ANALYSIS OF THE ORIGINS OF THE INSTITUTION OF THE CRIMINAL OFFENSE

У статті проаналізовано історію виникнення інституту кримінального проступку. Визначено різні підходи щодо питання доцільності встановлення відповідальності за проступок у кримінальному законодавстві України.

Ключові слова: *злочин, кримінальний проступок, покарання, відповідальність за проступок.*

В статті проаналізована історія виникнення інституту кримінального проступку. Дана характеристика різних підходів до питання про доцільність встановлення кримінальної відповідальності за проступок в кримінальному законодавстві України.

Ключевые слова: *преступление, уголовный проступок, наказание, ответственность за проступок.*

The article analyzes the history of the origin of the Institute of the criminal offense. The characteristics of the different approaches to the question of the advisability of establishing criminal liability for misconduct in criminal legislation of Ukraine.

Key words: *crime, criminal offense, punishment, responsibility for wrongdoing.*

Питання про запровадження інституту кримінального проступку в законодавстві України неодноразово ставилося в науковій літературі та ставало предметом широкого обговорення юридичної громадськості. Нині час воно стало особливо актуальним, оскільки новий Кримінальний процесуальний кодекс України, що набув чинності 19 листопада 2012 р., нормативно закріпив положення про кримінальний проступок. При цьому постає питання що-

до ознак, на які треба спиратися під час визначення поняття кримінального проступку та обсягу діянь, які ним будуть охоплюватися.

Основним критерієм, за яким доцільно відмежовувати проступок від злочину, є їх небезпечність для суспільства. Щодо обсягу діянь, то, на думку більшості фахівців, до кримінальних проступків треба відносити окремі діяння, які згідно із чинним Кримінальним кодексом України (далі – КК України) належать до злочинів невеликої тяжкості, а також певні види адміністративних правопорушень, що вчиняються фізичним особами та мають судову юрисдикцію.

Одним із принципів розвитку кримінального законодавства є його наступність, відповідно до якої всі корисні, достатньо ефективні та вивірені часом правові норми повинні залишатися в КК України. Різкі, кардинальні, часом необґрунтовані зміни в законодавстві здатні поставити перед правозастосувачем надскладні, а іноді й незрозумілі та нездоланні завдання, наслідком чого може стати суперечлива практика застосування КК України. Велика кількість не до кінця вивіrenих, іноді відверто помилкових і необґрунтованих рішень щодо кримінальної відповідальності може підірвати віру людей у справедливість правосуддя та похитнути повагу до кримінально-правових заборон.

Україна зараз переживає, напевно, найскладніші часи за весь період її незалежності. Порушено стабільність у політичній, економічній і соціальній сферах. За таких умов запровадження невважених, принципових, концептуальних змін до КК України може призвести до втрати стабільності й у сфері кримінально-правового регулювання.

Метою статті є дослідження інституту кримінального проступку на основі історичних даних, сучасного стану, а також аналізу проектів законів, які пропонують зміни.

Зазначену проблематику досліджували такі вчені, як В.І. Борисов, Н.Ф. Кузнецова, В.М. Куц, А.А. Музика, М.І. Панов, А.А. Піонтковський, І.Ю. Романюк, Є.Л. Стрельцов, В.Я. Тацій, М.І. Хавронюк, П.Л. Фріс, М.Д. Шаргородський та інші.

З розвитком соціально-економічних відносин у XVIII ст. актуальним стало питання про законодавче закріплення соціально-економічних і політичних прав громадян. Після буржуазних революцій ідеї мислителів епохи Просвітництва вплинули на формування кримінального законодавства. Постановка перед кримінальним законодавством завдання не лише кари, а й соціального регулювання суспільних відносин обумовила диференціацію кримінального діяння [1, с. 102]. Починаючи з французького Кодексу Брюмера VI (1795 р.) у кримінальних кодексах більшості держав Європи кримінальне діяння поділялось на проступки (порушення, проступки) та злочини. Оскільки територія сучасної України (Буковини, Галичини, Закарпаття) перебувала в складі Австро-Угорської імперії, то з 1796–1797 рр., згідно з Кримінальним кодексом Зонненфельда та Кримінальним кодексом Польщі 1852 р., криміна-

льне діяння в законодавстві, що існувало на території сучасної України, поділялось на злочини та тяжкі поліцейські проступки або провину [2, с. 23–29].

На думку П. Фейербаха, головним завданням вказаного поділу було розмежування злочинів на такі, що вчинялися за потягами пристрасті, та менш часті порушення закону. Вказану диференціацію необхідно та відновлювати, тому що вона відповідає моральній відмінності трьох класів кримінальних діянь [3, с. 141].

Поступово погляди щодо поділу кримінального діяння були сприйняті правовою доктриною Російської імперії. Уперше термін «преступление» був використаний у Наказі Перта Великого «О воспрещении взятк и посулов и наказание за оное» від 24 грудня 1714 р. [3, с. 83], проте для найтяжчих злочинів аж до середини ХІХ ст. використовувався термін «злочиніе» [3, с. 88].

Перша згадка про необхідність відокремлення поряд із злочином іншого виду «кримінальної неправди» зроблена графом М.М. Сперанським у проекті змін до Уложення в 1824 р., а в 1833 р. почалась робота над Зводом законів Російської імперії щодо розробки законопроекту про кримінальні покарання та виправні [2, с. 92–98]. У ХV томі Зводу законів Російської імперії 1835 р. поряд із злочином виділявся такий вид кримінального діяння, як проступок, а в ст. 2 вказувався формальний критерій їх розмежування.

В Уложенні 1845 р., зокрема в ст. 2, містився матеріальний критерій: «За преступления и проступки по роду и мере важности оных, виновные подвергаются наказаниям уголовным и исправительным» [4, с. 93]. На жаль, в Уложенні 1845 р. не розкривалися відмінність роду та міри тяжкості діянь.

П. Фейербах щодо відмінності цих діянь вказував: «Кто нарушит правомерные границы свободы, тот нарушит право. Кто нарушит свободу, утвержденную гражданским договором и обеспеченную наказательными законами, тот делает преступление, которое по сему и в дальнейшем смысле есть нарушением».

В Україні реформування кримінального й адміністративно-деліктного законодавства було започатковано з прийняттям Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженої Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008. У документі зазначено, що з метою гуманізації кримінального законодавства певну частину злочинів необхідно трансформувати в кримінальні (підсудні) проступки (далі – кримінальні проступки), обмежити сферу застосування покарань, пов'язаних із позбавленням волі, замінивши їх, наприклад, штрафними санкціями. Кримінально карані діяння необхідно поділяти на злочини та кримінальні проступки. Тому до категорії кримінальних проступків було включено:

а) окремі діяння, що згідно із чинним КК України належать до злочинів невеликої тяжкості, які відповідно до політики гуманізації кримінального законодавства будуть визнані законодавцем такими, що не мають значного ступеня суспільної небезпеки;

б) передбачені чинним Кодексом України про адміністративні правопорушення діяння, що мають судову юрисдикцію й не є управлінськими

(адміністративними) за суттю (дрібне хуліганство, дрібне викрадення чужого майна тощо).

Передбачалося, що кримінальні проступки мають бути об'єднані в новому Кодексі України про кримінальні проступки. За їх учинення не повинні наставати такі правові наслідки, як судимість.

На виконання зазначеної Концепції розпорядженням Кабінету Міністрів України від 27 серпня 2008 р. № 1153 було затверджено План заходів щодо реалізації Концепції реформування кримінальної юстиції України, який передбачив виконання таких завдань: розробити та подати проекти Кодексу України про кримінальні проступки та закону про внесення змін до КК України щодо розмежування правопорушень залежно від ступеня їх суспільної небезпеки, обмеження сфери застосування покарань, пов'язаних із позбавленням волі.

Для втілення положень цієї Концепції 28 лютого 2012 р. народними депутатами В.М. Стретовичем, С.П. Головатим, Д.М. Притикою, Е.В. Шишкіною було внесено проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків» № 10126, яким передбачено внести зміни до КК України для поширення дії загальних положень на всі види кримінальних правопорушень (на кримінальні проступки та злочини), не змінюючи структури КК України, депутатом М.П. Паламарчук 16 квітня 2014 р. було внесене Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України.

Активне обговорення питання щодо запровадження інституту кримінального проступку розпочалося після прийняття Концепції про реформування кримінальної юстиції. Зокрема, загальні засади запровадження кримінального проступку досліджували у своїх працях О.А. Банчук, В.К. Грищук, І.П. Голосніченко, Н.О. Гуторова, О.О. Кашкаров, І.Б. Коліушко, О.Д. Кос, В.Г. Лукашевич, В.Т. Малярєнко, Л.Г. Матвєєва, В.О. Навроцький, В.Я. Тацій, М.І. Хавронюк, П.Л. Фріс та інші вчені. Науковці широко розвинули дискусію щодо з'ясування необхідності запровадження кримінального проступку, вирішення проблеми співвідношення кримінального проступку, злочину й адміністративного делікту, урешті-решт розробки законопроекту щодо його запровадження. Однак і надалі дискусійними залишаються питання щодо визначення юридичної природи кримінального проступку, вирішення питання щодо критерію, за яким треба розмежовувати злочини, кримінальні проступки й адміністративні правопорушення тощо.

Щодо проблематики запровадження кримінального проступку в Україні, на основі аналізу наявних проектів законів і власних пропозицій робить дослідження В.Я. Тацій [5, с. 315]. Зокрема, він пропонує три концепції з впровадження в законодавство України кримінального проступку. Свої концепції В.Я. Тацій будує на основі вже існуючого досвіду європейських країн, зокрема Сербії, Словенії, Хорватії, Чехії та інших.

Проводячи аналіз теоретичної бази, можна дійти висновку, що серед учених уже побудована база дефініцій, ознак кримінального проступку. Проте головною проблемою саме для України залишається проблема прийняття законів, які одразу зможуть вирішити всі наявні суперечності, адже нині жоден з існуючих проектів не відповідає вимогам, які містять вирішення ключових проблем.

З метою запровадження інституту кримінальних проступків законопроектом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України» від 16 квітня 2014 р. № 4712 пропонується внести до Загальної та Особливої частин чинного Кримінального кодексу України (далі – КК України) низку змін, які викладені на 160 сторінках. Зокрема, пропонується викласти в новій редакції ст. 1 «Завдання Кримінального кодексу України»; включити статті 21–28, які передбачають принципи кримінального права; виключити положення ст. 3 стосовно характеристики КК України як єдиного джерела кримінального права та про заборону застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією; замінити поняття «злочинність» на «кримінальна протиправність»; запровадити категорію «кримінальне правопорушення», яка включала би два різновиди такого правопорушення: злочин і проступок.

У запропонованій редакції КК України поняття «злочин» пропонується звести до одного з видів кримінального правопорушення, виділивши поряд зі злочинами категорію кримінальних проступків.

Запровадження поняття кримінальних правопорушень і пов'язаного із цим поділу суспільно небезпечних діянь на категорії злочинів і кримінальних проступків є досить трудомістким процесом, для якого, на наш погляд, недостатньо формального перейменування поняття «злочин» на «кримінальне правопорушення», перенесення менш тяжких злочинів в окрему книгу Особливої частини КК України «Кримінальні проступки» та встановлення за них покарання у виді штрафу, громадських робіт, виправних робіт, службових обмежень, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (ст. 52 КК України в редакції проекту).

Загалом, на нашу думку, нагальної необхідності в запровадженні до кримінального законодавства України категорії кримінальних проступків немає. Фактично такі проступки, виходячи з виду та розміру санкцій за їх вчинення, що передбачені КК України в редакції проекту, є нічим іншим, як злочинами невеликої тяжкості. Крім того, чіткого розмежування кримінальних проступків і злочинів невеликої тяжкості в Загальній частині КК України не проведено.

Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 12 КК України в редакції проекту злочином невеликої тяжкості є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк не більше двох років або інше, більш м'яке, покарання, у тому числі штраф у розмірі від 20 до 50 штрафних ставок.

У свою чергу критеріями віднесення того чи іншого діяння до категорії кримінальних проступків, відповідно до приписів ч. 3 ст. 11 проекту КК

України, є його «розміщення» в Книзі 2 («Кримінальні проступки») Особливої частини цього кодексу, а також відсутність у цьому діянні ознак злочину.

При цьому відсутність таких видів покарань, як позбавлення або обмеження волі, характерна для багатьох санкцій статей проекту КК України, які передбачають відповідальність як за злочини невеликої тяжкості, так і за кримінальні проступки. Так, наприклад, умисне надання неправдивих відомостей до органу Державного реєстру виборців, відповідно до санкції ч. 9 ст. 156 КК України в редакції проекту карається штрафом від 20 до 50 штрафних ставок, громадськими роботами, виправними роботами або службовими обмеженнями (тобто вказане діяння відноситься до злочинів невеликої тяжкості).

Водночас вчинення особливо кваліфікованого складу кримінального проступку, передбаченого ч. 3 ст. 473 «Незаконні ведення передвиборної агітації, агітації під час підготовки і проведення референдуму з використанням засобів масової інформації» КК України в редакції проекту, буде каратися штрафом від 5 до 10 штрафних ставок або громадськими роботами I ступеню, або виправними роботами I ступеню, або службовими обмеженнями I ступеню. Тобто критерієм розмежування вказаних діянь буде лише різниця в 10 штрафних ставок між максимальною та, відповідно, мінімальною межею штрафу, передбаченою вказаними нормами за вчинення зазначеного кримінального проступку та злочину.

Деякі положення законопроекту суперечать ustalеним положенням національної кримінально-правової доктрини. Насамперед це стосується такого специфічного правового наслідку, як судимість. Саме за цією ознакою кримінальна відповідальність відрізняється від інших видів юридичної відповідальності (адміністративної, дисциплінарної тощо).

Проте в ч. 1-1 ст. 88 КК України в редакції проекту прямо вказано, що набрання законної сили обвинувальним вироком щодо проступку не тягне за собою визнання засудженої особи такою, що має судимість. У такому випадку логічно виникає питання про те, який сенс у притягненні особи за вчинення діянь, що відносяться до кримінальних проступків, саме до кримінальної відповідальності, адже види, розміри та наслідки кримінальних покарань за них майже нічим не відрізняються від адміністративних стягнень, передбачених Кодексом України про адміністративні правопорушення.

З тексту законопроекту незрозуміло, чи виникає множинність вчинення злочину та проступку (наприклад, особа спочатку вчиняє крадіжку, передбачену ч. 1 ст. 185 законопроекту (злочин), а потім – дрібне викрадення чужого майна, передбачене ст. 485 (кримінальний проступок)) і яким чином це позначається на кваліфікації вчинених діянь і розмірі остаточного покарання.

Узагалі текст цього законопроекту містить у собі багато проблемних питань, які потребують вирішення, адже якщо він буде прийнятий у такій редакції, то він не тільки не вирішить наявну проблематику, а й створить нові, ще більш складні, розбіжності, колізії тощо.

Підсумовуючи вищевикладене, вважаємо, що виходом із ситуації, що склалася після набрання чинності в 2012 р. новим Кримінальним процесуальним кодексом України (яким було запроваджено інститут кримінальних про-

ступків), могло б стати внесення до вказаного кодексу змін, відповідно до яких поняття «кримінальне правопорушення» треба замінити поняттям «злочин», а поняття «кримінальний проступок» – поняттям «злочин невеликої тяжкості».

Крім того, на нашу думку, у будь-якому випадку відповідних змін потребує також глава 25 Кримінального процесуального кодексу України, яка визначає особливості досудового розслідування кримінальних проступків (у формі дізнання). Нині ці положення відрізняються від загального порядку розслідування злочинів лише строками, які також можуть бути продовжені в загальному порядку (п. 4 ч. 2 ст. 301 Кримінального процесуального кодексу України), неможливістю обрання запобіжних заходів у вигляді домашнього арешту, застави та тримання під вартою (ст. 299 Кримінального процесуального кодексу України), а також заборонаю проведення негласних слідчих (розшукових) дій (ст. 300 Кримінального процесуального кодексу України).

Без значного спрощення порядку досудового розслідування вказаної категорії злочинних діянь кардинальні законодавчі кроки щодо реформування законодавства України про кримінальну відповідальність, які пропонуються в проекті, не матимуть сенсу й раціонального обґрунтування їх доцільності.

Нечіткість формулювання змісту дефініцій «кримінальний проступок» та «злочин» призводить до низки питань, які виникають із застосуванням норм, що стосуються стадій вчинення кримінального правопорушення. У законопроекті зазначено, що кримінально караними стадіями кримінального проступку є замах і закінчений кримінальний проступок.

Доходимо висновку, що готування до кримінального проступку не є суспільно небезпечним діянням і не ставить під реальну загрозу заподіяння шкоди охоронюваним кримінальним законом суспільним відносинам. Таким чином, ступінь суспільної небезпечності кримінального проступку є нижчим від суспільної небезпечності злочину, що робить їх відмінними за матеріальною ознакою. Це, на жаль, не враховано у вищезгаданому законопроекті.

Література:

1. Історія держави і права України : [підручник] / А.С. Чайковський, В.І. Батрименко, Л.О. Зайцев. – К. : Юрінком Інтер. 2006. – 459 с.
2. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть общая : [лекции] : в 2 т. / Н.С. Таганцев. – 2-е изд., пересмотр. и доп. – СПб. : Гос. тип., 1902– . Т. 1. – 1902. – 823 с.
3. Георгиевский Э.В. Общее понятие преступления в истории уголовного права России: терминологическое многообразие / Э.В. Георгиевский // Государство и право. – 2008. – № 4. – С. 83–89.
4. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть общая : [лекции] : в 2 т. / Н.С. Таганцев. – 2-е изд., пересмотр. и доп. – СПб. : Гос. тип., 1902– . – Т. 2. – 1902. – 659 с.
5. Тацій В.Я. Ще одна спроба «гуманізації кримінального законодавства України / В.Я. Тацій, В.І. Тютюгін, Ю.В. Гродецький, А.О. Байда // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2014. – № 1(2). – С. 312–330.

Богатирьов А. І.,
*кандидат юридичних наук,
помічник-консультант народного депутата
Верховної Ради України*

РОЛЬ СПЕЦІАЛЬНО-КРИМІНОЛОГІЧНИХ ЗАХОДІВ ЗАПОБІГАННЯ ПЕНІТЕНЦІАРНІЙ ЗЛОЧИННОСТІ

ROLE OF SPECIAL-CRIMINOLOGICAL PREVENTION MEASURES OF PENITENTIARY CRIME

У статті розкрито спеціально-кримінологічні заходи запобігання пенітенціарній злочинності, розглянуто основи форм і методів роботи персоналу органів та установ виконання покарань у сфері такої діяльності. Акцентовано увагу на оперативно-розшуковій профілактиці як одному з найскладніших, однак і найефективніших, видів запобігання пенітенціарній злочинності. Розкрито позиції науковців і практиків щодо проблем спеціально-кримінологічного запобігання вчиненню злочинів в органах та установах виконання покарань, а також винесено певні пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства в цій сфері.

Ключові слова: спеціально-кримінологічні заходи, запобігання, пенітенціарна злочинність, персонал, виконання покарань.

В статье раскрыто специально-криминологические меры предупреждения пенитенциарной преступности, рассмотрены основы форм и методов работы персонала органов и учреждений исполнения наказаний в сфере такой деятельности. Акцентируется внимание на оперативно-розыскной профилактике как одному из самых сложных, однако и наиболее эффективных, видов предотвращения пенитенциарной преступности. Раскрыты позиции ученых и практиков относительно проблем специально-криминологического предупреждения совершения преступлений в органах и учреждениях исполнения наказаний, а также вынесены определенные предложения по совершенствованию действующего законодательства в этой сфере.

Ключевые слова: специально-криминологические способы, предупреждение, пенитенциарная преступность, персонал, исполнение наказания.

The article deals specifically criminological, penal measures to prevent crime, discussed the basics of forms and methods of work of the personnel and penal institutions in such activities. Attention is focused on operational-search prevention as one of the most difficult but the most efficient and species penal crime prevention. Exposed positions scholars and practitioners about the problems of specially-criminological prevention of crimes in organs and penal institutions, and made some suggestions for improving the existing legislation in this area.

Key words: special-criminological methods, prevention, penal crime, staff, execution of punishment.

Постановка проблеми. Розв'язання проблеми запобігання злочинам в органах та установах виконання покарань, безперечно, неможливе без застосування заходів загальносоціального рівня, серед яких варто виділити такі: економічні, соціальні, організаційні, технічні, освітні, виховні, правові тощо. Водночас треба зауважити, що спеціально-кримінологічне запобігання пенітенціарній злочинності має часові межі та реалізується в розрізі окремих його складових, зокрема таких: установа виконання покарань першого, другого та третього рівня; строк відбування покарань; особа, яка вчинила злочин вперше або раніше судима, тощо.

Сутність спеціально-кримінологічного напряму запобігання пенітенціарній злочинності полягає в здійсненні впливу на причини й умови та інші обставини, з якими пов'язане існування цього негативного соціального явища та його прояв у вчиненні конкретного кримінального правопорушення в місцях позбавлення волі засудженою особою.

Метою статті є розкриття спеціально-кримінологічних заходів запобігання пенітенціарній злочинності й вироблення на цій основі форм і методів роботи персоналу органів та установ виконання покарань у сфері такої діяльності.

Стан дослідження. У статті використані праці як вітчизняних, так і зарубіжних учених, зокрема роботи Ю.М. Антоняна, Ю.В. Бауліна, М.І. Бажанова, В.М. Бородіна, І.В. Боднара, І.Г. Богатирьова, В.В. Василевича, В.В. Голіної, Б.М. Головкина, Г.С. Гаверова, О.М. Джужи, А.І. Долгової, Л.С. Дубчак, В.М. Дрьоміна, Д.О. Зубова, А.П. Закалюка, В.С. Зеленецького, О.Г. Колби, Я.М. Квітки, В.М. Кудрявцева, І.І. Карпеця, О.М. Костенка, А.В. Кирилюка, Н.Ф. Кузнецової, Н.С. Лейкіної, О.М. Литвака, О.М. Литвинова, М.С. Пузирьова, М.А. Скрябіна, В.В. Сташиса, Є.Л. Стрельцова, В.Я. Тація, М.С. Таганцева, А.П. Тузова, В.І. Шакуна та багатьох інших.

Проведений аналіз праць зазначених учених, результатів емпіричних досліджень свідчить, що питання, пов'язані зі спеціально-кримінологічними заходами запобігання пенітенціарній злочинності, розглядаються вченими фрагментарно, а тому потребують подальшої наукової розробки та вимагають сучасного бачення й осмислення, зокрема в контексті діяльності Державної пенітенціарної служби України.

Виклад основного матеріалу. Отже, застосування саме спеціально-кримінологічних заходів запобігання пенітенціарній злочинності мають за мету недопущення вчинення злочинів із боку засуджених в органах та установах виконання покарань. Спеціальне призначення щодо виявлення та ліквідації, блокування, нейтралізації детермінант цієї злочинності – це головна особливість спеціально-кримінологічного запобігання.

Заслуговує на увагу позиція О.Г. Колби про те, що спеціально-кримінологічне запобігання злочинам в установах виконання покарань має розглядатися як вид практики на концептуальній науковій основі, спрямованої на недопущення антигромадських проявів у місцях позбавлення волі, де запобігання виступатиме як певна сукупність ідей, концепцій, наукових гіпо-

тез, проектів, практичних рішень, спрямованих на забезпечення відповідної діяльності держави й суспільства. Крім цього, зазначений вид запобігання злочинам, на думку вченого, має бути спрямованим на те, щоб виключити антигромадську поведінку й тим самим створити умови нормального функціонування установ виконання покарань [1, с. 259].

Отже, спеціально-кримінологічні заходи запобігання пенітенціарній злочинності покликані здійснювати безпосередній вплив на злочинність в органах та установах виконання покарань. Вони застосовуються для вирішення поставлених перед цими органами й установами завдань щодо виконання покарань і запобігання злочинам.

Останні дослідження з пенітенціарної кримінології визначають спеціально-кримінологічне запобігання злочинам в установах виконання покарань як діяльність органів та установ виконання покарань, яка спільно з іншими суб'єктами цього запобігання злочинам спрямована на виявлення й усунення (блокування, нейтралізацію) причин, умов та інших детермінант злочинності в місцях позбавлення волі [2].

За такого підходу спеціально-кримінологічне запобігання злочинам може бути визнано найбільш дієвим способом протидії злочинності в пенітенціарній сфері. Як вірно зауважує професор І.Г. Богатирьов, для організації ефективної роботи щодо запобігання пенітенціарній злочинності необхідно, щоб усі співробітники органів та установ виконання покарань добре володіли оперативною обстановкою, знали кримінально-правову та кримінологічну характеристику пенітенціарної злочинності, а також структуру міжособистісних відносин засуджених, які відбувають покарання [3, с. 170].

Спеціальний обов'язок щодо попередження й виявлення злочинів, вчинених у колоніях, а також порушень встановленого порядку відбування покарання чинне кримінально-виконавче законодавство (ст. 104 Кримінально-виконавчого кодексу України) покладає на оперативні підрозділи органів та установ виконання покарань, які на підставі зазначеного галузевого законодавства, Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» та відомчих (міжвідомчих) нормативно-правових актів, що мають відповідний гриф обмеження допуску, здійснюють оперативно-розшукову діяльність (далі – ОРД).

Зокрема, відповідно до ст. 104 Кримінально-виконавчого кодексу України в колоніях здійснюється ОРД, основним завданням якої є пошук і фіксація фактичних даних про протиправну діяльність окремих осіб і груп із такою метою:

- забезпечення безпеки засуджених, персоналу колоній та інших осіб;
- попередження й виявлення злочинів, вчинених у колоніях, а також порушень встановленого порядку відбування покарання;
- вивчення причин та умов, що сприяють вчиненню злочинів та інших правопорушень;

– надання правоохоронним органам, які здійснюють ОРД або кримінальне провадження, допомоги в розкритті, припиненні та попередженні злочинів [4].

Завдяки цій діяльності можна запобігти на стадіях готування та замаху значній кількості злочинів, а також багатьом іншим правопорушенням, перекрити канали надходження до засуджених заборонених предметів, вилучити їх значну частину. Зокрема, у 2014 р. зусиллями оперативних підрозділів установ виконання покарань та слідчих ізоляторів попереджено 5 330 злочинів проти 4 967 за 2013 р., або на 7,3% більше [5].

Причому жодний інший структурний підрозділ установ виконання покарань (відділ нагляду й безпеки, відділ соціально-виховної та психологічної роботи тощо) не зможе без оперативних підрозділів успішно протидіяти пенітенціарній злочинності, оскільки не має у своєму розпорядженні необхідних сил і засобів ОРД.

Саме ця особливість й виділяє оперативно-розшукове запобігання пенітенціарній злочинності в особливий підвид спеціально-кримінологічного запобігання. Ця позиція знаходять своє підтвердження і в останніх дослідженнях пенітенціарної злочинності [6, с. 11]. Підтримуємо думку С.І. Халимона, який вважає, що провідне місце оперативних підрозділів у запобіганні злочинності в установах виконання покарань обумовлено такими обставинами:

- наявність кримінального досвіду в засуджених, які відбувають покарання в пенітенціарних установах;
- обізнаність багатьох засуджених про методи роботи правоохоронних органів (у тому числі оперативних підрозділів);
- наявність зазначеного співтовариства з його особливою кримінальною ідеологією;
- виникнення протиріч у взаєминах між засудженими та персоналом;
- здатність засуджених ретельно приховувати наміри щодо продовження злочинної діяльності;
- латентність внутрішньогрупових кримінальних процесів у зазначеному співтоваристві в установах виконання покарань;
- наявність у засуджених певної «кваліфікації» під час вчинення окремих видів злочинів [7, с. 276].

До особливостей оперативно-розшукового запобігання в установах виконання покарань можна віднести такі:

- переважна частина профілактичних заходів проводиться щодо засуджених, які, як правило, неодноразово відбувають покарання в місцях позбавлення волі;
- діяльність оперативних підрозділів установ виконання покарань здійснюється на основі Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» з особливостями, визначеними відомчими нормативно-правовими актами;
- профілактичні заходи оперативних підрозділів установ виконання покарань тісно пов'язані з виховним впливом на засуджених;

- більшість оперативно-профілактичних заходів проводиться негласно, проте в тісній взаємодії з гласними методами;
- територія, на якій проводяться профілактичні заходи, переважно обмежена установою виконання покарань;
- в установі виконання покарань право проводити оперативно-розшукові заходи надано тільки визначеним законом суб'єктам – оперативним підрозділам.

На підставі вищевикладеного робимо висновок, що діяльність персоналу органів та установ виконання покарань із профілактики правопорушень серед засуджених передбачає насамперед виявлення причин, зумовлених цими діями, та умов, що сприяють їх вчиненню, з подальшим розробленням заходів щодо усунення названих детермінант. Крім цього, зазначена діяльність може включати в себе як виявлення осіб, від яких можна очікувати порушень у встановленому порядку відбування покарання, так і застосування до них заходів виховного та профілактичного впливу.

Отже, спеціально-кримінологічне запобігання пенітенціарній злочинності має на меті вирішення таких завдань:

- виявляти причини й умови, що сприяють вчиненню злочинів та інших правопорушень, вживати заходи щодо їх усунення;
- виявляти осіб, від яких можна очікувати вчинення злочинів, а за необхідності ставити їх на оперативно-профілактичний облік;
- проводити оперативно-розшукові заходи щодо усунення впливу засуджених на інших осіб, які відбувають покарання;
- здійснювати безпосередній вплив на засуджених, від яких можна очікувати вчинення злочинів, або організувати такий вплив за допомогою проведення оперативно-розшукових заходів, зокрема використовуючи допомогу негласного апарату;
- з'ясувати ефективність здійснення оперативно-профілактичного впливу на засуджених;
- виявляти правопорушення, вчинені засудженими, та інформувати про них начальників відділень соціально-психологічної служби й інших посадових осіб;
- отримувати інформацію про злочинні групи засуджених і забезпечувати її використання з метою локалізації й роз'єднання цих груп;
- визначати достовірність позитивних результатів профілактичного впливу на засуджених, що перебувають на оперативно-профілактичному обліку;
- виявляти справжні наміри засуджених після звільнення й інформувати в необхідних випадках оперативні підрозділи органів внутрішніх справ із метою здійснення на звільнених оперативно-профілактичного впливу за місцем проживання [8, с. 51].

Позитивні результати роботи щодо запобігання пенітенціарній злочинності можуть бути досягнуті за більш високого рівня кваліфікації та профе-

сійної майстерності персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України, який, володіючи необхідними силами й засобами, зможе більш успішно вирішити покладені на нього завдання.

Важливу роль у підготовці й навчанні майбутніх пенітенціаристів-кримінологів відіграє Інститут кримінально-виконавчої служби, завдання якого – здійснення підготовки не просто пенітенціариста нового типу, а людини ділової, активної, здатної впроваджувати новітні технології в роботі органів та установ виконання покарань, уміти працювати в складних, а іноді й екстремальних умовах.

Окрім цього, хотілося б наголосити, що не останню роль у підвищенні ефективності запобігання пенітенціарній злочинності відіграє науковий супровід зазначеної діяльності. Тому заслуговує на увагу пропозиція В.П. Захарова щодо організації в кримінально-виконавчій системі методичного центру та дослідницької лабораторії з проблем ОРД [9, с. 112].

Зазначимо, що одним з очікуваних результатів виконання Державної цільової програми реформування Державної кримінально-виконавчої служби на 2013–2017 рр., відповідно до п. 4 розділу VI «Підвищення ефективності діяльності персоналу органів, установ виконання покарань і слідчих ізоляторів», є створення до 2017 р. відомчого науково-дослідного інституту [10].

Висновки. Узагальнюючи викладене, зазначимо, що важлива роль у запобіганні вчиненню злочинів засудженими відводиться заходам спеціально-кримінологічного запобігання пенітенціарній злочинності з метою виявлення й усунення причин та умов вчинення злочинів, а також створення умов, які утруднюють або взагалі виключають можливість їх вчинення.

Література:

1. Колб О.Г. Поняття, сутність та зміст спеціально-кримінологічного запобігання в установі виконання покарань України / О.Г. Колб // Кримінологічні засади запобігання злочинам в установах виконання покарань України (пенітенціарна кримінологія) : [посібник] / за ред. О.М. Джужи. – К. : НАВС, 2013. – С. 259.
2. Боднар І.В. Кримінологічні засади запобігання вчинення злочинів у кримінально-виконавчих установах закритого типу : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія, кримінально-виконавче право» / І.В. Боднар ; Харківський національний університет внутрішніх справ. – Х., 2012. – 244 с.
3. Богатирьов І.Г. Загальні засади пенітенціарної кримінології / І.Г. Богатирьов, М.С. Пузирьов // Вісник Кримінологічної асоціації України. – 2012. – № 1. – С. 170–178.
4. Кримінально-виконавчий кодекс України : Закон України від 11 липня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 3–4. – Ст. 21. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1129-15/print1377446910522248> ; Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального проце-

- суального кодексу України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4652-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4652-17>.
5. Про стан злочинності в установах виконання покарань та слідчих ізоляторах за 2014 рік та заходи щодо його поліпшення : лист ДПтС України від 18 лютого 2015 р. № 10/1-953-Сд/2-13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kvs.gov.ua/peniten/control/main/uk/index>.
 6. Зубов Д.О. Запобігання злочинам, що вчиняються у кримінально-виконавчих установах відкритого типу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право і кримінологія; кримінально-виконавче право» / Д.О. Зубов ; Харківський національний університет внутрішніх справ. – Х., 2013. – 14 с.
 7. Халимон С.І. Оперативно-розшукове запобігання злочинності в установах виконання покарань / С.І. Халимон // Кримінологічні засади запобігання злочинам в установах виконання покарань України (пенітенціарна кримінологія) : [посібник] / за ред. О.М. Джужи. – К. : НАВС, 2013. – С. 276–277.
 8. Артемьев Н.С. Профилактика рецидивной преступности (вопросы теории и практики) : дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Н.С. Артемьев ; Чебоксарский кооперативный институт. – Рязань, 1998. – 177 с.
 9. Захаров В.П. Проблеми діяльності оперативних підрозділів кримінально-виконавчої системи щодо боротьби зі злочинністю за матеріалами Державного департаменту України з питань виконання покарань : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 21.07.04 «Оперативно-розшукова діяльність» / В.П. Захаров. – Х., 2001. – С. 112.
 10. Про затвердження Державної цільової програми реформування Державної кримінально-виконавчої служби на 2013–2017 рр. : Постанова Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2013 р. № 345 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/345-2013-%D0%BF>.

УДК 343.14

Тагієв С. Р.,

*кандидат юридичних наук,
голова Апеляційного суду Чернігівської області,
заслужений юрист України*

**КВІНТЕСЕНЦІЯ КОНЦЕПЦІЇ ПРОВЕДЕННЯ
НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ**

**QUINTESENCE OF CONCEPT OF COVERT INVESTIGATORS
(SEARCH) ACTION DURING CRIMINAL PROCESS OF UKRAINE**

У статті розкрито основні питання, пов'язані з розробкою сучасної концепції проведення негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному процесі України. Зазначено, що основу концепції проведення негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному процесі становить ідеальна модель теоретико-прикладної взаємодії між оперативно-розшуковою та кримінально-процесуальною діяльністю. Зроблено висновок, що будь-яка концепція тільки тоді чогось варта, якщо вона знаходить шляхи своєї реалізації в теорії та правозастосуванні.

Ключові слова: *концепція, негласні слідчі (розшукові) дії, кримінальний процес, слідчий, прокурор, оперативний працівник.*

В статье раскрыты основные вопросы, связанные с разработкой современной концепции проведения негласных следственных (розыскных) действий в уголовном процессе Украины. Указано, что основу концепции проведения негласных следственных (розыскных) действий в уголовном процессе составляет идеальная модель теоретико-прикладного взаимодействия между оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельностью. Сделан вывод, что любая концепция только тогда чего-то стоит, если она находит пути своей реализации в теории и правоприменении.

Ключевые слова: *концепция, негласные следственные (розыскные) действия, уголовный процесс, следователь, прокурор, оперативный работник.*

The article deals with the main issues related to the modern concept of conducting covert investigative (detective) actions in the criminal process of Ukraine. It is noted that the basis of the concept of conducting covert investigative (detective) action in criminal proceedings is the ideal model of theoretical and applied operational cooperation between investigative and criminal procedural activities. It is concluded that any concept only worth something if it finds ways of their realization in theory and law enforcement.

Key words: *concept, covert investigative (detective) actions, criminal procedure, investigator, prosecutor operatives.*

Постановка проблеми. Стаття, за нашим задумом, повинна представити науковому загалу квінтесенцію¹ концепції проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД) у кримінальному процесі. Основу концепції проведення НСРД у кримінальному процесі становить ідеальна модель теоретико-прикладної взаємодії між оперативно-розшуковою та кримінально-процесуальною діяльністю. Спрямованість до ідеальності не є новою: вона виводиться з вічної проблеми низької ефективності взаємодії слідчих, прокурора й оперативних підрозділів.

Запропонована Концепція проведення НСРД у кримінальному процесі пропонує відмовитися від теоретико-методологічних стереотипів і нормативно-прикладних пережитків. У своїй основі вона спирається на такі вихідні положення: 1) НСРД – це різновид слідчих (розшукових) дій; 2) ключова ознака таких дій – негласність; 3) тісний зв'язок з оперативно-розшуковою діяльністю (далі – ОРД); 4) структурно-логічна побудова їх системи залежно від тяжкості вчиненого злочину та факту втручання в приватне спілкування; 5) полісуб'єктність проведення, що передбачає здійснення взаємодії між учасниками кримінального провадження.

Тому, на нашу думку, якісна розробка концепції проведення НСРД у кримінальному процесі немислима без ретельного з'ясування гносеологічної, онтологічної, правової та практичної сутності цих дій на теоретичному рівні. Виходячи з легальної конструкції ч. 1 ст. 246 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), можна зробити висновок про те, що говорити про НСРД у правовому сенсі можна лише тоді, коли, по-перше, такі дії є різновидом слідчих (розшукових) дій; по-друге, відомості про факт і методи їх проведення не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених КПК України.

Окрім названих двох елементів, із позицій галузевих і міжгалузевих кореляційних зв'язків встановлено, що правова характеристика НСРД також включає такі компоненти: а) проведення таких дій корелює із завданнями ОРД; б) інформація, яка одержується в ході проведення НСРД оперативними підрозділами, отримується способами, зазначеними не лише в кримінальному процесуальному, а й в оперативно-розшуковому законодавстві; в) НСРД проводяться винятково суб'єктами, уповноваженими на проведення відповідних дій; г) інформація, яка одержується в ході проведення НСРД, має бути втілена в передбачену законами та відомчими й міжвідомчими нормативно-правовими актами форму.

Обґрунтовуючи гносеологічний аспект НСРД, який передбачає їх розуміння як своєрідний прояв процесуалізації ОРД, не відкидаючи при цьому тісного зв'язку між кримінальним процесом та ОРД у ході їх проведення, доходимо висновку про поліфункціональний склад їх суб'єктів: слідчий, прокурор, оперативні підрозділи.

¹ Квінтесенція (від латин. quinta essential – п'ята сутність) – *перенос*. щось найважливіше, найсуттєвіше.

Постановка завдання. Метою статті є висвітлення квінтесенції концепції проведення негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному процесі України для врегулювання порядку надання слідчим, прокурором доручення оперативному підрозділу щодо проведення слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні.

Теоретичною базою статті стали праці вітчизняних учених у галузі кримінального та кримінально-процесуального права, зокрема Р.Г. Андрєєва, Є.М. Блажівського, О.В. Геселева, В.Г. Гончаренка, С.О. Гриненко, Ю.М. Грошевого, В.Ю. Захарченко, В.Т. Нора, О.В. Капліної, І.М. Козьякова, С.В. Ківалова, С.М. Міщенко, С.М. Скрипниченко, Є.Д. Скулиша, С.Р. Тагієва, В.Я. Тація, М.А. Погорецького, Л.Д. Удалової, С.С. Чернявського, В.М. Тертишника, С.Б. Фоміна, О.Г. Шило, М.Є. Шумила та інших.

Виклад основного матеріалу. Зазначимо, що у вітчизняній науці кримінального процесу домінує позиція, що важлива роль у забезпеченні розкриття та розслідування злочинів на підставі нового КПК України відводиться питанням організації взаємодії слідчого з оперативними працівниками [1, с. 67]. Водночас, як справедливо зазначає В.І. Василичук, ефективна взаємодія можлива за умови усунення недоліків в організаційному, кадровому й нормативно-правовому врегулюванні [2, с. 39].

Позитивною й найбільш значущою відповіддю на доручення про проведення НСРД для його ініціатора буде заявлення клопотання про прийняття та використання результатів таких дій. Отже, про відсутність таких результатів або про неможливість їх подання автори доручення повинні бути повідомлені в письмовій формі. Водночас у дорученні не повинна визначатися тактика проведення НСРД, оскільки вибір способів і тактичних прийомів вирішення поставлених слідчим або прокурором завдань є прерогативою оперативних підрозділів [3, с. 4].

Разом із тим у законі не вказується терміну виконання такого доручення. Щодо строковості виконання доручень у кримінальному провадженні, то КПК України згадує лише про проведення допиту, впізнання у режимі відеоконференції під час досудового розслідування (ст. 232). Так, у ч. 6 цієї статті зазначено, що службова особа органу, що отримав доручення, за погодженням зі слідчим, прокурором, який надав доручення, зобов'язана в *найкоротший строк* організувати виконання зазначеного доручення.

Вважаємо, що часові параметри отримання необхідної для кримінального провадження інформації від проведення НСРД залежать від таких обставин: а) розслідуваної події; б) терміновості отримання результатів НСРД, яка визначається особою, що здійснює кримінальне провадження. У зв'язку із цим виправдано передбачити в законі можливість визначення терміну виконання доручення особою, яка його дала. Разом із тим необхідно допустити можливість його продовження, якщо оперативні підрозділи повідомлять про неможливість подання необхідних результатів у визначений у дорученні строк.

На підставі викладеного з метою оптимізації взаємодії слідчого, прокурора з оперативними підрозділами з розкриття злочинів пропонуємо конструювання окремої статті КПК України щодо врегулювання порядку надання слідчим, прокурором доручення оперативному підрозділу стосовно проведення слідчих (розшукових) дій і НСРД такого змісту:

«Стаття 41-1. Доручення про проведення слідчих (розшукових) дій і негласних слідчих (розшукових) дій

1. Доручення слідчого, прокурора щодо проведення слідчих (розшукових) дій і негласних слідчих (розшукових) дій, дане в порядку, встановленому цим Кодексом, направляється уповноваженим оперативним підрозділам органів внутрішніх справ, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового й митного законодавства, органів Державної пенітенціарної служби України, органів Державної прикордонної служби України та є обов'язковим для виконання ними. У дорученні зазначається:

- 1) назва оперативного підрозділу;*
- 2) підстави направлення доручення, у тому числі обставини злочину й номер кримінального провадження;*
- 3) обставини та факти, які треба встановити;*
- 4) термін виконання;*
- 5) які матеріали необхідно представити.*

Об'єм доручення обмежується діями, вказаними в ухвалі про проведення слідчих(розшукових) дій і негласних слідчих (розшукових) дій.

2. Про проведені за дорученням слідчого, прокурора слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії оперативний підрозділ зобов'язаний не пізніше зазначеного в дорученні терміну повідомити в письмовій формі ініціатора їх проведення й за можливості представити їх результати. Особа, яка дала доручення, має право продовжити термін на його виконання за клопотанням оперативного підрозділу, проте не більше строку, зазначеного в ухвалі про проведення слідчих(розшукових) дій і негласних слідчих (розшукових) дій.

3. За неможливості виконати доручення та представити результати проведення слідчих (розшукових) дій і негласних слідчих (розшукових) дій оперативний підрозділ зобов'язаний негайно повідомити про це особу, яка дала таке доручення. У повідомленні повинна вказуватися причина, через яку доручення не може бути виконано або через яку відмовлено в представленні результатів проведення слідчих (розшукових) дій і негласних слідчих (розшукових) дій».

Викладене додатково аргументує таку вироблену нами в межах правової характеристики НСРД складову, як кореляція проведення цих дій із завданнями ОРД. Саме така ключова ознака НСРД, як негласність, вирізняє НСРД із масиву слідчих (розшукових) дій.

Тому саме з таких позицій варто визначати гносеологічний аспект НСРД, який передбачає їх розуміння як своєрідний прояв процесуалізації ОРД, не відкидаючи при цьому тісного зв'язку між кримінальним процесом і ОРД у ході їх проведення, про що, зокрема, свідчить поліфункціональний склад їх суб'єктів – слідчий, прокурор, оперативні підрозділи.

Натомість треба пам'ятати про предметну відмінність названих видів діяльності. На перший погляд, як зазначає С.М. Стахівський, ці два види діяльності мають низку спільних ознак: забезпечують швидке й повне розкриття злочину, захищають громадян від злочинних посягань, спрямовані на виконання інших завдань у сфері боротьби зі злочинністю. Однак ОРД є переважно негласною, таємною діяльністю та здійснюється спеціальними підрозділами в порядку, передбаченому, як правило, таємними відомчими нормативно-правовими актами. Кримінально-процесуальна діяльність здійснюється державними органами й посадовими особами в порядку, чітко визначеному Кримінальним процесуальним кодексом України [4, с. 118].

Однак, говорячи схвально про процесуальність ОРД, А.А. Вотяков зауважив, що кожна нова процедура або закон, що вносяться в процесуальний кодекс, обмежують дієздатність нашого пізнання [5, с. 35]. Імовірно, із цієї причини не поспішали детально регламентувати розшукову діяльність поліції. І.Я. Фойницький вказує: «Порядок і спосіб дій поліції з провадження дізнання закон уникає регламентувати з точністю, обмежуючись зазначенням вищих заходів, наданих владі, щоб не обмежити поліцію в цій діяльності, яка фактично потребує швидкості та доцільності відповідно до обставин, що змінюються» [6, с. 381].

У зв'язку із цим неминуче виникає питання про допустимість провадження заходів, не визначених в оперативно-розшуковому законі, оскільки реальних заходів, як зазначає О.Ю. Шумилов, значно більше [7, с. 51]. У свою чергу В.Г. Бобров взагалі говорить про безмежне різноманіття ОРЗ, яке неможливо передбачити в будь-якому нормативно-правовому акті [8, с. 11]. З іншого боку, перелік ОРЗ, наведений у законі, є вичерпним. Отже, приписи закону «ведуть до сковування ініціативи правових працівників щодо знаходження та впровадження в практику більш ефективних способів вирішення оперативно-технічних завдань» [9, с. 106].

У контексті викладеного зазначимо, що ми не претендуємо на першість у критиці положень нового КПК України, проте хочемо зазначити, що наша позиція не є поодинокую у вітчизняній науці кримінального процесу, за якою обґрунтовується доцільність покладення на слідчого винятково слідчих функцій і позбавлення його розшукових, а проведення негласних дій (чи то негласних (розшукових), чи просто розшукових, а більш правильно – оперативно-розшукових дій) залишити за відповідними оперативними підрозділами, коло яких визначено законом, оскільки виникає парадокс: оперативні підрозділи проводять *слідчі* дії.

Так, адептом позбавлення слідчого розшукових повноважень виступає професор В.П. Корж. Необхідно звернути увагу на те, що у фундаментальних

теоретичних положеннях кримінально-процесуального права правильно визначені сутність і поняття кримінально-процесуальної діяльності, а в положеннях ОРД розкрито поняття оперативно-розшукових заходів. Розшукова діяльність є функцією органів дізнання. Ця діяльність має переважно розвідувальний характер і здійснюється спеціальними засобами.

Дослідниця вважає, що фактично в назвах цих глав має місце змішування понять «слідча дія», «ОРД», «розшукова дія слідчого». Це утворює колізію повноважень і процесуальних статусів. Способом вирішення цієї проблеми є внесення змін до положень глави 20 нового КПК України, у якій треба термін «розшукові дії» замінити на «слідчі», та положень глави 21, у якій термін «слідчі» замінити на «негласні розшукові дії».

Крім того, на думку В.П. Корж, регламентація негласних розшукових дій свідчить про демократичні перетворення у сфері кримінального судочинства [10, с. 115].

Зважаючи на викладені наукові позиції, у процесі дослідження ми дізналися думку працівників суду та правоохоронних органів щодо цього. У процесі анкетування їм було поставлено таке питання: «Яке законодавче формулювання, на Вашу думку, найкраще?». Виявилось, що на формулювання «Негласні слідчі (розшукові) дії» вказало 38,9% респондентів, а на «Слідчі дії та негласні розшукові дії» – 61,1%, що стало яскравим практичним підтвердженням наведених теоретичних суджень.

Більш радикальною в наведеному контексті є наукова позиція Н.П. Черняк: НСРД не повністю відповідають критеріям, що висувуються до слідчих дій, оскільки за своєю сутністю вони є оперативно-розшуковими [11]. Це зайвий раз переконує в тому, що вказані дії повинні бути передбачені в спеціальному законі та не належать до слідчих (розшукових) дій [12, с. 206]. Подібну пропозицію висловило лише 5,6% респондентів.

Якщо підтримати наведені В.П. Корж і Н.П. Черняк наукові позиції, то можна запропонувати розглядати слідчого винятково в ролі арбітра, який оцінює фактичні дані, здобуті оперативними підрозділами. Докази, на думку К.В. Суркова, слідчий добувати не повинен [13, с. 28].

Таким чином, будь-яка концепція тільки тоді чогось варта, якщо вона знаходить шляхи своєї реалізації в теорії, правотворчості та правозастосуванні. Вважаємо, що запропонована нами концепція проведення НСРД у кримінальному процесі потребує нормативно-прикладного втілення.

Кримінальний процес функціонує за таким принципом: дозволено те, що приписано законом. Тому для реалізації кримінально-процесуального блоку концепції нами вироблено пропозиції щодо внесення змін і доповнень до КПК України з метою оптимізації проведення НСРД у кримінальному процесі.

Наведені положення концепції не вичерпують усіх варіантів проведення НСРД у кримінальному процесі. Чимало корисних прикладних порад і фундаментальних теоретичних положень практичні працівники та вчені мо-

жуть відшукати в науково-практичних виданнях, поданих нами в списку використаних джерел.

Висновки. Отже, запропонована концепція включає систему взаємопов'язаних ідей (положень), у яких проявляється нюансування самого терміна «концепція»: окремі пропозиції являють собою лише задум; другі – керівну ідею; треті – новий спосіб трактування традиційних понять. Однак усі положення, зрештою, спрямовані на обґрунтування й забезпечення працездатності нового інституту вітчизняного кримінального процесу – НСРД.

Література:

1. Штанько О.Ф. Теоретичні й практичні проблеми організації розкриття та розслідування злочинів органами внутрішніх справ України за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / О.Ф. Штанько // Розкриття злочинів за новим Кримінальним процесуальним кодексом України : зб. матеріалів наук.-практ. конф. (м. Київ, 8 листопада 2012 р.). – К. : Нац. акад. внутр. справ, 2012 – С. 67–70.
2. Василичук В.І. Взаємодія оперативних підрозділів з органами Державного казначейства та Державної фінансової інспекції України у процесі виявлення та припинення злочинів у бюджетній сфері / В.І. Василичук // Розкриття злочинів за новим Кримінальним процесуальним кодексом України : зб. матеріалів наук.-практ. конф. (м. Київ, 8 листопада 2012 р.). – К. : Нац. акад. внутр. справ, 2012 – С. 39–41.
3. Семенов В.А. Розыскные действия следователя / В.А. Семенов // Российский следователь. – 2004. – № 12. – С. 4.
4. Стахівський С.М. Кримінально-процесуальні засоби доказування : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / С.М. Стахівський ; Національна академія внутрішніх справ України. – К., 2005. – 414 с.
5. Вотяков А.А. Логос (русский стиль мышления) / А.А. Вотяков. – 2-е изд. – К. : София, 1998. – 208 с.
6. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства / И.Я. Фойницкий ; общ. ред., послесл., прим. А.В. Смирнова. – СПб. : Альфа, 1996– . – Т. 1. – 1996. – 552 с.
7. Шумилов А.Ю. Комментарий к федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С постатейным приложением нормативных актов и документов / А.Ю. Шумилов. – 5-е изд., испр. и доп. – М. : Изд. И.И. Шумилова, 2003. – 339 с.
8. Бобров В.Г. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: вопросы, требующие разрешения / В.Г. Бобров // Проблемы формирования уголовно-розыскного права. Актуальные вопросы правового регулирования оперативно-розыскной, контрразведывательной, частной сыскальной, уголовно-процессуальной и уголовно-исполнительной деятельности : вневедомственный сборник научных работ / под ред. А.Ю. Шумилова. – М. : Изд. И.И. Шумилова, 1998. – Вып. 1. – С. 11–17.

9. Батаев И.А. О совершенствовании правового регулирования оперативно-розыскной деятельности / И.А. Батаев // Вестник Удмуртского ун-та. – 1998. – № 1. – С. 106.
10. Корж В.П. Деякі проблемні питання впровадження нового КПК в практичну діяльність / В.П. Корж // Актуальні проблеми застосування нового кримінального процесуального законодавства України та тенденції розвитку криміналістики на сучасному етапі : матер. Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Харків, 5 жовтня 2012 р.) / МВС України ; Харк. нац. ун-т внутр. справ ; Кримінологічна асоціація України. – Х. : ХНУВС, 2012. – С. 111–116.
11. Новый КПК Украины: особенности криминального провадження щодо неповнолітніх [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravda.if.ua/news-31819.html>.
12. Черняк Н.П. Деякі актуальні питання впровадження нового КПК України / Н.П. Черняк, В.А. Тараненко // Держава та регіони. Серія «Право». – 2013. – № 1. – С. 204–207.
13. Сурков К.В. Сущность оперативно-розыскного процесса и его соотношение с уголовно-процессуальной деятельностью / К.В. Сурков // Законность, оперативно-розыскная деятельность и уголовный процесс : материалы международной научно-практической конференции (г. Санкт-Петербург, 9–10 апреля 1998 г.) : в 4 ч. / под ред. О.М. Латышева, В.П. Сальникова. – СПб. : Санкт-Петербургская академия МВД России, 1998. – Ч. 1. – С. 18–28.

УДК 343.34:070(477)

Буряк К. М.,

*аспірант кафедри адміністративного та кримінального права
Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара*

ПОТЕРПІЛИЙ У ЗЛОЧИНІ ПЕРЕШКОДЖАННЯ ЗАКОННІЙ ПРОФЕСІЙНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ЖУРНАЛІСТА

VICTIM IN CRIME THE OBSTRUCTION OF JOURNALISTIC ACTIVITIES

У статті проаналізовано суб'єктів, які можуть бути потерпілими від такого злочину, як перешкодження законній професійній діяльності журналіста. Досліджено наукові погляди на трактування цих суб'єктів у ролі потерпілого.

***Ключові слова:** журналіст, засоби масової інформації, близькі родичі журналіста.*

В статті проаналізовані суб'єкти, які можуть бути жертвами такого злочину, як завадження законної професійної діяльності журналіста. Досліджені наукові погляди на трактування цих суб'єктів як потерпілих.

Ключевые слова: журналіст, засоби масової інформації, близькі родичі журналіста.

Agents who can be victims of crime obstruction of journalistic activities were reviewed in this article. Scientific views about interpretation of these agents as victims were researched.

Key words: journalist, media, close relatives of journalist.

Збирання, обробка та поширення інформації – головне завдання журналіста. Вищезазначений суб'єкт є впливовою фігурою суспільно-політичного життя, адже на нього покладено місію розповсюдження відомостей і даних, висвітлення різних подій. Проте нерідко через свою професійну діяльність працівники засобів масової інформації (далі – ЗМІ), їх близькі родичі та групи журналістів стають потерпілими фігурами. Актуальність дослідження полягає в аналізі суб'єктів, які можуть виступати потерпілими від злочину, передбаченого ст. 171 Кримінального кодексу України (далі – КК України).

Вивченням потерпілого в завадженні законної професійної діяльності журналіста займалися вітчизняні та закордонні вчені, зокрема Я.С. Безпала, Р.В. Вереша, Л.С. Костенко, О.В. Красильнікова.

Метою статті є проведення аналізу наукових поглядів на визначення потерпілого в завадженні законної професійної діяльності журналіста.

Категорія «потерпілий» лише нещодавно знайшла своє відображення в українському законодавстві, а саме з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України, проте протягом довгого часу досліджувалася вітчизняними та зарубіжними теоретиками. Зупинимося на розгляді потерпілого в специфічній сфері, зокрема в засобах масової інформації.

З нормативної точки зору поняття «потерпілого» закріплено в ч.1 ст. 55 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України): це фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральну, фізичну або майнову шкоду, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнову шкоду [1].

З доктринального погляду термін «потерпілий» вперше вжив П.С. Давель у 1974 р., позначивши ним фізичну або юридичну особу, якій заподіяно фізичну, майнову або моральну шкоду [2, с. 19].

А.М. Яценко під потерпілим (у контексті ст. 46 КК України) розуміє фізичну особу, її представника, законного представника неповнолітнього або недієздатного, близьких родичів загиблого, а також юридичну особу, яким завдана чи створена загроза заподіяння майнової, фізичної або моральної шкоди [3, с. 8].

О.Ф. Батишев і В.І. Глушков вказують, що під потерпілим необхідно розуміти будь-якого правосуб'єкта, якому злочином заподіяно шкоду, тобто фізичну чи юридичну особу або державу [4, с. 14].

М.С. Таганцев визначив потерпілого від злочину як власника охоронюваного правом інтересу, якому безпосередньо зашкодив злочинець, і немає значення, чи буде таким власником одна особа або сукупність осіб, що утворює або не утворює юридичну особу, включаючи й саму державу [5, с. 13].

Є.В. Фесенко розкриває поняття «потерпілий від злочину» таким чином: це окрема людина, дві або більше особи, громадські об'єднання, населення адміністративно-територіальних одиниць, державні органи, держава й суспільство в цілому [6, с. 76–77].

М.В. Сенаторов пропонує таке визначення: «Потерпілий від злочину – це соціальний суб'єкт (фізична чи юридична особа, держава, інше соціальне утворення або суспільство в цілому), блага, праву чи інтересу якого, що знаходиться під охороною кримінального закону, злочином заподіюється шкода або створюється загроза заподіяння такої» [7, с. 210].

І.А. Фаргієв стверджує, що потерпілим у кримінальному праві є особа, яка постає як суб'єкт суспільних відносин, що охороняються кримінальним законом, зауважуючи, що ним може бути не лише фізична або юридична особа, а й підприємство, установа без організації юридичної особи, муніципальне утворення, держава або суспільство в цілому, які не підпадають під ознаки юридичної особи [8, с. 88].

Отже, постає питання масштабу визначення потерпілого в межах ч. 1 ст. 171 КК України. На нашу думку, потерпілим від цього злочину можна визначити як особу журналіста безпосередньо, так і засоби масової інформації в цілому. Варто акцентувати на тому, що в гіпотезі ч. 1 ст. 171 КК України зазначено: «...умисне перешкоджання законній професійній діяльності журналістів...».

Я.С. Безпала звертає увагу на те, що ЗМІ можуть зазнавати тиску у вигляді незаконного позбавлення телеорганізації права користування певними частотами, призначеними для мовлення; незаконного анулювання свідоцтва про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації [9].

Р.В. Вереша на основі аналізу чинного законодавства до засобів масової інформації, відповідно до законів України «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів», «Про телебачення і радіомовлення», «Про інформаційні агентства», відносить такі:

1) друковані засоби масової інформації (преса), періодичні й такі, що продовжуються, видання, які виходять під постійною назвою з періодичністю один і більше номерів (випусків) протягом року на підставі свідоцтва про державну реєстрацію. Додатки до друкованих засобів масової інформації у вигляді видань газетного та журнального типу є окремими періодичними й такими, що продовжуються, друкованими виданнями та підлягають реєстрації на загальних підставах. Зазначені друковані видання можуть включати до свого складу інші носії інформації (платівки, дискети, магнітофонні та відео-

касети тощо), розповсюдження яких не заборонено чинним законодавством України. Друкований засіб масової інформації вважається виданим, якщо він підписаний до виходу у світ і видрукований будь-яким тиражем. Сфера розповсюдження друкованого засобу масової інформації не обмежується;

2) телерадіоорганізації – зареєстрована у встановленому законодавством порядку юридична особа, яка на підставі виданої Національною радою України з питань телебачення і радіомовлення ліцензії на мовлення створює або комплектує та (чи) пакує телерадіопрограми й (або) передачі та розповсюджує їх за допомогою технічних засобів мовлення;

3) інформаційні агентства (зареєстровані як юридичні особи суб'єкти інформаційної діяльності, що діють із метою надання інформаційних послуг) [10, с. 87].

Отже, ЗМІ є повноцінною потерпілою стороною цього злочину.

Щодо визначення поняття «журналіст» із нормативного погляду також немає чіткості. Згідно із Законом України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» [11] журналіст – це творчий працівник редакції, який професійно збирає, одержує, створює й займається підготовкою інформації для друкованих ЗМІ та діє на підставі трудових чи інших договірних відносин із редакцією або займається такою діяльністю за її уповноваженням. Належність журналіста до друкованого ЗМІ підтверджується редакційним посвідченням чи іншим документом, виданим редакцією.

Згідно із Законом України «Про телебачення та радіомовлення» [12] телерадіожурналіст – штатний або позаштатний творчий працівник телерадіоорганізації, який професійно збирає, одержує, створює й готує інформацію для розповсюдження.

Щодо Закону України «Про інформаційні агентства» [13] журналіст інформаційного агентства – це творчий працівник, який збирає, одержує, створює та готує інформацію для інформаційного агентства й діє від його імені на підставі трудових чи інших договірних відносин із ним або за його уповноваженням. Належність журналіста до інформаційного агентства підтверджується службовим посвідченням цього агентства чи іншим документом, виданим йому цим агентством.

Відповідно до Закону України «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів» [14] журналіст – творчий працівник, який професійно збирає, одержує, створює й займається підготовкою інформації для ЗМІ, виконує редакційно-посадові службові обов'язки в ЗМІ (у штаті або на позаштатних засадах) відповідно до професійних назв посад (роботи) журналіста, які зазначаються в державному класифікаторі професій України.

Л.С. Костенко з наведених вище визначень «журналіста» визначає декілька спільних для всіх журналістів рис:

- 1) журналіст – це завжди працівник творчий;
- 2) журналіст – це працівник, який збирає, обробляє та створює інформацію;

- 3) журналіст – це не обов’язково штатний працівник, він може бути позаштатним або взагалі діяти за іншим видом уповноваження;
- 4) належність журналіста підтверджується спеціальним (єдино не визначеним) документом, виданим організацією, яку він представляє.

Тому, коли мова йде про злочини проти журналістів, усі ці ознаки стосовно конкретної особи мають бути наявними в сукупності. Крім того, особи, які є журналістами, повинні здійснювати не будь-яку, а свою професійну діяльність, яка відповідає чинному законодавству. Законною є діяльність журналістів, яка спрямована на реалізацію ними своїх повноважень в інформаційній сфері та здійснюється засобами та в порядку, передбаченими законом. Відповідно, перешкоджання незаконній журналістській діяльності (наприклад, закликам журналіста до захоплення влади) складу злочину не утворює. Професійну діяльність журналіста в загальному вигляді можна змалювати як реалізацію прав і дотримання обов’язків [15, с. 14].

Права й обов’язки журналістів закріплено в ст. 26 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні». Згідно із цією нормою журналіст має право:

- на вільне одержання, використання, поширення (публікацію) та зберігання відкритої за режимом доступу інформації;
- відвідувати державні органи влади, органи місцевого й регіонального самоврядування, а також підприємства, установи й організації та бути прийнятим їх посадовими особами;
- відкрито здійснювати записи, у тому числі із застосуванням будь-яких технічних засобів, за винятком випадків, передбачених законом;
- на вільний доступ до статистичних даних, архівних, бібліотечних і музейних фондів; обмеження цього доступу зумовлюється лише специфікою цінностей та особливими умовами їх схоронності, що визначаються чинним законодавством України;
- переваги на отримання відкритої за режимом доступу інформації;
- на безкоштовне задоволення запиту щодо доступу до офіційних документів;
- за пред’явлення редакційного посвідчення чи іншого документа, що засвідчує його належність до друкованого засобу масової інформації, перебувати в районі стихійного лиха, катастроф, у місцях аварій, масових безпорядків, на мітингах і демонстраціях, на територіях, де оголошено надзвичайний стан;
- звертатися до спеціалістів під час перевірки отриманих інформаційних матеріалів;
- поширювати підготовлені ним повідомлення й матеріали за власним підписом, під умовним ім’ям (псевдонімом) або без підпису (анонімно);
- відмовлятися від публікації матеріалу за власним підписом, якщо його зміст після редакційної правки суперечить особистим переконанням автора;

– на збереження таємниці авторства та джерел інформації, за винятком випадків, коли ці таємниці обнародуються на вимогу суду.

Обов'язки журналістів засобів масової інформації визначені ч. 3 ст. 26 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні», відповідно до якої журналіст зобов'язаний:

– дотримуватися програми діяльності друкованого засобу масової інформації, з редакцією якого він перебуває в трудових або інших договірних відносинах, керуватися положеннями статуту редакції;

– подавати для публікації об'єктивну й достовірну інформацію;

– задовольняти прохання осіб,

Цікавою є позиція О.В. Красильнікової, яка стверджує, що потерпілим від досліджуваного злочину може бути як сам журналіст, так і близькі йому особи [16, с. 64].

Згідно з новим Кримінальним процесуальним кодексом України під близькими родичами та членами сім'ї розуміють чоловіка, дружину, батька, матір, вітчима, мачуху, сина, дочку, пасинка, падчерку, рідного брата, рідну сестру, діда, бабу, прадіда, прабабу, внука, внучку, правнука, правнучку, усиновлювача чи усиновленого, опікуна чи піклувальника, особу, яка перебуває під опікою або піклуванням, а також осіб, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права та обов'язки, у тому числі осіб, які спільно проживають, проте не перебувають у шлюбі.

Наведена точка зору є досить дискусійною, проте, на нашу думку, нерідко близькі родичі виступають об'єктом погроз, шантажування та переслідувань, тому в таких випадках доцільно їх зараховувати до кола потерпілих.

Таким чином, поняття «потерпілий» щодо перешкоджання законній професійній діяльності журналіста потрібно розглядати різнопланово. Безпосередньо потерпілою фігурою виступає сам журналіст, який виконує професійні обов'язки. Проте потрібно звернути увагу, що ЗМІ в особі групи журналістів або медіа організації, права яких порушуються, також можуть бути потерпілою стороною. Як потерпілих можна виокремити близьких родичів журналіста, які зазнали психічного або фізичного тиску. Тому доречно, на нашу думку, розширити коментар ст. 171 КК України тлумаченням поняття «потерпілий».

Література:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9–13. – Ст. 88.
2. Дагель П.С. Потерпевший в советском уголовном праве / П.С. Дагель // Потерпевший от преступления: тематический сборник / отв. ред. П.С. Дагель. – Владивосток : Изд-во Дальневосточ. ун-та, 1974. – Т. 85. – С. 18–20.
3. Яценко А.М. Примирення з потерпілим у механізмі кримінально-правового регулювання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче

- право» / А.М. Ященко ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2006. – 20 с.
4. Батишев О.Ф. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Загальна частина / О.Ф. Батишев, С.А. Кузьмін. – К. : Вид. Паливода А.М., 2010. – 336 с.
 5. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть общая : [лекции] : в 2 т. / Н.С. Таганцев. – М. : Наука, 1994– . – Т. 1. – 1994. – 773 с.
 6. Фесенко Є.В. Цінність як об'єкт злочину / Є.В. Фесенко // Право України. – 1999. – № 6. – С. 76–77.
 7. Сенаторов М.В. Поняття потерпілого від злочину у кримінальному праві / М.В. Сенаторов // Вісник академії правових наук. – Х., 2003. – № 1. – С. 202–210.
 8. Фаргиев И.А. Уголовно-правовые и криминологические основы учения о потерпевшем / И.А. Фаргиев ; под. ред. А.И. Чучаева. – СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2009. – 338 с.
 9. Безпала Я.С. Кримінально-правові проблеми визначення потерпілого від перешкоджання законній професійній діяльності журналістів / Я.С. Безпала // Форум права. – 2013. – № 3. – С. 22–27. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2013_3_5.pdf.
 10. Вереша Р.В. Перешкоджання законній професійній діяльності журналістів (коментар до ст. 171 КК України) / Р.В. Вереша // Вісник Академії адвокатури України. – 2009. – № 2(15). – С. 86–89.
 11. Про друковані засоби масової інформації (пресу) : Закон України від 16 листопада 1992 р. № 2782-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 1. – Ст. 1.
 12. Про телебачення і радіомовлення : Закон України від 12 січня 2006 р. № 3317-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 18. – Ст. 155.
 13. Про інформаційні агентства : Закон України від 28 лютого 1995 р. № 74/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 13. – Ст. 83.
 14. Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів : Закон України від 23 жовтня 1997 р. № 540/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 50. – Ст. 302.
 15. Костенко Л.С. Кримінальна відповідальність за перешкоджання журналістській діяльності / Л.С. Костенко // Юридичний журнал. – 2008. – № 12. – С. 12–15.
 16. Красильникова Е.В. Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналистов / Е.В. Красильникова. – М. : Юрлитинформ, 2009. – 176 с.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ТА ПРАВО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

УДК 347.4

Алексєєнко І. Г.,

*кандидат юридичних наук, доктор політичних наук, професор,
завідувач кафедри цивільного, трудового та господарського права
Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара*

ОСОБЛИВОСТІ ТА ІСТОТНІ УМОВИ ПРИНЦИПІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА

THE CHARACTERISTICS AND ESSENTIAL TERMS OF THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW

У статті проаналізовано особливості та істотні умови Принципів європейського договірного права та можливості їх застосування національними учасниками ЗЕД. Розглянуто основні умови європейського договірного права, структуру договору, передумови виконання договору, вимоги щодо належного виконання договору.

Ключові слова: *європейське договірне право, виконання договору, добросовісність, оферта, акцепт, реквізити та елементи виконання, якість виконання, право на виконання.*

В статье проанализированы особенности и существенные положения Принципов европейского договорного права и возможности их применения национальными участниками ВЭД. Рассмотрены основные положения европейского договорного права, структура договора, предпосылки исполнения договора, требования по исполнению договора.

Ключевые слова: *европейское договорное право, исполнение договора, добросовестность, оферта, акцепт, реквизиты и элементы исполнения, качество исполнения, право на исполнение.*

The article analyzes the features and significant provisions of the Principles of European contract law and the possibility of their application national traders. The basic principles of contract law in the European Union, structure, prerequisites for the execution of the contract, details, elements, and requirements for performance of the contract.

Key words: *European contract law, contract execution, integrity, offer, acceptance, details and elements of performance, quality performance, right to perform.*

Як свідчить практика, суб'єкти господарювання, що здійснюють міжнародні комерційні трансакції, дуже часто зазнають значних судових витрат через невідповідність законодавства контрагентів. Втрати міжнародної торгівлі через неоднакові норми договірного права в різних країнах важко підрахувати, натомість таку перешкоду не варто недооцінювати, особливо це важливо для розвитку єдиного ринку. Ситуація погіршується, коли виникають труднощі з виконанням умов договору, що в підсумку призводить до виникнення спору між договірними сторонами. Судові витрати на вирішення правових питань непомірно зростають та інколи призводять до критичних наслідків. Саме через це деякі суб'єкти підприємницької діяльності взагалі залишають зовнішні ринки, щоб у подальшому уникати правових невизначеностей. Тому усунення невідповідності між національними законодавствами країн, що регулюють договірні відносини сторін, є головною метою прихильників європейської інтеграції.

Треба відзначити, що останні два десятиліття характеризуються високою активністю у сфері регулювання міжнародної торгівлі. Це виражається, зокрема, у прийнятті низки фундаментальних міжнародно-правових документів як нормативного, так і ненормативного характеру. Можна виділити два основні напрями правового регулювання міжнародної торгівлі: перший – використання колізійного методу регулювання, другий – уніфікація міжнародного приватного права, насамперед права міжнародної торгівлі. При цьому якщо спочатку мова йшла переважно про нормативну уніфікацію, яскравим прикладом якої є Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (Віденська конвенція), то останнім часом все більша увага приділяється розробці актів так званої ненормативної уніфікації: Принципи міжнародних комерційних договорів у редакції 1994 р. і 2004 р. та Принципи європейського договірного права в редакції 2003 р. (далі – Принципи ЕДП). Поява Принципів ЕДП була сприйнято неоднозначно. Пов'язано це, зокрема, з тим, що зазначені норми договірного права не передбачають жодної ратифікації або затвердження з боку держав для їх застосування учасниками міжнародного комерційного обороту. Крім того, особливістю зазначених документів є вкрай широкий предмет регулювання, у результаті чого положення, що містяться в них, мають дуже загальний характер [1, с. 5–7]. Обережне ставлення до вищевказаних документів пояснюється переважно тим, що, як і раніше, залишається відкритим питання про їх правову природу та, як наслідок, про можливість і порядок їх застосування.

Виходячи з вищезначеного, вважаємо за потрібне провести аналіз особливостей та істотних умов і положень принципів європейського договірного права та можливості їх застосування національними учасниками ЗЕД.

Питання визначення та застосування Принципів ЕДП були проаналізовані в юридичних наукових дослідженнях українських і зарубіжних учених, зокрема М.А. Аносова, В.В. Вітрянського, С.Ю. Кашкіна, Н.Г. Вілкової, І.Б. Утехіна, К. Дейвіс та інших, і не завжди трактуються однозначно. Так, наприклад, у праці «Право Європейського Союзу» за редакцією С.Ю. Кашкіна

питання виконання договору окремо не вивчається, а проведено аналіз правових засад спільного ринку співтовариства. Н.Г. Вілкова проводить аналіз Принципів європейського договірного права порівняно з Принципами УНІД-РУА, а питання виконання частково висвітлюється з узагальненням із вказівкою на главу 7 Принципів ЄДП, яка присвячена виконанню контракту. Також треба зазначити, що питання договірного права не висвітлюються достатньою мірою в дослідженні К. Дейвіс «Право Європейського Союзу», у якому мова йде про співвідношення права Європейського Союзу (далі – ЄС) та національного права. Позитивним є висвітлення механізму формування судових прецедентів у праві ЄС. М.А. Аносов, розглядаючи формування європейського договірного права, окремо про особливості виконання договору не зазначає. Мова йде про процес становлення та шляхи гармонізації договірного права [2].

На сьогодні найважливішим актом, що регулює договірні відносини, є Принципи європейського договірного права (надалі – ПЄДП) [3]. Це постає із ч. 1 ст. 1. 101 ПЄДП: чинні принципи застосовуються як основні правила договірного права в Європейському Союзі. Повний варіант Принципів європейського договірного права містить фактично всі загальні положення договірного права. Частина загального обов'язкового права складається з таких розділів: 1) «Загальні положення»; 2) «Укладення договору»; 3) «Повноваження агентів»; 4) «Дійсність»; 5) «Тлумачення»; 6) «Зміст і наслідки»; 7) «Виконання»; 8) «Невиконання й загальні засоби правового захисту»; 9) «Особливі засоби правового захисту в разі невиконання»; 10) «Множинність сторін»; 11) «Уступка вимоги»; 12) «Переведення боргу»; 13) «Залік вимог»; 14) «Позовна давність»; 15) «Недійсність договору»; 16) «Угоди, складені за умовою»; 17) «Нарахування відсотків».

Принципи сформульовані у формі статей, які супроводжуються детальним коментарем, що містить приклади, короткі судові справи, порівняльні примітки, які дають огляд національних законів і міжнародних положень за темою. Варто зазначити, що ПЄДП призначені для застосування як до міжнародних операцій, так і до угод, що мають суто внутрішній характер.

Зупинимося детальніше на деяких основних положеннях Принципів європейського договірного права:

– принцип обов'язковості для сторін укладеного між ними договору. Обов'язок виконувати договір мається на увазі в ст. 1:102 ПЄДП, яка проголошує свободу укладення договору, а також у ст. 6:111, яка передбачає, що сторона зобов'язана виконати свої зобов'язання, навіть якщо виконання стало більш обтяжливим;

– необов'язковість письмової форми договору. Стаття 2:101(2) ПЄДП передбачає, що договір не потребує висновку й підтвердження в письмовій формі. Договір може бути доведений будь-якими засобами, у тому числі показаннями свідків. Аналогічне правило застосовується до більшості договорів в Англії, Німеччині та Скандинавських країнах. Воно також було встано-

влено в ст. 11 Конвенції про міжнародну купівлю-продаж товарів 1980 р. та в ст. 1.2. Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА [4];

– можливість відкликання оферти до її акцепту. Стаття 2:202 ПЄДП дозволяє стороні відкликати оферту до її акцепту. У принципах зазначено, що відкликання оферти є недійсним за таких умов: а) оферта вказує, що вона безвідклична; б) вона встановлює певний час для її акцепту; в) адресат оферти розумно покладався на оферту так, якщо б вона була безвідклична, та діяв, сподіваючись на оферту;

– наявність особливих засобів правового захисту у випадку невиконання договору. Стаття 9:101(1) ПЄПД встановила, що кредитор має право стягнути належні йому гроші. Проте чи буде завжди застосовуватися цей принцип у випадку, якщо покупець товарів або замовник послуг не бажає їх прийняти й оплатити? Існує основне правило: покупець повинен сплатити виконання, навіть якщо він у ньому вже не зацікавлений. Принципи європейського договірного права закріпили норми в ст. 9:101(2): якщо кредитор ще не виконав своє зобов'язання та зрозуміло, що боржник не побажає прийняти виконання, кредитор може продовжити виконання та стягнути будь-яку суму, визначену за договором, якщо: а) він не зміг укласти розумну замінуючу угоду без значних зусиль або витрат; б) виконання буде розумним за справжніх зобов'язань;

– негрошові зобов'язання. В англосаксонській правовій системі виконання в натурі негрошових зобов'язань є засобом правового захисту, наданими на розсуд суду й заснованими на праві справедливості. У країнах континентальної правової системи право сторони, яка зазнала збитків, на виконання в натурі переважно визнається, проте з деякими винятками. Наприклад, виконання в натурі не здійснюється, коли це неможливо, незаконно чи нерозумно. Принципи європейського договірного права в ст. 9:102, сприйнявши підхід, властивий континентальній правовій системі, встановлюють, що постраждала сторона має право на виконання зобов'язання в натурі, відмінне від виплати грошей, включаючи надання засобів правового захисту в разі дефектного виконання, за винятком таких випадків: а) виконання було б незаконним або неможливим; б) виконання вимагало б від боржника нерозумних зусиль або витрат; в) виконання полягає в наданні послуг чи виконанні робіт особистого характеру або залежить від особистих відносин; г) потерпіла сторона може розумно отримати виконання з іншого джерела;

– можливість звільнення від відповідальності за невиконання договору. У Принципах європейського договірного права та Принципах міжнародних комерційних договорів УНІДРУА порушення договору (breach of contract) називається невиконанням (non-performance). Згідно з обома документами невиконанням вважається невиконання стороною будь-якого зобов'язання за договором. Невиконання може полягати в дефектному виконанні або в нездатності провести виконання в належний час, тобто виконання, здійснено занадто рано, надто пізно або ніколи. Невиконання включає в себе порушення додаткового обов'язку не розкривати комерційні таємниці

іншої сторони. Коли сторона зобов'язана прийняти або отримати виконання іншої сторони, нездатність це зробити також буде становити невиконання договору. Надання засобів правового захисту залежить від того, можна чи ні виправдати невиконання, чи є воно результатом поведінки іншої сторони (ст. 8:101 ПЄДП). Невиконання, яке не можна виправдати, може надати стороні, яка зазнала збитків, право вимагати виконання, відшкодування збитків, призупинити власне виконання, скоротити своє виконання або розірвати договір. Невиконання, яке можна виправдати, не дає стороні, яка зазнала збитків, права вимоги відшкодування збитків і виконання. Однак інші вищевказані засоби правового захисту можуть бути доступні для неї. Стаття 8:108(1) Принципів європейського договірного права встановлює, що невиконання стороною виправдане, якщо вона доведе, що вона не могла розумно допустити необхідність обліку цієї перешкоди в момент укладання договору або не змогла уникнути або подолати перешкоди або наслідки. Якщо невиконання викликане дією або бездіяльністю кредитора, він не має права скористатися будь-якими засобами правового захисту;

– обов'язок дотримуватися принципів сумлінності й чесної ділової практики. У Принципах європейського договірного права, зокрема в ст. 1:201, передбачено, що кожна сторона повинна діяти сумлінно та відповідно до чесної ділової практики. Також Принципи європейського договірного права передбачили можливість переходу за згодою сторін прав кредитора до іншої особи за чинним або майбутнім договором (ст. 11:101(1)). ПЄПД допустили також часткову поступку за умови відшкодування додаткових витрат боржника (ст. 11:103). Крім того, ПЄПД не обмежують можливість кредитора заздалегідь дати згоду про майбутню заміну боржника. Принципи європейського договірного права допускають залік вимог. Так, якщо дві сторони мають один перед одним однорідні зобов'язання, будь-яка сторона має право пред'явити проти вимоги іншої сторони право виконання, якщо до часу заліку сторона: а) уповноважена провести виконання; б) має право вимагати виконання іншою стороною (ст. 13:101). Право на залік вимог здійснюється шляхом повідомлення іншої сторони (ст. 13:104). За загальним правилом залік вимог припиняє зобов'язання.

Проаналізувавши основні положення Принципів європейського договірного права, можна відзначити високий рівень їх підготовки з точки зору виділення «загальної серцевини» договірного права держав-членів Європейського Союзу. Принципи європейського договірного права являють собою модель, що зробила великий вплив на подолання матеріально-правових і термінологічних розбіжностей у різних юрисдикціях Європейського Союзу.

Багато положень ПЄДП служать основою, а часто дослівно інкорпуються в проект відповідних розділів майбутнього Європейського цивільного кодексу. Ця обставина, а також регіональний характер ПЄДП дозволили їхнім авторам спочатку передбачити фактично унікальні з правової точки зору можливості їх застосування. Мова насамперед іде про випадок, коли сторони мають право вказати, що їх відносини за договором регулюються ПЄДП. При

цьому внутрішнє національне законодавство в цьому випадку підлягає лише субсидіарному застосуванню [5].

Нині відзначається досить сильний вплив на принципи європейського договірного права принципів цивільного законодавства країн континентальної Європи (Франції, Німеччини, Данії та інших). Наприклад, у частині встановлення недійсності відкликання оферти за умов згадування в ній певного часу для її акцепту; визнання застережень на користь третьої особи юридично дійсними та примусово здійснюваними в судовому порядку; встановлення права кредитора вимагати виконання договірного зобов'язання у вигляді оплати грошей без обмежувальної умови, передбаченої англійським правом; про необхідність того, щоб ціна була «зароблена» виконанням багатьох інших положень.

Нарешті, важливим напрямом розвитку договірного права в Україні є його адаптація до законодавства Європейського Союзу. Економічні інтеграційні процеси потребують відповідної правової інтеграції, зокрема поступового наближення правового забезпечення майнових відносин товарного характеру в Україні до умов внутрішнього ринку ЄС, до правових засад і принципів, що діють на цьому ринку, досягнення сполучності з нормами права ЄС та країн-членів, а згодом гармонізації, а також уніфікації в деяких галузях. Це стосується насамперед договірного права. Проте для входження України в правовий простір ЄС, зокрема у сферу договірного права, має бути проведена велика робота з оновлення масиву нормативно-правових актів у сферах цивільного та господарського законодавства, а також договірної та судової практики щодо застосування цього законодавства.

Література:

1. Сироткіна О.В. Принципи європейського договірного права: історія створення, статус і основні положення / О.В. Сироткіна // Збірник наукових праць. Серія «Право». – Ставрополь : СевКавГТУ, 2003. – Вип. 1(5). – С. 5–7.
2. Утехін І.Б. Виконання цивільно-правового договору за Принципами європейського договірного права / І.Б. Утехін [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/2250/%D>.
3. Принципы европейского договорного права [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.stalogistic.ru/infocentre/legal/mezhdunarodnoe_zakonodatel_stvo/mezhdunarodnaja_torgovlja/principi_evropejskogo_dogovorn.
4. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА / пер. с англ. А.С. Комарова [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.utidroit.org/russian/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>.
5. Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте / Н.Г. Вилкова. – М. : Статут, 2002. – 509 с. ; Дейвис К. Право Европейского Союза / К. Дейвис ; перев. с англ. Т.А. Черной. – 2-е изд. – К. : Знання, 2005. – С. 393–406 ; Грамацький Е.С. Напрями уніфікації та гармонізації міжнародного приватного права в контексті євро інтеграційних процесів / Е.С. Грамацький // Підприємництво, господарство та право. – 2010. – № 10. – С. 107–109.

УДК 354.071.6

Бережна К. В.,

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права,
історії права та політико-правових вчень
Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара*

ЄВРОПЕЙСЬКА КОМІСІЯ В ІНСТИТУЦІЙНОМУ МЕХАНІЗМІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

EUROPEAN COMMISSION IN THE INSTITUTIONAL MECHANISM OF THE EUROPEAN UNION

Системно проаналізовано теоретичні та практичні аспекти розвитку правового статусу Європейської Комісії Європейського Союзу. Виявлена сутність організаційно-правових засад формування Європейської Комісії. Досліджена еволюція та зміст повноважень розглянутого інституту.

Ключові слова: *Європейський Союз, реформа, Європейська Комісія, повноваження.*

Системно анализируются теоретические и практические аспекты развития правового статуса Европейской Комиссии Европейского Союза. Выявлена сущность организационно-правовых основ формирования Европейской Комиссии. Исследована эволюция и содержание полномочий рассматриваемого института.

Ключевые слова: *Европейский Союз, реформа, Европейская Комиссия, полномочия.*

Work systematically analyzes the theoretical and practical aspects of the legal status of the European Commission of the European Union. The essence of organizational and legal basis for the formation of the European Commission defined. The evolution and content of the powers of the specified institution researched.

Key words: *European Union, reform, European Commission, powers.*

У ст. 13 Договору про Європейській Союз (далі – ЄС) у редакції Лісабонської угоди зазначено: «Союз має інституційну структуру, спрямовану на те, щоб поширювати цінності Союзу, реалізовувати цілі Союзу, служити інтересам Союзу, його громадян і держав-членів та гарантувати узгодженість, ефективність і послідовність політики та дій Союзу» [1].

Інститути ЄС створюються й функціонують на основі правових приписів, які містяться в установчих договорах. Вони, за визначенням Суду ЄС, виконують роль «конституційної хартії» [2, с. 46].

Необхідно наголосити, що інституційна система Європейського Союзу була й залишається із набуттям чинності Лісабонською угодою досить складною. Так, Договором про спільні органи Європейських співтовариств 1957 року та так званім Договором про злиття 1965 року було поступово об'єднано органи Співтовариств. Відтоді головні органи (Європейський Парламент, Рада ЄС, Комісія, Суд ЄС та Суд аудиторів) стали спільними органами трьох Співтовариств [3, с. 7].

Зі створенням Європейського валютного союзу, а особливо на початку третього етапу його становлення інституційна система Європейських Співтовариств була значно розширена через утворення нових органів: Європейського центрального банку та Європейської системи центральних банків, на які було покладено здійснення повноважень у сфері валютного суверенітету.

Проте найбільш масштабні зміни відбулися з набуттям чинності Лісабонською угодою про реформу 1 грудня 2009 року.

У нашій статті правовий статус інститутів ЄС буде визначений із врахуванням змін, передбачених Угодою про реформу. При цьому основний акцент буде зроблено на діяльності провідного інституту ЄС політичного характеру – Європейської Комісії. Визначальна роль цієї структури в діяльності Європейського Союзу не викликає сумнівів і підкреслюється в самому тексті Лісабонської угоди.

Європейська Комісія (далі – Комісія) – один із головних інститутів наднаціонального характеру. Йому належить провідне місце в системі управління справами ЄС. Комісію нерідко й цілком виправдано називають двигуном європейської інтеграції.

У межах Лісабонської угоди загальний статус, порядок формування та структура Європейської Комісії, основи її компетенції та умови здійснення визначаються насамперед у ст. 17 Договору про ЄС [1] та у ст. ст. 244–250 Договору про функціонування ЄС [1]. Вони деталізуються й доповнюються в Декларації № 1 і Декларації № 10. Два останні документи обумовлюють підхід і шляхи реалізації програми оновлення та зміни складу й порядку функціонування реформованої Європейської Комісії.

Іноді в науковій літературі Європейську Комісію порівнюють з інститутом уряду, що існує в кожній національній державі [4, с. 392]. Подібне порівняння є справедливим лише почасти. Дійсно, за своїм статусом, місцем і роллю в механізмі ЄС, а також за багатьма іншими характеристиками Комісія схожа з урядом держави. Проте в ЄС повністю відсутній один із найважливіших атрибутів відповідального правління – формування Комісії на партійно-політичній основі.

У ході дискусій, що мали місце під час підготовки Лісабонської угоди, була внесена пропозиція про обрання Голови Комісії з осіб, які представляють партій, що здобули перемогу на виборах до Європейського Парламенту.

У разі прийняття такої пропозиції суттєво змінювалася б і сама процедура формування Комісії. Ця пропозиція в цілому не отримала підтримки. Адже вона явно була орієнтована на використання федеративної моделі устрою ЄС. В Угоді залишили лише вказівку на врахування підсумків парламентських виборів під час висунення кандидата на пост Голови Комісії.

Головне призначення Комісії, і це ще раз підтверджує Угода про реформу, полягає в лобюванні й захисті загальних інтересів ЄС. У цих цілях Комісія вживає всі необхідні заходи. Їх досягненню слугують усі її ініціативи.

Формула «загальний інтерес» має, звичайно, дуже розпливчастий характер. Її можна трактувати по-різному. Загальним може бути інтерес, який підтримують всі держави-члени ЄС. У цьому випадку можна орієнтуватися на рішення, прийняті спільно всіма учасниками інтеграційного процесу. Загальним може бути також інтерес, який заснований на спільності цілей і завдань Європейського Союзу.

З правової точки зору наявність спільних інтересів обумовлена прихильністю Європейського Союзу до єдиної системи цінностей. Вони реалізуються за допомогою механізму ЄС, в основі побудови й функціонування якого знаходяться загальні принципи, реалізовані інституційною системою.

Власний конкретний прояв стосовно Комісії вони знаходять у діяльності останньої, спрямованій на забезпечення, закріплення та здійснення цілей, завдань і принципів, сформульованих і гарантованих установчими актами. Саме із цієї точки зору визначається призначення розглянутого інституту в установчих угодах.

Серед інститутів ЄС Комісія здійснює найбільш широкий круг функцій, які забезпечують їй роль, по-перше, «хранителя» Союзу та його правової системи, по-друге, «двигуна», що забезпечує подальший розвиток інтеграційних процесів, по-третє, адміністративної інстанції, яка здійснює виконавчу владу на підставі і на виконання установчих документів і законодавства ЄС [5, с. 328].

В установчих документах Європейського Союзу в редакції Лісабонської угоди 2007 року функції Європейської Комісії класифіковані на декілька груп (параграф 1 ст. 17 Договору про Європейський Союз). До цих повноважень, зокрема, належить просування загальних інтересів ЄС та розробка ініціатив із їх подальшого розвитку. Так, Комісія вносить ініціативи на розгляд Європейського Парламенту, Ради ЄС, і в найважливіших випадках – Європейської Ради. Згідно із загальним правилом законодавчі акти ЄС можуть видаватися тільки за пропозицією Комісії. Лише в окремих випадках (за спеціальними питаннями) правом законодавчої ініціативи наділяються інші інститути й органи Європейського Союзу: Європарламент, Суд ЄС, Європейський центральний банк, Європейський інвестиційний банк або держави-члени. Останні можуть вносити законопроекти в кримінально-правовій сфері.

У багатьох випадках установчі документи також закріплюють виняткове право Комісії вносити проекти інших правових актів, що не відносяться до категорії законодавчих (наприклад, проекти актів із координації економічної

політики та здійснення грошової політики ЄС у межах економічного й валютного союзу). На підставі такого визнання Комісія має право виступати з ініціативою прийняття акта й внесення проекту відповідного рішення.

Відповідно, можна зробити висновок про існування контрбалансу в системі здійснення законодавчих повноважень у межах ЄС. Також треба відзначити, що Рада й Парламент можуть вимагати від Комісії підготовки та внесення відповідного законопроекту, якщо необхідно врегулювати істотне питання. У випадку неотримання відповіді на заявлену вимогу або її навмисне ігнорування можливе оскарження дій Комісії до Суду. Рішення Суду в цьому випадку носить обов'язковий характер і підлягає негайному виконанню.

Наглядова функція Комісії – одна з ключових прерогатив цього інституту ЄС. Її зміст полягає в забезпеченні дотримання й нагляді за застосуванням установчих документів, законодавчих актів та інших джерел права ЄС під контролем Суду. До набуття чинності Угодою про реформу 2007 року ця функція Комісії діяла лише в межах Європейських Співтовариств. Проте установчий акт розширив функції контролю Європейської Комісії й Суду за державами-членами (ст. ст. 258 і 260 Договорів про функціонування ЄС).

Так, Комісія отримала право притягати держави-члени до відповідальності за порушення кримінального законодавства та інших актів ЄС. Саме вона вказує державам-членам на невиконання або недостатньо повне виконання їхніх зобов'язань, встановлених установчими договорами й нормами вторинного права. Крім того, Комісія на підставі правових актів Європейського Парламенту й Ради може бути уповноважена накладати санкції у вигляді штрафів на підприємства за порушення окремих норм права ЄС. При цьому Суд може відмінити відповідне вирішення Комісії або понизити розмір штрафних санкцій (ст. 261 Договору про функціонування ЄС).

Немаловажною функцією Комісії ЄС є бюджетна. Зокрема, у цій сфері Комісія є розпорядником кредитів із бюджету. Вона виконує бюджет під свою відповідальність і в межах виділених асигнувань відповідно до принципу добропорядного управління фінансами.

Комісія є підзвітною законодавчим інститутам ЄС. Наприклад, Європарламент із рекомендації Ради ЄС затверджує її звіт про виконання бюджету Союзу за минулий фінансовий рік, який Комісія щорічно надає Раді і Парламенту (ст. ст. 317–319 Договору про функціонування ЄС). Незатвердження звіту Європейським Парламентом може призвести до відставки Комісії.

Окремий напрям роботи Європейської Комісії пов'язаний із виконанням зовнішньополітичних функцій. До Лісабонської реформи Європейський Союз на міжнародній арені представляли Комісія (у межах Європейського Співтовариства та Євроатома) і Голова Ради, якому допомагав Генеральний секретар Ради, що одночасно займав пост Високого представника зі спільної зовнішньої політики й політики безпеки [6, с. 87].

Зміни, внесені Лісабонської угодою, полягають в тому, що скасовується посада Високого представника зі спільної зовнішньої політики й політики

безпеки, а особою, уповноваженою представляти Європейський Союз із питань, що відносяться до спільної зовнішньої політики й політики безпеки, тепер є Верховний представник (параграф 2 ст. 27 Договору про ЄС), при цьому він зобов'язаний заручитися підтримкою інших членів Комісії. Тобто наразі Європейська Комісія представляє ЄС на міжнародній арені в його відносинах із третіми країнами й міжнародними організаціями.

Порядок формування Європейської Комісії внаслідок набуття чинності Лісабонською угодою не зазнав значних змін. Так, відповідно до ст. 244 Договору про функціонування ЄС члени Комісії відбираються за системою рівноправної ротації між громадянами держав-членів, яку одногolosно встановлює Європейська Рада, виходячи з таких принципів:

а) держави-члени обираються на основі строгої рівності в цілях визначення порядку черговості й часу присутності їх громадян у Комісії;

б) за дотримання пункту «а» кожна з Комісій, що змінюють одна одну, формується так, щоб у задовільному ступені відображати демографічний і географічний діапазон усіх держав-членів [7, с. 91].

Як і раніше, затвердження складу Комісії проводиться за взаємною згодою Європейської Ради й Ради, а також Європейського Парламенту. У параграфі 7 ст. 17 Договору про ЄС зазначено: «З урахуванням виборів до Європейського Парламенту й після проведення відповідних консультацій Європейська Рада, ухвалюючи кваліфікованою більшістю, пропонує Європейському Парламенту кандидата на посаду Голови Комісії. Цей кандидат обирається Європейським Парламентом більшістю членів, що входять у його склад. Якщо цей кандидат не отримує необхідної більшості, то Європейська Рада, ухвалюючи кваліфікованою більшістю, протягом місяця пропонує нового кандидата, який обирається Європейським Парламентом згідно з аналогічною процедурою. Рада із загальної згоди з обраним Головою затверджує список інших осіб, яких він пропонує призначити членами Комісії. Відбір цих осіб проводиться, виходячи з пропозицій, зроблених державами-членами, відповідно до критеріїв, передбачених у абзаці 2 параграфа 3 та в абзаці 2 параграфа 5 ст. 17 Договору про ЄС. Голова, Верховний представник Союзу із закордонних справ і політики безпеки та решта членів Комісії є колегія на голосування Європейського Парламенту для схвалення. На підставі такого схвалення Комісія призначається Європейською Радою кваліфікованою більшістю».

Певним нововведенням, яке в подальшому може призвести до проблем у формуванні Комісії, є положення Лісабонської угоди про кількісний склад Комісії. Закріплено таку формулу:

– до складу першої Комісії, призначеної між днем набуття чинності Лісабонської угоди та 31 жовтня 2014 року, включаючи її Голову й Верховного представника Союзу із закордонних справ і політики безпеки, який є одним із її віце-голів, входять по одному громадянину від кожної держави-члена (параграф 4 ст. 17 Договору про ЄС);

– загальне число членів Комісії з 1 листопада 2014 року повинне складати 2/3 від кількості держав-членів (18 осіб для Європейського Союзу в

складі 27 країн). При цьому, як вже наголошувалося, між державами-членами повинна проводитися рівноправна ротація щодо присутності їх громадян у Комісії (параграф 5 ст. 17 Договору про ЄС).

Саме останній пункт, на нашу думку, викликатиме найбільші складнощі під час формування Комісії. Адже третина держав-членів на п'ять років, що складає термін повноважень Комісії, фактично буде усунута від управління справами ЄС.

Варті уваги положення Договору про ЄС, що посилюють значимість посади Голови Європейської Комісії. Так, отримали закріплення деякі важливі повноваження, якими він фактично вже користувався, і додано нові. Зокрема, параграфом 6 ст. 17 Договору про ЄС встановлено, що Голова:

- а) визначає орієнтири, у межах яких Комісія здійснює свої завдання;
- б) встановлює внутрішню організацію Комісії з метою забезпечити послідовний, ефективний і колегіальний характер її діяльності;
- в) призначає із членів Комісії інших віце-голів, окрім Верховного представника Союзу із закордонних справ і політики безпеки.

Нарешті, зазначимо, що Європейська Комісія займає надзвичайно важливе місце в інституційній системі ЄС також завдяки її монополії на законодавчу ініціативу, яка збереглася й після набуття чинності Лісабонською угодою про реформу (параграф 2 ст. 17 Договору про ЄС).

Крім того, вона наділена широкими повноваженнями у сфері розробки вторинного законодавства, здійснення спільної політики Європейського Союзу, контролю за дотриманням права ЄС. Тому від її активності, складу, порядку функціонування багато в чому залежить успіх інтеграційного процесу в цілому.

Література:

1. Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу : Документ С83/3(2010/С83/01) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.minjust.gov.ua/file/23491.
2. Суд Европейских сообществ. Решения и комментарии : [учебное пособие] / под ред. Л.М. Энтина. – М. : МГИМО(У) МИД России, 2004. – 310 с.
3. Овсянников Ю.С. Споры плюс договоры о будущем ЕС: Евросоюзом собираются управлять не по «понятиям», а по Конституции / Ю.С. Овсянников // Право України. – 2003. – № 94. – С. 5–9.
4. Фалалеева Л.Г. Реформа структуры і функцій Європейської комісії Європейського Союзу / Л.Г. Фалалеева // Правова держава. – К., 2004. – Вип. 9. – С. 391–395.
5. Фалалеева Л.Г. Механізм прийняття рішень у рамках Європейського Союзу / Л.Г. Фалалеева // Держава і право. – К., 2008. – Вип. 6 : Юридичні і політичні науки. – С. 327–331.
6. Капустин А.Я. Европейский союз: интеграция и право : [монография] / А.Я. Капустин. – М. : Изд-во РУДН, 2000. – 438 с.
7. Бирюков М.М. Европейское право до и после Лиссабонского договора : [монография] / М.М. Бирюков. – М. : Научная книга, 2009. – 284 с.

УДК 341.01

Поляков С. И.,
кандидат исторических наук,
и.о. заведующего кафедрой международного права,
истории права и политико-правовых учений
Днепропетровского национального университета имени Олеся Гончара

**РАЗРАБОТКА Ф. Ф. МАРТЕНСОМ ТЕОРЕТИЧЕСКИХ
И НАУЧНЫХ ОСНОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА**

**ELABORATION OF THEORETICAL AND SCIENTIFIC BASICS
OF INTERNATIONAL LAW BY F. F. MARTENS**

Освещено понимание Ф.Ф. Мартенсом предмета, места и значения международного права в системе юридических наук, обоснование им концепции, периодизации, двуединой основы международного права, диалектики противоречивых условий его существования, социальных функций международно-правовой науки.

Ключевые слова: *Ф.Ф. Мартенс, современное международное право цивилизованных народов, наука международного права, теория международного права, история международного права.*

Висвітлено розуміння Ф.Ф. Мартенсом предмета, місця та значення міжнародного права в системі юридичних наук, обґрунтування їм концепції, періодизації, двоєдиної основи міжнародного права, діалектики суперечливих умов його існування, соціальних функцій міжнародно-правової науки.

Ключові слова: *Ф.Ф. Мартенс, сучасне міжнародне право цивілізованих народів, наука міжнародного права, теорія міжнародного права, історія міжнародного права.*

It has been elucidated the understanding of subject, place and meaning of international law in the system of law sciences proposed by F.F. Martens, his concept, periodization, dual basis of the nature of international law, dialectics of controversial prerequisites of its existence, social functions of international law science.

Key words: *F.F. Martens, contemporary international law of civilized people, science of international law, theory of international law, history of international law.*

Более полувека тому назад в одном из сборников научных трудов была опубликована статья В.Э. Грабаря «Первоначальное значение римского термина *jus gentium*», в которой дан историографический обзор литературы о

происхождении международного права, начиная с трудов А. Джентили и Г. Гроция. Автор указывает, что до XIX в. международники не только не сомневались в существовании международного права у народов древнего мира, но и показывали развитие современного им международного права на аргументах древних юристов, лишь изредка обращаясь к фактам новой истории [1, с. 477]. Преподобное спокойствие нарушил профессор Берлинского университета А.-В. Гефтер, который, не подвергая сомнению факты существования норм, регулировавших отношения Древнего Рима с другими государствами, оспаривал правомерность применения к этим нормам термина «международное право». Он писал: «Современное международное право обязано своим возникновением христианству и цивилизации. Правда, уже в международных отношениях древнего мира замечается однообразие обычаев, особенно в способах ведения войны, приеме посольств, заключении договоров и признании права убежища. Но соблюдение этих обычаев основывалось вовсе не на сознании юридической обязательности их в международных отношениях, а скорее на религиозных представлениях каждого народа и на правах, сложившихся под влиянием этих представлений. Так беглецы, искавшие покровительства чужеземного народа, и послы считались неприкосновенными, потому что в глазах иностранцев они стояли под охраной религии, священными знаками которой обставляли себя. Точно так же международные договоры считались под покровительством божества вследствие тех божественных обрядов, клятв и жертвоприношений, которыми сопровождалось их заключение. Но вне этих религиозных верований не существовало никаких обязанностей относительно иностранцев» [2, с. 9].

Подобную аргументацию В.Э. Грабарь называл «бесплодным словесным спором». Возможно, в пользу такой оценки говорило то, что А.-В. Гефтер изменил свою точку зрения относительно Древнего Рима [2, с. 10]. Чуть позже он признал, что римское *jus gentium* было внешним публичным правом, то есть международным, хотя первоначально отрицал существование международного права в Древнем Риме. Резкий тон В.Э. Грабаря в отношении А.-В. Гефтера мало объясним только лишь эволюцией воззрений последнего. Суть в том, что выступление А.-В. Гефтера, получившее сильный резонанс и широкую поддержку в научном мире, создавало совершенно новую историографическую ситуацию, раскалывало европейское сообщество юристов-международников на три лагеря. В первом лагере объединились ученые, которые несколько не сомневались в существовании международного права в древнем мире; во втором – ученые, которые были убеждены в отсутствии международного права в древности; в третьем – те, кто признавал существование лишь первых зачатков или отдельных международно-правовых норм. Сам В.Э. Грабарь входил в первый лагерь. Его точка зрения оказала решающее воздействие на формирование научных позиций отечественных ученых, в частности Д.Б. Левина [3; 4], Ю.А. Баскина и Д.И. Фельдмана [5], Г.С. Стародубцева [6, с. 44–64] и других. Отмечая с удовлетворением признание советской историографией существования международного права еще со вре-

мен древнего мира, В.Э. Грабарь отмечал: «...Международное право в том его значении, в котором термин этот употребляется в настоящее время, римлянам было известно <...> Зарождение его следует искать в международных отношениях доклассового общества; название *jus gentium* оно получило именно в этот период» [1, с. 503]. Однако благодаря авторитету А.-В. Гефтера влияние представителей второго лагеря во второй половине XIX в. стало преобладающим. Особенно заметный вклад внес Ф.Ф. Мартенс, взгляды которого были поддержаны большинством историков, юристов-международников не только в России, но и за рубежом. Были и оппоненты, критиковавшие ученого за допущенные ошибки. Все участники дискуссии в чем-то «перегнули палку». Одни концентрировали свое внимание на анализе источников международного права и процессе постепенного накопления правовых норм, регулирующих международное общение, другие – на всестороннем анализе меняющихся условий геополитической мощи государств и обосновании концепций международного общения на различных исторических этапах, когда либо еще отсутствовала, либо уже сложилась система межгосударственных отношений, получившая свое выражение в формировании устойчивых групп государств первого, второго или третьего эшелонов в зависимости от их влияния на международной арене.

Объект статьи – теория и история международного права, предмет – научные труды Ф.Ф. Мартенса, в которых освещены теоретические и научные основы международного права. Сделана попытка решить следующие задачи: раскрыть понимание Ф.Ф. Мартенсом предмета, места и значения международного права в системе юридических наук, показать обоснование им концепции, периодизации, двуединой основы международного права, диалектики противоречивых условий его существования, социальных функций международно-правовой науки.

По мнению Ф.Ф. Мартенса, предметом науки международного права выступала совокупность существовавших между цивилизованными народами жизненных отношений, обусловленных стремлением этих народов или же отдельных слоев населения к удовлетворению своих интересов посредством международного обмена. Нисколько не сомневаясь в практическом значении науки международного права, он полагал, что именно эта наука, имеющая основанием международную жизнь, станет выражением правового общения цивилизованных народов.

Однако не все юристы соглашались с такой точкой зрения. Многие из них, особенно практики, не считали, что международное право должно называться отраслью правоведения, что объяснялось прежде всего содержанием учебного процесса в западноевропейских, особенно германских, университетах. Основу юридического образования составляло римское право, доминирование которого, по мнению Ф.Ф. Мартенса, не только препятствовало развитию других отраслей права, но и создавало ложное понимание функций юридической науки. Цивилисты были убеждены в том, что претендовать на статус науки права может только та система законов, которая получила непо-

средственное применение в жизни, служила инструментом в борьбе за повседневные интересы личности, охранялась принудительной силой государства. Таким образом, на роль правовой науки претендовала только наука, основанная на римском праве, и в такой системе координат нормы международного права, построенные на неизвестных римским юристам принципах, косвенно отражающие интересы частного лица и постоянно нарушаемые на практике, не заслуживали названия отрасли правоведения.

Глубоко изучив историографию, источниковедение истории международного права, Ф.Ф. Мартенс подчеркнул: «Вместе с тем римское право постепенно сходит с того пьедестала, на который оно было поставлено в Германии силой обстоятельств прошлого времени. Было бы напрасным трудом пытаться определить международные отношения современных народов на основании принципов этого права. Римляне остаются неподражаемыми мастерами в формулировании положений гражданского права и в юридическом анализе. В этом отношении римское право дает науке международного права тот практический метод, те орудия анализа, посредством которых могут быть выяснены юридические нормы или законы. Но в нем нельзя искать юридического определения отношений, существующих между современными народами...» [7, с. 2–3].

Реалистическая школа права также отрицала самостоятельное значение международного права. Ф.Ф. Мартенс, подчеркивая заслуги этой школы перед юридической наукой в целом, усомнился в достоверности метода, которым руководствовались ее представители. Содержание его таково: природа и история сделали для общества выбор, определили весь последующий ход нашей жизни и конечные результаты деятельности; только на основании изучения исторических фактов и обстоятельств могут быть выяснены те законы прогрессивного развития, под влиянием которых находилось общество. Таким образом, реалистическая школа права отрицала инициативу, произвол, случайность, свободу воли. Применяя этот метод в научных исследованиях, она пришла к выводу, что господство физической силы было единственным законом международного общения.

Обязательно ли должны присутствовать грубая сила и произвол в области международных отношений? На этот вопрос Ф.Ф. Мартенс дал отрицательный ответ: «Если мы оставим теоретические соображения и обратимся к практике международных отношений в том виде, в каком они существуют в настоящее время, то и здесь встретим множество фактов, отвергающих писателей-юристов, которые полагают, что международного права нет и что в сфере международных отношений царят исключительно произвол и насилие. Мы увидим, что между современными образованными народами установился правильный и непрерывный обмен их промышленной, экономической и хозяйственной деятельности. Торговые отношения, связывающие современные государства, приняли в настоящее время такие размеры, о которых прежде не существовало никакого понятия. Вместе с тем они сделались предметом определения огромного количества международных конвенций, договоров

торговлі и мореплавания, предусматривающих условия, при которых эти сношения должны продолжаться, и содержащих в себе правила, на основании которых они должны происходить. Но не одни экономические интересы сближают современные народы и устанавливают между ними правовые отношения. Существует очень много и других потребностей и интересов, которые преследуются со стороны подданных различных государств не в пределах своего отечества, но в области международных отношений» [7, с. 5].

Ф.Ф. Мартенс неоднократно подчеркивал мысль о том, что существование международного права в качестве самостоятельной отрасли не противоречит общей теории права. Основанием для такой постановки вопроса стало господство в широких кругах юридической общественности мнения, будто сущность и признаки права всегда определены обязательным присутствием принудительной силы, законодательной власти и суда, общих для всего союза государств. Сила была представлена не только в качестве средства реализации права, но и органического элемента самого понятия о праве. Следовательно, международное право не существует, поскольку к международным отношениям не могут быть применимы три важнейшие характеристики, принадлежащие праву вообще. Ф.Ф. Мартенс категорически не соглашался с таким толкованием права: «Учение, согласно которому физическая сила и принуждение составляют существенную принадлежность права, смешивает две различные вещи: само право и принудительный порядок его осуществления. Последний имеет применение обыкновенно в том случае, когда право и закон нарушаются. Поэтому сила есть более элемент неправды, чем права, которое в нормальном его существовании никогда не вызывает насильственного осуществления. Право перестает существовать с того момента, когда оно перестало быть побудительной причиной и мотивом людских действий, когда оно более не сознается» [7, с. 9].

Противники международного права заявляли, что не может быть и речи о международном праве как системе регулирующих международных отношения законов, поскольку международная жизнь не знает законодательной власти. По мнению Ф.Ф. Мартенса, отсутствие законодательной власти в области международного общения еще не означало отсутствия обязательных юридических норм. Международная жизнь представляла собой совокупность политических союзов государств, каждый из которых рассматривался как соединение народов, заключенное ради общей пользы путем взаимного уважения интересов всех договаривающихся сторон. Таким образом, всякое общение людей, признающее определенный порядок, является правовым общением. Иной вопрос, что «современные народы не дошли еще до такой степени развития, чтобы учредить над собой определенный орган законодательства, постановления которого имели бы обязательную силу для всех народов» [7, с. 11].

Ф.Ф. Мартенс подчеркивал особый характер международно-правовых норм в системе социальных норм, поскольку международное право, будучи совокупностью юридических норм, имело своим предметом право, а не эти-

ческие принципы и религиозные законы, которыми руководствовались народы и государства в процессе международного общения. Данный тезис имел большое значение для определения предмета науки международного права. Известно, что в XIX в. этические принципы и религиозные законы еще оказывали воздействие на международную жизнь, что дало повод некоторым ученым по-прежнему называть их основополагающими признаками межгосударственных правовых норм. Основание международного права составляли фактические, реальные жизненные отношения, в которых находились государства и народы между собой. Ф.Ф. Мартенс отмечает: «Задача науки международного права – постоянно следить за изменением этих отношений. Она только тогда будет стоять на высоте своего призвания, когда начала, ею провозглашаемые, не будут насилем над законными потребностями народов, когда развитие их не будет отставать от прогресса международной жизни, словом, когда эта жизнь и международное право будут в полнейшем согласии друг с другом. Далее, если жизнь всегда остается критерием действующих международных правил и законов, если положения, выставляемые в науке международного права, должны постоянно освещать и нормировать фактический порядок вещей, господствующий в области международных отношений, то этот порядок и будет давать содержание международному праву. Наконец, отсюда следует также, что система науки международного права определяется не только теми правилами и законами, которые выработались и приняты государствами или юристами, но также жизненными отношениями, которые фактически установились между народами» [7, с. 17–18].

Вплоть до середины XIX в. государства выступали не только первичными, но и единственными субъектами международно-правовых отношений. Будучи сторонником доктрины правового государства, Ф.Ф. Мартенс был убежден в том, что государственная власть обязана предоставить своим подданным все средства для максимально полного удовлетворения своих потребностей. Если же она не способна этого сделать, то вынуждена обратиться за помощью к другим государствам. Ф.Ф. Мартенс указывал: «Но в настоящее время нет ни одного образованного народа, который находил бы все средства для своего существования и развития исключительно в своем государстве. Вот почему все современные народы, понимающие свои жизненные задачи, поддерживают отношения между собой и входят в соглашения, чтобы установить взаимно такие условия, при которых они действительно могли бы находить удовлетворение всем своим потребностям» [7, с. 20]. Принципиально новым в XIX в. был вывод о том, что международная деятельность государства предопределялась его внутренней жизнью [7, с. 19]. По нашему мнению, популярность Ф.Ф. Мартенса объяснялась тем, что он сумел глубже и убедительнее других раскрыть сложную диалектику двух тесно связанных и противоречивых условий существования международного права.

Ф.Ф. Мартенс не соглашался с теми учеными, которые утверждали, что международное право возникло одновременно с международными отношениями. Они были убеждены в том, что народы, установившие фактические

отношения между собой, автоматически осознавали необходимость регулирования этих отношений определенными нормами, называемыми международным правом. В научный оборот были введены многочисленные факты, свидетельствующие о соблюдении народами Древнего Востока, Древней Греции и Древнего Рима некоторых формальностей в мирных или военных условиях. Однако описание тех или иных формальностей и процедур не укладывалось в понимание Ф.Ф. Мартенсом состояния жизни древних народов, их взаимоотношений между собой и юридической природы международного права: «Народ первобытный, не знающий еще ни собственных сил, ни намерений других народов, должен остерегаться всяких внешних отношений. Такой народ всегда поставит первоначальной задачей своего существования не международные отношения, а такое устройство внутренней своей жизни, общественной и государственной, которое отвечало бы собственным его понятиям и стремлениям, было бы самобытно, с исключением всякого вмешательства чуждых элементов <...> Замкнутость и неприязненные отношения народов, а не мир и не международные отношения характеризуют древнюю жизнь. Эти отличительные ее черты являются естественным последствием исключительности и нетерпимости, общих для всех древних народов» [7, с. 32]. Таким образом, основой жизни древних обществ, управляемых государственной организацией, было враждебное отношение к окружающему миру, стремление во что бы то ни стало выжить, защитив свою исключительность и самобытность. Иного пути не было.

Одновременно имела место и вторая тенденция, противоречившая первой. Состояние замкнутости и неприязненного отношения фактически нарушалось. Так, например, история государств древнего мира изобилует не только фактами о бесконечных изнурительных войнах, уничтоживших целые цивилизации, но и фактами о торговых связях, территориальной колонизации, трудовой и политической эмиграции. Указанные процессы, безусловно, способствовали установлению мирных отношений, возникновению определенных обычаев, отказу от нетерпимости к иностранцам, признанию их прав на жизнь и собственность. Однако можно ли говорить о международном праве древних народов? По мнению Ф.Ф. Мартенса, нельзя, поскольку «...древние государства вообще смотрели на чужеземца как на врага и отказывали ему в защите и покровительстве закона <...> Несомненные исторические свидетельства убеждают нас, что в древнем мире действительно существуют международные отношения, даже обычаи, которыми они охранялись. Но мы не имеем ни одного факта, который доказывал бы, что древние народы сознавали необходимость правильных сношений и обеспечивающего их права. Право же всегда основывается на сознании его необходимости» [7, с. 34]. Таким образом, международное право имело двуединую и внутренне противоречивую основу, а именно прогрессирующую потребностью обособленно существующих государств во взаимоотношениях и государственное разделение общества, которое стремилось к самоутверждению и самосохранению в окружающем его мире.

Все ученые поддерживали мнение о том, что историю международных отношений и права необходимо делить на периоды, представляющие собой ступени прогрессивного развития международной жизни и определяющие ее правовые нормы. Правда, не было единства в этом вопросе. На основании наиболее значительных исторических фактов, принимаемых за рубежи, отделялась одна историческая эпоха от другой, история международных отношений делилась то на три периода, то на четыре, то на семь. Ф.Ф. Мартенс считал, что указанные критерии периодизации не выдерживают научной критики, поскольку история международных отношений содержит множество фактов и событий, однако они не могут аргументировано установить периодизацию: «В основание правильного деления истории международных отношений должны быть положены не отдельные факты, как бы значительны они не были, ни крупные события, как бы влиятельны не были их последствия, ни важные международные акты, как бы многозначуще не было их содержание. В истории международных отношений рубежи различных эпох или периодов отмечаются сменой одних руководящих идей другими» [7, с. 25]. Таким образом, впервые в отечественной историографии истории международного права был поставлен вопрос о поиске и осмыслении «руководящих идей», характерных тому или иному периоду международных отношений, свидетельствовавших об осознании необходимости их правового регулирования.

С точки зрения идей, характеризующих собой различные эпохи развития международных отношений, Ф.Ф. Мартенс разделил историю международного права на три периода. Первый период охватывал Древний мир, Средние века и Новое время до Вестфальского международного конгресса 1648 г. В течение этого длительного времени содержание межгосударственных отношений было определено господством физической силы, диктатом сильного над слабым, полнейшей разобщенностью государств. Все без исключения субъекты международных отношений были убеждены в том, что представляют собой совершенно замкнутое, исключительное и самобытное образование, не нуждающееся в международных сношениях, поскольку обладали в пределах своих территорий всеми необходимыми средствами для удовлетворения интересов и потребностей. Поэтому всякий другой народ, в том числе и ближайший сосед, воспринимался в качестве естественного врага, заслуживающего участи быть поработанным или уничтоженным. Второй период составили события международной жизни с 1648 г. до Венского конгресса 1815 г. На этом этапе идея государственной изоляции и господства физической силы в международных отношениях уступила место новой идее – принципу политического равновесия государств. Ф.Ф. Мартенс отметил: «В основание нового порядка международных отношений было положено начало, в силу которого самостоятельность и независимость каждого отдельного народа не должна была подвергаться ни малейшей опасности со стороны других народов» [7, с. 27–28]. Третий период начался в 1815 г. Начиная с Венского конгресса, руководящей идеей был признан принцип национальности, означавший, что лица, имеющие родственное историческое прошлое,

общую религию и быт, единый национальный характер и говорящие на одном языке, должны составить один народ и проживать на территории одного государства.

В то же время Ф.Ф. Мартенс не ставил перед собой задачи дать точный ответ на вопрос о руководящей идее, которая в будущем станет основным принципом международной жизни. Он был убежден, что «...для всякого юриста и государственного деятеля, которые уяснят себе разумное назначение международных отношений и поймут правильным образом задачи и цели государств, господствующим принципом будущего может быть только идея права в самом обширном смысле этого слова. Ни идея разобщенности, ни идея преклонения пред физической силой, ни идея политического равновесия, ни, наконец, принцип национальности не могут быть признаны руководящими началами правильно устроенной международной жизни» [7, с. 29].

Некоторые авторы считают, что главные заслуги Ф.Ф. Мартенса связаны не столько с проблемами теории, истории международного права, сколько с практической разработкой отдельных вопросов, в частности вопросов права войны и международного третейского суда. Правомерно ли вообще подобное противопоставление? Конечно, нет. Он, награжденный 16 российскими и иностранными орденами за плодотворную государственную и научно-педагогическую деятельность, признан европейским и российским юридическим сообществом одним из самых крупных авторитетов в области международного права. Его труды, издававшиеся в России и в европейских странах, входили в обязательные списки и обзоры юридической литературы. Еще при его жизни многие авторы посвящали ему свои научные сочинения. Ф.Ф. Мартенс отстоял свои взгляды в острой полемике с представителями различных научных школ, которые задавали тон в европейской юриспруденции того времени. В последующих научных исследованиях необходимо осветить такие проблемы, как разработка Ф.Ф. Мартенсом основ историографии и методики источниковедения истории международного права.

Литература:

1. Грабарь В.Э. Первоначальное значение римского термина *jus gentium* / В.Э. Грабарь // Антологія української юридичної думки : в 10 т. / редкол. : Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. – К. : Вид. дім «Юридична книга», 2004– . – Т. 8. – 2004. – 568 с.
2. Гефтер А.-В. Европейское международное право / А.-В. Гефтер ; пер. К. Таубе ; предисл. Ф.Ф. Мартенса. – СПб. : Тип. В. Безобразова и комп., 1880. – 619 с.
3. Левин Д.Б. История международного права / Д.Б. Левин. – М. : Изд-во ИМО, 1962. – 136 с.
4. Левин Д.Б. Наука международного права в России в конце XIX и начале XX в.: общие вопросы теории международного права / Д.Б. Левин. – М. : Международные отношения, 1982. – 197 с.

5. Баскин Ю.А. История международного права / Ю.А. Баскин, Д.И. Фельдман. – М. : Международные отношения, 1990. – 205 с.
6. Международное право : [учебник] / под общ. ред. А.Я. Капустина. – М. : Гардарики, 2008. – 617 с.
7. Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов : в 2 т. / Ф.Ф. Мартенс. – изд. 3, доп. и испр. – СПб. : Тип. М-ва пут. сообщ. (А. Бенке), 1895– . – Т. 1. –1895. – 430 с.

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Заморська Л. І.

Функції права: змістовно-теоретичний аналіз.....3

Калашников В. М.

Військова демократія як додержавна форма
соціального управління у світовій та вітчизняній історії..... 10

Марков К. А.

Справедливость и юридическая ответственность..... 19

Мороз С. П.

Онтологічна основа поняття держави..... 28

Легка О. В.

Джерела мусульманського права..... 37

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Словська І. Є.

Незаконне втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду
в контексті конституційної засади відкритості судової влади 44

Тертишник В. М.

Конституційна реформа: пошук нової парадигми
українського конституціоналізму..... 52

Грабильніков А. В.

Конституційно-правовий статус і правовий режим іноземців
та осіб без громадянства в Україні: співвідношення понять 59

Заворотченко Т. М.

Форми захисту виборчих прав громадян України: загальнотеоретичний огляд.... 67

Chizhmar K. I.

Reform of the system of notaries..... 73

АДМІНІСТРАТИВНЕ ТА ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Sokolenko O. L.

Object of administrative and legal protection as a basic element
of their legal status secured by appropriate guarantees from the government..... 78

Литвин О. П.

Спеціальні принципи здійснення управління місцевими фінансами в Україні 84

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

Шуба Б. В.

Науково-теоретичний аналіз витоків
формування інституту кримінального проступку 92

Богатирьов А. І.

Роль спеціально-кримінологічних заходів
запобігання пенітенціарній злочинності 99

Тагієв С. Р.

Квінтесенція концепції проведення негласних слідчих (розшукових) дій
у кримінальному процесі України 106

Буряк К. М.

Потерпілий у злочині перешкоджання
законній професійній діяльності журналіста..... 113

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ТА ПРАВО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Алексєєнко І. Г.

Особливості та істотні умови принципів європейського договірного права..... 120

Бережна К. В.

Європейська комісія в інституційному механізмі Європейського Союзу 126

Поляков С. И.

Разработка Ф. Ф. Мартенсом теоретических
и научных основ международного права 132

CONTENTS

THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW

Zamorska L. I.

Functions of law: substantive and theoretical analysis.....3

Kalashnykov V. M.

Military democracy as a state form of social management at the global and national history..... 10

Markov K. A.

Justice and legal liability..... 19

Moroz S. P.

Ontological basis concept of state 28

Lehka O. V.

The sources of Muslim law 37

CONSTITUTIONAL LAW

Slovska I. Ye.

Illegal interference in the operation of the automated court workflow system in the context of the constitutional framework of openness of the judiciary 44

Tertyshnyk V. M.

Constitutional reform: search of a new paradigm of Ukrainian constitutionalism..... 52

Hrabylnikov A. V.

Constitutional-legal status and legal regime of aliens and stateless persons in Ukraine: the ratio of concepts 59

Zavorotchenko T. M.

Forms of protection of electoral rights of citizens of Ukraine: theoretical overview..... 67

Chizhmar K. I.

Reform of the system of notaries..... 73

ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL LAW

Sokolenko O. L.

Object of administrative and legal protection as a basic element of their legal status secured by appropriate guarantees from the government..... 78

Lytvyn O. P.

Special principles of the local finance management implementation in Ukraine 84

CRIMINAL LAW AND PROCESS

Shuba B. V.

Scientific and theoretical analysis of the origins
of the institution of the criminal offense 92

Bohatyrov A. I.

Role of special-criminological prevention measures of penitentiary crime 99

Tahiev S. R.

Quintessence of concept of covert investigators (search)
action during criminal process of Ukraine 106

Buriak K. M.

Victim in crime the obstruction of journalistic activities 113

INTERNATIONAL LAW AND LAW OF THE EUROPEAN UNION

Aliksieienko I. H.

The characteristics and essential terms of the principles of European contract law 120

Berezhna K. V.

European commission in the institutional mechanism of the European Union 126

Poliakov S. I.

Elaboration of theoretical and scientific basics
of international law by F. F. Martens 132

Наукове видання
**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ
ВІТЧИЗНЯНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ**
Науковий збірник
Випуск 6

Коректура – Н.В. Богданова, Н.С. Ігнатова
Комп'ютерна верстка – М.В. Поплавська

Формат 64x90/8.
Обл.-вид. арк. 9,67, ум.-друк. арк. 16,97.
Папір офсетний. Цифровий друк.
Наклад 300 примірників. Замовлення № 1806-15.
Надруковано: Видавництво Дніпропетровського національного
університету імені Олеся Гончара
49010, м. Дніпропетровськ, просп. Гагаріна, 72.
Свідоцтво держ. реєстрації Серія ДК № 289 від 21.12.2000 р.